

# Provokationsgrænsen

## Et par bemærkninger til det nye lovforslag om politiets anvendelse af agenter i efterforskningen

Af kandidatstipendiat JOHN PETER ANDERSEN, Institut for proces- og kriminalvidenskab

En *agent provocateur* er en person, der anstifter en lovovertrædelse i den hensigt at afsløre gerningsmanden som forbryder. Den dystre udvikling i den hjemlige narkotikakriminalitet og politiets bestræbelser på at svare igen ved at bruge agenter i efterforskningen har gjort agent provocateur-problemet aktuelt i dansk ret. Bør brugen af agenter legaliseres som en særlig politimæssig efterforskningsmetode? Svaret er ja ifølge den nye betænkning fra justitsministeriets strafferetsplejeudvalg – betænkning nr. 1023/1984 om politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden og anvendelse af agenter. Betænkningens lovudkast er fremsat som lovforslag af justitsministeren d. 1. februar 1985.

Spørgsmålet om agenter rejser ikke alene et væld af intrikate juridiske vanskeligheder, men peger også dybt ind i en række meget grundliggende etiske problemer om skyld og ansvar og forholdet mellem statsmagt og borger.

Et af de punkter, som den hidtidige diskussion har samlet sig om, er, hvor langt agenten kan tillade sig at gå i bestræbelserne på at få sin modpart til at kaste sig ud i den kriminelle handling, som skal afsløre ham som lovovertræder. Det er spørgsmålet om den såkaldte provokationsgrænse. Der er mange genstridige spørgsmål indbygget i agent provocateur-problemet, men dette er uden sammenligning det vanskeligste. Men det ene spørgsmål bærer det andet med sig. For hvad skal det betyde for bedømmelsen af den provokerede – *hovedmandens* – strafferetlige ansvar, hvis agenten rent faktisk er gået for vidt?

Betænkningen har for så vidt præsenteret et svar på disse spørgsmål, men har måske ikke uddybet analysen tilstrækkeligt, når man tager problemets principielle rækkevidde i betragtning.

Når man står overfor en ny og særpræget retsdannelse, kan det ofte betale sig at skele ud over de nationale grænser for at lære af andres erfaringer.

I det følgende ses der på lovforslagets løsning af problemet om provokationsgrænsen, og problemet sættes i relief til nogle af de synspunkter, som 100 års retserfaring med agent provocateurs har efterladt i amerikansk kriminalretspleje og teori.

Reglen om provokationsgrænsen eller provokationsforbudet findes i lovforslagets § 754 b, stk. 1, der siger, at agentforanstaltningerne »ikke må bevirke en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed«. Provokationsgrænsen betegner skellet mellem den lovligt gennemførte agentaktion og den ulovligt gennemførte agentaktion.

Ud fra gængse moralske ansvarsforestillinger forekommer det uretfærdigt at straffe nogen for en forbrydelse, der ene og alene er blevet til, fordi en nidkær agent med gedulte og listige overtalelsesmidler har lokket den intetvidende gerningsmand ud på det kriminelle skråplan.

Ligeså elementært synes det at være, at en forbryder ikke skal kunne undsmyge sig strafansvar, blot fordi en efterforskningsagent har tilvejebragt en neutral ydre anledning for hovedmanden til at udfolde sit i forvejen fattede gerningsforsæt.

Det er let at angive disse yderpunkter på den moralske skala. Det er en anden sag at

afgøre, hvornår et konkret tilfælde bør bedømmes under det ene eller det andet synspunkt. Den abstrakte formel, at agenten ikke må have forledt hovedmanden til at begå en forbrydelse, som denne ellers ikke ville have begået – en sætning, der er fast inventar i den meste litteratur om emnet – løser ikke problemet. Formlen udtrykker alene et etisk grundsynspunkt, der lægger en principiel, men i øvrigt ikke nærmere analyseret ramme for bedømmelsen af den konkrete sag. Problemet er heller ikke løst med lovforslagets § 754 b, stk. 1, der som følge af den stillede forsøgsbetingelse i § 754 a, nr. 1, formulerer grundsynspunktet ved at skildre årsagsproduktet af utilladelig agentvirksomhed som en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed.

Det kan man ikke klandre lovforslaget for. Den vurdering, der skal afgøre, om den begåede forbrydelse skal betragtes som gerningsmandens eget værk uden hensyn til agentens indblanding, er for kompleks til at blive udmøntet i en enkelt lovregels knappe sprogbrug.

Hvad man derimod kan udmønte er det styrende princip for denne vurdering. Og det har lovforslaget gjort. Afgørende er ikke selve karakteren af den involverede agentaktion, den efterforskningsvirksomhed, som agenten har rettet mod hovedmanden for at fremkalde en blottelse af strafbar art. Det afgørende er, hvorledes denne aktivitet har *indvirket* på hovedmandens forbrydelse, bedømt ud fra de kriminelle hensigter, som hovedmanden havde på tidspunktet for agentens indtræden i handlingsforløbet. Hvis agentens handlinger ikke har udløst en ellers ikke villet forbrydelse, eller ikke har forøget en villet forbrydelse i henseende til omfang og grovhed, så er provokationsgrænsen ikke overskredet.

Lovforslaget har dermed, på det punkt tilsyneladende uden teoretiske kvaler, truffet valg mellem to helt forskellige kriminalretlige betragtningsmåder – betragtningsmåder, der har delt amerikansk ret gennem et

halvt århundrede og givet anledning til utallige juridiske disputer.

Een måde at gå frem på, når man skal tage stilling til, om en agentaktion har været tilladelig, er at se på, om den pågældende virksomhed har forsyndet sig mod visse almindelige standarder for hæderlig og korrekt politimæssig adfærd. I amerikansk ret betegner man dette som *den objektive test*. Denne test fokuserer – ikke på den konkrete hovedmands kriminelle habitus – men på, om agentens fremfærd ud fra mere generelle synspunkter er egnet til at lede ellers lovlydige personer ud i kriminelle aktiviteter. Hvis agenten har anvendt metoder, som almindeligvis må betragtes som potentielt kriminalitetsfrembringende – f.eks. ved at stille hovedmanden ekstraordinære gevinster i udsigt eller ved at appellere til motiver, der ikke er typiske bevæggrunde for den involverede lovovertrædelse: appeller til sympati, venskab, loyalitet m.v. – så fører den objektive test til, at agentaktionen erklæres for ulovlig. Der foreligger ulovlig provokation – *entrapment* som det hedder i amerikansk ret.

En anden fremgangsmåde er *den subjektive test*. Den er gældende ret i forbundsretssystemet og i de fleste af de enkeltstater, der overhovedet anerkender agentprovokation som en strafferetlig relevant ansvarsfaktor. Efter den subjektive test ser man fuldstændig bort fra selve karakteren af den anvendte agentvirksomhed, udførelsesmåden.

Det afgørende moment er, som det hedder i det ledende præjudikat fra United States Supreme Court, om hovedmanden er »... a person otherwise innocent whom the Government is seeking to punish for an alleged offence which is the product of the creative activity of its own officials ...«.

Om hovedmanden er en ellers uskyldig person afhænger af, om han forud for agentens indtræden på scenen besad en forhåndsindstilling – *pre disposition* – sigtende på at begå den pågældende type forbrydelse. Hvordan agenten nærmere har båret sig ad,

om han har overtrådt almindelige normer for korrekt politimæssigt virke – det får ingensomhelst betydning for vurderingen af provokationsforholdet, såfremt det kan godtgøres, at hovedmanden sad inde med den fornødne kriminelle forhåndsindstilling – som f.eks. hvis hovedmanden i forvejen var fast engageret i den type ulovligheder, som agenten fremkaldte et udslag af. Hvis derimod hovedmanden ikke besad nogen sådan forhåndsindstilling, og agenten alligevel fik ham til at begå forbrydelsen, så må forholdet bedømmes som ulovlig provokation – igen *entrapment*.

Den objektive test har som sigte at censurere visse former for uacceptabel politiadfærd ved – i analogi med udelukkelse af ulovligt fremskaffede beviser – at underkende den retlige gyldighed af efterforskningsresultatet.

Den subjektive test har som formål at sikre, at kun strafværdige personer – folk, der med eller uden agentens bistand alligevel ville have begået forbrydelsen – drages til ansvar.

Som man kan forstå, er det ikke ganske ligegyldigt, hvilket kriterium man lægger til grund for bedømmelsen af, om provokationsgrænsen er overskredet.

Den objektive test kan føre til, at man – for at værne om de generelle retssikkerhedsmæssige interesser i, at politiet respekterer almindeligt anerkendte standarder for korrekt myndighedsudøvelse – må frikende en notorisk kriminel, der selv har planlagt og udført forbrydelsen og under hele gerningsforløbet har været fast besluttet på at fuldføre den, blot fordi agenten har gjort ham til genstand for overtalelsesmetoder af generelt uacceptabel karakter, måske ved at tilbyde en essentiel del af forbrydelsens gerningsmidler.

Den objektive test kan også føre til, at man må dømme en ikke kriminalitetsindstillet person, selvom agenten har bevæget ham til at begå forbrydelsen, men ikke har anvendt midler, som er angribelige ud fra en

generel målestok.

Den subjektive test kan på sin side føre til, at en person, der nok har haft kriminel forhåndsindstilling, må dømmes, selvom han vitterligt har været genstand for højst aggressiv politimanipulation. Agentens moralske fejltrin kommer ikke hovedmanden til gode, når forbrydelsen betragtes som et ægte udslag af hans eget karakterleje og viljesliv.

I amerikansk ret har et af de tilbagevendende ankepunkter mod den subjektive test været, at den har åbnet for en bevis- og dokumentationsadgang, som tillader, at allehånde tvivlsomme rygter, gamle straffedomme og løse vandelsudsagn finder vej ind i retsprocessen, alt i det angivelige øjemed at sammenstykke et portræt af gerningsmanden, som kan belyse hans mulige *pre disposition* overfor forbrydelsen.

Lovforslages § 754 b, stk. 1 viser med sin angivelse af, hvad det er, der *ikke* må bevirkes, at provokationsforbudet er baseret på en subjektiv test. – Subjektiv i den betydning, at det er gerningsmanden, hans kriminelle forsæt og forehavende der er undersøgelsens genstand – ikke politiagentens adfærd under aktionen, selvom den naturligvis kan have bevismæssig betydning for, om gerningsmandens oprindelige kriminelle beredskab var højt nok til at bære den endelige forbrydelse.

Betænkningens udsagn om – s. 164 – at det er ønskeligt at nærme kriteriet for den øvre grænse mest muligt til en objektiv formulering, har sigte på dette bevismæssige aspekt. Udvalget fremhæver, at det afgørende synspunkt ved fastlæggelsen af provokationsforbudet må være omfanget af politiets indgriben i begivenhedsforløbet. Denne målestok må ikke forveksles med en objektiv test som ovenfor skildret. Det afgørende for om provokationsgrænsen overskrides er ikke selve *omfanget* – intensiteten eller involveringsgraden – af den udøvede agentvirksomhed. Det afgørende er, om denne agentvirksomhed – den være sig lille eller stor – har forstørret det kriminelle resultat i forhold til

hovedmandenes originale intentioner.

Når betænkningen s. 164 taler om det hypotetiske begivenhedsforløb, som må antages at ville have fundet sted, såfremt politiet ikke havde grebet ind i begivenhedernes gang, så sigtes der til det begivenhedsforløb, som hovedmanden selv havde planlagt at bringe til udførelse. Har politiets indgriben i handlingsforløbet ikke tvunget dette hypotetiske begivenhedsforløb bort fra sit påtænkte spor, er konklusionen ifølge den subjektive test, at provokationsgrænsen ikke er overskredet. Agenten har ikke fremkaldt eller forøget nogen forbrydelse. Agenten har været en årsagsfaktor i den hændelsesrække, der kulminerede med forbrydelsen. Men han har ikke været en ansvarsmæssigt relevant årsagsfaktor af betydning for den strafferetlige bedømmelse af hovedmandens forhold.

Den subjektive test som kriterium for provokationsforbudet kan siges at stemme udmærket med dansk rets almindelige opfattelse i et beslægtet emne – spørgsmålet om ulovligt tilvejebragte beviser. Når bevisets kvalitet ligger fast, er det af mindre betydning, hvorledes det er bragt for dagen. Og når hovedmanden alligevel ville begå den samme forbrydelse, er det af mindre betydning, at agenten har været katalysator for dens virkeliggørelse.

Nu kan man sige, at den subjektive tests svage sider er mindre betænkelige, fordi § 754 a binder agentmetoden sammen med det strafferetlige forsøgsbegreb. Det er rigtigt, at det er en særdeles vigtig sikringsmekanisme. Men man skal ikke glemme, at dansk rets overordentligt vide forsøgsbegreb aldrig har været noget retssikkerhedsmæssigt ideal (jfr. f.eks. Ross, »Om Forsøg« i Forbrydelse og Straf). Det har man kunnet leve med, fordi bevisproblemet i de allerfleste tilfælde vil udelukke strafforfølgning mod de tidlige forberedelseshandlinger.

Sagen stiller sig imidlertid noget anderledes, når en målrettet efterforskningsvirksomhed træder aktivt ind i det kriminelle forsøg og beforder det videre til en bevissik-

ret fuldbyrdelse. Hvis agentmetoden bringes i anvendelse på områder, hvor de ulovlige aktiviteter ikke er et udslag af en fast etableret kriminel struktur eller i øvrigt ikke kræver omstændige forberedelseshandlinger, så kan det vide forsøgsbegreb i virkeligheden vise sig at være en meget ringe sikringsmekanisme.

Et andet problem med forsøgskriteriet er, at det nok angiver, hvornår agentaktionen må iværksættes, men ikke klart udelukker, at den indledende – og i kraft af provokationsforbudets subjektive forankring helt essentielle – kontakt med hovedmanden foretages af en person, der falder uden for agentbegrebet, fordi han på dette stadium ikke handler på vegne af politiet og derfor heller ikke udgør et problem i forhold til § 754 b, stk. 2.

Når en sådan privatagent har fået lokket sin hovedmand ud på forsøgsstadiet, kan politiet, måske på opfordring af privatagenten, træde ind og lade hovedmanden køre linen ud.

Denne situation er det klassiske eksempel på en klart uacceptabel *sting operation*, hvor myndighederne ved ukritisk at basere en agentaktion på et upålideligt og uvederhæftigt informationsgrundlag i virkeligheden opbygger et efterforskningskomplot omkring en ikke kriminelt initiativtagende person med det formål at demaskere ham som notorisk forbryder i slutakten.

Et slående eksempel er den internationalt omtalte DeLorean-sag, hvor bilfabrikanten John Zachary DeLorean i august 1984 blev frikendt for narkotikakriminalitet i stor stil som følge af entrapment. De indledende manøvrer – fodfæstet for den subjektive test – blev her udført af en FBI-meddeler, en tidligere narkosmugler, som Forbundspolitiet havde rekrutteret på den hårde måde: fængsel eller samarbejde. Meddeleren lagde sagen i de rette folder, inden Forbundspolitiet trådte ind i sagsforløbet.

En hjemlig sag, der illustrerer samme problemstilling, ifald da dagspressens fremstil-

ling er korrekt, er den såkaldte »Jørgen«-sag. Her broderede politiet tilsyneladende videre på en provokationsvirksomhed, som var foretaget af en privatperson med midler, der må rejse berettiget tvivl om, hvorvidt hovedmanden fra først af havde bevæget sig ind over forsøgsgrænsen eller overhovedet ville have gjort det uden ekstraordinære overvindelseshandlinger fra privatagentens side.

Et aspekt af agent provocateur-problemet, der ikke er løst med lovforslaget, er spørgsmålet om *retsvirkningerne* af overskridelse af provokationsgrænsen, især forsåvidt angår hovedmanden. Betænkningen drøfter kort flere muligheder: strafnedsættelse, strafbortfald, tiltalefrafald og, undtagelsesvist som i Østre Landsrets dom af 6.11.1981, Bet. s. 134, frifindelse.

Når man skal give regler om et så delikat efterforskningsmiddel som politiagenter, bør man efter min mening ikke begrænse regelgivningen til den fase, der ligger forud for den afsluttende provokationsakt. Det er dårlig lovgivningsteknik blot at ekspedere de principielle problemer videre til domstolene, der i kraft af deres udgangspunkt i den konkrete sag ofte vil have vanskeligt ved at udkaste mere abstrakte og generelt gyldige synspunkter for retstilstanden på området.

Brugen af agenter er et specialværktøj i efterforskningen. Det er ikke nok med regler, der beskriver, hvordan man bruger dette værktøj rigtigt. Man må også have at vide, hvad der sker, hvis det anvendes forkert. Man må huske på, at regler, der beskriver, hvilke følger, der knytter sig til misbrug, er et værn mod misbrug. Sådanne regler kan også lægge en dæmper på myndighedsaktiviteter, der udfolder sig i tillid til, at de juridiske uklarheder vil afholde en eventuelt forurettet part fra at påtale forholdet eller i hvert fald afskære ham fra at forhindre følgerne.

Den stilling, som dansk ret hidtil har taget til agent provocateur-problemet, og som i hovedtrækkene er konfirmeret af betænkningen, er den samme som den, der rådede i

amerikansk kriminalretspleje for godt 100 år siden, da provokatørproblemet begyndte at trænge ind i retssalene.

Når gerningsmanden havde realiseret forbrydelsens objektive gerningsindhold, og når han havde haft det fornødne forsæt – så faldt hammeren ganske uden hensyn til, om en agent havde ydet et yderst energisk bidrag til handlingsforløbet.

Men den efterfølgende retsudvikling, især accentueret af 20'ernes skrappe forbudsgivning – The National Prohibition Act – der fik agentvæsenet til at blomstre som aldrig før, afslørede et klart behov for et effektivt retsværn mod de grove tilfælde af politiprovokation og ufine manipulationer med intetanende borgere. Resultatet blev entrapment-doktrinen – en i grunden helt egenartet kriminalretlig begrebsdannelse – som i sine divergerende varianter ikke alene beskriver, hvornår der er tale om ulovlig provokation, men også fastsætter hvilken betydning den ulovlige provokation skal have for bedømmelsen af hovedmandens strafansvar.

Retsvirkningen er klar og enkel: hovedmanden kan ikke drages strafferetligt til ansvar for lovovertrædelsen.

Mange amerikanske enkeltstater har i deres straffelovgivning regler om betydningen af provokation.

Regler af denne type er også knyttet til de to meget omfattende juridiske oplæg til en ensartet forbundsretlig straffelovgivning, nemlig *Model Penal Code* fra The American Law Institute og den såkaldte Brown-Kommissions udkast til en ny *Federal Criminal Code*.

Model Penal Code behandler entrapment-spørgsmålet på følgende måde:

En person med politimyndighed (a public law enforcement official) eller en person, der samarbejder med en sådan, forøver entrapment, såfremt han – i det øjemed at skaffe bevis for en lovovertrædelse – bevæger eller tilskynder en anden person til at begå en sådan lovovertrædelse ved enten:

1. vidende at indgive sin modpart den urigtige opfattelse, at der ikke er tale om noget lovstridigt forhold eller

2. ved at anvende overtalelses- eller påvirkningsmidler, som indebærer en betydelig risiko for, at den pågældende lovovertrædelse vil blive begået af personer, som ellers ikke ville være rede til at begå den.

Retsvirkningerne af entrapment beskrives sådan:

Bortset fra lovovertrædelser, der indebærer legemsskade eller trusler om legemsskade på tredjemand, skal tiltalte frifindes, såfremt han kan godtgøre, at hans lovovertrædelse var en følge af entrapment.

Brown-Kommissionens udkast:

Entrapment foreligger, såfremt en politiagent fremkalder en lovovertrædelse ved at bruge overtalelse eller andre midler, der sandsynligvis vil kunne få normalt lovlydige personer til at begå lovovertrædelsen. En virksomhed fra agentens side, der alene tilvejebringer en anledning til at begå en lovovertrædelse, er ikke ensbetydende med entrapment.

Såvel Model Penal Code som Brown-Kommissionens udkast indeholder udtrykkelige definitioner af agentbegrebet.

Derimod har Brown-Kommissionens udkast ikke medtaget nogen eksplicit regel om retsvirkningerne af entrapment.

Grunden hertil er den enkle, at det tages for givet, at entrapment blokerer for strafansvar. Såvel Model Penal Code som Brown-Kommissionens forslag går ud fra den objektive test og forkaster den subjektive. I overensstemmelse med de synspunkter, som gentagne gange er blevet fremført af den objektive tests fortalere, er det Brown-udkastets tanke, at hovedmanden ikke skal frifindes i tilfælde af entrapment. Retten skal simpelthen afvise sagen, fordi staten ud fra helt fundamentale retfærdighedsbetragtninger har fortabt sit straffekrav, når den selv er ansvarlig for forbrydelsens tilblivelse og virkeliggørelse.

Efter denne tankegang er det ligefrem en *procesforudsætning*, at den påtalte forbrydelse ikke er blevet til gennem entrapment.

Det danske lovforslags tavshed om retsvirkningerne af krænkelse af provokationsforbudet er en unødvendig brist. Man burde have belyst dette spørgsmål noget mere ind-

gående og have taget stilling til, om den omstændighed, at gerningsmandens forsæt er vokset frem i et samspil med en agent, måske plantet af en agent, skal tillægges nogen principiel betydning for det strafferetlige ansvarsgrundlag. At løse dette problem specielt for agentsammenhængen behøver ikke at betyde, at man tvinges ud i en mere omfattende stillingtagen til det i virkeligheden meget vanskelige etiske og juridiske problem, der gemmer sig i spørgsmålet om, hvorvidt særligt kvalificerede påvirknings handlinger i nogle tilfælde kan suspendere ansvarsgrundlaget for den påvirkedes strafbare handlinger.

En anden grund til at søge problemet løst er, at det her er statsapparatet med alle dets ressourcer og magtmidler, som trækker i forklædning overfor sine undersåtter og søger at lokke lyssky elementer frem i lyset. Det gør en forskel. I amerikansk ret anerkendes entrapment da også kun som straffrihedsgrund, såfremt agenten har handlet på vegne af myndighederne. Provokation udført af selvbestaltede privatpersoner vil ikke kunne frikende hovedmanden.

Agentprovokation er et meget probat efterforskningsmiddel. Som alle skrappe kure har det sine uundgåelige bivirkninger. Det er også et vanskeligt efterforskningsmiddel at håndtere, fordi de kriminelle miljøer, hvor midlet skal anvendes, ikke går frem efter et fast rollehæfte. Fra tid til anden vil agenten blive stillet overfor situationer, hvor læreboogens akademiske anvisninger ikke slår til. Det kan tvinge ham til at give handlingsforløbet netop den drejning, der fører det ud over provokationsgrænsen. Det må erkendes, at et ræsonnement ud fra strafferettens vanter begreber ikke har meget at tilbyde den hovedmand, der om ikke uforskyldt så dog heller ikke med velvilje har ladet sig føre ud i en kompromitterende forbryderrolle.

Hvis man havde skitseret en mere fast løsning for denne mulighed, havde man undgået den uskik, der hedder at opstille forbud uden at fortælle, hvad der sker, hvis man

overtræder dem. Det er muligt, at der ikke er tradition for at udpinde den slags. Men man bør ikke tænke altfor traditionelt, når

man har at gøre med en utraditionel lovgivning.