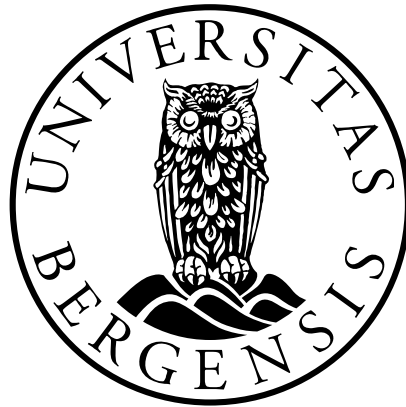


Politiets fysiske maktbruk ved pågripelser

Hvor går grensen for politiets maktbruk mot personer som skal pågripes, og hva kan være utfordringer ved gjeldene rett?

Kandidatnummer: 11

Antall ord: 14055



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.1.1 Avgrensning og videre fremstilling.....	5
2 Begrepsavklaring.....	7
3 Om politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd.....	8
3.1 Politiloven § 6	8
3.1.1 Behovskravet – makten må være ”nødvendig”	9
3.1.2 Proporsjonalitetsprinsippet i andre ledd – makten må ”stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”	11
3.1.3 Forsvarlighetskravet i fjerde ledd – makten må være ”forsvarlig”	12
3.2 Straffeloven § 18 andre ledd	12
3.2.1 Kort om nødverge og vilkåret ”ulovlig angrep”	12
3.2.2 Behovskravet – makten må ikke gå ”lenger enn nødvendig”	15
3.2.3 Proporsjonalitetsprinsippet – makten må ikke gå ”åpenbart ut over hva som er forsvarlig”	15
4 Forholdet mellom politiloven § 6 og straffeloven § 18 - hva er gjeldende rett hva gjelder politiets maktbruk ved pågrep?.....	17
4.1 Forholdet mellom ordlyden i politiloven § 6 andre og fjerde ledd, straffeloven § 18 andre ledd	17
4.2 Regulerer straffeloven § 18 andre ledd også maktbruk ved ordensmessige innbringelser etter politiloven § 8?.....	18
4.3 Gjeldene rett slik det følger av praksis fra Høyesterett.....	20
4.3.1 Hendelsesforløpet i Maglitekjennelsen	20
4.3.2 Sentrale utdrag fra Maglite I	20
4.3.3 Analytisk blikk på Maglitekjennelsen.....	21
4.3.4 Maglite II Rt. 2008 s. 696	22
4.3.5 Oppsummering av gjeldene rett	24
5 Problemstillinger knyttet til forholdet mellom politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd	25
5.1 Utdrøiningene knyttet til at politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd har ulike krav til forholdsmessighet	25

5.2	Utfordringene knyttet til at politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd har ulike formål og bakgrunn	27
5.3	Kan politiet etter straffeloven § 18 andre ledd bruke makt mot en som skal pågripes, dersom aktiv motstand er forventet, men ennå ikke har oppstått?	29
5.4	Omfattes straffeloven § 18 andre ledd av straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 om straffrihet ved overskridelse av nødverge?.....	31
6	Forholdet mellom nødverge og pågripelse	34
6.1	Setter gjeldene rett terskelen for nødverge annerledes for polititjenestepersoner enn for privatpersoner?	35
6.2	Hvor setter gjeldene rett grensen mellom straffeloven § 18 første ledd og andre ledd? 36	
7	Burde straffeloven § 18 andre ledd utformes annerledes?	39
7.1	Politiet og private har samme forholdsmessighetskrav for maktbruk ved pågripelser	39
7.2	Er straffeloven § 18 andre ledd overflødig for politiets henseende?.....	41
8	Avslutning	46
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

En av politiets kjerneoppgaver som samfunnets sivile maktapparat er å stanse og forfølge kriminalitet, jf. politiloven 4. august 1995 nr. 53 § 2 nr. 2. Pågripelser er et sentralt tvangsmiddel i politiets strafforfølging av personer som mest sannsynlig har begått en straffbar handling. Ettersom pågripelser er et sentralt verktøy ved kriminalitetsbekjempelse, er påtalemyndigheten avhengig av at politiet effektivt gjennomfører tvangsmiddelet. Politiet har, som eneste etat i Norge, monopol på maktbruk overfor publikum ved gjennomføring av sine tjenesteoppgaver.¹ For ivareta strafforfølgingsfunksjonen har politiet altså fullmakt til å i enkelte tilfeller bruke midler som ellers betegnes som forbrytelser i straffeloven, som for eksempel frihetsberøvelse, kroppskrenkelse og tvang.² Dersom politiet har rett til å anvende makt i den enkelte situasjonen, må vedkommende som pågripes tåle både frihetsberøvelse og maktbruk. Det finnes likevel grenser for hvor mye makt fra politiet en pågrepet må tåle, og det må således settes rammer for hvilke maktmidler politiet kan benytte seg av når, hvordan og hvor lenge. Det er også viktig å påpeke at det ikke kun er tale om bruk makt eller ikke, men også grader av maktbruk representert ved ulike maktmidler og intensiteten av anvendelsen.

Politiets maktbruk ved pågripelser er et aktuelt tema for videre drøftelse, ettersom politiets samfunnsrolle i økende grad har skiftet fra å være en øvrighet med vekt på politiets makt- og kontrollørrolle, til å inneha rollen som beskytter av borgernes fysiske trygghet og ivaretagelse fellesskapets interesser.³ Skiftet i politiets posisjon som maktapparat medfører mer drøftelse rundt legitimeringen av politiets anvendelse av makt mot egen befolkning, da det er et inngrep mot den enkelte, samtidig som at makt ofte er nødvendig for ivaretagelse av fysisk trygghet og fellesskapets interesser. Det må også antas at befolkningen de siste årene stiller større krav

¹ Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland, *Politirett*, 3. Utgave, Bergen 2016, s. 1281

² Auglend, 2016, s. 49, og Straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 §§ 251, 254 og 271.

³ Auglend, 2016, s. 245-246.

til politiets myndighetsutøvelse enn tidligere, noe som også innebærer en mer kritisk holdning til maktutøvelse.

Oppgavens sentrale fokus er å finne hvor gjeldende rett setter grensene for hva som er lovlig maktbruk under pågripelser og ikke, og utfordringer ved grensen. Avklaring av grensene er viktig for polititjenestepersonene som skal utøve makt, slik at de er klar over hva som er innenfor de lovlige rammene og ikke. Det kan også hevdes at befolkningens tillit til politiet øker dersom det er klart hvor intenst og i hvilke situasjoner politiet har rett til å bruke makt ved pågripelser. Klargjøring av grensene for politiets maktbruk vil også være av sentral betydning med tanke på hensynet til borgernes forutberegnelighet knyttet til hva de kan forvente av inngrep fra det offentlige. Likeledes kan det stilles spørsmål ved om hjemmelens bakgrunn i nødvergehensyn er treffende sett hen til politiets rolle som samfunnets maktapparat, og om hjemmelen burde utformes annerledes.⁴ Når staten anvender midler mot sin egen befolkning som ellers er kategorisert som straffbare handlinger, bør både teoretisk prinsipielle og praktiske problemstillinger uansett drøftes inngående.

1.1.1 Avgrensning og videre fremstilling

Oppgaven begrenser seg til pågripelser, og vil derfor ikke søke å klargjøre nødvergebegrunnet maktbruk ved iverksettelse av andre tvangsmidler. Det bemerkes at beslutningen om å foreta en pågripelse er ett inngrep, mens maktbruk for å gjennomføre pågripelsen er et nytt og separat inngrep i en persons rettsfære. Oppgaven vil kun omhandle sistnevnte type inngrep. Oppgaven avgrenses også til å gjelde maktbruk mot personen som pågripes, og ikke mot vedkommendes eller andres eiendom. Avgrensningen gjøres da maktbruk mot person gjerne reiser flest problemer både rettslig og faktisk, da det angår borgeres integritet, fred og frihet. Videre vil maktbruk i relasjon til politiets ordensoppgaver kun brukes som sammenligningsgrunnlag, med unntak fra en drøftelse av hvorvidt ordensmessige innbringelser også reguleres av straffeloven § 18 andre ledd.⁵ Videre er det maktbruk i seg selv som drøftes, men ulike maktmidler vil underveis bli brukt som eksempler. Til slutt

⁴ Per Augdahl, *Nødverge*, Oslo 1920, s. 5 og 6. Se også punkt 5.2 og 7.2.

⁵ Se punkt 4.2.

avgrenses oppgaven til å kun gjelde grensen mellom lovlig og ulovlig maktbruk. Grensen for hva som er kritikkverdig handlemåte og ikke, vil ikke altså ikke være et tema.

I det videre vil oppgaven først foreta en kort avklaring av hva som menes med begrepene pågripelse og makt. Deretter vil prinsippene i politiloven § 6 andre og fjerde ledd redegjøres for, før vilkårene i straffeloven § 18 andre ledd utgreies og sammenlignes med politiloven § 6. Videre vil oppgaven forsøke å fastslå hvor gjeldende rett setter grensen for maktbruk ved pågripelser. Det fokuseres herunder på to Høyesterettsdommer med samme saksforhold, men som resulterte i ulikt domsslutning. Deretter redegjøres det for flere utfordringer knyttet til hjemmelsgrunnlaget. Under punkt 6 belyses hva som er forskjellen mellom utøvelse av nødverge og anvendelse av makt for å gjennomføre en pågripelse. Grensen mellom nødverge og maktbruk ved pågripelse er ofte flytende, da skillet som regel beror på forhold som baserer seg på maktanvenderens subjektive opplevelse av situasjonen og mening med maktutøvelsen. Oppgaven tar så for seg hvorvidt det er hensiktsmessig at straffeloven § 18 er utformet slik at de samme krav gjelder for private som for politiet. Til slutt drøftes det kort om hjemmelen for politiets maktbruk for gjennomføring av pågripelser heller burde plasseres i politiloven § 6.

2 Begrepsavklaring

Pågrepelse er et strafferettslig inngrep fra politiet som medfører at en person tas med til politistasjonen, berøves sin frihet og får status som siktet i den aktuelle straffesaken mot vedkommende.⁶ En pågrepelse besluttes som regel av påtalemyndigheten eller av retten etter straffeprosessloven § 175 første ledd, men unntaksvis kan polititjenestemenn eller privatpersoner selv beslutte pågrepelse etter § 176 første ledd dersom de treffer en person på ”fersk gjerning eller ferske spor”.⁷

Videre utgjør maktbegrepet en sentral del av oppgaven. Det er ingen forklaring på hva som ligger i begrepet ”makt” i politiloven § 6. Det følger derimot av forarbeidene til politiloven at makt er “tvangsmessige fysiske inngrep mot person eller eiendom”.⁸ Politiinstruksen § 3-2 andre ledd definerer makt som ”tvangsmessige fysiske inngrep mot person, og mot fast eller rørlig eiendom i tilfelle der denne eiendom blir påført skade.” Politiinstruksen definerer maktbegrepet nesten likt som forarbeidene til politiloven, men med den innsnevring at definisjonen kun anser det for å være makt mot eiendom dersom den fysisk påtvungne kraftanvendelsen påvirker eiendommens substans. Videre er det klart at kraftanvendelsen kan skje enten i form av direkte kroppskontakt, eller indirekte ved bruk av hjelpemidler som for eksempel batong eller hund.⁹ Det er også klart i praksis og juridisk teori at psykisk makt omfattes av maktbegrepet.

Det bemerkes at selv om beslutningen av pågrepelse treffes av påtalemyndigheten eller av retten, er det den enkelte polititjenestepersonen som i situasjonen beslutter hvorvidt maktbruk er tilrådelig eller ikke.¹⁰ Betydningen av dette vil det redegjøres nærmere for under.

⁶ Anders Bratholm, *Pågrepelse og varetektfengsel*, Oslo 1957, s. 1. Jf. strpl. §§ 171-173, jf. § 82.

⁷ Bratholm, 1957, s. 3

⁸ Ot.Prp. nr. 22 (1994-1995) s. 60

⁹ Auglend, 2016 s. 679

¹⁰ Dette er en del av det politirettslige opportunitetsprinsippet, se bla. Johan Boucht, *Polisiär våldsanvändning*, Uppsala 2011, s. 249.

3 Om politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd

3.1 Politiloven § 6

Politiloven § 6 andre og fjerde ledd lyder som følger:

”Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten av svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt. De midler som anvendes må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig.

[...]

Politiet kan anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig.”

Hele politiloven § 6 er en sekundærhjemmel med grunnprinsipper som setter begrensninger for utøvelsen av all politimyndighet.¹¹ At § 6 er en sekundærhjemmel medfører at bestemmelsen aldri kan hjemle inngrep i en persons rettsfære uten en tilhørende materiell hjemmel, men at den samtidig alltid gjør seg gjeldene ved effektivering av inngreps hjemmelen.¹² Vilkårene i både § 6 andre og fjerde ledd må konstant være oppfylt i situasjoner der politiet anvender makt, og polititjenestepersonene må hele tiden ta stilling til hvorvidt makten bør opphøre, fortsette eller opptrappe i intensitet.¹³ Etter § 6 fjerde ledd og påtaleinstruksen § 3-2 har politiet rett, og enkelte ganger plikt, til å bruke fysisk makt for å gjennomføre en tjenestehandling.¹⁴

¹¹ Overskriften til § 6, Auglend, 2016 s. 623, Steinar Fredriksen, Tor-Geir Myhrer, *Politirett i et nøtteskall*, Oslo 2016, s. 96. Merk at § 6 ikke nødvendigvis gjør seg gjeldene ved pågripelser, jf. punkt 4.

¹² Boucht, 2011, s. 250. Den svenske polislagen § 10 har samme funksjon som politiloven § 6. Se også Myhrer, 2016 s. 96.

¹³ Auglend, 2016, s. 666, Myhrer, 2016 s. 203 og Rt. 2007 s. 1172 avsnitt 40 som konstaterer at det må foretas en ny vurdering av vilkårene i politiloven § 6 dersom politiet vurderer å bruke et skarpere maktmiddel.

¹⁴ Auglend, 2016 s. 625

Det følger av politiloven § 6 fjerde ledd at maktbruk både må være ”nødvendig” og ”forsvarlig”. For å finne innholdet i nødvendighetskravet i fjerde ledd, må subsidiaritetskravet i andre ledd tolkes og anvendes. Også forholdsmessighetskravet i § 6 andre ledd må vurderes på ethvert trinn i en situasjon der politiet anvender makt.¹⁵ Prinsippene som omtales i dette kapittelet er også nedfelt i politiinstruksen §§ 3-1 og 3-2. Disse grunnprinsippene kan også utledes av straffeprosessloven §§ 170a og 178. I det videre omtales kun prinsippene fra politiloven § 6 andre og fjerde ledd.

3.1.1 Behovskravet – makten må være ”nødvendig”

Det følger av politiloven § 6 fjerde ledd at inngrepet må være ”nødvendig”. Ordlyden tilsier at makten må ansees for å være uunnværlig. En slik forståelse kan derimot neppe legges til grunn, da det ville ført til at politiet i realiteten ville blitt handlingslammet. Det er enighet i juridisk teori om at vilkåret ”nødvendig” forstås slik at det er tilstrekkelig dersom tjenestehandlingen med rimelighet ikke kan gjennomføres på annen måte enn med makt.¹⁶ Dette innebærer at nødvendighetskravet er en form for ”glideskala” der nytteeffekten veies mot alvorligheten av inngrepet makten representerer. Formålet med behovskravet er følgelig at polititjenestepersonen ikke skal foreta inngrep i andres rettsfære ut fra bekvemmelighetshensyn.¹⁷

Behovskravet etter fjerde ledd kan deles opp i flere kumulative vilkår, der den vanligste inndelingen i juridisk teori er oppdeling etter subsidiaritetsprinsippet, kravet til adekvans og forbudet mot eksess.¹⁸ Inndelingen, og den videre drøftelsen av denne, baseres i stor grad på ordlyden i § 6 andre ledd. Politiloven § 6 andre ledd fastslår at politiet ikke kan bruke ”sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt.” En naturlig forståelse av lovteksten tilsier at polititjenestepersonen enten først må ha prøvd en mindre inngripende fremgangsmåte som ikke har fungert, eller at vedkommende regner med at et mindre inngripende maktmiddel ikke

¹⁵ Myhrer, 2016 s. 202

¹⁶ Auglend, 2016 s. 630, Boucht, 2011, s. 258, Myhrer, 2016, s. 98

¹⁷ Auglend, 2016 s. 629-631

¹⁸ Myhrer, 2016 s. 202

vil være suksessfullt. Under subsidiaritetsprinsippet er det videre et krav om at det mindre inngripende maktmiddelet ”må antas” å være utilstrekkelig eller uhensiktsmessig. Etter ordlyden foreligger det et vilkår om at polititjenestepersonen holder det for overveiende sannsynlig at det svakere middelet er utilstrekkelig, og at vedkommende derfor må ta i bruk den mer inngripende metoden enten dette er anvendelse av makt eller opptrapping i maktmiddel.

Videre oppstilles det under behovskravet et vilkår om adekvans, altså at maktmiddelet som anvendes må være hensiktsmessig og egnet til å få tjenestehandlingen gjennomført.¹⁹ Som regel omtales adekvanskravet separat fra kravet til subsidiaritet, men etter ordlyden i § 6 andre ledd fremstår adekvans derimot som en nødvendig del av subsidiaritetskravet. Et maktmiddel som verken er egnet eller hensiktsmessig, vil naturligvis samtidig være ”utilstrekkelig [og] uhensiktsmessig”. I denne oppgaven tolkes derfor ordlyden slik at adekvanskravet er en del av subsidiaritetskravet. Også Boucht stiller spørsmål ved hvorfor adekvans tradisjonelt oppstilles som et separat kumulativt vilkår.²⁰

Det siste kumulative vilkåret under behovskravet er at maktbruken må være temporær og tilstrekkelig.²¹ Det vil si at maktmiddelbruken må være ”nødvendig” når polititjenestepersonen bestemmer seg for å anvende makt og under alle stadier av inngrepet, og at bruken av makt ikke overskrider det som trengs for å få gjennomført tjenestehandlingen. Kravet oppfylles for eksempel ikke dersom en polititjenesteperson fortsetter å slå en person som skal pågripes med batong dersom vedkommende ikke lenger øver aktiv motstand. Tjenestepersonen må altså vurdere intensiteten i maktanvendelsen, og i hvor lang tid maktbruken skal pågå. Dersom en polititjenesteperson anvender et maktmiddel lenger eller

¹⁹ Auglend, 2016 s. 634

²⁰ Boucht, 2011 s. 260 – også svensk rett oppstiller et nødvendighetskrav med underliggende krav til subsidiaritet og adekvans.

²¹ Auglend, 2016 s. 637

mer kraftfullt enn det som er nødvendig, oppstår såkalt eksess.²² Nødvendighetsvurderingen er således en konstant vurdering som må foretas underveis i en maktanvendelsessituasjon.²³

3.1.2 Proporsjonalitetsprinsippet i andre ledd – makten må ”stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”

Etter polititjenestepersonen har funnet det ”nødvendig” å anvende makt, må han deretter stille spørsmålet om makten også ”stå[r] i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”, jf. pl. § 6 andre ledd. Ordlyden i andre ledd peker hen til en proporsjonalitetsvurdering der alle relevante forhold rundt situasjonen mellom tjenesteperson og lovovertreder kan tas i betraktning. Hensynene som avveies er det offentliges interesser ved å anvende makt, veid opp mot ulempen makten innebærer for adressaten.²⁴

Proporsjonalitetsprinsippet kan medføre at makt kan fremstå nødvendig for å få gjennomført en tjenestehandling, samtidig som polititjenestepersonen plikter å forholde seg passiv dersom makt ikke fremstår forholdsmessig. Vurderingen tjenestepersonen foretar er derimot prospektiv, noe som kan representere en utfordring da enkelte hensyn og konsekvenser først vil vise seg i ettertid. Det er viktig å påpeke at vurderingen av hvorvidt makten er lovlig eller ikke, uansett må baseres på situasjonen slik fremsto for tjenestepersonen i øyeblikket, jf. strl. § 25. Kunnskapen og erfaringen til den enkelte polititjenestepersonen er derfor helt sentral i vurderingen, da dette vil påvirke hvordan vedkommende opplever situasjonen.

Makten politiet utøver må som nevnt ”stå i forhold til” omstendighetene i den aktuelle situasjonen, jf. § 6 andre ledd. Ordlyden viser til at det ikke må foreligge et misforhold mellom fordelene og ulempene ved inngrepet. På grunn av bestemmelsens negative formulering er det inngrepets ulemper som ikke må stå i misforhold. Dersom det offentliges interesser og adressatens interesser anses for å være likevektige, vil det offentliges interesser

²² Ib Henricson, *Politiret*, 5. Utgave, København 2012, s. 143-144 – slik illegitim tjenesteutøvelse kalles i dansk rett for ”magtmisbrug”. Nødvendighet er også et krav for maktbruk i dansk rett.

²³ Boucht, 2011 s. 264

²⁴ Boucht, 2011 s. 265-266 – proporsjonalitetskravet er det samme i svensk rett som i norsk.

derfor få forrang.²⁵ Ut fra hensynet til at forholdsmessighetsvurderingen må foretas av den enkelte polititjenesteperson i den aktuelle situasjonen, kan det likevel ikke gjøres gjeldene noe ekvivaleringskrav eller krav om at interessene peker i en marginal positiv eller negativ retning.²⁶

3.1.3 Forsvarlighetskravet i fjerde ledd – makten må være ”forsvarlig”

Det følger av politiloven § 6 fjerde ledd et krav om at polisiær maktutøvelse må være ”forsvarlig”. Ordlyden gir i seg selv ikke veiledning utover at makten som anvendes må være akseptabel og forholdsmessig. I nyere juridisk teori er det derimot satt fokus på at forsvarlighetskravet skiller seg fra proporsjonalitetsvurderingen ved at forsvarlighet tar i betraktning ekstraordinære følger overfor adressaten, og risikoen for at tredjepersoner blir skadet som følge av maktbruken.²⁷ Det klassiske eksempelet på innholdet i vilkåret ”forsvarlig”, er at tjenestepersonen kan finne bruk av skytevåpen mot bankranere som skal til å skyte et gissel som både proporsjonalt og nødvendig, mens det samtidig kan være uforsvarlig dersom hendelsen finner sted i en folksom gate.

3.2 Straffeloven § 18 andre ledd

3.2.1 Kort om nødverge og vilkåret ”ulovlig angrep”

Straffeloven § 18 første og andre ledd lyder slik:

”En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og

²⁵ Auglend, 2016 s. 641

²⁶ Auglend, 2016 s. 640-641

²⁷ Myhrer, 2016 s. 204, Auglend, 2016 s. 646-648, Myhrer, 2016 s. 75-78

- c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.

Regelen i første ledd gjelder tilsvarende for den som iverksetter en lovlig pågrepelse eller søker å hindre at noen unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff.”

Nødverge dreier seg om situasjoner der det foreligger et ulovlig angrep på et rettsgode, jf. strl. § 18 første ledd. Nødvergehandlingen utøves i forsvar av et rettsgode som står i fare, og det sies derfor at rett står mot urett.²⁸ Det foreligger derimot ikke en absolutt rett til nødverge, og heller ikke en absolutt rett til å foreta alt som er nødvendig for å avverge et angrep. Det samme gjelder etter bestemmelsens andre ledd, der den som pågriper en annen gis rom til å ty til fysisk makt hvis dette fremstår som ”åpenbart [...] forsvarlig”.

Hvorvidt det er tale om en nødvergehandling eller en pågrepelse beror på oppfyllelse av to krav.²⁹ Det utøves nødverge dersom personen som anvender makt hovedsakelig har til hensikt å forsvare seg selv eller sine eiendeler mot et ulovlig angrep, men i tilfelle der tjenestepersonen møter motstand, men ellers har kontroll over situasjonen og fortrinnsvis forsøker pågripe, foreligger derimot en pågrepelse av vedkommende.³⁰ Etter ordlyden i § 18 andre ledd er det et vilkår om at det må foreligge et ”ulovlig angrep”, da andre ledd konstaterer at vilkårene i første ledd gjelder tilsvarende. Det har likevel vært lang tradisjon i juridisk teori for at vilkåret ”ulovlig angrep” ikke gjelder overfor situasjoner i andre ledd, og at det er tilstrekkelig med passiv motstand fra personen som pågripes.³¹

En slik forståelse kan også utledes av ordlyden i § 18. Dette fordi de objektive vilkårene i første og andre ledd ville vært de samme dersom pågripelser etter andre ledd også krevde et angrep på et rettsgode. At det ikke foreligger krav om et angrep passer også godt med resten

²⁸ Grønning, Linda, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, s. 445

²⁹ Steinar Fredriksen, ”Polititjenestepersoners og privatpersoners adgang til å benytte straffeprosessuelle tvangsmidler”, *Tidsskrift for strafferett 01/2016*, Oslo 2016 s. 8-34 (punkt 3.2.5)

³⁰ Fredriksen, 2016, punkt 3.2.5

³¹ Grønning, 2016 s. 466, Augdahl, 1920 s. 95 - der han skriver at hva som er bestemt for handlinger som foretas for å avverge rettsstridige angrep også kommer til anvendelse med hensyn til en lovlig pågrepelse.

av ordlyden i andre ledd, som konstaterer at makt kan anvendes mot personer som ”unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff.” Ordlyden tilsier at politiet kan anvende fysisk makt mot en arrestant som på hvilken som helst måte forsøker å forhindre en varetektsfengsling eller en annen form for frihetsstraff. Ved krav om et ”ulovlig angrep” ville rettstilstanden vært slik at politiet måtte vente på at arrestanten brukte vold mot et retts gode for at de kunne pågripe vedkommende med makt.³² En slik løsning ville verken vært praktisk eller samsvarende med politiets rolle som samfunnets håndheverende makt. Det følger også av situasjonens natur som innebærer at politiet skal gjenopprette en ulovlig tilstand i form av pågrepelse av personer mistenkt for kriminalitet, at unndragelse fra pågrepelse i seg selv er grunnlag for anvendelse av makt.

Politiet kan altså anvende makt dersom vedkommende som skal pågripes i det minste yter passiv motstand for å hindre pågripelsen. Med passiv motstand menes her tilfeller der adressaten setter seg til motverge for å hindre pågrepelse, uten at vedkommendes kraftanvendelser retter seg direkte mot polititjenestepersonens kropp. Det er tilstrekkelig at vedkommende ”unndrar seg” pågripelsen, jf. § 18 andre ledd. Passiv motstand er altså ikke-voldelige kraftanvendelser. Eksempler på passiv motstand er der arrestanten holder seg fast i en lyktestolpe eller prøver å holde seg oppreist mens tjenestepersoner forsøker å legge vedkommende i bakken. Aktiv motstand foreligger derimot der den pågrepne bruker fysisk kraft mot en person i den hensikt å forhindre pågripelsen, for eksempel ved slag eller spark rettet mot polititjenestepersonen som iverksetter pågripelsen, altså et ”ulovlig angrep”.³³ Ved aktiv motstand oppstår ofte grensetilfeller der det kan være uklart hvorvidt makten som anvendes under pågripelsen utøves for å beskytte tjenestemannen selv, eller for å gjennomføre pågripelsen.³⁴ Det er her viktig å huske at nødverge avses til individer i konkrete tilfeller, og ikke til politiet som offentlig etat.³⁵ Skillet mellom nødvergetilfeller etter § 18 første ledd og pågripelser etter andre ledd vil drøftes nærmere under punkt 6, da skillet kan være vanskelig å trekke, og da det er av betydning på flere plan.

³² Mer om dette under punkt 6.

³³ Prop. 1983/84:111 s. 93

³⁴ Gröning, 2016 s. 466. Se mer om dette under punkt 6.

³⁵ Norée, Annika, *Polisers rätt till våld*, Stockholm 2008, s. 43

3.2.2 Behovskravet – makten må ikke gå ”lenger enn nødvendig”

Straffeloven § 18 første ledd bokstav b krever at personen som pågriper en annen ”ikke går lenger enn nødvendig”. Slik som politiloven § 6, henspiller ordlyden på minste-middelregelen ved at polititjenestepersonen ikke kan bruke mer makt eller et skarpere maktmiddel enn det som etter situasjonen fremstår som nødvendig. Videre tilsier også ordlyden av ”lenger” at polititjenestepersonen ikke skal bruke makt over et lenger tidsspenn enn det situasjonen krever. Ordlyden av ”lenger” taler også for at politiet ikke skal bruke makt i større intensitet enn det som kreves for å få gjennomført pågripelsen.³⁶ Tolkningen støttes også av forarbeidene i uttalelsen ”Kan angrepet avverges med mindre kraftige midler eller på en annen måte, må man nøye seg med det.”³⁷ Det bemerkes at det likevel er politimannens oppfatning av situasjonen og hva han anser for å være ”nødvendig” som er avgjørende, jf. strl. § 25.³⁸ Det må likevel være naturlig at polititjenestepersonens oppfatning av situasjonen ikke kan legges til grunn uten at vedkommendes syn i noen grad er berettiget, og vurderingen av forholdene er foretatt på noenlunde forsvarlig vis.

3.2.3 Proporsjonalitetsprinsippet – makten må ikke gå ”åpenbart ut over hva som er forsvarlig”

Straffeloven § 18 første ledd bokstav c) oppstiller en begrensning for maktbruk ved pågripelser, ved at politiet ”ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.” Ordlyden peker hen til en forholdsmessighetsvurdering i favør av personen som iverksetter pågripelsen.³⁹ Forarbeidene uttaler at det er tale om en ”etisk vurdering av nødvergehandlingen”. Dette har bakgrunn i at det i nødvergesituasjoner står rett mot urett, og at personen som utøver nødverge derfor bør gis et visst spillerom.⁴⁰

³⁶ Johannes Andenæs, Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave, Oslo 2004, s. 166 – denne forståelsen ble også lagt til grunn ved tolkningen av straffeloven 1902 § 48 andre ledd.

³⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420

³⁸ Eckhoff, Torstein, *Politivold – omfang, årsaker og mulige botemidler*, I: Gule, Lars, Preben Falck, Politivold, forskning og rettssikkerhet, Bergen 1991, s. 30

³⁹ Andenæs, 2004 s. 166

⁴⁰ Andenæs, 2004 s. 166

Til forskjell fra andre som utøver en nødvergehandling, har politiet som regel ikke mulighet til å flykte fra situasjonen da tjenesteforholdet innebærer en handleplikt og en plikt til å følge ordre.⁴¹ Slikt sett kan det se ut til at politiet har større spillerom under forholdsmessighetsvurderingen, jf. strl. § 18 første ledd. På den annen side er polititjenestepersoner trent og opplært i håndtering av kaotiske og alvorlige situasjoner, noe som kan trekke i retning av at proporsjonaliteten er noe snevrere enn for privatpersoner. Drøftelsen rundt dette vil fortsette videre under punkt 6, om skillet mellom straffeloven § 18 første og andre ledd.

⁴¹ Andenæs, 2004 s. 167

4 Forholdet mellom politiloven § 6 og straffeloven § 18 - hva er gjeldende rett hva gjelder politiets maktbruk ved pågripelse?

4.1 Forholdet mellom ordlyden i politiloven § 6 andre og fjerde ledd, straffeloven § 18 andre ledd

I 2015 trådte den nye straffeloven i kraft, og ordlyden ble endret fra ”ubetinget utilbørlig” i straffeloven 1902 § 48, til ”åpenbart [...] forsvarlig” i straffeloven § 18. I forarbeidene uttales det i den forbindelse at ”Selv om grensene for hva som skal aksepteres snevres noe inn, er det meningen at den angrepne fremdeles skal ha rikelige marginer i sin vurdering av hva som er etisk forsvarlig.”⁴² Ordlyden av ”ubetinget utilbørlig” tilsier at makten ikke oppfyller forholdsmessighetskravet dersom de offentlige hensyn klart er mindre tungtveiende enn hensynet til den som pågripes. Videre trekker en naturlig forståelse av ”åpenbart [...] forsvarlig” i straffeloven § 18, i retning av at bestemmelsen etterlater et videre rom for maktbruk enn vilkåret ”stå i forhold til” i politiloven § 6 andre ledd. Dette fordi ordlyden i § 18 etterlater en margin til fordel for de offentlige hensyn gjennom ordet ”åpenbart”, mens § 6 krever likevekt mellom hensynet til den pågripne og hensynene bak gjennomføring av pågripelsen.⁴³ Spriket mellom politiloven § 6 og straffeloven § 18 er dermed blitt noe mindre enn tidligere, ved at proporsjonalitetsvurderingene er kommet nærmere hverandre.

Ordlyden i straffeloven § 18 første ledd fastslår at makten ikke skal gå ”åpenbart utover hva som er forsvarlig”. Loven bruker således ordet ”forsvarlig”, men i sett i kontekst med resten av setningen henviser ikke ”forsvarlig” til en forsvarlighetsvurdering, men heller til at ordet er en del av formuleringen av proporsjonalitetskravet. Forskjellen med og uten et separat

⁴² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 421. Uttalelsen er i forbindelse med nødverge etter første ledd, men ettersom vilkåret også er gjeldene for andre ledd, er uttalelsen relevant.

⁴³ Merk at problemstillingen drøftes nærmere under punkt 5.1

forsvarlighetskrav er at vurderinger etter straffeloven § 18 andre ledd, ikke anser hensynet til tredjepersoner eller ekstraordinære skadefølger som momenter i vurderingen av om makt skal anvendes eller ikke. Slikt sett kan vurderingen etter straffeloven virke noe snevrere og mer ensidig enn etter politiloven, da vurderingene som foretas kun gjelder forholdet mellom tjenestepersonen og den som skal pågripes.⁴⁴ Forholdet til tredjepersoner, og hvorvidt maktbruk overfor dem er lovlig, må i så fall vurderes etter nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17.⁴⁵ Vurderingen må etter dette være om inngrepet overfor tredjepersonen fremstår som den rimeligste utvei for å sikre seg mot faren den pågripne representerer, i tillegg til at interesseovervekten i favør av makten som brukes ved pågripelsen, må være særdeles betydelig.⁴⁶ Slikt sett fremstår forskjellen mellom politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd på dette punkt for å være så markant som antatt.

4.2 Regulerer straffeloven § 18 andre ledd også maktbruk ved ordensmessige innbringelser etter politiloven § 8?

Straffeloven § 18 andre ledd sitt virkeområde er etter ordlyden ”lovlige pågripelser”. Ordlyden tilsier at andre ledd kun regulerer straffeprosessuelle pågripelser etter straffeprosessloven §§ 171-173.⁴⁷ Spørsmålet er likevel hvorvidt bestemmelsen kan tolkes utvidende til å også omfatte innbringelser etter politiloven § 8. Spørsmålet bør avklares da det medfører at drøfting av gjeldene rett, eventuelt utvides til å omfatte alle tilfeller der politiet har kompetanse til å ta med personer til politistasjonen mot sin vilje.

⁴⁴ Auglend, 2016 s. 678. Se punkt 4.3 om hva som er gjeldene rett vedrørende forsvarlighetskrav,

⁴⁵ Rt. 1979 s. 429 fastslo at forholdet til tredjepersoner måtte vurderes etter straffeloven § 17.

⁴⁶ Gröning, 2016 s. 421-430

⁴⁷ Nærmere om dette under punk 2.

Politiinstruksen anvender ordene ”pågrepse” og den ”pågrepe” i relasjon til både straffeprosessuelle pågrepse og polisiære innbringelse. ⁴⁸ Også rundskriv omtaler pågrepse sammen med innbringelse. ⁴⁹ Hensynet til sammenhengen i rettssystemet taler derfor for at denne forståelsen av ”pågrepse” også bør legges til grunn ved tolkningen av straffeloven § 18 andre ledd. På den annen side ble maktbruk fra politiet i lagmannsrettsdommen LB-2012-081634 vurdert etter politiloven § 6 fjerde ledd, noe som taler for at makt ved innbringelse reguleres etter politiloven. Men ettersom dommen er avsagt i lagmannsretten og at det derfor ikke er et prejudikat, bør den ikke veie like tungt i drøftelsen som en Høyesterettsdom.

Juridisk teori legger derimot til grunn at innbringelse omfattes av straffeloven § 18 andre ledd. Auglend fastslår dette flere ganger i *Politirett* uten nærmere redegjørelse. ⁵⁰ Likeledes uttaler Matningsdal i sine kommentarer til straffeloven at ”Foruten de tilfellene som er direkte nevnt i § 18, gjelder § 18 annet ledd sannsynligvis også ved innbringelse etter lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet § 8.” ⁵¹ Også Myhrer mener at straffeloven § 18 andre ledd favner om innbringelse, men strekker seg lenger enn de andre teoretikerne ved å også omfatte frihetsberøvende anholdelse. ⁵²

Praktiske hensyn taler i samme retning, da både innbringelse og pågrepse bærer de samme ytre kjennetegn ved at en person tas med til politistasjonen. Innbringelse fører ofte til en etterfølgende pågrepse, ettersom det ved innbringelse til politistasjonen kan oppdages omstendigheter som fører til forholdet rekke opp terskelen for pågrepse ”skjellig grunn” i straffeprosessloven § 171 første ledd. Det ville vært beklagelig dersom gjeldene rett ved maktbruk skilte mellom innbringelse og pågrepse, da politiet, i alle fall i teorien, kunne gått glipp av muligheten til å forfølge straffbare forhold da tilstrekkelig bevissikring ville blitt vanskelig gjort som følge av færre innbringelse på grunn av strengere krav til maktbruk. Etter

⁴⁸ Spurkland, Kai, ””Vi kjører han inn for en sjekk” - Når skal politiets maktbruk i ordentjeneste hjemles i straffeprosessloven og når skal den hjemles i politiloven?”, *Tidsskrift for strafferett* 01/14, Oslo 2014 s. 61-84 (punkt 4.5)

⁴⁹ Se blant annet Politidirektoratets rundskriv 2007/011, *Halsgrep, mageleie ved pågrepse/innbringelse ved transport av arrestanter mv.*

⁵⁰ Auglend, 2016 s. 676 og 678

⁵¹ Myhrer, Tor-Geir, *Norsk lovkommentar til Lov om politiet 4. august 1995 nr. 53*, Oslo 2013. Note 117.

⁵² Myhrer, 2016 s. 205-206. Frihetsberøvelse referer her til EMK art. 5.

dette konkluderes det med at ”pågrepser” i straffeloven § 18 andre ledd omfatter innbringelser, men ikke anholdelser.

4.3 Gjeldene rett slik det følger av praksis fra Høyesterett

4.3.1 Hendelsesforløpet i Maglitekjennelsen

Ettersom straffelovendringen som trådte i kraft i 2015 ikke var ment å medføre noen endring i rettstilstanden etter § 48 tredje ledd, kan rettspraksis fra før 2015 anvendes i tolkningen av § 18.⁵³ ”Maglitekjennelsen” i Rt. 2007 s. 1172, belyser flere aspekter rundt politiets maktbruk under pågrepser, og viser hvordan Høyesterett anser rettstilstanden for å være.

Maglitekjennelsen gjaldt tre polititjenestepersoner A, B og C, som ble tiltalt på bakgrunn av et hendelsesforløp som i avsnitt 52 beskrives slik: ”etter at bilen var stanset og motoren slått av, skjedde en trinnvis opptrapping av virkemiddelbruken. Når det ikke lyktes med fysisk makt å få kontroll over føreren, forsøkte man med pepperspray, som heller ikke ga synlig effekt. C tok etter dette til med å slå ulike steder på kroppen, delvis med knyttet neve og delvis med Maglite lommelykt. Maktopptrappingen kulminerte så med slag med lommelykten mot hodet, først et ”løst kakk” og så to slag mot fremre del av hodet, noe som påførte E et åpent sår.”

4.3.2 Sentrale utdrag fra Maglite I

Flertallet i Rt. 2007 s. 1172 uttalte i avsnitt 21 at straffeloven 1902 § 48 tredje ledd ”har vært anvendt og ansett som hjemmel for politiets maktbruk ved pågrepser.” Videre fortsatte Førstvoterende i slutten av avsnitt 25 med at det ”ved vedtagelsen av en ny politilov var det derfor ønskelig å få lovfestet en slik alminnelig hjemmel for å politiets maktbruk, jf. lovens § 6 fjerde ledd. Det er imidlertid ikke nevnt noe om at denne skulle komme istedenfor

⁵³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420

straffeloven § 48 tredje ledd ved politiets maktbruk i pågripelsessituasjoner, noe som peker i retning av at dette heller ikke har vært hensikten.” Førstvoterende avviste relativt kort påtalemyndighetens anførsel om at lagmannsretten hadde anvendt feil rettsgrunnlag, ved å legge straffeloven 1902 § 48 tredje ledd til grunn istedenfor politiloven § 6.

Om premissene for de kommende vurderingene for A, B og C fastslår avsnitt 40 at det må skje ”en samlet vurdering ut fra den situasjon som forelå slik den fortonte seg for tjenestemennene. Samtidig må handlingene vurderes i lys av prinsippene i politiloven § 6 andre ledd. I denne forbindelse vil en vurdering av mulige alternativer til de foretatte handlinger stå sentralt. Kravet til forholdsmessighet og om bruk av minst inngripende virkemiddel må vurderes i tilknytning til hvert enkelt ledd i hendelsesutviklingen.” Dette er et sentralt avsnitt i dommen, da det gjøres klart at politiloven § 6 står sentralt i vurderingen av ”ubetinget utilbørlig” i straffeloven 1902 § 48 tredje ledd, at det er handlingsalternativene slik de fremsto for den enkelte polititjenestepersonen som det drøftes ut fra, og at vurderingen foretas samlet.

Videre i avsnitt 54 og 55 uttalte flertallet at ”Jeg kan vanskelig se at den situasjon som forelå på noen som helst måte kunne forsvare en så drastisk handling. Det var således ikke noe som tilsa at Cs eller de øvrige polititjenestemennenes liv og helse var i fare.” Førstvoterende målte her maktbruken opp mot hvor alvorlig situasjonen fremsto, og kom frem til at ettersom det ikke forelå en nødvergesituasjon etter straffeloven § 18 første ledd, så var makten eksessiv.

4.3.3 Analytisk blick på Maglitekjennelsen

Høyesterett klargjorde tidlig i votumet at straffeloven 1902 § 48 tredje ledd var korrekt hjemmel for maktbruk ved pågrepelse, og ikke politiloven § 6 fjerde ledd.⁵⁴ Avsnitt 35 er derimot egnet til å forvirre klarheten rundt hjemmelsgrunnlaget, da Førstvoterende uttalte at prinsippene i politiloven § 6 andre og fjerde ledd var de hovedsakelige momentene under vilkåret ”ubetinget utilbørlig”. Uttalelsene i avsnitt 28 til 32 kan derfor anses for å miste deler

⁵⁴ Rt. 2007 s. 1172 avsnitt 21 og 25.

av vekten, og det kan dermed virke som om straffeloven § 18 andre ledd ikke har mye selvstendig innhold utover et noe videre rom for hva som er lovlig maktbruk. Merk her at ettersom prinsippene i politiloven § 6 andre og fjerde ledd er momentene som vurderes under straffeloven § 18 andre ledd, fører dette til at polititjenestepersonen som vurderer å anvende makt også må foreta en forsvarlighetsvurdering som omtales under punkt 3.1.3.

Ved subsumsjonen over hvorvidt Cs slag var ulovlig eller om det falt innenfor marginen i straffeloven 1902 § 48 tredje ledd, ble det lagt særlig vekt på at slagene kunne hatt mer alvorlige følger, at det totalt var fem polititjenestepersoner på stedet og at det tok kort tid fra bilen ble stanset til C slo E i hodet. Disse forholdene tatt i betraktning, konkluderte Førstvoterende Tønder med at det var andre adekvate handlingsalternativer tilgjengelig for å få kontroll over E, ”i alle fall etter en viss tid”.⁵⁵ Videre ble det også lagt vekt på at det ikke forelå et ”ulovlig angrep”, og at det derfor ikke forelå en nødvergesituasjon. Med dette la Høyesterett stor vekt på hvor akutt situasjonen fremsto og hvordan politiet opplevde den pågrepnes motstand. Jo mer kaotisk og farlig situasjonen er for tjenestepersonene, desto mer makt gir straffeloven § 18 andre ledd margin for å utøve. Gjeldene rett forutsetter altså en glideskala der flere forhold som for eksempel den pågrepnes motstand og handlingsalternativer, må tas i betraktning.

4.3.4 Maglite II Rt. 2008 s. 696

Maglitekjennelsen ble opphevet overfor C, hvis sak ble sendt tilbake til lagmannsretten, som atter en gang frikjente han. Ettersom kun C stod som tiltalt i Maglite II, ble han gitt aliaset A. Det bemerkes også at fornærmede i Maglite II ble omtalt som G. I avsnitt 22 viste Førstvoterende til Rt. 2007 s. 1172 ved uttalelsen: ”Jeg legger denne rettsoppfatning til grunn for min drøftelse. Spørsmålet blir dermed om det faktum lagmannsretten nå har lagt til grunn, og som er langt mer detaljert beskrevet enn i den forrige dommen, avviker så mye fra det faktum som Høyesterett utledet av den forrige dommen, at disse forskjellene kan begrunne at frifinnelsen opprettholdes.” Høyesterett bekreftet med dette at straffeloven 1902 § 48 tredje ledd var riktig lovhjemmel og at bestemmelsen bør tolkes slik som i Rt. 2007 s. 1172.

⁵⁵ Rt. 2007 s. 1172 avsnitt 56 og 54

Videre fremhevet Førstvoterende Matningsdal at Høyesterett i Maglite I, anså A for å ha brukt eksessiv makt ettersom den pågrepnes motstand ble ansett for å være passiv. I denne sammenheng uttalte Høyesterett i Maglite II avsnitt 27 at ”til tross for at G bare hadde ytt passiv motstand, fremgår det av lagmannsrettens dom at A før slagene, var ”redd for kollegenes sikkerhet dersom han slapp taket i G.”⁵⁶ Deretter uttalte Førstvoterende videre i avsnitt 32 at: ”Lagmannsretten har nå lagt til grunn at det fra ”pågrepelsen av G begynte og til A slo mot Gs hode, gikk i alle fall nærmere 5 minutter.” Dommen har videre lagt til grunn at tjenestemennene subjektivt opplevde det slik at pågrepelsen tok ”adskillig lenger tid.”

I avsnitt 30 og 31 viste flertallet igjen til lagmannsrettens uttalelser om at ”Slik situasjonen var, og slik den også ble opplevet av tjenestemennene, jf. foran, var det etter lagmannsrettens syn ikke andre handlingsalternativer igjen dersom pågrepelsen skulle gjennomføres, enn slag mot hodet. [...] At tjenestemennenes personlige sikkerhet kunne være i fare, illustreres også av lagmannsrettens konklusjon om at ”slagene [var] nødvendige ledd i en lovlig og nødvendig pågrepelse der situasjonen nærmet seg nødverge.””

I Maglite II avsnitt 27 la Høyesterett vekt på As frykt for at situasjonen potensielt var farlig for sine kolleger, til forskjell fra Maglite I som fokuserte på at G i realiteten kun utøvde passiv motstand. Avsnitt 27 kan peke hen til at As frykt for at G kunne skade kollegaene utvidet rommet for maktbruk, selv om Gs faktiske motstand ikke var et voldelig angrep. Selv om frykten for aktiv motstand mot kollegaene også omtales i Maglite I, påvirket ikke dette rommet for maktbruk nevneverdig.⁵⁷ Maglite II betraktet altså As vurdering av sikkerhetssituasjonen for tjenestepersonene som et moment, mens Maglite I anså det som avgjørende hvordan situasjonen faktisk utspilte seg.⁵⁸ Vurderingen i Maglite II samsvarer godt med ordlyden i straffeloven § 18 andre ledd, der det skal foretas en vurdering ut fra ”hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er”. Ordlyden tilsier en avveining mellom skaderisikoen den avvergende handlingen medfører og hvor stor risiko for skade

⁵⁶ Rt. 2008 s. 696 avsnitt 27

⁵⁷ Rt. 2007 s. 1172 avsnitt 12 sammenholdt med avsnitt 55

⁵⁸ Rt. 2008 s. 696 avsnitt 31 og Rt. 2007 s. 1172 avsnitt 55

angrepet utsetter tjenestepersonen for⁵⁹. Ut fra ordlyden er det således tale om en risikoavveining som foretas i øyeblikket, og ikke en vurdering i etterkant når det er visshet om hva som faktisk skjedde.

Forskjellen mellom Maglite I og II består hovedsakelig av at faktumet de førstvoterende legger til grunn er forskjellig, men at Maglite II ellers stadfester rettsoppfatningen i Maglite I. Det er således klart at små ulikheter i situasjoner der makt brukes, kan være avgjørende for hvorvidt vedkommende polititjenesteperson straffes eller ikke. Eksempler på slike marginale situasjonsforskjeller er hvordan tjenestepersonene opplevde den pågrepnes væremåte og handlinger, effekten av allerede anvendte maktmidler, hvor lang tid som går fra pågripelse iverksettes til politiet benytter makt, og hvor mange polititjenestepersoner som er tilstede eller når disse forventes å ankomme stedet.

4.3.5 Oppsummering av gjeldene rett

Gjeldene rett på området er etter dette at straffeloven § 18 andre ledd er hjemmelsgrunnlaget for hvorvidt politiets maktbruk ved gjennomføring av pågripelse er lovlig eller ulovlig. Vurderingen herunder beror imidlertid på innholdet i politiloven § 6 andre og fjerde ledd. Høyesterett kan på denne måten sies å forsøke å gå klar av den oppfatning at det er betydelig større rom for maktbruk etter straffeloven § 18 andre ledd enn etter politiloven § 6 fjerde ledd. Samtidig gir ikke dommene inntrykk av at straffeloven § 18 andre ledd har et konkret selvstendig innhold, bortsett fra den noe høyere terskelen for hva som anses som lovlig maktbruk ved vilkåret ”åpenbart forsvarlig”. Dette medfører at selv om det foreligger brudd på politiloven § 6, kan polititjenestepersoner fortsatt frifinnes etter straffeloven § 18 andre ledd.⁶⁰ Ettersom vurderingen som foretas formelt er straffeloven § 18 andre ledd, mens mesteparten av innholdet i vurderingen hentes fra politiloven § 6, kan det være vanskelig å skjelne en forskjell mellom hjemmelsgrunnlagene i praksis.

⁵⁹ Gröning, 2016 s. 458

⁶⁰ Mer om dette under punkt 5.1.

5 Problemstillinger knyttet til forholdet mellom politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd

5.1 Utfordringene knyttet til at politiloven § 6 andre og fjerde ledd og straffeloven § 18 andre ledd har ulike krav til forholdsmessighet

Som redegjort ovenfor, formulerer straffeloven og politiloven forholdsmessighetskravet forskjellig. Mens politiloven stiller krav til at politiets makt må ”stå i forhold til” den aktuelle situasjonen, krever straffeloven § 18 at makten ”ikke går åpenbart utover det som er forsvarlig”. Forskjellen i ordlyden har blant annet sin bakgrunn i at bestemmelsene foranlediges av to ulike polisiære kjerneoppgaver; strafforfølging og ordenstjeneste.⁶¹ Mer konkret forutsetter anvendelse av straffeloven § 18 andre ledd at det foreligger en straffeprosessuell ”lovlig pågrep”, mens politiloven § 6 regulerer polisiære inngrep knyttet til ordenstjeneste.

Politiets strafforfølgingsfunksjon og dets ordensoppgaver er begge kjerneoppgaver i politiets virksomhet, og skal i utgangspunktet prioriteres likt.⁶² Derfor kan det fremstå problematisk at politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd har ulik terskel, da strafforfølgingsfunksjonen sett hen til terskelen kan virke som en høyere prioritert oppgave, fordi at det er lovlig å bruke mer makt for å få pågripelsen gjennomført. Altså kan terskelskillet tilsi at det offentliges interesser anses for å være mer tungtveiende i forholdsmessighetsvurderingen ved pågripelser enn ved ordensoppgaver. At pågripelser er prioritert, kan på den annen side samsvare godt med at det kreves oppfyllelse av strengere vilkår for å iverksette en pågrep enn et ordentiltak, jf. blant annet vilkåret ”skjellig grunn”

⁶¹ Auglend, 2016 s. 51

⁶² Auglend, 2016 s. 308-311

i straffeprosessloven § 171 målt opp mot ”grunn til frykt” i politiloven § 7 nr. 1 første ledd.⁶³ Slikt sett passer en forhøyet terskel med hva som er ulovlig maktbruk godt inn med de andre vilkårene for pågripelser.

Ordlyden i straffeloven ”åpenbart [...] forsvarlig” og politilovens ”stå i forhold til”, peker hen til at pågripelsessituasjoner er mer kaotiske og bærer preg av mangel på kontroll, og at lovgiver derfor stiller mindre strenge krav til hvordan maktutøveren reagerer.⁶⁴ Ordlyden i politiloven § 6 sikter derimot mer til politiets profesjonalitet og målrettethet ved gjennomføring av tjenestehandlinger.⁶⁵ I praksis er det derimot ikke alltid store forskjeller mellom de ytre kjennetegn til politiets ordenstjeneste og dets straffeprosessuelle oppgaver.⁶⁶ Politiets gjennomføring av tjenesteoppgaver bør altså alltid ha som målsetting å være profesjonell og under kontroll, selv om det er tale om en pågripelse. Det er ingen åpenbar grunn til at politiet ved gjennomføring av pågripelser generelt har mindre kontroll over situasjonen eller at den fremstår mer risikabel enn ved utføringen av andre tjenestehandlinger.

Den forhøyede terskelen i straffeloven § 18 andre ledd svarer til første ledd og der det foreligger en nødvergesituasjon i form av et ”ulovlig angrep”. Nødvergebestemmelsen er rettet mot individet og dets rett til et forhøyet spillerom til å reagere på angrep i situasjoner der politiet av ulike grunner ikke har mulighet til eller rekker å gripe inn.⁶⁷ At politiets pågripelser deler terskel med private nødverge samsvarer altså ikke med den bakenforliggende begrunnelsen for § 18, og terskelen i andre ledd kan derfor hevdes å være lite treffende.⁶⁸ På den annen side gjelder § 18 andre ulovlige tilstander som enten politiet eller privatpersoner gjenoppretter ved å pågripe lovbryteren, jf. uttrykket rett står mot urett. Maktbruk for å gjenopprette en ulovlig tilstand bør mest sannsynlig veie tyngre enn ønsket om å gjennomføre ordensoppgaver effektivt. Situasjonen som ligger til grunn for straffeloven § 18 andre ledd taler derfor for at det bør være rom for å anvende mer makt ved gjennomføring av pågripelser enn ved ordensoppgaver etter politiloven kapittel II.

⁶³ Se også strpl. §§ 175 og 176.

⁶⁴ Jf. ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 421 som fastslår at forholdsmessighetsterskelen skal gi rikelig marginer til maktutøveren.

⁶⁵ Auglend, 2016 s. 675-676

⁶⁶ Se her punkt 4.2 om at også makt ved innbringelser reguleres etter straffeloven § 18 andre ledd.

⁶⁷ Augdahl, 1920 s. 5 og Auglend, 2016 s. 677. Se mer om dette under punkt 6.

⁶⁸ Mer om formålet til straffeloven § 18 under punkt 5.3.

Selve maktbruken fra politiet vil undertiden oppleves like inngripende for den maktanvendelsen er rettet mot, uavhengig av om tjenestehandlingen er en del av strafforfølgingsfunksjonen eller ordenstjenesten. Her oppstår utfordringer med de ulike tersklene for forholdsmessighet, da vedkommende makten rettes mot kan oppleve det som vilkårlig at det er adgang til å bruke mer makt ved pågripelser enn ved ordensmessige inngrep. Et sentralt spørsmål i så henseende blir dermed hvorfor borgere må tåle mer makt fra politiet under gjennomføring av en pågrep enn for eksempel en fjerning⁶⁹. Hensynet til borgernes rettsikkerhet tilsier derfor at det er viktig at politiets grenser for vold er de samme ved pågripelser som ved ordenstjenesten. Uansett om politiet ikke tar i bruk den videre adgangen til makt, er skillet likevel uheldig da den tilsynelatende vilkårligheten kan være egnet til å svekke tilliten til politietaten.⁷⁰ Men det må bemerkes at dette spørsmålet antagelig er av størst betydning i teorien, og at forskjellen mellom forholdsmessighetstersklene ikke nødvendigvis vil gi stort utslag i praksis.

5.2 Utfordringene knyttet til at politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd har ulike formål og bakgrunn

Det er på det rene at straffeloven § 18 andre ledd er begrunnet i nødvergehensyn.⁷¹ Nødvergebestemmelsen, og strafferetten generelt, regulerer hva som er lovlig og ulovlig for den enkelte å foreta seg. Straffeansvaret retter altså fokuset innover mot den enkelte polititjenestepersonen som gjør noe som i utgangspunktet er straffbart, men som fritas for straff etter straffeloven § 18 andre ledd. Politiloven setter derimot skranker for politietatens myndighetsutøvelse, og søker å kontrollere deres tjenesteutførelse.⁷² Politiloven er slikt sett

⁶⁹ Jf. pl. § 7 andre ledd, jf. § 6 fjerde ledd.

⁷⁰ NOU 2009: 12, Et ansvarlig politi. Åpenhet, kontroll og læring, s. 37 ”En ordning eller et system kan fungere godt uten at det nødvendigvis skapes eller vedlikeholder tillit.”

⁷¹ Augdahl, 1920 s. 95. Kapitteloverskriften anerkjenner at makt ved lovlige pågripelser er beslektet med nødverge. Straffeloven § 18 andre ledd deler også vilkår med vilkårene for nødverge i første ledd.

⁷² Politiloven § 6 er et godt eksempel på slike skranker.

rettet utover, ved at borgernes rettssikkerhet står i fokus.⁷³ Det kan hevdes å være problematisk at deler av politiets hjemmel for maktbruk er rettet innover mot myndighetsutøveren og ikke ut mot befolkningen, ettersom straffeloven § 18 andre ledd ikke søker å begrense eller binde offentlig myndighetsutøvelse. Rettssikkerheten til borgerne kan med dette hevdes å ha en dårligere stilling ved pågripelser enn ved andre polisiære inngrep.⁷⁴

I forlengelsen av dette foreligger også en forskjell mellom bestemmelsenes bakgrunn. Politiloven § 6 fjerde ledd fastslår at makten politiet anvender innenfor dens grenser er lovlig og en del av politietatens oppgaver, mens pågripelsesbestemmelsen gir uttrykk for at politiets makt egentlig er en kriminalisert gjerning, men at den deretter unnskyldes på grunn av omstendighetene. Mens maktbruk er lovlig etter straffeloven § 18 andre ledd på grunn av nødvergeprinsippet, er maktbruk etter politiloven § 6 fjerde ledd lovlig etter den sedvanerettslige regelen om straffrihet ved offentlig myndighetsutøvelse. Den sedvanerettslige regelen om straffrihet ved offentlig myndighetsutøvelse går ut på at inngrep fra staten er lovlig dersom vilkårene i inngrepshjemmelen og de alminnelige vilkår for offentlig myndighetsutøvelse⁷⁵ er oppfylt. Forskjellen i bestemmelsenes bakgrunn kan virke noe tilfeldig, og det kan stilles spørsmål ved hvorfor lovgiver har valgt en slik løsning og om den prinsipielt sett er heldig. Det bemerkes at løsningen virker lite treffende sett fra et akademisk standpunkt, og ikke nødvendigvis praktisk politifaglig sett.

Videre kan bestemmelsenes forskjellige bakgrunn problematiseres ytterligere ved å se hen til departementets begrunnelse for å videreføre den gamle straffelovens § 48 tredje ledd til nye straffeloven § 18 andre ledd. I forarbeidene til den nye straffeloven uttalte departementet i forbindelse diskusjonen rundt hvorvidt § 48 tredje ledd burde beholdes eller ikke at “Departementet er likevel enig med Politiets Fellesforbund i at regelen i § 48 tredje ledd fortsatt har en viss selvstendig betydning ved siden av reglene i blant annet politiloven § 6. Dette gjelder for eksempel i forhold til borgerlige pågripelser der det er behov for å bruke mer makt for å gjennomføre pågripelsen enn den begrensede maktutøvelsen som er hjemlet i straffeprosessloven § 173, jf. § 176, og der det ikke (lenger) foreligger noe rettsstridig angrep

⁷³ Auglend, 2016 s. 676

⁷⁴ Auglend, 2016 s. 642

⁷⁵ Forsvarlighets-, likhets-, og saklighetsprinsippet, jf. Auglend, 2016, s. 645-653.

- for eksempel fordi gjerningspersonen flykter.”⁷⁶ Med dette sier departementet seg enige med politiets fellesforbund om at tredje ledd ikke er overflødig ved siden av politiloven § 6. Det mest interessante ved uttalelsen er likevel departementets begrunnelse om at straffeloven § 18 andre ledd har en selvstendig betydning for private personer som foretar borgerarrest. Departementet nevner i sin begrunnelse derimot ikke forholdet til politiet. Er det treffende at den nylig vurderte § 18 andre ledd har lik terskel for bruk av makt ved pågripelser for private og for politiet?⁷⁷

5.3 Kan politiet etter straffeloven § 18 andre ledd bruke makt mot en som skal pågripes, dersom aktiv motstand er forventet, men ennå ikke har oppstått?

Spørsmålet er om politiet preventivt kan anvende makt under en pågrep der det antas at den pågrepte kommer til å yte aktiv motstand. Det må anses klart at de samme rettsregler for preventiv nødverge også gjelder for polititjenestepersoner.⁷⁸

Som eksempel er B en gammel kjenning av politiet som skal pågripes, da påtalemyndigheten holder det for overveiende sannsynlig at hun var medvirkende til et bankran. Politiet har pågrepet B flere ganger tidligere, og hun har ved hver anledning klamret seg til faste gjenstander i nærheten, og gjort pågripelsene svært utfordrende og tidkrevende. I den forventning at B vil forsøke å unndra seg pågrep slik som tidligere, vil polititjenestepersonene forsøke å overraske henne og bruke makt for å lette pågripelsen. Spørsmålet er om politiet med hjemmel i straffeloven § 18 andre ledd har kompetanse til å for eksempel legge B ned i bakken, for å deretter bære henne inn i politibilen mot hennes vilje.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 210.

⁷⁷ Se punkt 7.1.

⁷⁸ Andenæs, 2004 s. 162 sammenholdt med Myhrer, 2016 s. 206. Se Ot.prp. nr. 90 s. 420 som fastslår at angrepet ikke trenger å være påbegynt eller nært forestående for at nødvergehandlingen er lovlig. Se også punkt 6 om skillet mellom makt ved pågrep og nødverge.

Ordlyden i straffeloven § 18 andre ledd viser til ordlyden i første ledd. Tolkes andre ledd i lys av første ledd, blir det klart at den objektive forskjellen mellom leddene er kravet som stilles til situasjonen. Mens det etter første ledd er krav om at det foreligger et ”ulovlig angrep”, må situasjonen etter andre ledd være at det skal gjennomføres en ”lovlig pågrep”. Ordlyden må forstås slik at det etter andre ledd ikke foreligger krav om et ”ulovlig angrep”, da bestemmelsen ellers ikke hadde samsvart med andre ledds formål om å få gjennomført pågripelser enten det foreligger aktiv motstand eller ei.⁷⁹ Uten denne forskjellen mellom leddene ville de objektive vilkårene vært de samme, og andre ledd ville således vært overflødig.

Ettersom andre ledd deler vilkår med første ledd, legges det til grunn at det ikke foreligger noen prinsipiell skranke for at politiet ikke skal kunne bruke fysisk makt ved pågripelser der motstand fremstår nært foreliggende. Pågripelsestilfellene skiller seg likevel fra preventiv nødverge ved at handlingen fra den andre personen i nødvergetilfellene setter et retts gode i fare, mens det ved pågripelser ikke nødvendigvis foreligger en farlig situasjon.⁸⁰ Dette får utslag i forholdsmessighets- og nødvendighetsvurderingen som må foretas i ethvert konkret tilfelle, og kan tale for at det ofte er mindre rom for preventiv makt ved pågripelser. Under vurderingen, må det slik som i nødvergetilfellene, også legges vekt på hvor konkret og nærliggende faren for motstand er⁸¹, og i hvor stor grad motstanden vil vanskeliggjøre pågripelsen. Ettersom det er tale om offentlig maktbruk mot person som ennå ikke har agert slik at vilkårene for dette er oppfylt, kreves naturligvis en høy grad av sannsynlighet for at slik adferd vil oppstå.

Likeledes vil alvorligheten av forbrytelsen bak pågripelsen veie i det offentliges favør under forholdsmessighetsvurderingen. Desto mer alvorlig forhold som begrunner pågrepelse, desto mer taler for å utnytte overraskelsesmomentet og sikre pågrepelse uten at den pågrepne rekker å yte motstand. Momentene i vurderingen for om makt i det hele tatt kan brukes preventivt, vil også spille inn på hvor inngripende makt som anvendes i slike situasjoner. Mye taler for at

⁷⁹ Se punkt 3.2.1.

⁸⁰ Se punkt 6.

⁸¹ Jf. Rt. 1996 s. 141

makten som brukes, må begrenses til å kun sikre fysisk kontroll på vedkommende som skal pågripes, da mer inngripende midler som regel ikke vil være nødvendig.

Eksempelet over kan etter dette besvares i to deler: politiet har kompetanse til overraske vedkommende som skal pågripes med fysisk makt, og tjenestemennene vil også ha hjemmel til å bruke makt i form av å legge henne i bakken og bære henne inn i politibilen, da hun siktes for et så alvorlig forhold som medvirkning til bankran.⁸² Slik preventiv fysisk makt vil altså være både nødvendig og forholdsmessig. Et annen konklusjon vil være upraktisk og uholdbart, da politiet først måtte ha påbegynt pågripelsen for å så bli møtte med den motstand de hadde god grunn til å frykte.

5.4 Omfattes straffeloven § 18 andre ledd av straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 om straffrihet ved overskridelse av nødverge?

Det følger av straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 at retten ”kan frifinne” en som har ”overskredet grensene for nødverge (jf. § 18)”. Bestemmelsen gir domstolen rom til å frifinne personer som har foretatt en avvergende handling som i intensitet overskrider hva som er forholdsmessig etter § 18 første ledd.⁸³ Ordlyden i § 81 bokstav b) nr. 2 kan forståes på to måter. Ettersom ordlyden begrenser rettferdiggjøringsgrunnen til å gjelde ”nødverge”, kan dette tale for at voldsutøvelse ved pågripelser etter andre ledd ikke omfattes. Men fordi hele § 18 står i parentes, oppstår derimot spørsmål om hvilket tolkningsalternativ av straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 som skal legges til grunn. Etter sikker rett må det utvises forsiktighet ved å legge til grunn et tolkningsalternativ som er til ulempe for tiltalte, noe som må tas i betraktning ved vurderingen om § 18 andre ledd skal omfattes av § 81 bokstav b) nr. 2 eller ikke.

⁸² Jf. strpl. §§ 82, jf. 171.

⁸³ Jf. en restriktiv tolkning av strl. § 18 andre ledd.

På den ene side står § 18 i parentes etter ”nødverge”. Denne delen av ordlyden tilsier at hele § 18 omfattes av § 81 bokstav b) nr. 2, og ikke bare første ledd. Resten av ordlyden kan derimot forståes slik at ”nødverge” kun omfatter utøvelse av faktisk nødverge og ingenting annet. Bortsett fra at ordlyden viser til hele straffeloven § 18, er det ellers ingenting i bestemmelsen som tilsier at lovgiver har ment at flere tilfeller skal omfattes. Det er på det rene at maktbruk ved pågripelser etter § 18 andre ledd, skiller seg fra nødverge både ved objektive vilkår og ved krav om en spesiell hensikt.⁸⁴ Det er derfor ikke naturlig å omtale utøvelse av nødverge og makt ved pågripelser som en fellesbetegnelse under ”nødverge”. Dersom lovgiver hadde ment at også eksessiv makt ved pågripelser skulle omfattes av bestemmelsen, er det grunn til å anta at det ville vært mer fokus på at hele § 18 var omfattet, og at ordet ”nødverge” ville vært mindre sentralt. Ettersom ”nødverge” har en sentral plass i ordlyden, mens ”(§ 18)” er plassert i parentes, trekker også dette i retning av at ordlyden skal forstås slik at § 18 andre ledd ikke omfattes av § 81 bokstav b) nr. 2.

Videre er forarbeidene Ot.prp. nr. 90 tause vedrørende tolkningsalternativene, men NOU 1992: 23 omtaler spørsmålet på side 100. ”Utkastet § 85 første ledd nr. 3 og § 86 første ledd kommer også til anvendelse når noen går lenger enn det er adgang til ved pågripelse eller hindring av flukt etter utkastet § 26 tredje ledd. Ordlyden, «nødverge», passer riktignok ikke i og med at det ikke er tale om noen nødvergesituasjon; det er bare de samme regler som for nødverge som skal anvendes. De reelle hensyn taler ikke med like stor tyngde for at reglene om overskridelse skal gjelde her som ved nødverge. Det er mer unnskyldelig at man går for langt i forsvar mot et angrep enn når man pågriper en fange som flykter.”⁸⁵ NOU 1992: 23 uttaler med dette at også § 18 andre ledd omfattes av straffrihetsgrunnen i § 81, men at det er mindre rom for frifinnelse enn ved nødverge. Ettersom uttalelsen fremsettes i en NOU, vil den derimot ikke ha like stor rettskildemessig vekt som uttalelser i odelstingsproposisjoner.

Hensynet til harmoni i rettssystemet taler på den annen side for at andre ledd i straffeloven § 18 ikke skal omfattes av § 81 bokstav b) nr. 2, da det ikke finnes noen tilsvarende

⁸⁴ Se nærmere punkt 6.

⁸⁵ NOU 1992: 23 s. 100

frifinnelsesgrunn for annen maktoverskridelse ved utøvelse av offentlig myndighet.⁸⁶ Frifinnelse ved overskridelse av makt ved pågripelser kan altså virke som en tilfeldig ”fordel” for tjenestepersoner som gjennomfører pågripelser med makt. Likeledes kan pågripelsessituasjoner fremstå mindre akutte enn nødvergesituasjoner da det ikke er krav om at det foreligger et ”ulovlig angrep”, noe som taler for at en overskridelse av voldsutøvelse ikke skal unnskyldes.

Auglend påstår at de sterkeste grunner taler for at straffeloven § 18 andre ledd ikke omfattes av § 81.⁸⁷ Etter den tidligere straffrihetsgrunnen for overskridelse av nødverge i straffeloven 1902 § 48 fjerde ledd, var det i juridisk teori anerkjent at pågripelsessituasjonene etter tredje ledd ikke var omfattet.⁸⁸ Før lovendringen i 2015 var det altså en festnet rettsoppfatning i teorien at overskridelser av makt ved pågripelser ikke kunne være gjenstand for frifinnelse, på tross av uttalelsen i NOU 1992.

Straffeloven § 18 andre ledd har allerede har et større noe rom for lovlig politisær maktbruk enn politiloven § 6, men etter Maglite-kjennelsen inntatt i Rt. 2007 s. 1172, kan det virke som om Høyesterett ønsket å bringe politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd enda nærmere hverandre. Ved å tolke straffeloven § 81 slik at eksess ved pågripelser også omfattes, vil kløften som skiller politiets hjemler for maktbruk kunne bli dypere. En slik tolkning kan derfor hevdes å ikke følge de føringer gjeldene rett legger, noe som i noen grad taler for at straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 bør tolkes slik at § 18 andre ledd ikke omfattes.

Etter dette må gjeldende rett antas å være at straffeloven § 18 andre ledd ikke omfattes av straffrihetsregelen i straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2, da ordlyden, flere hensyn og oppfatningen i juridisk teori taler for at en slik tolkning legges til grunn.

⁸⁶ Auglend, 2016 s. 677

⁸⁷ Auglend, 2016 s. 677

⁸⁸ Dette hevdes blant annet av Augdahl, 1920 s. 98 som kort slår det fast og Mæland, 2012 s. 146-147 som kun nevner eksess med tanke på rene nødvergesituasjoner.

6 Forholdet mellom nødverge og pågripelse

En skulle tro at nødvergehandlinger og maktbruk til gjennomføring av pågripelser er åpenbart forskjellige fra hverandre. Av flere grunner er dette derimot ikke tilfellet, blant annet fordi polititjenestepersoner kan befinne seg i nødverge i forbindelse med en pågripelse, og da maktbruk ved pågripelser deler flere vilkår med nødverge.⁸⁹ Selv om skillet kan være utfordrende å finne frem til, er det viktig å klargjøre hovedforskjellene mellom nødvergehandlinger og fysisk makt ved pågripelser i størst mulig grad. For det første er skillet viktig fordi tjenestepersonen kan bruke ikke-godkjente arrestasjonsteknikker og maktmidler ved nødverge. For det andre fordi tjenestepersonen ved eksessiv makt kan frifinnes ved nødverge, men ikke ved pågripelse.⁹⁰ For det tredje representerer forskjellen mellom nødverge og pågripelse utgangspunktet i en eventuell anklage mot tjenestepersonen, for hvorvidt vedkommende anklages for uforstand i tjenesten eller ikke.

Hva nødverge er, og vilkårene for det, omtales under punkt 3.2.1. Ved nødverge må det foreligge et ”ulovlig angrep” på et retts gode. Det angrepne retts godet det som regel er tale om i disse drøftelsene, er vedkommende polititjenesteperson eller andre involverte tredjepersoner. Drøftelsen videre tar utgangspunkt i at det eventuelt angrepne retts godet er en persons fysiske integritet. Drøftelsen forutsetter også at polititjenestepersonen ikke handler som privatperson når vedkommende handler i nødverge i forbindelse med en pågripelse, men som en offentlig myndighetsperson.⁹¹ Vold mot tjenesteperson etter straffeloven § 155 foreligger derfor også dersom tjenestepersonen handler i nødverge under utførelsen av en tjenestehandling.

⁸⁹ Se punkt 3.2.1.

⁹⁰ Dette er noe omdiskutert, se punkt 5.4.

⁹¹ Boucht, 2011 s. 335-339 og Auglend, 2016 s. 678 og hans omtale om politiloven § 7 første ledd nr. 2 om at ivaretagelse av ”enkeltpersoners [...] sikkerhet” også kan omfatte tjenestepersonen selv.

6.1 Setter gjeldene rett terskelen for nødverge annerledes for polititjenestepersoner enn for privatpersoner?

Drøftelsen dreier seg om kravet til at det foreligger et ”ulovlig angrep”, og om oppfyllelsen av dette vilkåret varierer ut fra hvorvidt det er en polititjenesteperson eller privatperson som handler i den aktuelle situasjonen. Ordlyden i straffeloven § 18 første ledd skiller ikke mellom persongrupper eller hvilken rolle de handler i, men omtaler kun situasjonen og handlingen som foreligger.⁹² Utgangspunktet er således at innholdet i vilkårene for nødverge alltid er de samme. All den tid vilkårene og innholdet er de samme uansett, vil graden av fare bli påvirket av egenskapene til rettsgodet som angripes. Et barn som blir slått i hoderegionen av en voksen mann er naturligvis i større fare enn dersom den angrepne hadde vært en voksen, herdet bokser. På samme måte kan det hevdes at en polititjenestepersons utdanning og arbeidsoppgaver fører til at det kreves en farligere og mer akutt situasjon før vedkommendes anses for å være i en nødvergesituasjon. Selv om polititjenestefolk har opplæring i håndtering av voldssituasjoner, har de derimot ikke de samme mulighet som andre til å flykte fra situasjonen.⁹³ Plikten polititjenestepersoner har til å involvere seg i slike forhold kan tale for at terskelen for nødverge ikke bør økes for politiet, da de har færre handlingsalternativer å ty til.

Det følger av straffeloven § 25 at enhver skal bedømmes etter den oppfatning vedkommende hadde av situasjonen. En naturlig følge av polititjenestepersoners utdanning og opplæring blir antagelig at det skal mer til før de selv opplever at de er i en så kritisk og akutt situasjon som nødverge. På mange måter vil det kunne være unaturlig dersom tjenestepersoner som regelmessig havner i voldelige sammenstøt med andre skulle bli utsatt for et ”angrep”, som for private som kanskje aldri har vært i en lignende situasjon. I den anledning kan det hevdes at det bør stilles noe strengere krav til offentlige tjenestemenn, da én av deres primæroppgaver er strafforfølgning, deriblant involvering i farlige situasjoner og gjennomføring av tvangsmidler overfor personer som kan yte voldelig motstand.

⁹² Se ordlyden under punkt 3.2.1.

⁹³ Se politiloven § 2 som angir politiets plikter, og Rt. 1938 s. 828 som fastslår at fluktmulighet er relevant i forholdsmessighetsvurderingen ved nødverge.

I forlengelsen av spørsmålet med en generelt høyere terskel, kan det oppstå spørsmål om forholdsmessighetsvurderingen også bør skille mellom de enkelte polititjenestepersoners erfaring og ferdigheter. En slik løsning ville derimot vært svært skjønnsmessig og antagelig upraktisk. Problemstillingene er verken belyst i rettspraksis eller i straffelovens forarbeider. Selv om flere hensyn taler for at forholdsmessighetsterskelen for polititjenestepersoner er noe høyere enn for andre, kan en slik terskel likevel ikke legges ned med total sikkerhet. I den videre drøftelsen tas det derimot utgangspunkt i at polititjenestepersoner har en noe høyere terskel før de havner i nødverge enn andre.

6.2 Hvor setter gjeldene rett grensen mellom straffeloven § 18 første ledd og andre ledd?

Straffeloven § 18 første og andre ledd deler flere vilkår, men det er på det rene at det er adgang til å anvende mer makt etter første ledd enn etter andre ledd, da vedkommende etter andre ledd ikke anvender makt i beskyttelse fra et ”ulovlig angrep”. Dermed foreligger det ved pågripelser en annen type situasjon, som medfører at forholdsmessighetsvurderingen tilsier at mer makt ikke er tilrådelig. Det er vanskelig å trekke en konkret ordlydstolking av vilkåret ”ulovlig angrep”, bortsett fra at det foreligger en rettsstridig krenkelse av et rettsgode.⁹⁴ Forarbeidene omtaler et ”ulovlig angrep” som en aktiv interessekrenkelse.⁹⁵ Som omtalt under punkt 3.2.1, kan aktiv motstand være en handling den pågrepne utfører som kan variere med alt fra lett dytting på annens person til bruk av skytevåpen. Sett hen til den noe høyere terskelen for nødverge for polititjenestepersoner, er spørsmålet hvorvidt enhver aktiv motstand fra den pågrepne gjør at vedkommende som utfører pågripelsen er i nødverge.

⁹⁴ Augdahl, 1920 s. 16, se også Rt. 2009 s. 703 som uttaler at angrepet ikke nødvendigvis må være straffbart.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 90 s. 419, se også Andenæs 2004, s. 161-162 og Grønning, 2016 s. 449

Mye taler for at grensen for hva som er aktiv motstand også er grensen for hva som er ”vold” etter bestemmelsen om kroppskrenkelse i straffeloven § 271.⁹⁶ Ordlyden av ”vold” tilsier enhver kraftanvendelse som har fysisk innvirkning på rettsgodet.⁹⁷ En noe omdiskutert nedre grense som ble trukket i rettspraksis i Rt. 1999 s. 240, da spytting ble ansett for å være ”vold”. Videre anså førstvoterende i Rt. 1973 s. 1451 vold for å omfatte at siktede trakk polititjenestepersonen to ganger i armen. Terskelen for hva som anses for å være ”vold” er altså lav. Etersom vold mot person her likestilles med aktiv motstand, tilsier dette at enhver aktiv motstand mot person medfører at vedkommende befinner seg i en nødvergesituasjon.

På bakgrunn av konklusjonen under punkt 6.1 som fastslo at polititjenestepersoner har en noe høyere terskel for nødverge, blir den naturlige konklusjonen vedrørende dette spørsmålet at ikke enhver aktiv motstand mot tjenestepersonen medfører en nødvergesituasjon. Dermed vil all form for passiv motstand, og de mildeste former for aktiv motstand fra den pågrepne, kunne tilsi at maktbruk fra politiet reguleres etter straffeloven § 18 andre ledd. Uansett om maktbruken fra politiets side ved en pågripelse reguleres etter straffeloven § 18 første eller andre ledd, gjelder fortsatt samme krav til nødvendighet og forholdsmessighet. Dette tilsier at det vil være en glideskala for hvor mye makt som kan anvendes i det enkelte tilfellet, uansett om tjenestepersonen objektivt befinner seg i nødverge eller ikke. Se her for eksempel avsnitt 31 i Maglite II der det uttales at det var lovlig med noe kraftigere maktbruk fra politiet, ettersom situasjonen nærmet seg nødverge.

Forutsatt at det foreligger en motstand fra den pågrepne som anses som et ”ulovlig angrep”, må politiets maktbruk foretas ”for å” avverge angrepet, for å reguleres etter straffeloven § 18 første ledd. Ordlyden av ”foretatt for å avverge”, tilsier at maktbruken fra politiet må utføres med den hensikt å verne om rettsgodet som angripes, som i pågripelsessituasjoner ofte er egen person. Ordlydsforståelsen støttes også av forarbeidene som understreker at ”selve nødvergehandlingen må skje for å avverge angrepet.”⁹⁸ Forarbeidene påpeker også at det ”ikke [er] krav om at den som handler i nødverge må ha forsvar som eneste motiv”, men at

⁹⁶ Se punkt 3.2.1 om hva som betegnes aktiv motstand. Se også ordlyden i den svenske polislagen § 10.

⁹⁷ Noreé, 2008 s. 21, og Auglend 2016, s. 1315-1317

⁹⁸ Ot.prp. nr. 90 s. 420

det ”ikke bør være berettiget å handle i nødverge utelukkende for å hevne seg”.⁹⁹

Forarbeidsuttalelsene tilsier at det er rom å påberope nødverge i situasjoner der politiet hovedsakelig anvender makt for å beskytte seg selv fra angrep fra den som skal pågripes, samtidig som at maktbruken også i noen grad kan utøves i hensikt å gjennomføre pågripelsen. Teorien fastslår at motivet bak nødvergehandlingen ikke trenger å være ønsket om å verge det angrepne rettsgodet, men at det også kan foreligge nødverge selv om selve makten fra politiet utøves med hensikt til å beskytte seg selv, men at motivet bak likevel kan være å pågripe angriperen.¹⁰⁰

En polititjenesteperson kan etter dette objektivt befinne seg i en nødvergesituasjon ved å møte kraftigere aktiv motstand under en pågripelse slik at det foreligger et ”ulovlig angrep”. Hvorvidt makten vedkommende bruker reguleres etter § 18 første eller andre ledd, avgjøres også av maktanvenderens hovedsakelige hensikten ved maktbruken. Motivet trenger derimot ikke være beskyttelse av et angrepet rettsgode. Hensikten ved makten vil således kunne spille inn på hvilke maktmidler polititjenestepersonen kan anvende. Arrestasjonsteknikker kan anvendes der det foreligger en pågripelse og der teknikkene er nødvendige og forholdsmessige, men i nødverge har tjenestepersonen i tillegg mulighet til å anvende nødvergeteknikker som for eksempel mageleie og halsgrep.¹⁰¹ Dersom det fastslås at en polititjenesteperson yter makt i beskyttelse av seg selv mot et ulovlig angrep, vil dette utløse flere rettigheter for vedkommende som for eksempel muligheten til straffrihet ved eksess etter straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2. Dersom en tjenesteperson handler i nødverge, har han samtidig samme rettigheter som andre til å beskytte seg selv, noe som i ytterste konsekvens kan tilsi at selv drap kan være både nødvendig og forholdsmessig.¹⁰²

⁹⁹ Ot.prp. nr. 90 s. 420

¹⁰⁰ Grønning, 2016 s. 454, Augdahl, 1920 s. 64-67, Andenæs, 2004 s. 167.

¹⁰¹ Politidirektoratets rundskriv 2007/011, *Halsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse ved transport av arrestanter mv.* Se også Myhrer, 2016 s. 215.

¹⁰² Grønning, 2016 s. 446, se også EMK art 2 andre ledd bokstav a.

7 Burde straffeloven § 18 andre ledd utformes annerledes?

7.1 Politiet og private har samme forholdsmessighetskrav for maktbruk ved pågripelser

De følgende drøftelsene under punkt 7 er rettspolitiske. Under rettspolitiske drøftelser forsøkes det å komme frem til om gjeldene rett er hensiktsmessig, og eventuelt hvordan gjeldende rett burde være.¹⁰³ Drøftelsen under punkt 7.1 legger til grunn at straffeloven § 18 andre ledd har samme forholdsmessighetskrav for lovlig maktbruk ved pågripelser, enten det er politiet eller private som iverksetter og gjennomfører pågripelsen. Spørsmålet under punkt 7.1 er hvorvidt det er heldig at forholdsmessighetskravet for å anvende makt for å gjennomføre en pågripelse er det samme for både privatpersoner og polititjenestepersoner. Er det ønskelig at politiet har samme mulighet til å anvende makt ved en pågripelse som private borgere?

Politoloven § 6 gir politiet hjemmel til å gjennomføre tjenestehandlinger med midler som for andre er straffbare etter straffeloven. Straffeloven § 18 andre ledd gjelder derimot for både private og polititjenestepersoner som skal gjennomføre pågripelser, slik at det foreligger et unntak for alle borgere som må ty til makt som ellers ville vært ulovlig. Politiloven § 6 andre ledd stiller krav til politiets maktutøvelse gjennom vilkåret at makten må ”stå i forhold til” situasjonen som foreligger. Straffeloven § 18 andre ledd krever derimot at makten som utøves ikke går utover hva som er ”åpenbart [...] forsvarlig”. Som tidligere fastslått, tilsier en naturlig forståelse av ordlyden at politiloven setter noe strengere krav for hva som er å anse som lovlig maktbruk enn straffeloven.¹⁰⁴ Det strengere forholdsmessighetskravet gjør at maktbruk holdes i noe strammere tøyler enn ved gjennomføring av pågripelser etter straffeloven § 18 andre ledd. Dette kan ha sammenheng med at siden straffeloven § 18 andre

¹⁰³ Også kalt de lege ferenda-drøftelser.

¹⁰⁴ Se punkt 4.1.

ledd også gjelder for private, må det levnes større rom for feilvurderinger begått av personer som ikke er trent opp til, og ikke vant til situasjoner der en treffer kriminelle på ”fersk gjerning eller ferske spor”, jf. strpl. § 176 første ledd.

Politiet pågriper som regel personer på bakgrunn av en allerede fattet beslutning fra enten påtalemyndigheten eller domstolene, jf. strpl. § 175. Betydningen av dette er at politiet som regel har hatt noe tid til å planlegge pågripelsen, og at planleggingen slikt sett bør føre til mindre rom for maktanvendelse. I de tilfeller der polititjenestepersonene selv beslutter å pågripe en person etter straffeprosessloven § 175, vil argumentet gjøre seg gjeldene ettersom politiet er utdannet nettopp for å takle blant annet pågripelser. Dette taler for at straffeloven § 18 andre ledd er uheldig utformet da den stiller samme forholdsmessighetskrav til utrente og profesjonelle personer.

På den annen side kan høyere forventninger til polititjenestepersoner på grunn av samfunnsposisjon og utdanning uansett kunne bli tatt med som et moment i forholdsmessighetsvurderingen. Slikt sett fremstår ikke ordlyden problematisk, da forholdsmessighetsvurderingen tilpasses personen som utøver makt. Hvis det derimot automatisk stilles strengere krav til politiet i forholdsmessighetskravet i § 18 andre ledd, ville loven ikke vært mer treffende dersom det strengere kravet ble lovfestet slik som i politiloven § 6 fjerde ledd?

I forlengelsen av dette uttales det i Rt. 1995 s. 661 at da ”det stilles strenge krav overfor polititjenestemenn om å vise selvbeherskelse i tjenesten, bør det gjennomgående aksepteres mindre av overskridelse i slike tilfeller enn når det kan være tale om feilvurderinger av hva som er nødvendig og forsvarlig.” Noe av grunnen bak det mindre strenge forholdsmessighetskravet i straffeloven § 18 andre ledd, er antagelig nettopp fordi det må være rom for at stressede privatpersoner i noen grad mister selvbeherskelsen. Ettersom dette ekstra rommet ikke bør gjelde for personer som er opplært til å være profesjonelle og kalkulerende under slike situasjoner, kan det tilsi at § 18 andre ledd ville vært mer i samsvar med rettspraksis dersom den skilte mellom borgerarrest og politiets pågripelser ved å stille

strengere forholdsmessighetskrav til politiet.

I Rt. 1995 s. 661 uttaler Høyesterett videre at det er behov for ”romslighet” i etterfølgende vurderinger av politiets tjenesteutførelse. Dette medfører muligens at argumentene for å stille strengere krav til politiet ved maktbruk dempes noe, ettersom makten uansett skal vurderes med ”romslighet”. Selv om dette er tilfellet vil kontroll med offentlig myndighet være et argument i retning av et formelt strengere forholdsmessighetskrav. Pågripelser er i all hovedsak en oppgave tillagt politiet i kraft av etatens rollen som samfunnets maktapparat. Er det ikke naturlig at lovlig maktanvendelse i regi av staten holdes til høyere standarder enn tilfeller der private står overfor en akutt situasjon der de føler de må pågripe en annen? En slik løsning vil også samsvare godt med den strengere forholdsmessighetsterskelen i politiloven § 6 andre ledd. Dette tilsier at det kan være fordelaktig med strengere forholdsmessighetskrav ved makt under pågripelser for politiet enn for andre personer.

Etter dette må konklusjonen være at straffeloven § 18 andre ledd burde ha forskjellige forholdsmessighetskrav for maktbruk for gjennomføring av politiets pågripelser og borgerarrester.

7.2 Er straffeloven § 18 andre ledd overflødig for politiets henseende?

Spørsmålet videre er hvorvidt straffeloven § 18 andre ledd er overflødig i politiets henseende, ettersom politiloven § 6 kan fremstå som en naturlig hjemmel. Har lovgiver gått for langt ved å omfatte politiet i straffeloven § 18 andre ledd, ettersom politiloven § 6 gir hjemmel for all annen polisiær maktbruk? Drøftelsen legger til grunn at straffeloven § 18 andre ledd burde hatt et strengere forholdsmessighetskrav overfor polititjenestepersoner som anvender makt for å gjennomføre en pågripelse. Under punkt 4 ble det klart at gjeldene rett for vurderingen av

maktbruk ved pågripelser hjemles i straffeloven § 18 andre ledd, og at momentene som vurderes under bestemmelsen hovedsakelig er hentet fra politiloven § 6 andre og fjerde ledd. Det praktiske hovedskillet mellom bestemmelsene er dermed forskjellen i forholdsmessighetskravet. Sett hen til at forholdsmessighetskravet etter punkt 7.1 burde vært strengere, trekker forholdet bestemmelsene har i gjeldene rett, i retning av at politiloven § 6 også burde omfatte pågripelser, og at straffeloven § 18 andre ledd egentlig er overflødig.

I NOU 2002: 4 på side 219 foreslo utvalget at den gamle straffeloven § 48 tredje ledd burde utelates i den nye straffeloven 2005. Forslaget ble drøftet videre i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) blant annet på side 209 og 420. Politiets Fellesforbund mente på side 209 at uten bestemmelsen vil det kunne oppstå forvirring rundt hjemmelssituasjonen, og at det derfor er ”av stor betydning for PF sine medlemmer som et psykologisk sikkerhetsnett i de kritiske pågripelsessituasjonene, der hjemmelen ikke alltid fremstår som krystallklar, men ettersom den viser at tjenestehandlingen likevel var rettmessig.” Videre uttalte Fellesforbundet at bestemmelsen burde beholdes fordi ”En bestemmelse på linje med § 48, tredje ledd er det behov for der tjenestemannen ved en hendelig feiltagelse av situasjonen, slik han oppfatter den, går for langt i sin maktbruk [...]”.¹⁰⁵

Fellesforbundets første argument ser hen til situasjoner der en polititjenesteperson er i tvil om hvorvidt makten han vurderer å anvende er lovlig, og at gamle straffeloven § 48 tredje ledd var nyttig da den kan føre til at politiet anvender makten da de er klar over at den etterlater et vidt rom for maktbruk. Det kan således virke som om Fellesforbundet er av den oppfatning at politiet i enkelte tilfeller kan bli handlingslammet hvis de ikke kan være sikre på at det levnes stort rom til lovlig maktbruk. Argumentet svekkes noe ved at all annen maktbruk fra politiet reguleres etter den strengere forholdsmessighetsterskelen i politiloven § 6. Hvorfor skal politiet ha et ”psykologisk sikkerhetsnett” ved pågripelser enn ved andre politisære oppgaver som foranlediger makt? Loven bør videre antagelig ikke gi rom for at politiet ”satser på” at makten de utøver ikke er ulovlig. I et slikt tilfelle der politiet er usikker på hvorvidt makten er lovlig eller ikke, vil makten mest sannsynlig uansett være kritikkverdig og gå utover politiets interne retningslinjer for bruk av makt.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 209.

Videre argumenterte Politiets Fellesforbund for å videreføre den gamle straffelovens § 48 tredje ledd med det argument at det levner rom for polititjenestepersoner som utøver eksessiv makt på grunn av en feiloppfatning av situasjonen. Det er vanskelig å se hvorfor dette argumentet skal føre frem med dagens utforming av loven, der straffeloven § 25 fastslår at alle mistenktes straffeskyld vurderes etter deres faktiske oppfatning av situasjonen. Slikt sett er feiloppfatninger av situasjonen ingen grunn til at straffeloven § 18 andre ledd fortsatt skal være gjeldene regulering av politiets maktbruk ved pågripelser.

Departementet kommenterte på hvorvidt gamle straffeloven § 48 tredje ledd burde videreføres til den nye straffeloven på side 422: ”Bestemmelsen supplerer reglene i politiloven § 6 og straffeprosesslovens bestemmelser om pågrepelse, men har en viss selvstendig betydning blant annet ved borgerlige pågripelser.” Forarbeidsuttalelsene kan tyde på at departementet ikke hadde noen klar mening rundt bestemmelsens relevans overfor politiet. Departementets konklusjon samstemte med Politiets Fellesforbund sin, men departementet kommenterte derimot kun bestemmelsens relevans overfor borgerarrestere. Uttalelsen trekker i retning av at lovgivers tanke med videreføringen av den gamle straffeloven § 48 tredje ledd var den betydning for privates pågripelsesmuligheter. Dette kan tilsi at § 18 andre ledd ikke bør fjernes i sin helhet, men at den ikke bør være hjemmelen for politiets maktutøvelse under pågripelser.

På den annen side kan det være fordelaktig med et lavere forholdsmessighetskrav for maktbruk ved pågripelser enn ved gjennomføring av ordenstjenesteoppgaver etter politiloven § 6, da det ved pågripelser gjennomgående er tale om gjenoppretting av ulovlige tilstander. I den anledning kan det ofte fremstå mer legitimt med kraftigere midler for gjennomføring av tjenestehandlingen, ettersom det som regel dreier seg om mer alvorligere brudd på straffeloven for at politiet skal gi det prioritert ved bruk av tvangsmidler som for eksempel pågrepelse, og en etterfølgende etterforskning.¹⁰⁶ Selv om også ordensforstyrrelser kan være straffbare, er det likevel ofte andre omstendigheter som leder til pågripelser. Blant annet krever iverksettelse av pågripelser oppfyllelse av strengere vilkår¹⁰⁷, noe som i seg selv kan

¹⁰⁶ Et utslag av opportunitetsprinsippet, se bla. Auglend, 2016, s. 657.

¹⁰⁷ Se bla. strpl. §§ 171-173 og 175-176.

tale for et stort rom maktbruk, da gjennomføring av pågripelser i noen grad verdsettes høyere av samfunnet enn håndtering av ordensforstyrrelser.

Derimot kan det stilles spørsmål ved om det er treffende at en bestemmelse med bakgrunn i nødvergehensyn gir hjemmel til maktbruk fra politiet der vedkommende som skal pågripes kun yter passiv motstand, slik at tjenestepersonen ikke befinner seg i en objektiv nødvergesituasjon. I forlengelsen av dette fremstår det noe uheldig at en bestemmelse som gir hjemmel til offentlig maktutøvelse er begrunnet i nødvergehensyn; som egentlig er privat retts håndhevelse med fokus på den enkelte person.¹⁰⁸ Straffelovens § 18 andre ledd med dens bakgrunn i nødvergehensyn virker heller mer dekkende i tilfeller der utrente privatpersoner anvender makt for å gjennomføre en pågrepelse, eller tilfeller der noen er i en nødvergesituasjon og øver makt i den hensikt å beskytte et retts gode.

I svensk og finsk rett er loven utformet slik at alle former for polisiær maktbruk hjemles i samme bestemmelse i de respektive politilovene, bortsett fra polititjenestepersoners utøvelse av nødverge.¹⁰⁹ En slik samling av hjemler for maktbruk ser ut til å være fungere godt ut på et retts teknisk plan, da det virker ryddig. Slik som i Norge, er det heller ikke alltid et skarpt skille mellom politiets strafforfølgings- og ordensfunksjon i Sverige og Finland. Én hjemmel for polisiær maktbruk vil derfor sammenfalle med gjeldene rett, se for eksempel punkt 4.2. At løsningen i to nære naboland er samling av all hjemmel for politiets maktbruk i politiloven, kan tale for at dette er en velfungerende løsning Norge også bør vurdere.

Flere argumenter taler for at straffeloven § 18 andre ledd ikke bør regulere politiets maktbruk for å gjennomføre pågripelser. Gjeldene rett har store likhetstrekk med politiloven § 6, forarbeidsuttalelsene fokuserer på borgerarrest, og § 18 andre ledds bakgrunn taler alle for at bestemmelsen ikke bør være politiets hjemmel for maktbruk under pågripelser. Dersom § 18 andre ledd ikke bør gjelde for politiet, blir det naturlige alternativet til hjemmel politiloven § 6

¹⁰⁸ Se mer om dette under punk 5.4.

¹⁰⁹ Boucht, 2011, s. 268.

fjerde ledd, da denne hjemler all annen polisiær maktbruk og da den har et strengere forholdsmessighetskrav.

8 Avslutning

Formålet med oppgaven har vært å klargjøre skillet mellom rettmessig og urettmessig fysisk maktbruk mot personer under politiets gjennomføring av pågripelser. Det bemerkes at skillet ikke representerer hva som er straffbar oppførsel og ikke, da det i tillegg kreves oppfyllelse av andre vilkår for straff. Oppgavens redegjørelse for politiets maktbruk ved pågripelser gjør det klart at påtalemyndigheten er avhengig av at politiet gjennomfører pågripelser på en effektiv måte for at strafforfølgingsfunksjonen realiseres. Det er også på det rene at ettersom det er tale om offentlig maktbruk rettet mot borgere, gjør rettssikkerhetshensyn det helt sentralt at makten reguleres på betryggende vis med klare rammer. Store deler av oppgaven har på ulikt vis drøftet hvorvidt straffelovens § 18 andre ledd er treffende sett hen til politiets rolle som samfunnets maktapparat, og om hjemmelen eventuelt burde utformes annerledes og eventuelt inkorporeres i en annen lovbestemmelse.

Etter gjennomgang av dommene Maglite I og II inntatt i Rt. 2007 s. 1172 og Rt. 2008 s. 696, er det klart at politiets maktbruk ved pågripelser reguleres av straffeloven § 18 andre ledd, men at momentene som herunder vurderes er hentet fra politiloven § 6 andre og fjerde ledd. Forholdet mellom politiloven § 6 og straffeloven § 18 andre ledd er nært, med den største praktiske forskjell at straffeloven har et noe større rom for makt fra politiet rettet mot den pågrepne. Som drøftet under punkt 5.1, kan forskjellen utfordre rettssikkerheten til pågrepne, samtidig som at skillet kan fremstå vilkårlig for borgerne som opplever de praktiske konsekvensene.

Under punkt 5.2 ble svekkelse av borgernes rettsikkerhet også trukket frem som en mulig konsekvens av at fokuset til straffeloven § 18 andre ledd rettes innover mot maktutøveren og ikke utover mot borgerne, slik som politiloven § 6. Straffeloven § 18 andre ledds unnskyldningsgrunn i nødvergehensyn fremstår også som karakteristisk for bestemmelsen, da rutinemessig maktutøvelse fra det offentlige ellers unnskyldes etter den ulovfestede regelen om offentlig myndighetsutøvelse. Det er noe usikkert hvordan bakgrunnen i nødverge påvirker den praktiske anvendelsen av straffeloven § 18. Det ble derimot klart fastslått under

punkt 5.3 at politiet har adgang til å anvende preventiv makt i påvente av å møte aktiv motstand. Likeledes ble det på det rene under punkt 5.4, at straffrihetsgrunnen i straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2 ikke gjelder for eksess i maktbruk ved gjennomføring av politiets pågripelser.

Oppgaven setter fokus på disse utfordringene ved gjeldene rett ved å dele de opp i separate problemstillinger. Oppmerksomhet rundt problemstillingene og de tilhørende argumentene er i seg selv fordelaktig, da det kan føre til at rettsanvenderen ikke hopper til ulike konklusjoner uten tanke på underliggende forklaringer og komplikasjoner. Forholdet mellom nødverge og pågrepelse er særlig viktig, da det ofte oppstår tilfeller der tjenestepersonen befinner i en situasjon som tilfredsstillende de objektive vilkårene til både nødverge og pågrepelse.

Avgjørende for hvilket rettsgrunnlag som regulerer vedkommendes maktbruk blir dermed hvorvidt den primære hensikt med makten var å beskytte et rettsgode fra et angrep eller om det var gjennomføring av pågripelsen.¹¹⁰ Drøftelsen aktualiseres i enda større grad ettersom den baseres på konklusjonen i punkt 5.4, som konstaterte at det kun er overskridelse av nødverge som kan være gjenstand for straffrihetsgrunnen i straffeloven § 81 bokstav b) nr. 2, og ikke overskridelse av maktbruk ved pågrepelse etter straffeloven § 18 andre ledd.

Under punkt 7 ble enkelte av temaene i punkt 5 tatt opp igjen, men i et rettspolitisk perspektiv. Drøftelsene dreide seg hovedsakelig om hvorvidt straffeloven § 18 andre ledd burde ha et strengere forholdsmessighetskrav overfor politiet enn overfor private som iverksetter pågripelser. Til slutt ble det også drøftet hvorvidt straffeloven § 18 andre ledd i politiets henseende burde innlemmes i politiloven § 6. Drøftelsene konkluderte med at forholdsmessighetsterskelen burde forhøyes, og sett i lys av dette at straffeloven § 18 andre ledd anses overflødig med hensyn til politiloven § 6.

¹¹⁰ Se punkt 6.

Litteraturliste

Artikler

Fredriksen, 2016 – Fredriksen, Steinar, ”Polititjenestepersoners og privatpersoners adgang til å benytte straffeprosessuelle tvangsmidler”, *Tidsskrift for strafferett 01/2016* (Oslo 2016) s. 8-34.

Matningsdal, 2016 – Matningsdal, Magnus, ”Norsk lovkommentar til Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28”, *Norsk Lovkommentar Rettsdata.no* (Oslo 2016).

Myhrer, 2013 - Myhrer, Tor-Geir, ”Norsk lovkommentar til Lov om politiet 4. august 1995 nr. 53”, *Norsk Lovkommentar Rettsdata.no* (Oslo 2013).

Spurkland, 2014 – Spurkland, Kai, ””Vi kjører han inn for en sjekk” - Når skal politiets maktbruk i ordenstjeneste hjemles i straffeprosessloven og når skal den hjemles i politiloven?”, *Tidsskrift for strafferett 01/14*, (Oslo 2014) s. 61-84.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) – Om lov om politiet (Politoloven).

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) – Om lov om straff (Straffeloven).

NOU 1992: 23 – Ny straffelov - alminnelige bestemmelser. Straffelovkommisjonens delutredning V.

NOU 2002: 4 – Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.

NOU 2004: 6 – Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed.

NOU 2009: 12 – Et ansvarlig politi. Åpenhet, kontroll og læring.

NOU 1981: 35 – Politiets rolle i samfunnet.

Prop. 1983/84:111 – Om forslag till polislagen (Svenske Politiloven)

Litteratur

Andenæs 2004 - Andenæs, Johannes, Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave (Oslo 2004)

Augdahl, 1920 – Augdahl, Per, *Nødverge* (Oslo 1920)

Auglend, 2016 – Auglend, Ragnar L., Henry John Mæland, *Politirett*, 3. Utgave (Bergen 2016)

Bratholm, 1957 – Bratholm, Anders, *Pågrepelse og varetektsfengsel* (Oslo 1957)

Bratholm, 1980 – Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn* (Oslo 1980)

Boucht, 2011 – Boucht, Johan, *Polisiär våldsanvänding: En straff- och offentligrättslig undersökning* (Uppsala 2011)

Eckhoff, 1991 – Eckhoff, Torstein, *Politivold – omfang, årsaker og mulige botemidler*, I: Gule, Lars, Preben Falck, *Politivold, forskning og rettssikkerhet* (Bergen 1991)

Gröning mfl. 2016 – Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk fremstilling av norsk strafferett* (Bergen 2016)

Henricson, 2012 – Henricson, Ib, *Politiret*, 5. Utgave (København 2012)

Myhrer, 2016 – Myhrer, Tor-Geir, Steinar Fredriksen, *Politirett i et nøtteskall* (Oslo 2015)

Mæland, 2012, - Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett* (Bergen 2012)

Norée, 2008 – Norée, Annika, *Polisers rätt till våld* (Stockholm 2008)

Lover og instrukser

EMK – Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950

Grunnloven. – Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

Politi-loven – Lov om politiet 4. august 1995 nr. 53.

Politiinstruksen. – Alminnelig tjenesteinstruks for politiet 22. juni 1990, 3963

Påtaleinstruksen – Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten 28. juni 1985, 1679

Straffeloven 1902 – Lov om den alminnelige borgerlige straffelov 22. Mai 1902 nr. 10

Straffeloven – Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28

Straffeprosessloven – Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. Mai 1981 nr. 25

Rettsavgjørelser

LB-2012-081634

Rt. 1938 s. 828

Rt. 1970 s. 1045

Rt. 1973 s. 1451

Rt. 1979 s. 429

Rt. 1996 s. 141

Rt. 1999 s. 240

Rt. 1995 s. 661

Rt. 2007 s. 1172

Rt. 2008 s. 696

Rundskriv

R-2007/011 – Politidirektoratets rundskriv 2007/011, *Halsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse ved transport av arrestanter mv.*

R-2007/004 – Politidirektoratets rundskriv 2007/004, *Bestemmelser om bruk av slagvåpen i politiet.*