

Konstitusjonelle skranker for politiets polisiære virksomhetsutøvelse

Med særlig vekt på menneskerettighetene og legalitetsprinsippet

John Reidar Nilsen

Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.)
Universitetet i Bergen
2021

UNIVERSITETET I BERGEN



Konstitusjonelle skranker for politiets polisiære virksomhetsutøvelse

Med særlig vekt på menneskerettighetene og
legalitetsprinsippet

John Reidar Nilsen



Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.)
ved Universitetet i Bergen

Disputasdato: 19.03.2021

© Copyright John Reidar Nilsen

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverkslovens bestemmelser.

År: 2021

Tittel: Konstitusjonelle skranker for politiets polisiære virksomhetsutøvelse

Navn: John Reidar Nilsen

Trykk: Skipnes Kommunikasjon / Universitetet i Bergen

Forord

I 2011 ble avhandlingens tema unnfanget og senere godkjent som ph.d. prosjekt ved Universitetet i Bergen, Juridisk fakultet. Tanken var å arbeide med prosjektet parallelt med jobben som visepolitimester i Hordaland politidistrikt, men jeg innså tidlig at det ikke lot seg gjennomføre. Prosjektet ble derfor stilt i bero frem til høsten 2016 da jeg fikk anledning til å gå over i ny funksjon som forsker innen *politirett*. Avhandlingen er skrevet i løpet av perioden høsten 2016 til desember 2020.

Arbeidet med avhandlingen ble senere en del av forskningsprosjektet «Politi- og påtalerett»,¹ der professor Gert Johan Kjelby er prosjektleder.² Som tema er *den rettslige regulering av politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse*, tidløs. Tradisjonelt har juridiske fremstillinger, innen *politiretten*, fokusert på materielle vilkår for inngripende myndighetsutøvelse. Ved å fokusere på den polisiære normstrukturen som sådan, kan forhåpentligvis denne avhandlingen bidra med nye kunnskaper, og være et konstruktivt bidrag i den kontinuerlige debatten om hvilke kvalitative krav som bør stilles til den rettslige regulering av politiets polisiære inngripende myndighetsutøvelse.

Bergen,

John Reidar Nilsen

¹ Prosjektet er finansiert av Trond Mohn stiftelse, Det juridiske fakultet og Politidirektoratet.

² <https://www.uib.no/politiogpatalerett>

Takk til

Et ph.d. prosjekt kan ofte fortone seg som en ensom reise mot et usikkert mål. Det er mange som har bidratt til at «reisen» har latt seg gjennomføre.

Min viktigste støttespiller og motivator har vært min kone Lehne som har vist en umenneskelig evne til raushet og overbærenhet når jeg har vært både fysisk og åndelig fraværende på grunn av prosjektarbeidet. Du skal vite at din støtte og kjærlighet har vært uvurderlig.

Professor Asbjørn Strandbakken har vært min veileder gjennom hele perioden, og fortjener en stor takk for arbeidet med å lede meg gjennom rettsvitenskapens irrganger. Han har alltid vært tilgjengelig for diskusjoner, og har gjennom sine konstruktive tilbakemeldinger bidratt til å skjerpe mine evner til kritisk refleksjon.

Ragnar L. Auglend, som så altfor tidlig døde i januar 2020, var en viktig bidragsyter ved utforming av avhandlingens tema. Som kollega og samtalepartner var han en uvurderlig inspirasjonskilde. Helt frem til det siste tok han seg tid til å lese tekstutkast og bidra med innsiktsfulle merknader og vurderinger.

Takk også til min andre veileder, Professor Dan Frände for gode råd og veiledning, samt konstruktive og oppbyggende tilbakemeldinger.

Jeg er også min arbeidsgiver, Vest politidistrikt og Politidirektoratet, en stor takk skyldig som gav meg den tillit det innebærer å få tildelt funksjonen som forsker og anledning til å realisere prosjektet. En spesiell takk til tidligere politidirektør Odd Reidar Humlegård og tidligere assisterende politidirektør Vidar Refvik som så betydningen av og behovet for å satse på forskningen innen politirett.

Da mitt arbeid med avhandlingen ble en del av forskningsprosjektet «politi-og påtalerett», åpnet det seg muligheter for å knytte arbeidet opp mot et dedikert nasjonalt og nordisk fagmiljø. En stor takk til professor Gert Johan Kjelby prosjektleder og faglig samtalepartner.

Takk til professor Hans Petter Graver som i forbindelse med midtvegsevaluering av prosjektet bidro med innsiktsfulle og konstruktive tilbakemeldinger.

Jeg er også Jurdisk fakultet en stor takk skyldig. Foruten å bidra til å fremheve behovet for og betydningen av forskningen innenfor «politi og påtalerett», har fakultetet vært til uvurdelig hjelp ved å legge forholdene til rette for mitt arbeid med avhandlingen.

En rekke personer, både internt ved fakultet, nasjonalt og internasjonalt har i en travel hverdag tatt seg tid til å drøfte ulike problemstillinger og kommet med verdifulle synspunkter og innspill. Tusen takk for bidraget til hver og en av dere, og en spesiell takk til professor Jørn R. T. Jacobsen, professor Linda Gröning, professor Ragna Aarli, professor Ørnulf Øyen, professor Jørgen Aall, professor Henry J. Mæland, professor Henriette Sinding Aasen, professor Anneken Kari Sperr og professor Johan Boucht.

Abstract

The topic of this PhD thesis is:

Constitutional limitations for exercise of police authority - with particular emphasis on human rights and the principle of legality

Police are society's civil power. It is important that the body which is set to exert force is given a clear framework for the exercise of the power. Where does the individual police officer seek information when deciding whether it is necessary and appropriate to intervene, and if necessary, by the use of force?

The Police Act, chapter II, is the main legislation that regulates police duties in general. According to Section 29, the Ministry is entitled to regulate and give special instructions to regulate the exercise of police authority. However, according to the Ministry decision of 16 November 2000, this authority has been further delegated to the National Police Directorate. The chief of police may also issue supplementary rules when local conditions render this necessary. The Ministry and the police exercise of the authority to issue further rules on the exercise of police authority has resulted in a large number of instructions and directives aimed at regulating the exercise of police authority.

Are these norms in accordance with the Norwegian government's obligation to establish legal legislation which respects and ensures fundamental human rights, cf. the Constitution of the Kingdom of Norway Chapter E "Human Rights"?

The project and its topics will focus on three different perspectives:

Firstly, the individual's right to be able to predict their legal position according to the principles of legality - "lex scripta" and "lex certa".

Secondly, police breach of duty, or violation of the right to exercise power, is sanctioned by law. The police officer, who is empowered to, and in certain situations obligated to use force, is therefore in need of legal rules of a quality standard that sets clear limits for service obligation and the right to use force.

Thirdly, it is in everyone's - the citizens, the state, the police force and the individual police officer's - interest that the police are subject to effective and good control mechanisms. The citizens are dependent on it to ensure their rights. The Government relies on good control to carry out its obligations according to human rights. The police force credibility and legitimacy are founded on control mechanisms of good quality. The individual police officer depends on control mechanisms that can clarify the framework for good, proper and lawful performance of duty. Quality of the control mechanisms will always reflect the quality of the legal norms that regulate the police force performance of duty and use of force.

The purpose of the project can be divided into two different main themes. Firstly, I want to analyse and discuss the above-mentioned regulation on a legal dogmatic level to examine whether legislation is consistent with obligations under the national Constitution as well as international law.

Secondly, and in connection with the first theme, analyse whether police practice reflects a correct interpretation of existing law. In other words, to clarify the extent to which the actual exercise of power, regulated by the administration of justice through instructions, circulars and local directives made by the police, exercisable within specified legal norms.

The thesis has three main parts. The first part (chapters 1-4) gives a brief presentation of the legal area and the thesis' research theme, research questions, limitations structure and legal sources and methods.

The second part (chapters 5-6) is mainly a *de lege lata* presentation where attention is directed to the principle of legality in a police context, together with selected human rights provisions in the Constitution. Both the Constitution as law, and the principle of legality as a rule/principle of law are to be regarded as constitutive, as they, by determining the framework for the authorities' access to intervening exercise of authority vis-à-vis the citizens, help to define the limitations and scope for state power.

In this way, they constitute central barriers for intervention by police with regard to exercise of authority.

The third part (chapters 7-15) contains a presentation and analysis of central legislation which form the basis for regulating police exercise of authority. The starting point for the presentation is “police activity as an administrative discipline”. The purpose of this part of the presentation is to explain the developmental features of the legal standard, compared with legal regulation of other State administrative activities. Furthermore, a presentation is given of the material content of the previously non-statutory general power of attorney and its significance as an expression of a legal culture before examining the purpose and considerations behind the codification. One of the central themes for this part of the presentation is to investigate whether the need to bring the police legislation in harmony with the legal requirements of the principle of legality was the real and main driving force behind the legislative work. Furthermore, I make an analysis of the police legislation’s “democratic legitimacy” by asking critical questions concerning the legislative processes related to the codification of police intervention powers, cf. the Police Act of 1995, as well as police practice of assigned legislative competence.

To the extent that one should dare to put an “academic label” on the topic of the thesis, it can be described as an overall legality check with the police norm structure. And by the fact that the norm structure aims to regulate the actual exercise of authority, the presentation will also represent a legality check with the intervening exercise of police authority.

Innhold

FORORD	2
TAKK TIL.....	3
ABSTRACT.....	5
INNHold	8
1. AVHANDLINGENS TEMA, PROBLEMSTILLINGER OG OPPBYGGNING	18
2. METODE	26
2.1 UTGANGSPUNKT.....	26
2.2 PROFESJON OG FAGLIGE STÅSTED SOM METODISKE UTFORDRINGER	27
2.3 FRA RETTSANVENDER TIL RETTSVITENSKAPELIG FORSKER	27
2.4 RETTSKILDESITUASJONEN	30
2.5 KOMPARASJON.....	31
2.6 AVHANDLINGENS RETTSVITENSKAPELIGE AMBISJONER	32
3. SENTRALE BEGREPER.....	33
3.1 INNLEDNING.....	33
3.2 POLITIRETT	34
3.3 POLISLÆR VIRKSOMHET	40
3.4 SONDRINGEN POLISLÆR VIRKSOMHET – STRAFFEFORFØLGNING	43
4. POLISLÆR NORMSTRUKTUR	47
4.1 INNLEDNING.....	47
4.2 EN (POLISLÆR) NORMSTRUKTURS ULIKE KOMPONENTER	48
4.2.1 <i>Normer</i>	48
4.2.2 <i>Rettsnorm</i>	51
4.2.3 <i>Retningslinjer</i>	60
4.2.4 <i>Rettsprinsipper</i>	66

4.2.5	<i>Rettsregler</i>	73
4.2.6	<i>Oppsummering</i>	75
4.3	DET POLISLÆRE NORMHIERARKIET	78
4.3.1	<i>Innledende betraktninger</i>	78
4.3.2	<i>Formell lov</i>	78
4.3.3	<i>Forskrifter</i>	80
4.3.4	<i>Instrukses/rundskriv</i>	87
4.3.5	<i>Lokale ordreverk</i>	93
4.4	FASTLEGGING AV GJELDENDE RETT – BRUK AV ARGUMENTASJONSRESSURSER	93
5.	DET POLISLÆRE LEGALITETSPRINSIPP	99
5.1	INNLEDNING.....	99
5.2	INTRODUKSJON AV TEMAET, PRESISERING OG AVGRENSNING	101
5.3	LEGALITETSPRINSIPPETS FORANKRING OG BEGRUNNELSE	103
5.4	GRUNNLOVEN § 113.....	108
5.4.1	<i>Innledende betraktninger</i>	108
5.4.2	<i>Valg av perspektiv</i>	109
5.4.3	<i>Angivelse av plikt- og rettighetssubjekt</i>	109
5.4.4	<i>Oppsummering</i>	111
5.5	DEN TRADISJONELLE OG FORMELLE INNRETNINGEN AV LEGALITETSPRINSIPPET –	
	TO ULIKE RETNINGER.....	112
5.5.1	<i>Innledende betraktninger</i>	112
5.5.2	<i>Sondringen – forbudsnorm, eller generelt krav til kompetanse</i>	113
5.5.3	<i>Sondringen normeringshandlinger – faktiske handlinger</i>	118
5.5.4	<i>Oppsummering</i>	127
5.6	LEGALITETSPRINSIPPET PÅ STRAFFERETTENS OMRÅDE	129
5.6.1	<i>Innledende betraktninger</i>	129
5.6.2	<i>Lovskravet</i>	129

5.6.3	<i>Analogiforbudet</i>	133
5.6.4	<i>Presisjonskravet</i>	136
5.6.5	<i>Oppsummering</i>	139
5.7	KONSTRUKSJON AV DET POLISIÆRE LEGALITETSPRINSIPPET	140
5.7.1	<i>Innledende betraktninger</i>	140
5.7.2	<i>Det polisiære legalitetsprinsippets forbudsnorm</i>	142
5.7.3	<i>Det polisiære legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp</i>	144
5.7.4	<i>Relativitetsdimensjon – tiltakets samfunnsnytte/ samfunnshensyn</i>	149
5.7.5	<i>Relativitetsdimensjon: vilkår – virkning</i>	151
5.7.6	<i>Relativitetsdimensjon: hvor tyngende inngrepet er</i>	155
5.7.7	<i>Avsluttende merknader til det polisiære legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp</i>	160
5.8	OPPSUMMERING	161
6.	MENNESKERETTIGHETENE SOM KONSTITUSJONELL SKRANKE FOR INNGRIPENDE MYNDIGHETSUTØVELSE	165
6.1	INNLEDNING	165
6.2	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	168
6.3	PRINSIPPER FOR TOLKING AV GRL. OG EMK.....	171
6.4	GJENOMGÅENDE KRAV TIL INNSKRENKINGER I MENNESKERETTIGHETENE	180
6.4.1	<i>Innledende bemerkninger</i>	180
6.4.2	<i>Lovskravet</i>	181
6.4.3	<i>Krav om formålsbestemt myndighetsutøvelse</i>	188
6.4.4	<i>Nødvendighets- og forholdsmessighetskravet</i>	191
6.5	SONDRINGEN «PLIKT TIL Å SIKRE» OG «PLIKTEN TIL Å RESPEKTERE»	198
	MENNESKERETTIGHETENE, I ET POLISLÆRT PERSPEKTIV	198
6.5.1	<i>Innledende betraktninger</i>	198
6.5.2	<i>Nærmere om sondringen</i>	204

6.6	RETTE TIL LIV – GRL. § 93 OG EMK ARTIKKEL 2.....	213
6.6.1	<i>Om Grl. § 93 og EMK artikkel 2.....</i>	213
6.6.2	<i>Kvalitative krav til normering av den polisiere virksomhet som har potensiale til å krenke retten til livet.....</i>	222
6.6.3	<i>Aktsomhetsnorm – vurdering av forsvarlig handling.....</i>	227
6.7	FORBUD MOT TORTUR, UMENNESKELIG OG NEDVERDIGENDE BEHANDLING –.....	
	GRL. § 93 ANDRE LEDD OG EMK ARTIKKEL 3.....	250
6.7.1	<i>Om Grl. § 93 andre ledd og EMK artikkel 3.....</i>	250
6.7.2	<i>Balansering av rettigheter ved konflikt.....</i>	254
6.7.3	<i>Staten søker å fremme offentlige interesser på bekostning av individets rettigheter.....</i>	260
6.7.4	<i>Staten gjør inngrep i ett individs rettigheter for å fremme et annet individs interesser av presumtivt høyere verdi.....</i>	266
6.7.5	<i>I én og samme handling gjør statens presumtivt både inngrep i, og fremmer det samme individs rettighet.....</i>	268
6.7.6	<i>Avsluttende vurderinger.....</i>	271
6.8	VERN MOT FRIHETSBERØVELSE – GRL. § 94 OG EMK ARTIKKEL 5 NR. 1.....	280
6.8.1	<i>Innledende betraktninger.....</i>	280
6.8.2	<i>Lovskravet.....</i>	283
6.8.3	<i>Sondringen frihetsberøvelse – frihetsbegrensning.....</i>	287
6.8.4	<i>Legitime unntak.....</i>	300
6.9	PRIVATLIVETS FRED – GRL. § 102 OG EMK ARTIKKEL 8.....	317
6.9.1	<i>Innledende betraktninger.....</i>	317
6.9.2	<i>Om EMK artikkel 8.....</i>	320
6.9.3	<i>Vern mot «inngrep».....</i>	323
6.9.4	<i>EMK artikkel 8 i en polisiær kontekst.....</i>	326
6.9.5	<i>Overvåkning.....</i>	330
6.9.6	<i>Oppsummering.....</i>	334

7.	DEN POLISLÆRE VIRKSOMHET SOM FORVALTNINGSDISIPLIN	336
7.1	INNLEDNING	336
7.2	POLITI – DEN FUNKSJONELLE DIMENSJONEN OG DENS UTVIKLING	339
7.3	POLITI – DEN ORGANISATORISKE DIMENSJON OG DENS UTVIKLING	342
7.4	FREMVEKSTEN AV DEN RETTSLIGE REGULERINGEN AV POLITIETS	
	POLISLÆRE VIRKSOMHET – HISTORISK PERSPEKTIV	345
7.4.1	<i>Innledende betraktninger</i>	345
7.4.2	<i>Enevoldstiden – 1900</i>	346
7.4.3	<i>Straffeloven av 1902</i>	348
7.4.4	<i>Politiinstruksen av 1920</i>	349
7.4.5	<i>Politi-loven av 1927</i>	350
7.4.6	<i>Politi-loven av 1936</i>	352
7.4.7	<i>Perioden 1936–1995</i>	354
7.4.8	<i>Den rettslige reguleringen av forvaltningen for øvrig – noen utviklingstrekk</i>	357
7.5	OPPSUMMERING	358
8.	GENERALFULLMAKTEN	365
8.1	INNLEDNING	365
8.2	GENERALFULLMAKTENS MATERIELE INNHOOLD	366
8.3	GENERALFULLMAKTEN SOM UTTRYKK FOR EN RETTSKULTUR	370
8.4	KJENNETEGN VED DEN RETTSLIGE NORMERING AV DEN	
	POLISLÆRE INNGREPSKOMPETANSE	373
9.	KODIFISERING AV GENERALFULLMAKTEN – NY POLITILOV AV 1995 –	
	FORMÅL OG HENSYN	376
10.	POLITILOVENS DEMOKRATISKE LEGITIMITET	382
10.1	INNLEDNING	382
10.2	KODIFISERING OG SENERE UTVIKLING AV POLITILOVENS INNGREPSHJEMLER	383
10.3	DELEGASJON AV LOVGIVNINGSKOMPETANSE	388

10.4	AVSLUTTENDE MERKNADER	394
11.	POLISLÆR BEGREPSSTRUKTUR.....	396
11.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER.....	396
11.2	TJENESTEHANDLING OG OFFENTLIG MYNDIGHETSUTØVELSE.....	398
11.3	POLITIMYNDIGHET; PÅLEGG, INNGREP OG MAKT	399
11.3.1	<i>Innledende betraktninger</i>	399
11.3.2	<i>Politimyndighet</i>	401
11.3.3	<i>Pålegg og inngrep</i>	403
11.3.4	<i>Makt</i>	407
11.4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	412
12.	DE POLISLÆRE GRUNNPRINSIPPER SOM SKRANKER	415
	FOR INNGRIPENDE MYNDIGHETSUTØVELSE	415
12.1	INNLEDENDE BETRAKTNINGER.....	415
12.2	FORMÅLSPRINSIPPET	421
12.2.1	<i>Om formålsprinsippet</i>	421
12.2.2	<i>Formålsprinsippet uttrykt i politilovgivningen.</i>	422
12.2.3	<i>Formålsprinsippet i lys av legalitetsprinsippet</i>	425
12.3	BEHOVSPRINSIPPET	425
12.3.1	<i>Om behovsprinsippet</i>	425
12.3.1	<i>Behovsprinsippet uttrykt i politilovgivningen</i>	428
12.3.2	<i>Behovsprinsippet i lys av lex certa-kravet</i>	430
12.3.3	<i>Maktpyramiden som uttrykk for behovsprinsippets subsidiaritetskrav</i>	438
12.4	FORHOLDMESSIGHETSPRINSIPPET	444
12.4.1	<i>Om forholdsmessighetsprinsippet</i>	444
12.4.2	<i>Forholdsmessighetsprinsippet uttrykt i politilovgivningen</i>	451
12.4.3	<i>Det polisiære forholdsmessighetsprinsippet i lys av lex certa-kravet</i>	453
12.5	AVSLUTTENDE MERKNADER	478

13.	NØDVERGE SOM HJEMMELSGRUNNLAG FOR POLITIETS	
	POLISLÆRE INNGRIPENDE MYNDIGHETSUTØVELSE	481
13.1	INNLEDNING	481
13.2	OM STRL. § 18 – NØDVERGE	483
13.3	STRL. § 18 – AKTUALITET SOM KOMPETANSEGRUNNLAG FOR INNGRIPENDE POLISLÆRE MYNDIGHETSUTØVELSE	491
13.4	STRL. § 18 I EN POLISLÆRE KONTEKST	494
13.4.1	<i>Innledende betraktninger</i>	494
13.4.2	<i>Kan nødvergeinstituttet betraktes som en politilær kompetansenorm?</i>	495
13.4.3	<i>Nødvergeinstituttets formål</i>	496
13.4.4	<i>Nødvergeinstituttets legislative begrunnelse</i>	497
13.4.5	<i>Nødvergeinstituttet som politilær kompetansenorm i lys av lex certa-kravet.</i>	501
13.4.6	<i>Nødvergeinstituttet som politilær kompetansenorm i lys av statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene</i>	510
13.4.7	<i>Nødvergeinstituttet som politilær kompetansenorm i rettsåndhevelsesøyemed – strl. § 18 andre ledd</i>	520
13.5	NØDVERGEINSTITUTTET SOM POLISLÆRE KOMPETANSEKRAV – DE LEGE FERENDA.....	525
14.	POLISLÆRE FRIHETSBERØVELSE	536
14.1	INNLEDNING	536
14.2	«ANHOLDELSE», «FJERNING» OG «LUKKET OPTISK FØLGE».....	540
14.2.1	<i>Anholdelse</i>	540
14.2.2	<i>Fjerning</i>	542
14.2.3	<i>Lukket optisk følge</i>	543
14.2.4	<i>Politi-loven § 7 første ledds ulike inngreps-situasjoner i lys av EMK artikkel 5</i>	548
14.3	«INNBRINGELSE»	558
14.3.1	<i>Introduksjon</i>	558
14.3.2	<i>Politi-loven § 8</i>	559

14.3.3	<i>Politiloven § 9</i>	564
14.4	POLITILOVEN § 12.....	579
14.4.1	<i>Innledende betraktninger</i>	579
14.4.2	<i>«ta hånd om»</i>	580
14.4.3	<i>«midlertidig forvaring»</i>	581
14.5	POLITILOVEN § 13 – «PÅLEGG OM Å MØTE FOR POLITIET».....	585
15.	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	590
	KILDER	596
Figur 1	44
Figur 2	53
Figur 3	60
Figur 4	64
Figur 5	68
Figur 6	75
Figur 7	120
Figur 8	128
Figur 9	163
Figur 10	170
Figur 11	199
Figur 12	203
Figur 13	208
Figur 14	230
Figur 15	241
Figur 16	327
Figur 17	386
Figur 18	397
Figur 19	494
Figur 20	502

Figur 21	514
Figur 22	533
Figur 23	533

Del I

Introduksjon

1. Avhandlingens tema, problemstillinger og oppbygging

Temaet for avhandlingen er en rettsvitenskapelig studie av:³

Konstitusjonelle skranker for politiets polisiære virksomhetsutøvelse – med særlig vekt på menneskerettighetene og legalitetsprinsippet.

Avhandlingen er hovedsakelig av *rettsdogmatisk* karakter, og har som hovedformål å avklare *om* den rettslige regulering av politiets kompetanse til inngripende polisiære myndighetsutøvelse er i samsvar med de rettslige skranker som kan utledes av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser generelt, og legalitetsprinsippet spesielt.⁴

Avhandlingens tittel alene gir uttrykk for et vidt definert problemområde. Av ordlyden kan det utledes at avhandlingen er innrettet med formål å studere sammenhengen mellom konstitusjonelle krav til rettslig normering av politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse, og den faktiske rettslige normering av, og utøvelse av virksomheten. Utover at det kan utledes en problemformulering av avhandlingens hovedformål, bidrar den i liten grad til å presisere avhandlingens tematiske rammer. Formuleringer som «å avklare den rettslige regulering av politiets kompetanse ...», og «som kan utledes av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser generelt, og legalitetsprinsippet spesielt» gir isolert sett bud om et bredt anlagt tema.

Som den senere fremstilling vil vise er politiets polisiære inngrepskompetanse regulert av et ikke ubetydelig antall rettslige normeringer, som det innenfor avhandlingens rammer ikke er mulig – og heller ikke har vært forutsetning - å gjøre til gjenstand for

³ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 211 som omtaler *rettsvitenskap* som «forskning om retten». Se også Bernt/Doublet 1999 s. 243 hvor det fremgår at rettsvitenskapens rettsdogmatiske disiplin «hovedformål er å komme fram til gjeldende rett».

⁴ Om *kompetansenormer*, se 4.2.2.

en rettsdogmatisk behandling. For å utnytte «problemformuleringens potensial og funksjon som analyseverktøy og strukturerende element i skrivningen»,⁵ er det derfor innledningsvis behov for å gjøre noen presiseringer, for å gi et nærmere bilde av hva denne avhandlingen handler om.

Avhandlingens hovedproblem aktualiserer en rekke temaer og delproblemstillinger, knyttet til blant annet *enhetlig begrepsstruktur, rettskultur, normeringspraksis, utøvelse av delegert normeringskompetanse og fastsettelse av rettsregler* gjennom en tolkningsprosess, for å nevne noen. Jeg avstår derfor fra å forsøke å gi en sammenhengende tekstlig fremstilling og beskrivelse av avhandlingens problemstilling. I lys av avhandlingens tematiske kompleksitet, har jeg ikke tro på at en slik tilnærming vil oppfylle sitt formål. For å gi leseren en bedre forståelse for avhandlingens tematiske rammer, har jeg i stedet valgt å gi en fortløpende presentasjon av avhandlingens oppbygging og ulike deltemaer, slik de presenteres i avhandlingens ulike kapitler.

Politi skal i denne avhandlingen forstås som politi- og lensmannsetaten, jf. pl. § 1 første ledd. Uttrykket *polisier* er sentralt idet det betegner en begrenset del av politiets virksomhet. Når uttrykket brukes siktes det til den delen av politiets virksomhet som, gjennom valg av struktur, organisering og tilegnelse av kompetanse, understøtter etatens primære formål om å utøve myndighet – om nødvendig ved bruk av makt – for å fremme oppgaveløsning knyttet til ivaretagelse av den offentlige ro og orden, og vern om individet og allmennhetens sikkerhet.⁶

Avhandlingen består av 15 kapitler inndelt i tre hoveddeler. Innledningsvis i del I gis det i dette kapittel, en kort fremstilling av avhandlingens forskningstema, problemstilling og oppbygging. Kapittel 2 omhandler hovedtrekk ved metoden som anvendes. Videre behandles i kapittel 3 begreper som har særlig betydning for avgrensning av avhandlingens tema. Dette gjelder *politirett, polisier virksomhet* og

⁵ Askeland 2018.

⁶ Begrepet *polisier* er nærmere behandlet i 3.3.

sondringen *polisier virksomhet - straffeforfølgning*. Kapittel 4 avrunder avhandlingens del I. Her beskriver jeg først en *normstruktur* til bruk i denne avhandlingen. Deretter presenteres og avklares sentrale polisiære normeringers funksjon som argumentasjonsressurs i tolkningsprosessen som har som formål å avklare hjemmelsgrunnlaget for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse. Avhandlingen vil dermed også inneholde drøftelser av *rettsteoretisk* karakter. Kapittel 4 avsluttes med nærmere redegjørelse av bruk av polisiære argumentasjonsressurser ved fastlegging av gjeldende rett.

Når henholdsvis *polisier begrepsstruktur* og *normstruktur* vies oppmerksomhet, skyldes det to forhold. For det første, etter vedtakelsen av politiloven (pl.) av 1995, har etaten opplevd en betydelig økning av skrevne normeringer som angir eller definerer etatens inngrepskompetanse. Felles for disse normeringene, inklusiv politiloven av 1995, er at de i stor grad har tatt i bruk politifaglige termer for å uttrykke materielle vilkår for inngripende myndighetsutøvelse, uten at uttrykkenes rettslige meningsinnhold nødvendigvis avklares. Hva menes med politilovens bruk av uttrykkene *forebygge*, *avverge*, *stanse* og *forfølge*? Ved første øyekast fremstår problemstillingen som lite relevant da termene gir uttrykk for ulike sider ved politiets virksomhet og oppgaver. Hvilket meningsinnhold uttrykkene tillegges vil imidlertid i ytterste konsekvens ha betydning for om virksomheten som sådan kan karakteriseres som *polisier virksomhet* eller *straffeforfølgning*. Tilsvarende spørsmål kan reises i forhold til uttrykket *makt*, jf. pl. § 6 fjerde ledd og *pålegg* og *inngrep*.⁷ Forankret i avhandlingens hovedformål og i lys av legalitetsprinsippets lovskrav er det derfor nødvendig å undersøke om gjeldende normeringer, som danner grunnlaget for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse, bygger på et enhetlig og konsistent begrepsapparat som formidler et presist bilde av normeringens innhold.

⁷ «*Inngrep*» i en nasjonal kontekst har jeg definert som myndighetsutøvelse hvor individet må «gjøre, tåle eller unnlate noe». Nærmere om begrepet, se 11.3.3.

Det andre forhold som særlig gjør seg gjeldende, er at den rettslige normeringen av politiets polisiære inngrepskompetanse i stor utstrekning bygger på delegert lovgivning og etatsinterne normeringer. Kan alle disse normeringer - alt fra formell lov til politimesterordrer - karakteriseres som *rettskilder* eller *argumentasjonsressurser*? Hvilke relevans og vekt kan disse ulike kildene tillegges i en rettsanvendelsesprosess? For å svare på disse spørsmål er det behov for å «modellere» en normstruktur som et fundament og utgangspunkt for en senere presentasjon og analyse av normeringene som utgjør den rettslige regulering av politiets inngripende myndighetsutøvelse.

Del II og III utgjør avhandlingens hoveddeler. I avhandlingens del II vies legalitetsprinsippet, sammen med utvalgte menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven (Grl.), oppmerksomhet.⁸ Både Grunnloven som lov, og legalitetsprinsippet som rettsregel/-prinsipp er å regne for konstitusjonerende idet de, gjennom å fastsette rammene for myndighetenes adgang til inngripende myndighetsutøvelse overfor borgerne, er med å definere begrensningene og mulighetsrommet for statens maktutøvelse. I så måte utgjør de sentrale skranker for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse.

Ved å oppstille krav om at «inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov», jf. Grl. § 113, søker legalitetsprinsippet å ivareta flere sentrale hensyn. For det første ivaretar prinsippet hensynet til maktfordeling og folkesuverenitet, noe som har betydning ved avgjørelse av hvem som har normeringskompetanse i forhold til regulering av politiets inngripende myndighetsutøvelse. Ifølge Grl. § 75 bokstav a tilkommer det «Stortinget å gi og oppheve lover...» Samtidig forutsetter den rettslige reguleringen av politiets inngripende myndighetsutøvelse utstrakt bruk av delegert lovgivning i form av forskrifter, instruksjer, rutiner og ordrer. Følgelig er politiet gitt en sentral rolle ved fastsettelse av etatens kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse. Dernest skal prinsippet både ivareta individets behov for forutberegnelighet, og hindre

⁸*Menneskerettigheter er av FNs kommissær for menneskerettigheter forklart som: «rights inherent to all human beings, whatever our nationality, place of residence, sex, national or ethnic origin, colour, religion, language, or any other status. We are all equally entitled to our human rights without discrimination. These rights are all interrelated, interdependent and indivisible», se <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.*

vilkårlig myndighetsutøvelse. Videre skal prinsippet understøtte kontroll med myndighetsutøvelsen samtidig som fleksibel og effektiv tjenesteutøvelse fremmes. Vi ser allerede her at prinsippet stiller krav til henholdsvis Stortinget som lovgivende organ, regjeringen som ansvarlig for statens utøvende virksomhet og politiet som utøver av virksomheten.

Et av avhandlingens sentrale temaer vil derfor være å drøfte om gjeldende normeringspraksis, herunder bruk av delegert normeringskompetanse, er i samsvar med legalitetsprinsippets krav *om* og *til* rettslig regulering av politiets inngripende myndighetsutøvelse. Det er derfor behov for å avklare hva legalitetsprinsippet uttrykker innenfor den polisiære virksomhet. Grunnloven § 113 gir i så måte ingen veiledning ved fastsettelse av legalitetsprinsippets innhold generelt, eller i forhold til den polisiære virksomhet. I kapittel 5 foretar jeg en analyse av legalitetsprinsippet generelt før jeg konstruerer et «polisiært legalitetsprinsipp». Det overordnede formålet med denne delen av fremstillingen er å avklare hvilke krav prinsippet stiller til tolking og etablering av normeringer som hjemler inngripende polisiær myndighetsutøvelse.

Legalitetsprinsippets lovskrav kan i høyden bidra med å avklare *om* den påberopte rettsregel har tilstrekkelig forankring i formell lov, herunder om klarhets- og forutberegnelighetskravet er ivaretatt gjennom å angi *hvilke* inngrep politiet kan foreta. Ensidig fokus på prosessuell rettssikkerhet vil derfor ikke motvirke utilbørlig og vilkårlig tjenesteutøvelse.⁹ Ivaretagelse av individets rettssikkerhet krever at det i tillegg oppstilles kvalitative krav til normeringen som beskriver de rettslige rammer for den legitime tjenestehandling, med hensyn til *hvordan* inngrepet skal foretas, herunder valg og bruk av maktmidler. I kapittel 6 behandles utvalgte og sentrale menneskerettighetsbestemmelser betydning som rettslig skranke for politiets inngripende myndighetsutøvelse.

⁹ Begrepet *rettssikkerhet* er i juridisk litteratur gitt et lite språklig entydig innhold. Nærmere om temaet, se Robberstad 1999 s. 358 flg. Begrepets betydning i denne avhandlingen, behandles i petitavsnitt i 5.3.

Politiets samfunnsmandat er nærmere beskrevet i pl. § 1 andre ledd, jf. § 2, og avspeiler politiets ansvar for å forvalte den delen av statens plikt til å *sikre* menneskerettigheter, jf. Grl. § 92 og EMK artikkel 1, som knyttes til individets rett til livet og trygghet og sikkerhet generelt. Samtidig hersker det en korresponderende plikt for myndighetene, under sin myndighetsutøvelse, til å *respekt*ere menneskerettighetene. Fremstillingen vil derfor avgrenses til bestemmelser som er av særlig interesse for politiets politisære virksomhet, nærmere bestemt *retten til liv*, jf. Grl. § 93 første ledd og EMK artikkel 2, *retten til frihet fra mishandling*, jf. Grl. § 93 andre ledd og EMK artikkel 3, *retten til frihet*, jf. Grl. § 95 og EMK artikkel 5 og *rett til privatliv*, jf. Grl. 102 og EMK artikkel 8.

Etter å ha avklart premissene og identifisert sentrale kriterier, vil jeg i del III presentere og analysere sentrale normeringer, som danner grunnlag for regulering av politiets inngripende politisære myndighetsutøvelse.

Startpunktet for fremstillingen er kapittel 7. Her er det «[d]en politisære virksomhet som forvaltningsdisiplin» som er tema. Innledningsvis fokuseres det på *politiet* ut fra en *funksjonell* og *organisatorisk* dimensjon, før det gis en presentasjon og analyse av fremveksten av den rettslige reguleringen av politiets inngripende politisære myndighetsutøvelse. Formålet med denne delen av fremstillingen er å forklare utviklingstrekk ved den rettslige normering, sammenliknet med rettslig regulering av annen forvaltningsvirksomhet.

I kapittel 8 gis det en fremstilling av generalfullmaktens materielle innhold og dens betydning som uttrykk for en rettskultur, før jeg i kapittel 9 ser nærmere på kodifiseringen av generalfullmakten, nærmere bestemt formål og hensyn bak ny politilov av 1995. Her foretas det en gjennomgang av uttalte formål og hensyn som ble fremhevet for å underbygge behovet for ny politilovgivning. Et av de sentrale temaer for denne delen av avhandlingen er å undersøke om behovet for å bringe politilovgivningen i harmoni med legalitetsprinsippets lovskrav, var den egentlige og bærende drivkraften bak lovarbeidet. I kapittel 10 foretar jeg en analyse av politilovgivningen demokratiske legitimitet ved å stille kritiske spørsmål til

lovgivningsprosessene knyttet til kodifisering av politiets polisiære inngrepsfullmakter, jf. politiloven av 1995, samt praktisering av tildelt normeringskompetanse.

I kapittel 11 er temaet «polisiær begrepsstruktur». Her ser jeg nærmere på sentrale polisiære begrep som også utgjør sentrale materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelse, og stiller spørsmål om de gir uttrykk for et enhetlig og tilstrekkelig klart og tydelig innhold, noe som er en forutsetning for å forstå det til tider komplekse samspillet mellom ulike normer.

I juridiske teoretiske fremstillinger anvendes begreper som *hjemmelsgrunnlag* og *rettsgrunnlag* med varierende presisjon. Som tidligere nevnt gis det i 4.4 anvisning om metodisk tilnærming ved fastsettelse av *gjeldende rett* innenfor den polisiære virksomhet. I kapitlene 12 til og med 14 foretas det en analyse av sentrale utvalgte polisisære kompetansenormer med formål å avklare om normeringer, som forutsetter inngripende myndighetsutøvelse, er i samsvar med de rettslige skranker som kan utledes av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser generelt, og legalitetsprinsippet spesielt. Analysen er forankret i de premisser og kriterier som er identifisert i avhandlingens del II. I kapittel 12 er det de polisiære grunnprinsippene som er temaet. Det overordnede formålet med fremstillingen er å avklare hvilke rettslig innhold *formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippet* er tillagt i politilovgivningen, dens ulike forskrifter, instruksjer og direktiver. Det fordrer en nærmere avklaring av om disse normeringer oppfyller legalitetsprinsippet lex certa-krav om tilstrekkelig klar og tydelig lovgivning gjennom å uttrykke prinsippenes reelle innhold, og om normeringene er tro mot prinsippenes konstitusjonelle skranker slik de kommer til uttrykk i Grunnloven. I kapittel 13 er det strl. § 18 om nødverge som er temaet. Sentralt i fremstillingen står de rettslige implikasjoner forbundet med bestemmelsens funksjon som polisiært kompetansegrunnlag for inngripende myndighetsutøvelse.

I Kapittel 14 er temaet polisiære frihetsberøvelser. Foruten å avklare om nærmere bestemte polisiære tiltak, som representerer en suspensjon av individets bevegelsesfrihet, utgjør en frihetsberøvelse, jf. GrL § 94 første ledd, sammenholdt med EMK artikkel 5, har fremstillingen som siktemål å avklare om normeringen av angjeldende inngrepskompetanse samsvarer med GrL § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1s uttømmende angivelse av når staten legitimt kan fravike individets grunnlovs- og konvensjonsforankrede vern mot frihetsberøvelse. I kapittel 15 foretas det en oppsummering og konklusjon.

I den grad man skal våge seg til å sette en «akademisk merkelapp» på avhandlingens tema, kan den beskrives som en overordnet legalitetskontroll med den polisiære normstruktur. Og i kraft av at normstrukturen har som formål å regulere den faktiske myndighetsutøvelsen, vil fremstillingen også representere en legalitetskontroll med den inngripende polisiære myndighetsutøvelsen.

2. Metode

2.1 Utgangspunkt

Avhandlingen er et rettsdogmatisk arbeid.¹⁰ Det anvendes juridisk metode for å avklare om rettslige normeringer som regulerer politiets inngripende politisære myndighetsutøvelse, er i samsvar med rettslige skranker som kan utledes av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser generelt, og legalitetsprinsippet spesielt.¹¹

Det innebærer at en av avhandlingens delmålsetninger er å avklare gjeldende rett. Sluttproduktet i en prosess som har som formål å klargjøre *gjeldende rett* kan betegnes som *rettsregel*. I en slik kontekst vil klargjøring av *gjeldende rett* kunne forstås som en prosess som har som formål avdekke hvordan «retten må forstås i et nåtidsperspektiv».¹²

I tillegg til en beskrivelse av gjeldende rett - som vil danne fundamentet for ethvert rettsvitenskapelig arbeid - bebuder avhandlingens tema at den også inneholder rettsanalytisk arbeid.¹³

¹⁰ Se Bernt 2019 s. 592 hvor *rettsdogmatikken* omtales som «rettsvitenskap i snevrere forstand».

¹¹ Se Doublet 1995 s. 162 flg. Innledningsvis gis det uttrykk for at rettsvitenskapelig metode er noe annet enn rettsdogmatisk metode, som benyttes av rettsanvenderen. Det tilsynelatende uttalte skarpe skillet mellom rettsvitenskapen og rettsdogmatikken nyanseres idet han først legger til grunn at «[b]egrepet gjeldende rett og rettsdogmatikk er egentlig gjensidig betingende begreper» (s. 163). Deretter slår han fast, som teoretisk utgangspunkt «at rettsdogmatikken utgjør det vesentlige kjerneområde i rettsvitenskapen» (s. 164) Dette begrunner han ut fra følgende: «Skal rettsvitenskapen forholde seg til retten i samfunnet, er det åpenbart at også rettsvitenskapen må inkludere den metodikk hvorigjennom man gir den samfunnmessige rett en nærmere bestemmelse». Videre legger han til grunn at «[r]ettsdogmatikkens regler er på sett og vis styringsmekanismer [...] for konsistenskontroll innenfor rettsystemet» (s. 170)

¹² Se Mæhle/Aarli 2017 s. 211. Sml. Bernt/Doublet 1998 a s. 13 hvor det gis uttrykk for at «rettsvitenskap» kan forstås som en prosess som har som formål å fastlegge hva som er gjeldende rett.

¹³ Jeg legger til grunn at «*rettsanalytisk arbeid*» inngår som en delkomponent av rettsdogmatikken. Se Graver 2008, punkt 2.2 som beskriver rettsdogmatikken og rettsanalyse som to ulike kategorier. Sml. Auglend 2016 s. 57 som omtaler *rettsforskning* som vitenskapelig analyse.

På lik linje med ethvert forskningsarbeid har denne avhandlingens metode utfordringer I det følgende skal jeg se nærmere på noen sentrale metodiske spørsmål.

2.2 Profesjon og faglige ståsted som metodiske utfordringer

Som ansatt i politiet, med over 30 års erfaring fra ulike funksjoner innen politi- og påtalemyndigheten, har anvendelse av rettslige normeringer for å avklare gjeldende rett, vært en sentral del min arbeidshverdag.

Avhandlingens forskningsobjekt er beskrevet som *rettslige normeringer for politiets polisiære virksomhet*. Da politiet, gjennom utøvelse av delegert normeringskompetanse, er en sentral aktør ved fastsettelse av de rettslige skranker for myndighetsutøvelsen, vil *Politi- og lensmannsetaten* som sådan utgjøre et sentralt element i forskningsobjektet.

Det har derfor vært nødvendig for meg å skape tilstrekkelig profesjonell avstand til forskningsgjenstanden. Deltakelse i *forskeropplæringen ved juridisk fakultet, UIB* har vært en sentral og viktig arena for meg i arbeidet med å etablere nødvendig bevissthet rundt denne metodiske utfordringen.

2.3 Fra rettsanvender til rettsvitenskapelig forsker¹⁴

En annen metodisk utfordring, som jeg tidlig ble oppmerksom på, var at steget fra *rettsanvender* til *rettsforsker* krevde et bevisst forhold til hva som særpreger juridisk forskning som vitenskap.¹⁵ Som *rettsanvender* var *juridisk metode* mitt sentrale verktøy

¹⁴ Graver 2008 har i det vesentlige vært inspirasjonskilde til fremstillingen i dette punkt.

¹⁵ Se Graver 2008 som drøfter hvilke krav som bør stilles til vitenskapelige tekster.

i tolkningsprosessen, hvis formål var å avklare gjeldende rett.¹⁶ I så måte hadde rollen som *rettsanvender* mye til felles med nåværende rolle som *rettsforsker*.¹⁷

Fra mitt ståsted er det to sider ved *rettsanvenderens* rolle som står i kontrast til rollen som *rettsforsker*. Den ene er at faktiske omstendigheter er en sentral faktor i *rettsanvenderens* tolkningsprosess.¹⁸ Den andre knytter seg til det faktum at offentlig virksomhet og domstolene tar stilling til enkeltsaker. Det ligger derfor i virksomhetens natur at det tas endelig stilling til rettsspørsmål.

Som påpekt av Mæhle har argumentasjonsformen til *rettsanvenderen* og *rettsforskeren* ulike innfallsvinkler. Mens *rettsanvenderen* fokuserer på konkrete rettsvister, har rettsdogmatikken «et generelt siktemål om å systematisere og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle konkrete rettslige problemer», se Mæhle 2004, punkt 1. Se også Bernt/Doublet 1998 a s. 161 flg. hvor sontringen *rettsvitenskap* og *juridisk metode* behandles.

Det innebærer at *rettsanvenderen*, i motsetning til *rettsforskeren*, er satt i en tvangssituasjon da han i utøvelsen av sitt virke *alltid* må konkludere i forhold til hva som er gjeldende rett.¹⁹ I enhver sammenheng hvor enten situasjonen som sådan eller systemet oppstiller forventning om hurtig og effektiv saksavgjørelse, er det en fare for at konklusjonen hviler på et sviktende rettslig fundament.

Rettsanvendelsen i forvaltningssaker generelt, og politiet spesielt, danner grunnlag for forvaltningspraksis. Når forvaltningspraksisen i liten eller ingen grad er gjenstand for domstolskontroll, står en i fare for at svakt rettslig funderte avgjørelser danner grunnlaget for etablering av gjeldende rett.

¹⁶ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 209 som gir uttrykk for at «juridisk metode består av mange rettskildeprinsipper» som kan beskrives som «normer for hvordan man skal argumentere når man tar stilling til rettsspørsmål». Sml. Bernt/Doublet 1998 a s. 19 som beskriver den juridiske metode som en «generell autorisert faglig metode for å avklare konkrete rettsspørsmål». Se også Andenæs 1979 s. 154 som legger til grunn følgende forståelse av begrepet juridisk metode: «den fremgangsmåte som gode jurister i vårt samfunn bruker når de står overfor juridiske oppgaver som skal løses.»

¹⁷ Se Graver 2011, punkt 3. Se også Mæhle/Aarli 2017 s. 210.

¹⁸ Nå er det ikke slik å forstå at faktiske omstendigheter ikke inngår som element i rettsforskerens arbeid. Som påpekt av Graver 1994, punkt 3, inngår «rettslivet» – herunder «borgernes rettslige praksis [og] virkningen av lovgivningen» – som komponent i *rettsvitenskap*.

¹⁹ Se Graver 1998, punkt 6 som påpeker at «[r]ettsvitenskapen har ikke noe mandat fra samfunnet til å treffe avgjørelser om rettsspørsmål med bindende virkning. Hvis den enkelte juridiske forskers utsagn om rettsspørsmål skal ha noen autoritet, må det derfor være i kraft av utsagnet selv.»

Det er her en av *rettsforskerens* sentrale roller trer frem. Når *rettsforskeren* tar stilling til gjeldende rett, underkaster han *rettsanvenderens* produkt (rettsavgjørelsene) og premissene (rettsnormeringene) en systematisk og kritisk gjennomgang. I den grad *rettsforskeren* også foretar en kritisk gjennomgang av hele eller deler av det etablerte rettssystem som regulerer *rettsanvenderens* virksomhet, får den rettsvitenskapelige forskning også karakter av «systemrevisjon». Det fordrer at *rettsforskeren*, i sitt virke, utfordrer etablerte sannheter, enten ved å reise nye problemstillinger, eller ved å belyse allerede kjente problemstillinger fra en annen synsvinkel. Alt med målsetting om å underkaste temaet en mer inngående analyse for å etablere ny kunnskap og forståelse. Rettsvitenskapen skal stille spørsmål og problematisere uten forventning om alltid å kunne gi svar.²⁰ Videre bør han bidra til utvikling av eksisterende begreper, eller etablere nye, til bruk for å nyansere skjønnspregede rettslige størrelser. Samlet sett vil dette bidra til økt erkjennelse om rettslige spørsmål både på det deskriptive og normative plan.²¹ Det forutsetter imidlertid, som påpekt av Graver, at klassiske vitenskapelige idealer etterlevs.²²

For at rettsforskningen skal kunne karakteriseres som et rettsvitenskapelig produkt må den bidra til et faglig løft. Rettsvitenskapen definerer ikke sin målgruppe, men den bør alene ha det akademiske miljø som adressat og målesnor ved vurdering av om avhandlingen har bidratt til nyskaping og faglig løft. En slik tilnærming har solid forankring i prinsippet om at rettsvitenskapelige forskere i sitt arbeid «står på skuldrene til hverandre». *Rettsanvenderen* kan betraktes som *brukere* av rettsvitenskapens produkter. På den måten inntar *rettsforskeren* rollen som veileder for *rettsanvenderen*.

Alt i alt utgjør dette en komprimert beskrivelse av sider ved *rettsforskerens* virke og det *rettsvitenskapelige* produktet, som vil stå i fokus for denne avhandlingen.

²⁰ Tilsvarende, Graver 1998, punkt 6.

²¹ Se Graver 2011, punkt 3.

²² Se Graver 1998, punkt 6. hvor det gis uttrykk for at «[k]lassiske vitenskapelige idealer om fullstendighet, åpenhet og rasjonalitet er de viktigste redskaper i bestrebelsene på å fremstille rettsstoffets muligheter. Det er etterlevelsen av slike idealer som gjør teoretiske utsagn etterprøvbare, både i forhold til om de bygger på riktige og relevante data og i forhold til om de slutninger som trekkes er holdbare».

2.4 Rettskildesituasjonen

Som nevnt ovenfor utgjør rettsnormeringer *for politiets politisære virksomhet*, avhandlingens forskningsobjekt. Som forskningsobjekt har rettsnormene til felles at de er kodifiserte, noe som skaper et umiddelbart inntrykk av at rettskildesituasjonen som sådan ikke byr på noen metodologiske utfordringer.²³ Det er imidlertid to forhold som gjør at dette inntrykket må nyanseres.

For det første, en ikke ubetydelig del av den nærmere regulering av politiets inngrepskompetanse består av normeringer som er resultat av utøvelse av delegert normeringskompetanse. Dette sammenholdt med at politiets politisære inngripende myndighetsutøvelse i svært liten grad er gjenstand for domstolskontroll,²⁴ har bidratt til at den positivrettslige normering av politiets politisære inngrepskompetanse *de facto* er kodifisering av bransjepraksis.²⁵

Mangel av høyesterettspraksis som autoritativ rettskilde vil i seg selv by på metodiske utfordringer når den rettslige normering skal underkastes en kvalitativ og kritisk analyse.²⁶ For å skape et tilstrekkelig rettsvitenskapelig fundament for analysen har det vært nødvendig å avklare legalitetsprinsippet og menneskerettighetenes betydning som konstitusjonelle skranker for den politisære inngripende myndighetsutøvelsen.

Enhver prosess som har som formål å analysere nasjonale rettskilder, vil ta utgangspunkt i alminnelige metoderegler utviklet av Høyesterett.²⁷ I så måte utgjør politiretten intet unntak. Men i lys av politilovgivningens særegenheter, er det noen særlige metodiske spørsmål som gjør seg gjeldende. Dette gjelder blant annet

²³ Se Mestad 2019 for en generell fremstilling av *Rettsens kilder og anvendelse*.

²⁴ Se Eckhoff 2001 kapittel 7 for en generell fremstilling av rettspraksis som rettskildefaktor.

²⁵ Nærmere om dette, se bl.a. 8.3 og 10.2.

²⁶ Høyesterettspraksis betydning som rettskilde, se Høgberg 2019 s. 259–292 og Blandhol mfl. 2015, punkt 5.

²⁷ Se Strandbakken 2003 s. 39 og Rui 2009a s. 40.

spørsmålet *om* og eventuelt *hvilken* vekt normeringer, som er et resultat av utøvelse av delegert normeringskompetanse, kan tillegges som argumentasjonsressurs i en tolkningsprosess som har som formål å avklare rettsregler som regulerer politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse. I kapittel 4 etableres en modellert normstruktur som fundament for å svare opp på eventuelle særegne metodespørsmål som aktualiseres i senere analyser av relevante polisiære normeringer. I utgangspunktet vil alminnelige metoderegler utviklet av Høyesterett, sammenholdt med særegne metodespørsmål som gjør seg gjeldende for den polisiære lovgivningen, utgjøre et solid fundament ved avklaring av gjeldende rett. Når jeg i 4.4 har funnet det formålstjenelig å gi en egen fremstilling av «[f]astlegging av gjeldende rett – bruk av argumentasjonsressurser», er det for å fremheve angivelsen av politiets oppgaver og mål for virksomheten (det overordnede formålsprinsipp), sammenholdt med den faktiske situasjonens (faktuelle omstendigheter) betydning ved fastsettelse av gjeldende rett.

Grunnlovens menneskerettigheter utgjør en sentral del av avhandlingens tema. I 6.3 gjøres det rede for noen metodespørsmål ved tolking av Grunnloven og EMK.

2.5 Komparasjon

Enhver avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.) som bygger på en rettsdogmatisk metode, vil som regel inneholde komparasjon med fremmed rett.

Når det i denne avhandlingen foretas komparasjon, er det ikke ment å gi en fullstendig fremstilling av gjeldende rett for den respektive stat.²⁸ Fremstillingen er mer å betrakte

²⁸ Se Rui 2009b om temaet *Komparasjon innen strafferett og -prosess*.

som et komparativt utsyn, hvor komparasjonen tjener som en «deskriptiv synliggjøring av likheter og ulikheter innenfor beslektede rettsområder».²⁹

I avhandlingen foretas det en fortløpende komparasjon i tilknytning til utvalgte temaer, fortrinnsvis med dansk, finsk og svensk rett, men også islett av henvisninger til tysk rett. Når andre nordiske stater er viet særlig oppmerksomhet skyldes det at forvaltningslovgivningen generelt og politilovgivningen spesielt bygger på en felles nordisk rettskultur. Innenfor politiretten har dette gitt seg utslag i den faktiske kodifisering av den respektive stats politilovgivning. På mange måter fremstår den enkelte stats normering av politiets inngrepskompetanser, som innbyrdes inspirasjonskilder.³⁰

2.6 Avhandlingens rettsvitenskapelige ambisjoner

Som rettsforsker ble jeg tidlig innprentet med at jeg «står på skuldrene» til andre rettsforskere, i betydningen at min avhandling bygger videre på annet rettsvitenskapelig arbeid. Den overordnede rettsvitenskapelige ambisjon er at denne avhandlingen skal bidra til nyskapning og faglig løft innenfor rettsområdet, og da med det akademiske miljø som adressat.

Sekundært vil avhandlingen også henvende seg både til justis- og politietaten i kraft av rettsanvender, med håp om at avhandlingen kan tjene som veileder.

²⁹ Se Auglend 2016 s. 63-64 som fremhever to sentrale formål med komparasjon med fremmed rett. «... ren deskriptiv synliggjøring av ulikheter i rettsinnhold eller rettsutvikling eller bruk av fremmed rett 'i tjenende hensikt' som tolkningshorisont ved drøftelsen av enkeltspørsmål.»

³⁰ Se Auglend 2016 s. 64 som viser til at nordiske lands politilovgivning er blitt til over relativt kort tidsrom. Svensk politilov er fra 1984, den norske fra 1995 og den finske ble vedtatt i 1995, men revidert i 2011. Videre er dansk politilov vedtatt i 2004.

3. Sentrale begreper

3.1 Innledning

Politiloven § 2 angir politiets oppgaver. Av disse er det oppgaver knyttet til politiets trygghetsskapende virksomhet, jf. pl. § 2 nr. 1 og 2, opprettholdelse av ro og orden, jf. pl. § 2 nr. 1 og 2 og forebygge, og bekjempe straffbare handlinger, jf. pl. § 2 nr. 2 og 3, som er etatens kjerneoppgaver.³¹ Felles for politiets kjerneoppgaver, er at bruk av makt og tvang kan være påkrevd som en del av oppgaveløsningen, noe som bør være bestemmende for politiets utdannelse og trening slik at etaten gis de beste forutsetninger for å løse disse.³²

Politiets øvrige oppgaveportefølje omfatter alt fra plikten til å yte borgerne hjelp og tjenester i faresituasjoner, jf. pl. § 2 nr. 4, yte andre offentlige myndigheter bistand under deres tjenesteutøvelse, jf. pl. § 2 nr. 5, samarbeide med andre offentlige myndigheter og organisasjoner, jf. pl. § 2 nr. 6, samt ivaretagelse av namsmannsfunksjonen og en rekke forvaltningsoppgaver, jf. pl. § 2 nr. 7.³³

Samlet er politiets oppgaver og ansvar regulert i mer enn 100 ulike lover.³⁴ I en slik kontekst er det naturlig å stille spørsmål om hvilken av politiets ansvarsområder og oppgaver som kan karakteriseres som politirettslige funksjoner, og dermed anses som *politirett*. All den tid politiet er tillagt en rekke ansvarsområder med tilliggende oppgaver, er det en presumsjon for at etaten er gitt korresponderende fullmakter og myndighet til å handle. De fleste av politiets oppgaver som faller utenfor kjerneoppgavene, er forvaltningsoppgaver som er regulert ved særskilt lovgivning,

³¹ Se St.meld. nr. 42 (2004-2005), pkt. 7.1 hvor politiets kjerneoppgaver er omhandlet. Denne tilnærmingen er senere videreført i NOU 2013: 9, pkt. 5.1.2.

³² Tilsvarende, se NOU 2013: 9 pkt. 5.1.2.

³³ For en mer utførlig fremstilling av politiets oppgaveportefølje, se Auglend/Mæland 2016, kapittel 5.

³⁴ Se St.meld. nr. 22 (2000 – 2001) s. 34.

gjerne omtalt som spesiell forvaltningsrett.³⁵ Er det naturlig å karakterisere disse oppgavene som politirettslige oppgaver som hører inn under *politiretten*?

I den videre fremstilling vil *politirett, politisær virksomhet og sondringen politisær virksomhet og straffeforfølgning* søkes avklart. Andre sentrale begreper er nærmere behandlet i kapittel 11, under overskriften «Polisier begrepsstruktur». Dette gjelder *politimyndighet, pålegg, inngrep og makt*. Når disse begrepene er skilt ut fra denne delen av fremstillingen, skyldes det at begrepene ivaretar en tosidig rolle, henholdsvis som faguttrykk som beskriver den polisierede virksomhet, og som sentrale materielle vilkår for normeringer som angir de rettslige rammer for inngripende politisær myndighetsutøvelse.

Formålet med denne delen av fremstillingen er å etablere et bevisst forhold til sentrale uttrykk som er av betydning for den nærmere presisering og avgrensning av avhandlingens tema.

3.2 Politirett

Ulike utredninger har i årenes løp rettet fokus på politiets rolle og oppgaveportefølje. Den første samlede utredning og samfunnsvurdering av politiets rolle ble gjennomført i 1981.³⁶ Historien viser at politiet, i kraft av samfunnets sivile øvrighet er blitt tillagt offentlige oppgaver og gjøremål når samfunnet ikke har hatt et eget særorgan til å forvalte oppgavene.³⁷ Denne praksisen har ført til at politiet gjennom årenes løp har fått ansvaret for en rekke forvaltningsoppgaver uten at disse har fremstått som en naturlig del av en politietats oppgaveportefølje. Tross dette, har denne utviklingen blitt sett på som positiv idet den understøtter flere av grunnprinsippene for politiets

³⁵ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 33 for nærmere om sondringen alminnelig og spesiell forvaltningsrett.

³⁶ Se NOU 1981: 35 s. 39.

³⁷ Se NOU 1981: 35 s. 67.

organisering.³⁸ Tildelingen av andre oppgaver enn kjerneoppgaver ble sett på som hensiktsmessig da de bidro til å gi politiet et sivilt preg og en bredere kontaktflate med publikum, noe som igjen understøttet ønsket om å gi politiet en lokal forankring og desentralisert tjenestestruktur.³⁹

En gjennomgang av juridiske fremstillinger viser at *politirett* er anvendt i flere betydninger. Én tilnærming er å betrakte *politirett* som et overbegrep «som tar opp i seg normer fra ulike rettsdisipliner, og som har *relevans* for politiets organisering, tjenesteforvaltning og oppgaveløsning som samlende fellestrekk».⁴⁰ En slik tilnærming bygger på at *politiretten* ikke bare omfatter regler om organisering av politiet, etatens ansvar, mål og alminnelige regler om utførelse av polititjenesten for å nevne noen, men også omfatter den til enhver tid gjeldende oppgaveportefølje som også inkluderer den sivile rettspleien på grunnplanet, all spesiell forvaltningsrett som er tillagt politiet,⁴¹ sammen med straffeprosessuelle saksbehandlingsregler innenfor strafferettspleien. I en slik kontekst fremstår *politirett* som en samlebetegnelse av rettsregler «som organiserer det statlige politiet (politietaten), og som beskriver og regulerer de funksjonene eller oppgavene etaten har».⁴² Denne tilnærmingen er også gitt anerkjennelse i svensk juridisk teori.⁴³

En alternativ tilnærming er å avgrense *politiretten* mot politiets forvaltningsrettslige oppgaver, den sivile rettspleien på grunnplanet,⁴⁴ og oppgaver innenfor strafferettspleien.⁴⁵ *Politiretten* vil da, slik Fredriksen og Myhrer gir uttrykk for, kunne sammenfattes i syv punkter.⁴⁶ For det første, den rettslige regulering av politiets

³⁸ Nærmere om grunnprinsippene for politiets organisering, se. NOU 1981:35 s. 75 flg. og Auglend/Mæland 2016 s. 177 hvor prinsippene er presentert som hovedhensyn bak organiseringen av norsk politi.

³⁹ Se St.meld. nr. 42 (2004-2005) s. 76.

⁴⁰ Se Auglend 2016 s. 22 under fotnote 9.

⁴¹ For en nærmere angivelse av sentrale forvaltningsoppgaver, se NOU 2013: 9 s. 78, og Auglend/Mæland 2016 s. 1041 flg.

⁴² Se Fredriksen/Myhrer 2016 s. 17.

⁴³ Se Boucht 2011 s. 21, fotnote 4.

⁴⁴ For en kort innføring i politiets gjøremål knyttet til den sivile rettspleien på grunnplanet, se Auglend/Mæland 2016 s. 1143 flg.

⁴⁵ Se Tønnesen, hefte 1. s. 3 som påpeker at det funksjonelle politibegrep siden midten av 1800-tallet har hatt en temmelig fast kjerne idet politivirksomhet «er den forvaltningsfunksjon som går ut på å opprettholde den alminnelige orden og fred, og sikre samfunnet og borgeren mot fare, herunder kanskje særlig mot straffbare handlinger». Se også fotnote 5) s. 3 som viser til Morgenstjerne som la til grunn at «Politi betegner nærmest den Virksomhed, som er rettet paa at beskytte samfundet mod Handlinger, som truer den almindelige Sikkerhed og Orden og Borgernes Moral eller Velvære».

⁴⁶ For en nærmere redegjørelse av disse punktene, se Fredriksen /Myhrer 2016 s. 18 flg.

oppgaver knyttet til opprettholdelse av ro og orden,⁴⁷ også omtalt som *ordensjuss*.⁴⁸ For det andre, rettslige normeringer som angir hvordan disse oppgavene skal utføres. Dernest omfattes kompetansereglene som sier hvem i politiet som er tillagt myndighet til å treffe beslutninger om inngripende tiltak. Den fjerde gruppen gir regler om politiets organisering. De tre siste gruppene omfatter henholdsvis særlige plikter og begrensninger som er tillagt polititjenestepersoner, etatens behandling av personopplysninger og angivelse av den geografiske avgrensningen av politimyndigheten.

Inndelingen avgrensner *politiretten* mot oppgaver som politiet er tildelt, men som ikke forutsetter utøvelse av politimyndighet eller krever kompetanse som er særegent for politiet for å utføre. En slik tilnærming fremstår som fruktbar når en skal definere hvilke deler av politiets oppgaveportefølje som faller inn under *politiretten*. Det faktum at etaten tildeles oppgaver i kraft av tilstedeværelse er i seg selv ikke et bærende kriterium når *politiretten* skal defineres. Imidlertid er det grunn til å stille spørsmål om denne tilnærmingen er for snever da den avgrensner *politiretten* mot strafferetten og straffeprosesslovgivningen.

Det leder oss over til den tredje tilnærmingen, hvor *politiretten* kun inkluderer politiets kjerneoppgaver. Som tidligere nevnt har politiets kjerneoppgaver tradisjonelt omfattet den trygghetsskapende virksomhet, opprettholdelse av ro og orden og kriminalitetsbekjempelse.⁴⁹ Vel vitende om at politiets oppgaver isolert sett vanskelig kan avgrenses til å kun omfatte én av disse definerte virksomhetsområdene, velger jeg å rubrisere politiets kjerneoppgaver under politiets sikkerhetsfunksjon,⁵⁰

⁴⁷ Se Fredriksen/Myhrer 2016 s. 19 som inntar en slik tilnærming til *politirettens* innhold. Forfatterne omtaler dette som «det polisiære kjerneområdet».

⁴⁸ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 23 flg.

⁴⁹ Se St.meld. nr. 42 (2004-2005) s. 76 og NOU 2013: 9 s. 26.

⁵⁰ Sikkerhetsfunksjonen omfatter håndtering av alle begivenheter, tilstander eller forhold som kan utsette staten, samfunnet allmennheten eller den enkelte borgers interesser for fare eller ulempe, jf. Auglend/Mæland 2016 s. 332.

ordensfunksjonen,⁵¹ straffeforfølgningsfunksjonen⁵² og den forebyggende virksomhet.⁵³

Det er krevende å gi en presis og uttømmende inndeling av politiets kjerneoppgaver. En rubrisering gjennom en funksjonsinndeling vil, som påpekt av *Auglend*, kunne tilsløre oppgavens faglige forankring. Derneft står en i fare for å dels bygge kategoriseringen på oppgavens materielle innhold, og dels på dens virkning.⁵⁴ Forebyggende virksomhet kan isolert sett betraktes som betegnelse på metoder.

Se Auglend/Mæland 2016, s. 314 flg. hvor det redegjøres for en henholdsvis vid forståelse og en snever fortolkning av politiets forebyggende virksomhet. I denne avhandlingen anlegges det en snever forståelse til grunn i betydningen «ethvert polisiært tiltak med formål å avverge nært forestående og konkret faresituasjon eller interessekrenkelse.»

Det er kun når en ser det forebyggende i sammenheng med andre oppgaver at den får karakteristikken av å utgjøre en virksomhet. Den forebyggende virksomhet må med andre ord betraktes som et integrert element i de øvrige funksjoner. Det er derfor uheldig når *Politianalysen* i sin beskrivelse av politiets kjerneoppgaver kun knytter den forebyggende virksomhet til å *forhindre straffbare handlinger*.⁵⁵ Ytterligere er det ikke mulig å etablere klare grenser mellom de ulike funksjoner. Ordensfunksjonen har en klar felles grenseflate med strafferettsfunksjonen.⁵⁶ En av politiets oppgaver er å avdekke og stanse kriminalitet, jf. pl. § 2 nr. 3, og de fleste ordenskrenkelser er straffesanksjonert. Likeledes vil sikkerhets- og ordensfunksjonen ha en overlappende grenseflate med straffesaksfunksjonen. Enhver hendelse som utgjør en sikkerhetsrisiko vil også representere en ordensforstyrrelse, og vil i de fleste sammenhenger føre til at det iverksettes etterforskning, jf. straffeprosessloven (strpl.) § 224.

I min fremstilling har jeg derfor valgt å gi *politiretten* et innhold som fokuserer på, og kun favner over politiets kjerneoppgaver. Når min tilnærming også inkluderer

⁵¹ Nærmere om ordensbegrepet, se Auglend/Mæland 2016 s. 399 og Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 23 flg.

⁵² Nærmere om straffeforfølgningsfunksjon, se Auglend/Mæland 2016 s. 424 flg. og 893 flg.

⁵³ Nærmere om den forebyggende virksomhet, se Auglend/Mæland 2016 s 314 flg.

⁵⁴ Se Auglend 2016 s. 120.

⁵⁵ Se NOU 2013: 9 s. 26.

⁵⁶ Tilsvarende Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 23.

strafferetten og straffeprosessen i *politiretten*, skyldes det flere forhold. For det første, én av politiets kjerneoppgaver er å avdekke og stanse kriminell virksomhet, jf. pl. § 2 nr. 3. For det andre, pl. § 7 første ledd nr. 3 gir politiet kompetanse til å gripe inn for å avverge eller stanse lovbrudd. *Lovbrudd* omfatter i denne sammenheng straffbare handlinger i objektiv forstand.⁵⁷ I de fleste tilfeller er det straffbare handlinger som aktualiserer politiets inngripende. Det innebærer at det enkelte lovbud, som beskriver den kriminaliserende gjerning, vil utgjøre et sentralt element i politiets hjemmelsgrunnlag, og fremstår i så henseende som viktige premisser ved vurdering av om det er adgang til å utøve politimyndighet, og eventuell på hvilken måte.⁵⁸

For det tredje, bestemmelsen om nødrett og nødverge, jf. straffeloven §§ 17 og 18 er sentrale polisiære kompetansenormer for politiet. For det fjerde, straffeprosessloven inneholder normeringer som er sentral for politiets virksomhet. Effektivering av tvangsmidler, jf. strpl. fjerde del, forutsetter bruk av polisiære tiltak. I den sammenheng vil politiet ved pågripelser måtte foreta en fler-trinns forholdsmessighetsvurdering, jf. pl. § 6 andre og fjerde ledd sammenholdt med strpl. § 170a.⁵⁹ For det femte inneholder straffeprosessloven bestemmelser som gir polititjenestepersoner en særlig inngrepskompetanse. Strpl. § 176 foreskriver at politiet har kompetanse til å treffe beslutning om pågrepelse når det er fare for at formålet med pågripelsen vil forspilles dersom spørsmålet må forelegges retten og/eller påtalemyndigheten, jf. strpl. § 175. Uavhengig av om det foreligger «fare ved opphold» kan politiet også treffe beslutning om å effektivere en pågrepelse «... dersom den mistenkte treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor», jf. strpl. § 176 første ledd. Ytterligere kan den enkelte polititjenesteperson beslutte gjennomføring av ransaking i de tilfeller som er nevnt i strpl. § 198, samt gjennomføre undersøkelser på sted av annet art enn nevnt i strpl. § 192, jf. strpl. § 202. Han kan også foreta beslag når det er «fare ved opphold», jf. strpl.

⁵⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 749 og Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 100.

⁵⁸ Nærmere om *den kriminaliserende gjerning*, se Grønning mfl. 2019 s. 110 flg. Se også Andenæs 2016 s. 101 om «handlingsbegrepet».

⁵⁹ Om pl. § 6 andre ledd, jf. fjerde ledds krav om to-trinns forholdsmessighetsvurdering, se 11.3.4.

§ 206. Straffeprosessloven inneholder også polisiære kompetansenormer. Ifølge strpl. §§ 222 a, 222 b og 222 c kan påtalemyndigheten, i nærmere angitte tilfeller, treffe beslutning om henholdsvis besøksforbud og oppholdsforbud. Som tiltak har slike beslutninger som formål å forhindre nærmere angitte hendelser, og har derved karakter av forebyggende tiltak.⁶⁰

I en slik kontekst omfatter *politiretten* kun oppgaver hvor inngripende tiltak, om nødvendig ved bruk av makt, inngår som et middel for å løse oppgavene, samtidig som fokus rettes mot oppgaver som politiet gjennom sin utdanning er gitt en særlig forutsetning for å håndtere. Denne tilnærmingen har flere rettslige, faglige og pedagogiske fordeler. For det første bidrar den til å etablere en direkte link mellom *politiretten* og utøvelsen av politimyndighet. For det andre vil legalitetsprinsippets bærende hensyn og krav generelt, og kontrollhensyn spesielt, fremmes ved at den delen av politiets tjenesteutøvelse som innebærer bruk av inngripende tiltak – om nødvendig ved bruk av makt – løftes frem og sikres tilstrekkelig oppmerksomhet. Dette vil igjen gi en tredje synergieffekt av pedagogisk karakter, idet fokus blir rettet mot etatens rolle som sivil øvrighet med særlig kompetanse til å utøve myndighet av inngripende karakter. Ytterligere vil en slik tilnærming bidra til at etatens oppmerksomhet rettes mot materiell rettsikkerhet innenfor *politiretten*, gjennom å fremheve krav til kompetanse og organisering for å oppfylle kvalitative krav til tjenesteutøvelsen.

På denne bakgrunn velger jeg å beskrive *politiretten* som følgende:

Rettsnormer som er bestemmende for politiets organisering, forvaltning av virksomheten og oppgaveløsningen, der den primære målsettingen er å:

- *ivareta den offentlige ro og orden,*
- *verne om individets og allmennhetens sikkerhet og*

⁶⁰ Beslutning om pågrepelse for å hindre at siktede på ny begår straffbare handlinger, jf. § strpl. § 171 første ledd nr. 3, og spørsmål om varetektfengsling på samme grunnlag, jf. strpl. §§ 183 og 184, har også som formål å forebygge straffbare handlinger gjennom inkapasitering av siktede.

- etterforske og straffeforfølge lovbrudd

3.3 Polisiær virksomhet

Et annet mye anvendt, men lite omtalt begrep innen politiretten er «polisiær». *Polisiær* er ofte brukt i en kobling med «virksomhet» og «tiltak», og da i betydningen «polisiær virksomhet» og «polisiære tiltak».

Polisiær er i politiretten ikke gitt et entydig innhold. En anvendt tilnærming er å knytte fremstillingen til det engelske *policing*.⁶¹ *Policing* kan omfatte alt fra den uformelle sosiale kontrollen utført av den enkelte borger, til den formaliserte virksomhet bestående av profesjonelle aktører som er gitt politimyndighet med det formål å ivareta offentlig ro, orden og individet og allmenhetens sikkerhet.⁶² Polisiær virksomhet vil i en slik kontekst omfatte alt fra den enkelte borgers rapportering og anmeldelse av ulike forhold, ulike private og ideelle organisasjoner som har som formål å utøve sosial kontroll gjennom passiv tilstedeværelse, private aktører som selger og utfører ulike vakt og sikringstjenester, leverandører av passive overvåknings- og sikkerhetstiltak, til ulike statlige myndigheter som med eller uten tildelt politimyndighet utøver kontrollvirksomhet for å forebygge og håndheve avvikende handlinger, for å nevne noen. *Polisiær virksomhet* fremstår da som funksjoner hvor det utøves sekundær kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet.⁶³ Begrepet meningsinnhold retter fokus på *hva som gjøres*, og ikke på *hvem som gjør det*.⁶⁴ Med dette gis *polisiær virksomhet* et meget vidt innhold da det betegner all «politilignende» aktivitet som bedrives i et samfunn.

⁶¹ Se Gundhus og Larsson 2007 s. 18 som synes å ha valgt en slik tilnærming.

⁶² Tilsvarende tilnærming, se Crawford 2003 s. 137 flg.

⁶³ Se Gundhus og Larsson 2007 s. 18. Se også Fredriksen/Myhrer 2016 s. 16 som betegner kjernen i begrepet som «kontroll med hovedformål å opprettholde orden og sikkerhet i samfunnet», som følges opp med en sanksjon når det påvises adferd som ikke er ønskelig».

⁶⁴ Se Larsson/Gundhus 2007 s. 11-19.

En annen tilnærming er å se på *polisier virksomhet* som en benevnelse på aktiviteter som utføres av profesjonelle organisasjoner med politimyndighet.⁶⁵ *Polisier virksomhet* utgjør da et koblingsord som binder sammen politiet som organisasjon og den delen av virksomheten som knyttes til utøvelse av politimyndighet. Følgelig vil politiets straffeforfølgningsfunksjon utgjøre en sentral del av politiets polisier virksomhet.⁶⁶

Jeg har i denne avhandlingen valgt en tredje tilnærming hvor polisier avgrenses mot straffeforfølgningsfunksjonen. Når jeg finner det formålstjenlig å anlegge en snevrere tilnærming til hva polisier virksomhet uttrykker, er det ikke ut fra et ønske om å lukke diskusjonen knyttet til begrepets innhold, men mer ut fra et behov for å etablere en skarpere avgrensning mot straffeforfølgningsfunksjonen. Det er særlig fire forhold som underbygger en slik tilnærming.

For det første vil et *polisier* begrep, som avgrenses mot straffeforfølgningsfunksjonen, bidra til å etablere et tydeligere skille mellom virksomhetene, og skape større bevissthet med hensyn til *hvem* som er ansvarlig for tjenesteutøvelsen. Et av særkjennene ved politietaten er den integrerte påtalemyndigheten – påtalemyndigheten i politiet. Ordningen, som omtales som «det to-sporede system» har ikke bare internrettslig betydning, men også betydning i forhold til hvem som til syvende og sist har ansvaret for ulike deler av virksomhetsutøvelsen.⁶⁷

Det to-sporede system bygger på en ansvarsdeling som går langs skillelinjen mellom straffeforfølgningsfunksjonen på den ene siden, og politiets øvrige virksomhet på den andre, se Kjelby 2019 s. 94 flg. Det er påtalemyndigheten i politiet som leder etterforskningen, jf. strpl. §§ 67 første ledd og 225 første ledd, og følgelig har ansvaret for straffeforfølgningsfunksjonen. I kraft av øveste leder for påtalemyndigheten, jf. strpl. § 55 første ledd, forvalter riksadvokaten det overordnede ansvaret for virksomheten. Påtalemyndighetens virksomhet er uavhengig politisk påvirkning og beslutning, jf. strpl. § 55. Nærmere om dette

⁶⁵ Jf. Auglend 2016 s. 21 som med uttrykket «polisier» viser til de oppgaver «som er særegne for politiet, hvilket vil si (1) beskyttelse av person, eiendom, fellesgoder og lovlig virksomhet, (2) ivaretagelse av offentlig orden og sikkerhet, og (3) forebygging, stansing og forfølgning av straffbare forhold, og som utføres av personell med spesiell myndighet (politimyndighet)». Se også Kvam 2013 s. 15 som også inkluderer straffeforfølgningsfunksjonen inn under polisier oppgaver.

⁶⁶ Tilsvarende tilnærming synes anlagt i svensk teori, jf. Boucht 2011 s. 28: «Termen «polisingripande», eller (vanligare) «ingripande», nyttjas nedan för att beteckna polisier atgärder som vidtas i syfte at verkställa en tjänsteåtgärd».

⁶⁷ Nærmere om temaet, se Auglend 2016 s. 102 flg.

tema, se Kjelby 2019 s. 21 flg. Og Øyen 2019 kapittel 5. For politiets øvrige virksomhet er situasjonen en annen. Her er det overordnede ansvaret for virksomhetsutøvelsen plassert på politisk nivå. Dette følger direkte av pl. §§ 15 første ledd og 19 første ledd hvor det fremgår at politiet «ledes av det departement Kongen bestemmer», og departementet har kompetanse til å gi «tjenestereglementer og særinstruks» for politiets virksomhet. Følgelig er den delen av politiets virksomhet som jeg omtales som *polisiær virksomhet* underlagt direkte politisk styring og kontroll.

For det andre er virksomhetene som sådan vesensforskjellig. Straffeforfølgingsfunksjonen er som hovedregel av repressiv karakter idet virksomheten i det vesentlige intieres av et allerede begått lovbrudd.⁶⁸ Politiets virksomhet knyttet til ivaretagelse av orden og sikkerhet, jf. pl. § 2 er proaktivt innrettet da den har som formål å forebygge eller om nødvendig avverge eller stanse virksomhet som krenker eller utsetter individet for fare.

For det tredje er virksomhetene underlagt ulike saksbehandlingsregler. Mens straffeforfølgingsfunksjonen er nærmere regulert i straffeprosessloven og påtaleinstruksen, er saksbehandlingsregler for den *polisiære virksomhet* inntatt i politiloven og politiinstruksen (pi.). En tilnærming hvor *polisiær* avgrenses mot straffeforfølgingsfunksjonen vil dermed også bidra til økt bevissthet med hensyn til hvilke saksbehandlingsregler, herunder kompetanseregler som kommer til anvendelse.

For det fjerde vil en tilnærming som bygger på en avgrensning mot straffeforfølgingsfunksjonen utgjøre en forutsetning for etablering av et *polisiært legalitetsprinsipp*.

Forankret i det ovennevnte skal *polisiær virksomhet* i denne avhandlingen forstås som:

Den delen av politiets virksomhet som har som formål å understøtte etatens primære ansvar knyttet til ivaretagelse av den offentlige ro og orden, og vern om individets og allmennhetens sikkerhet, om nødvendig ved bruk av makt.

⁶⁸ Jf. strpl. § 224 første ledd: «Etterforsknings foretas når det ... er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger strafbart forhold...»

3.4 Sondringen polisiær virksomhet – straffeforfølging

Den polisiære virksomhet har en felles grenseflate mot politiets straffeforfølgingsfunksjon hvor det tidvis kan by på utfordringer å trekke opp et skarpt skille mellom virksomhetene.⁶⁹

Sondringen *polisiær virksomhet* og *etterforskning* har særlig betydning i to henseender. For det første, og som påpekt ovenfor, er den avgjørende for *hvem* som har det overordnede ansvaret for myndighetsutøvelsen. For den *polisiære virksomhet* er det Justis- og beredskapsdepartementet som har det overordnede ansvaret, jf. pl. § 15 første ledd,⁷⁰ mens påtalemyndigheten - med riksadvokaten i siste instans - har ansvaret for etterforskningen, jf. § 56 andre ledd.⁷¹ For det andre har sondringen betydning for hvilke regler som regulerer virksomheten. Mens den polisiære virksomheten reguleres av politilovens regler, er politiets etterforskningsvirksomhet nærmere regulert av straffeprosesslovens regler.⁷²

Ifølge pl. § 2 nr. 2 og 3 tilkommer det politiet å forebygge, avdekke, stanse og forfølge kriminalitet og andre krenkelser av den offentlige orden og sikkerhet. Politiets virksomhet vil i den forbindelse rette fokus mot individer som enten har potensial til å utgjøre eller utgjør en risiko for å utføre slik adferd, eller allerede har begått fullbyrdet lovbrudd.

⁶⁹ Se Kjelby 2019 s. 228 flg.

⁷⁰ «Politiet er et rikspoliti som ledes av det departement Kongen bestemmer». Se også Ot.prp. nr. 22 (1994-1995), Kapittel V, kommentar til § 15.

⁷¹ «Riksadvokaten har den overordnede ledelse av påtalemyndigheten. Bare Kongen i statsråd kan utferdige alminnelige regler og gi bindende pålegg om utføringen av hans verv».

⁷² Mer om sontringens betydning for ansvarsfordelingen, se riksadvokatens rundskriv, RA-1993-3, punkt 1.

Politiets virksomhet kan, slik figuren under beskriver, inndeles i fire ulike faser.

Faser:



Figur 1

Den første fasen er *forebygging*, som er en proaktiv virksomhet (eller metode), «hvor politiet planmessig og systematisk utfører arbeid for å redusere risikoen for kriminalitet knyttet til et kriminalitetsfenomen eller en person».⁷³ Fase to og tre, henholdsvis *avdekke* og *stanse* kan i denne sammenheng beskrives som politiets *avvergende virksomhet*. Politiets virksomhet endrer karakter fra forebyggende til avvergende virksomhet «når den forebyggende tjeneste blir konkret, og er basert på opplysninger om at straffbare handlinger planlegges utført.»⁷⁴ Når politiets virksomhet har som formål å *stanse* kriminalitet har gjerningspersonene komme så langt i sitt forehavende at fullbyrdet handling fremstår som nær i tid, sted og utførelse. Det leder oss over i den fjerde fasen, politiets straffeforfølgingsfunksjon. Dette er en reaktiv virksomhet som initieres ved at det iverksettes etterforskning «når det som følge av anmeldelse eller

⁷³ Se Kriminalitetsforebygging som politiets primærstrategi 2018 – 2020.

⁷⁴ Se Myhrer 2001, punkt 3 s. 10.

andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige», jf. strpl. § 224 første ledd.

Nå er det ikke slik å forstå at det kan oppstilles et skarpt skille mellom *polisier virksomhet* og *straffeforfølgning* som korresponderer med skille mellom *stanse* og *forfølge*.⁷⁵ Når Kjelby fremhever at «[d]en polisiære myndighet kan i utgangspunktet bare påberopes inntil den straffbare handlingen er stanset og faren for nye krenkelser er opphørt», gis det uttrykk for at inntil dette punkt kan polisiære operasjoner foregå parallelt med straffeforfølgning, og etter at handlingen er stanset og faren for nye krenkelser er opphørt, må rettsgrunnlaget for virksomheten søkes i straffeprosessloven.⁷⁶

Det er i grensesnittet *forebygging og avdekking* at sondringen *polisier virksomhet – straffeforfølgning* aktualiseres. For å avklare grensdragningen nærmere kan det være nyttig å foreta en negativ avgrensning av *polisier virksomhet*, gjennom å avklare hva det *ikke* er. Den videre fremstilling vil derfor ha som primærformål å avklare hva som anses som etterforskning. I den grad virksomheten anses som *etterforskning*, jf. strpl. § 224, jf. strpl. § 226 faller den utenfor den *polisiære virksomhet*.⁷⁷

Som tidligere påpekt er det et konstitusjonelt krav om at myndighetenes inngrepene virksomhet skal være formålsstyrt. Den *polisiære virksomhet* og *straffeforfølgningen* er i så måte intet unntak. Formålet med politiets etterforskningsvirksomhet er nærmere regulert i strpl. § 226 første ledd. Av særlig interesse i denne sammenheng er bestemmelsens bokstav c). Her fremgår det at et av formålene med etterforskningen er «å avverge eller stanse straffbare handlinger».

⁷⁵ Sml. strpl. kapittel 17 b. som regulerer bruk av tvangsmidler for å avverge alvorlig kriminalitet. Se også Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) hvor spørsmålet om bruk av tvangsmidler for å *avverge* alvorlig kriminalitet drøftes.

⁷⁶ Se Kjelby 2019 s. 228. Se også NOU 2004: 6, punkt 5.2 hvor Politimetodeutvalget drøfter grensen mellom *etterforskning* og *forebygging*, hvor flertallet gir uttrykk for at tiltak som iverksettes for det foreligger mistanke om et straffbart forhold er begått, er å anse som forebyggende virksomhet. Se også Ot.prp. nr. 60 (2004-2005), punkt 4 hvor det gjøres rede for etterforskningsbegrepet. Se særlig punkt 4.5.2 hvor departementet gir uttrykk for at grensen mellom etterforskning og annen politivirksomhet trekkes med utgangspunkt i retningslinjene i riksadvokatens rundskriv nr. 3/1999. Se også NOU 2003: 21, punkt 11.4.3.1 hvor det gis uttrykk for følgende skille mellom etterforskning og forebyggende virksomhet: «I begrepet *forebygging* ligger at det er handlinger politiet foretar for å avverge kriminell virksomhet, og virksomheten vil tidsmessig foregå før et lovbrudd. Etterforskning iverksettes derimot for å oppklare et lovbrudd som presumptivt allerede er begått.»

⁷⁷ Se Kjelby 2019 s. 229.

Som riksadvokaten påpeker er etterforskningen en målstyrt innsamling av fakta hvor målet er «å etablere grunnlag for at påtalemyndigheten [...] kan vurdere om en straffebestemmelse er overtrådt og om gjerningsmannen fyller de tre øvrige hovedvilkår for straff». ⁷⁸ Straffeprosessloven § 224 regulerer når etterforskning kan iverksettes, jf. formuleringen «rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige». I riksadvokatens rundskriv er politiets undersøkelser, som har som formål å «avklare om det er rimelig grunn til å sette i verk etterforskning», ikke å betrakte som etterforskning. ⁷⁹ I praksis er det ikke uvanlig at politiets virksomhet kan være initiert av flere formål, for eksempel utledet av både det polisiære, etterforsknings- og forvaltningssporet. ⁸⁰ Uavhengig av om etterforskning utgjør hovedformålet eller et delmål, må etterforskningen som virksomhet identifiseres og ledes av påtalemyndigheten. ⁸¹ Det innebærer at politiets virksomhet som har som formål å avklare om en straffbar handling er begått, eller begås, er å betrakte som etterforskning.

⁷⁸ Se Riksadvokatens rundskriv RA-1999-3, II 1.

⁷⁹ Se Riksadvokatens rundskriv RA-1999-3, II 4. Som eksempel nevnes undersøkelser for å sjekke ut et tips.

⁸⁰ Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor politiet har fått tips om en person som noen mener ikke er skikket til å inneha skytevåpen. Vilkårene for å inneha skytevåpen er regulert i våpenloven. Følgelig vil spørsmålet om våpenet skal inndras måtte behandles i forvaltningssporet. Tipset vil også initiere aktivitet i det polisiære sporet og da med formål å forebygge at våpenet ikke benyttes på en slik måte at det utgjør en fare for enkelt personer eller samfunnet. Dermed vil saken også aktualisere etterforskning da overtredelse av våpenloven er straffesannskjont.

⁸¹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) s. 20 hvor det er uttalt at i «tilfeller hvor både politiloven og straffeprosessloven kan brukes, skal de straffeprosessuelle regler gis forrang hvis det ligger an til at forholdet vil bli fulgt opp med etterforskning.» Se også Riksadvokatens rundskriv RA-1999-3, II 5. Tilsvarende Kjølby 2019 s. 229.

4. Polisiær normstruktur

4.1 Innledning

En enhetlig normstruktur, med et felles begrepsapparat hvor sentrale grunnbegreper er utredet, er en forutsetning for å forstå det til tider komplekse samspillet mellom ulike normer.⁸² I så måte utgjør den polisiære lovgivningen intet unntak.

I dette kapitlet rettes fokus på polisiære normeringer som utgjør sentrale argumentasjonsressurser i tolkningsprosesser som har som formål å avklare hjemmelsgrunnlaget for politiets inngripende myndighetsutøvelse.⁸³

Foruten å presentere sentrale polisiære normeringer, har fremstillingen også som formål å avklare den enkelte normerings funksjon som argumentasjonsressurs. Det er i den forbindelse av interesse blant annet å avklare *om* politiets interne normeringer har relevans, og eventuelt *hvilken* vekt de kan tillegges som argumentasjonsressurser i en tolkningsprosess. Kan de påberopes som støttemoment til, eller bidra til å avklare eller presisere, den primære rettskilden? Eller er deres betydning som normering kun begrenset til å etablere tjenesteplikter, som gir individet tilsvarende korresponderende rettigheter, i tilfeller hvor det allerede foreligger rettsgrunnlag for inngripende myndighetsutøvelse?

Disse og liknende spørsmål blir presentert og problematisert i tilknytning til presentasjonen av den enkelte normering i 4.3 – *Det polisiære normhierarkiet*.⁸⁴ Men først må det i 4.2 etableres en «arkitektur» (senere omtalt som *modellert normstruktur*), som beskriver en normstrukturs ulike komponenter, forklart og uttrykt gjennom et

⁸² Se Eckhoff/Sundy 1991 s. 46.

⁸³ *Argumentasjonsressurser* skal forstås i betydningen *rettskilder*, se Mæhle/Aarli 2017 s. 231. I den videre fremstillingen anvendes *argumentasjonsressurs*, *primære rettsgrunnlaget*, *primære normering* og *primære rettskilde* om hverandre. Nærmere om *primære rettskilder*, se Skoghøy 2018 s. 38 flg.

⁸⁴ I avhandlingens del III foretas det en nærmere analyse av normeringene i lys av sentrale kriterier utledet av legalitetsprinsippet og Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

tilhørende felles begrepsapparat til senere bruk i analysen av relevante polisiære normeringer. Fremstillingen pretenderer ikke å gi et endelig svar på en normstrukturs ulike komponenter, og tilhørende begrepers faktiske innhold, men har kun som siktemål å angi og forklare en normstruktur, fortrinnsvis til bruk i denne avhandlingen. I 4.4. er temaet for fremstillingen; fastsettelse av gjeldende rett – bruk av argumentasjonsressurser.

4.2 En (polisiær) normstrukturs ulike komponenter

4.2.1 Normer

I en beskrivelse av normstrukturen er det naturlig å ta utgangspunkt i uttrykket *norm*. Begrepet kan utledes fra det latinske uttrykket «*norma*» og gis betydningen «anerkjent regel, rettesnor eller mønster».⁸⁵ Termen er ikke eksklusivt forbeholdt rettsvitenskapen, og er innen juridisk teori tolket ulikt.⁸⁶ Vanligvis brukes og kobles begrepet til en rekke andre normstrukturer, det være seg sosiale normer, religiøse normer, institusjonelle normer og strukturelle normer, for å nevne noen.

I det daglige assosieres *norm* med en målestokk for akseptabel eller forventet oppførsel. Det er i denne betydning *norm* anvendes i avhandlingen. Et felles kjennetegn ved *normer* er at de har som formål å påvirke, og derigjennom øve innflytelse på adressaten.⁸⁷

Politoloven § 7a gir politiet adgang til, på offentlig sted, å visitere person eller kjøretøy for å undersøke om noen er i besittelse av, eller oppbevarer våpen. Forankret i ulike formål, henvender bestemmelsen seg til ulike grupper for å øve innflytelse på disse og derigjennom påvirke adferd. Ved å angi de materielle vilkår for kontrollvirksomheten ivaretar normen tre ulike formål. For det første retter den seg mot den enkelte polititjenesteperson med formål å

⁸⁵ Se www.ordbok.uib.no

⁸⁶ Se Grønning 2008 s. 213 med videre henvisninger.

⁸⁷ Se Sundby 1974 s. 49.

påvirke adferd slik at målet om god og riktig tjenesteutøvelse oppnås. Videre søker den å påvirke adferden til den som utsettes for kontrollvirksomheten ved å opplyse om hvilke inngrep den enkelte må tåle. Bestemmelsens tredje og mer overordnede målsetting er å påvirke adferd i forebyggende øyemed idet den kommuniserer en oppdagelsesrisiko og dermed påvirker personer til ikke å medbringe våpen på offentlig sted.

Det må derfor oppstilles krav om at utsagn eller uttrykksformer må kunne tjene som rettesnor for å anses som en normering. Eckhoff og Sundby legger til grunn at normer både kan være generelle og individuelle. Dette i motsetning til *en regel* som bare omfatter generelle normer.⁸⁸

Normer, eller normbegrepet, kan deles inn i tre ulike komponenter, henholdsvis *meningskomponent*, *akseptkomponent* og *gyldighetskomponent*.⁸⁹ Normens meningskomponent oppstiller et krav om at uttrykket må ha et meningsinnhold for å kunne anses for å være en norm, også omtalt som normativt utsagn.⁹⁰ Det innebærer at normen må kunne artikuleres i en eller annen form. Den vanligste uttrykksform er språklig i form av tekst eller tale. Andre relevante uttrykksformer kan være konkludent adferd, herunder tegn og signaler.

Som eksempel kan det vises til polititjenestepersonen som stanser kjøretøy ved å heve sin høyre hånd for å fremvise en stoppspake. Politiets kompetanse til å regulere trafikk, uttrykkes gjennom en rettsregel som fastsettes etter en nærmere fortolkning av vegtrafikkloven (vtl) § 9 andre ledd sammenholdt med andre relevante rettskildefaktorer. Rettsnormens innhold operasjonaliseres og uttrykkes ved en normeringshandling i form av konkludent adferd hvor polititjenestepersonen hever armen og fremviser en stoppspake for å uttrykke normens innhold.

En annen nødvendig betingelse for at utsagn skal utgjøre en norm for en person eller gruppe, er at den aksepteres. Dette er normens akseptkomponent. Aksept kan skje eller uttrykkes på to ulike måter, henholdsvis ved internalisering eller systeminnretting. Vi sier at normen er *internalisert* når den som utsagnet retter seg mot adopterer den som

⁸⁸ Se Eckhoff/Sundby 1991 side 47. Se også Sundby 1974 side 190 som også gir uttrykk for en tilsvarende forståelse av normbegrepet, dog under forutsetning av at «vilkåret om internalisering eller kvalifisert fastsettelse ... er oppfylt».

⁸⁹ Andre teoretikere har valgt å dele inn normbegrepet i to komponenter, henholdsvis språklig komponent og det jeg omtaler som en akseptkomponent. Se for eksempel Eckhoff/Sundby 1991 s. 47-49 og 52-59. Likeledes Auglend 2016 s. 74-75.

⁹⁰ Se Eng 2007 s. 36 flg. hvor spørsmålet om hva «norm» og «regel» ikke kan reduseres til, behandles. Her konkluderes det med at årsaken til at normer ikke kan reduseres til å alene omfatte kun adferd, rent språklige størrelser eller sanksjoner, er fordi normer har et meningsinnhold.

sin egen personlige overbevisning.⁹¹ Utsagnet kan også aksepteres gjennom *systeminnretning*, og dermed utgjøre en norm, uten at den utsagnet retter seg mot adopterer det. Her konstateres aksept ved at vedkommende velger å forholde seg til normen som en realitet.⁹²

I 7.5 tar jeg til orde for at i tiden før vedtakelse av politiloven av 1995 ble manglende kodifisering av materielle og prosessuelle saksbehandlingsregler, som regulerte den polisiære inngripende myndighetsutøvelsen, akseptert av befolkningen fordi offentlige tjenestemenn var høyt aktet og respektert. Befolkningen hadde tillit til forvaltningen, og aksepten av den ulovfestede normering, herunder generalfullmakten, var trolig basert på systeminnretning.

Et praktisk eksempel på aksept i form av systeminnretning er supporteren som skal på stadion for å se sportsklubben Brann spille fotball, og blir forklart at som betingelse for å slippe inn på stadion må han gi samtykke til at vaktene undersøker innholdet i hans medbragte bag og la seg underkaste en lett kroppsvisitering. Supporteren, som overhodet ikke er enig i hensiktsmessigheten med tiltaket og derved ikke adopterer normen, velger likevel å akseptere den gjennom å forholde seg til, og innrette seg etter den som en realitet.

Hart, som også inndeler «akseptkomponenten» i to ulike uttrykksformer henholdsvis *internal statement* og *external statement*, synes å anlegge en annen tilnærming. Uttrykksformen *internal statement* forutsetter ikke at den som normen retter seg mot adopterer den som sin egen personlige overbevisning: «...and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid.» Uttrykket *external statement* synes å uttrykke en eller annen form for «systeminnretning»; «...because it is the natural language of an external observer of the system who, without himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it.» Se Hart 1961 s. 99.

Den tredje og siste komponenten i en norm er *gyldighetskomponenten*. Det ligger i begrepet *norm* sin natur at den forutsetter gyldighet.⁹³ Aksept er et uttrykk for at

⁹¹ Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 52. Også Eng 2007 s 55 flg. som omtaler internalisering som «psykologiske normbegreper». Auglend 2016 s 75 omtaler dette som en komponent i normbegrepet «av *mental* eller psykisk karakter».

⁹² Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 57.

⁹³ Se Eng 2007 s. 32.

normen anses gyldig. For å konstatere gyldighet må en norm kunne begrunnes. I den anledning er det viktig å vite noe om *det vi skal* begrunne, og *det som* begrunner, fordi det som antas å begrunne en norm selv må være en norm.⁹⁴

Eng begrunner sitt standpunkt ved å vise til rettskildelæren som et eksempel. Rettskildelæren oppstiller normer for hvordan vi skal gå frem for å avklare gjeldende rett. Rettskildelæren betraktes da som en metode som gir veiledning når grensen mellom holdbare og uholdbare standpunkter skal avklares. Prosessen med å avklare grensen mellom holdbare og uholdbare standpunkter forutsetter at det endelige resultat kan begrunnes. Når vi begrunner, forutsetter det igjen at vi trekker en grense mellom holdbare og uholdbare begrunnelser. Vi har da en prosess hvor holdbare begrunnelser understøtter holdbare standpunkter som igjen støtter opp under normen. Hart synes å anlegge en tilsvarende tilnærming idet han gir uttrykk for at: «To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system.» Se Hart 1961 s. 100.

Innen rettsteorien er det vanlig å klassifisere *normer* i to ulike klasser, henholdsvis regler og prinsipper.⁹⁵ Jeg velger å forholde meg til begrepet *norm* som et samlebegrep,⁹⁶ og vil i den videre fremstilling gjøre rede for min forståelse av hva begrepet uttrykker. I den anledning har jeg valgt å klassifisere begrepet *norm* i ulike kategorier, henholdsvis *rettsnormer*, *retningslinjer*, *rettsprinsipper* og *rettsregler*.

4.2.2 Rettsnorm

I likhet med begrepet *norm*, er begrepet *rettsnorm* hyppig anvendt i den juridiske diskurs,⁹⁷ og blir ansett for å være et grunnbegrep innen rettsvitenskapen.⁹⁸ Det er imidlertid ikke etablert en omforent enighet om hva begrepet uttrykker.⁹⁹ Det er derfor fånyttet å oppstille en enhetlig definisjon av begrepet. Manglende enhetlig

⁹⁴ Se Eng 2007 s. 32.

⁹⁵ Se Gröning 2008 s. 216 med videre henvisninger. Motsetningsvis, se Eckhoff/Sundby 1991 s. 110 flg. som viser til tidligere utgave hvor de klassifiserte normer i henholdsvis regler og retningslinjer. Da det strider mot vanlig språkbruk å hevde at ingen retningslinjer er regler, ble den tidligere bruken av begrepet «regel» ikke fastholdt.

⁹⁶ Se Eng 2007 s. 36 som har samme tilnærming.

⁹⁷ Eng 2007 s. 31 flg.

⁹⁸ *Diskurs* skal forstås i betydningen «argumentasjon som foregår på visse bestemte forutsetninger eller premisser ... I en rettslig diskurs er det den juridiske metodelæren som utgjør og bestemmer rammene for hva som er meningsfull språkbruk». Nærmere om temaet, se Mæhle 2005 s. 23 flg.

⁹⁹ Se Sundby 1974 s. 15 flg.

begrepsforståelse behøver imidlertid ikke være til hinder for etablering av en felles forståelse for hva rettslige normer uttrykker. Og i den grad det etableres en felles oppfatning, vil den utgjøre et sterkt fundament når det påberopes til støtte for argumenter i den juridiske diskurs.¹⁰⁰

Juridiske normer omtales ofte synonymt med *rettsregler*,¹⁰¹ og da enten som en samlebetegnelse på begreper som *rettsregler*, *prinsipp*, *forskrift* eller liknende som gir uttrykk for en normering,¹⁰² eller i betydningen regel som «uttømmende angir hvilke betingelser som må være oppfylt for at en rettsfølge skal inntre».¹⁰³ I juridisk teori blir rettsnormer delt inn i tre ulike kategorier, henholdsvis *pliktnormer*, *kompetansenormer* og *kvalifikasjonsnormer*.¹⁰⁴

Pliktregler oppstiller enten et påbud eller forbud eller tillater noe. Politiloven § 5 kan tjene som eksempel på en polisiær pliktregel som har individet som adressat: «Enhver plikter straks å rette seg etter de pålegg, tegn eller øvrige signaler som politiet gir i medhold av bestemmelsene i kapittel II i denne lov.» *Kompetansenormer* foreskriver nærmere betingelser for beslutningsmyndighet. Politiloven § 7a tredje ledd kan betraktes som en kompetanseregulering da den oppstiller som betingelse for at politiet skal kunne foreta «visitasjon for å avdekke våpen», at beslutningen om visitasjon er truffet av «politimesteren eller den han bemyndiger».¹⁰⁵ *Kvalifikasjonsnormer* uttrykker noe

¹⁰⁰ Både teori og rettspraksis er full av eksempler på at rettsanvendere i den juridiske diskurs påberoper seg normer som logiske fundament til støtte for sine argumenter til tross for at diskursen eller prosessen viser at deltakerne legger ulik forståelse til grunn for hva normen uttrykker. I en slik setting utgjør normen et logisk fundament for den enkelte uten at det fremstår som en samlende enhet.

¹⁰¹ Se Eng 2007 s. 36 og s. 512 flg. hvor han på s. 514 karakteriserer «... forskjellen mellom på den ene siden rettsnormene, og mer abstrakt gjeldende rett, og på den annen side rettskildedefaktorene som en forskjell mellom et meningsinnhold som stadig står på prøve, og et meningsinnhold som vi har gått over til å betrakte som et *historisk faktum*».

¹⁰² Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 47. Se også Sundby 1974 s. 190.

¹⁰³ Se Skoghøy 2018 s. 33.

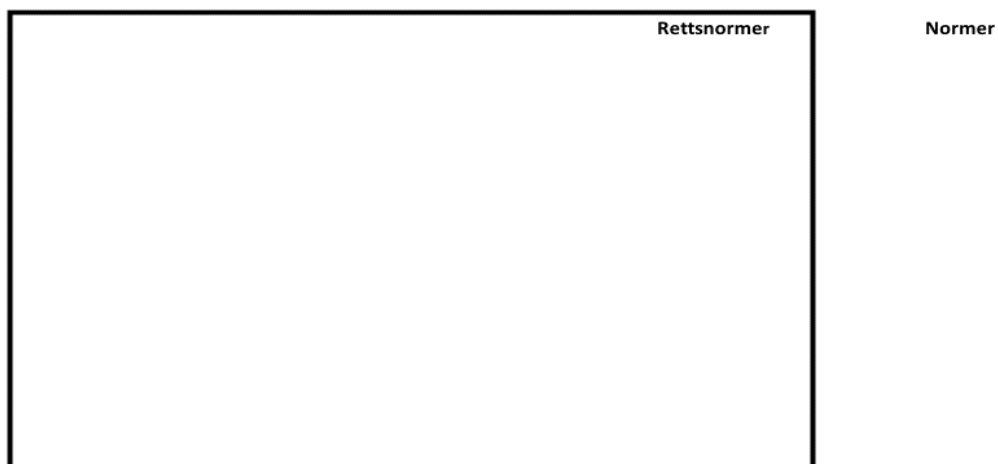
¹⁰⁴ Se Eng 2007 s. 51. Eckhoff/Sundby 1991 s. 50 flg. og s. 108 hvor det legges til grunn at denne inndeling av normer anses for å være uttømmende. Se også Auglend 2015 s. 75. Motsetningsvis Hopsnes/Solberg s. 107 som inndeler normer i to hovedkategorier, henholdsvis pliktnormer og kompetansenormer.

¹⁰⁵ Auglend/Mæland 2016 s. 776 definerer *visitasjon* av person som «en ytre besiktigelse eller undersøkelse for å avdekke gjenstander som er anbrakt *utenpå* personens kropp, som er gjemt i klærne, eller som befinner seg *hos* personen i dennes *umiddelbare* nærhet». Se også svensk rett, jf. rättegångsbalken (1942:740, RB) 28 kap. 11 § 3 st som definerer kroppsvisitation som «en undersökning av kläder och annat som någon bär på sig samt av väskor, paket och andra föremål som någon har med sig».

eller noens tilhørighet til rettsregler,¹⁰⁶ eksempelvis pl. § 20 som angir hvem som har politimyndighet, og vtl. § 2 første og andre ledd som definerer hva som er å regne som *veg, kjøretøy og motorvogn*.

Som eksempel på sontringen mellom *pliktnormer* og *kompetansenormer*, kan det vises til pl. § 12. Mens første ledd er en pliktnorm som gir uttrykk for politiets hjelpe- og omsorgsplikt overfor syke personer, er bestemmelsens andre ledd også å betrakte som en kompetansenorm idet den gir politiet fullmakt til å ta den syke i midlertidig forvaring. Bestemmelsens betydning som kompetansenorm for polisiær frihetsberøvelse behandles nærmere i 14.4.

Sontringen *norm – rettsnorm* kan i den modellerte normstrukturen visualiseres med følgende figur:



Figur 2

Hverken ulike definisjoner av begrepet *rettsnorm*, eller forsøk på å kategorisere normer i ulike grupper har bidratt til et enhetlig svar på spørsmålet: *hva er en rettsnorm?* En

¹⁰⁶ Nærmere om plikt-, kompetanse- og kvalifikasjonsregler, se Skoghøy 2018 s. 31-32. Se også Bernt/Rasmussen 2010 s. 71 flg.

analyse av en norms ulike komponenter viser at det er vanskelig å skille rettsnormer fra øvrige normer ved kun å fokusere på normens innhold.

Normeringen «du skal ikke stjele» fremstår både som en moralsk norm, religiøs norm og rettslig norm.¹⁰⁷ For å svare på spørsmålet: *hva er en rettsnorm?* og derigjennom skille rettsnormer fra øvrige normer, kan det være fruktbart å ta utgangspunkt i hva som er karakteristisk ved rettslige normer. Det er tre sentrale egenskaper som betegner rettslige normer, og derved skiller de fra de øvrige normene, henholdsvis normens *sanksjonskomponent*, *strukturkomponenten* og *forankringskomponenten*.

Selv om alle normstrukturer har i seg elementer av sanksjoner ved normbrudd, er rettsnormenes sanksjonskomponent særegen idet den omfatter et formelt system bestående av offentlige organer som sanksjonerer normbrudd,¹⁰⁸ om nødvendig ved bruk av makt.¹⁰⁹

I relasjon til rettsnormens sanksjonskomponent står den polisiære normering i en særstilling idet den gir politiet kompetanse til å sanksjonere uønsket adferd. I en slik kontekst, og i et rettssikkerhetsperspektiv, vil spørsmålet om *hvem* som har fullmakt til å etablere normeringer stå sentralt. Stikkordet er delegasjon av normeringskompetanse. Politiets utøvelse av delegert normeringskompetanse og dens betydning for ivaretagelse av behovs- og forholdsmessighetsprinsippet behandles som tema i 12.3 og 12.4.

Også medlemmer av et lokalsamfunn eller religiøs organisasjon vil kunne oppleve å bli utsatt for sanksjoner ved brudd på skrevne og uskrevne normer. Men i motsetning til rettsnormer fremstår sanksjonskomponenten for sosiale og religiøse normer som uformell idet effektivering av sanksjonen ikke er knyttet til et formelt etablert system hvis formål er å sanksjonere bestemte normbrudd.

Rettsteknisk kan normens sanksjonskomponent komme til uttrykk på ulike måter. En metode er å etablere rettsnormer som består av en handlingsnorm og en sanksjonsnorm, se Grønning mfl. 2019 s 11 som operer med en tilsvarende

¹⁰⁷ Se Eng 2007 s. 70.

¹⁰⁸ Se Eng 2007 s. 70 og s. 235.

¹⁰⁹ Tilsvarende, Hart 1961 s. 10 som i sin analyse av «What is law?» gir uttrykk for: «...that the crucial difference... consists in the fact that deviations from certain types of behaviour will probably meet with hostile reaction, and in the case of legal rules be punished by officials».

to-delning av straffebed. En annen tilnærming er å skille handlingsnormen og sanksjonsnormen i ulike paragrafer i samme lov. Som eksempel kan det vises til vtl. hvor reaksjonene er angitt i kapitel V, mens handlingsnormene fremgår i lovens øvrige paragrafer.

Et annet kjennetegn ved rettslige normer er at de inngår i et strukturelt system hvor de må ses i sammenheng med andre normer.¹¹⁰ Dette er normens strukturkomponent. Rettsnormer vil i denne sammenheng ikke bare omfatte normer som angir normeringen og sanksjonen, men også inkludere normer som gir prosessanvisning for saksbehandlingen ved normbrudd.¹¹¹

Strukturkomponenten, som gir veiledning om hvor det er relevant å søke kilder når det skal tas stilling til rettslige spørsmål, får betydning i to henseender, henholdsvis i det *vertikale plan* og det *horisontale plan*. I det *vertikale plan* finner vi rettsnormer innenfor samme rettsområde, for eksempel politiloven med tilhørende forskrifter, instruksjer, interne rutiner og ordrer. Det *horisontale plan* omfatter andre rettsområder som inneholder lignende rettsnormer med tilsvarende formålsforankring og som søker å regulere samme eller lignende forhold. Når de rettslige rammer for politiets hjelpe- og omsorgsoppgaver, jf. pl. §§ 9, 12 og 13, herunder adgangen til å anvende makt skal avklares, er det naturlig å se hen til rettslige normeringer innenfor bl.a. barneverns-, rus-, helse- og omsorgstjenesten.¹¹²

Sondringen kan illustreres med følgende eksempel: Når politiet vurderer å iverksette inngrep rettet mot en person som, på grunn av beruselse, vurderes ut av stand til å ta vare på seg selv, må det først tas stilling til om det foreligger tilstrekkelig hjemmel for inngrepet, jf. GrL. § 113. Politiloven § 9 første ledd gir politiets anledning til å innbringe personer som på grunn av beruselse utgjør en fare for seg selv. Innbringelse innebærer bruk av fysisk makt, og ifølge pl. § 6 fjerde ledd har politiet adgang til å anvende makt under tjenesteutøvelsen. Maktutøvelsen vil aldri være et mål i seg selv, men kun et middel eller tiltak for å nå et bestemt mål. Vurderingen av *om* makt skal anvendes,

¹¹⁰ Se Eng 2007 s. 70.

¹¹¹ Innen straffesakspleien er straffeprosessloven og domstollovens eksempler på normeringer som gir prosessanvisning, og dermed omfattes av begrepet *rettsnormer*.

¹¹² Politiloven §§ 9, 12 og 13 som kompetansenormer for polisære frihetsberøvelser, er behandlet i kapittel 14.

herunder hvilke midler og taktisk tilnærming som kan benyttes, vil derfor måtte forankres i pl. § 9 som regulerer den initiale tjenestehandlingen.¹¹³ Så langt har vi beveget oss i det vertikale plan fra Grunnlovens § 113 krav om lovhjæmmel ved inngripende tiltak, til politilovens hjemler for tiltaket og eventuell maktbruk. Innenfor det vertikale plan regnes også politiinstruksens regler og politiets interne instruksjoner for drift av drukkenskapsarrest og bruk av makt.

Spørsmålet om politiet har anledning til å iverksette tiltaket, fordrer også at det vurderes om det foreligger andre relevante rettsnormer på andre rettsområder som regulerer tilsvarende eller lignende rettsforhold. I vår søken etter kilder beveger vi oss da over i det horisontale plan. Politiets hjemmel til å innbringe berusede personer, som kun er til fare for seg selv, fremmer politiets oppgave med å dra omsorg for denne persongruppen. Tjenesten, og eventuell anvendelse av makt må utøves innenfor rammene av blant annet *formåls-*, *behovs-* og *proporsjonalitetsprinsippet*, og kan derfor ikke gå lenger enn hva som er nødvendig for å realisere formålet med pl. § 9 som hjemmelsgrunnlag.¹¹⁴ Formålsrammen må derfor avklares, herunder harmoniseres med rettsnormer innenfor andre rettsområder. I vårt tilfelle vil det være naturlig å se hen til bl.a. helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 som omhandler tvangstiltak overfor rusmiddelavhengige,¹¹⁵ og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 som angir hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke.¹¹⁶

Den tredje og siste komponenten som tegner en rettsnorm og dermed skiller den fra øvrige normer, er at den hviler på et rettskildefundament.¹¹⁷ Dette særkjenne ved rettsnormer har jeg valgt å omtale som *forankringskomponenten*. Kravet om rettskildefundament er i denne sammenheng et grunnleggende og overordnet

¹¹³ Se Auglend/Mæland 2016 s. 665.

¹¹⁴ Se Auglend/Mæland 2016 s. 167. Formåls-, behovs- og proporsjonalitetsprinsippet er nærmere behandlet i kapittel 12.

¹¹⁵ Se lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

¹¹⁶ Se 14.3.3 hvor temaet behandles nærmere.

¹¹⁷ Hopsnes/Solberg s. 100 legger dette til grunn i sin behandling av temaet: «Legalitetsprinsippet som rettskildefundament».

rettskildепrinsipp.¹¹⁸ En slik tilnærming etablerer en direkte kobling mellom begrepet *rettsnorm* og *rettskildefaktorene* som rettsgrunnlag. Begrepet *rettskildefaktor* blir da synonymt med rettsnormer, vel vitende om at begrepet rettsnormer har et videre innhold.¹¹⁹ Det er vanlig å klassifisere rettskildefaktorene inn i syv ulike kategorier, henholdsvis lovt tekst, lovforarbeid, rettspraksis, andre myndigheters praksis, privat praksis, rettsoppfatninger og reelle hensyn.¹²⁰

Disse rettskildene kjennetegnes ved at de innehar tre sentrale egenskaper. For det første kan rettskildene, med unntak av rettsoppfatning, i noen sammenhenger utgjøre det primære rettsgrunnlag i prosessen med å fastsette en rettsregels innhold. Det siktes da til rettsgrunnlag som inneholder vilkårene som kan utløse den rettsvirkningen som aktualiseres i tvisten. Flere rettskilder kan utgjøre primære rettskilder ved løsning av rettslige tvister, men da som alternative rettsgrunnlag.¹²¹

Innen den politisære lovgivningen vil det alltid være flere formelle lovregler som virker sammen, og da ikke som alternative rettsgrunnlag, men i normharmoni.

I praksis innebærer dette at politiet, ved vurdering av om de har kompetanse til å iverksette inngripende politisære tiltak, må legge til grunn en rekke bestemmelser av formell lov som primære rettskilder. Som eksempel kan nevnes pl. §§ 2, jf. 1, sammenholdt med pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd. Videre må spørsmål om bruk av makt ses i lys av pl. § 6 fjerde ledd, og myndighetsutøvelsen som sådan må kalibreres i forhold til effektueringsprinsippene nedfelt i pl. § 6 første og andre ledd. Temaet er nærmere behandlet i 4.4 (fastlegging av gjeldene rett – bruk av argumentasjonsressurser).

¹¹⁸ Se Nygaard 2004 s. 63: «Kravet om rettsgrunnlag er såleis eit grunnleggjande og overordna rettskjeldeprinsipp». Rettskildепrinsipper er, slik Mæhle/Aarli 2017 s. 209 uttrykker det, «normer for hvordan man skal argumentere når man tar stilling til rettsspørsmål». Se også Pedersen/Magnussen 2019 s. 705-706 som beskriver rettskildепrinsippenes funksjon som følgende: «Rettskildепrinsippene omhandler rettskildefaktorene og deres anvendelse, og styrer blant annet hvordan rettskildefaktorene brukes for å kunne ta standpunkt til et rettsspørsmål.»

¹¹⁹ Se Nygaard 2004 s. 63 og s. 101-107 som i sin omtale av rettskildefaktorene beskriver de som kilder som enten alene eller sammen med andre har potensiale i seg til å danne rettsgrunnlag for løsning av rettsspørsmål. Motsetningsvis, se Eng 2007 s. 511 flg. som gir uttrykk for at rettsnormer og rettskildefaktorer er to forskjellige ting. Rettskildefaktorer er argumenter det legges vekt på når det tas stilling til rettslige spørsmål, og de har til felles med rettsnormer at begge har et normativt innhold. Til tross for dette er de forskjellige idet rettsnormene (rettsregler) aldri kan gis endelig gyldighet i form av fremtidig innhold da de stadig blir satt på prøve, mens rettskildefaktorene representerer fortiden og i så henseende utgjør historiske tidskapsler.

¹²⁰ Se Eckhoff 2001 s. 22 flg. og forutsetningsvis Nygaard 2004 s. 101 flg.

¹²¹ Nærmere om temaet, se Nygaard 2004 s. 102 -111.

For det andre har rettskilder, uten å utgjøre det primære rettsgrunnlaget, den egenskapen å kunne bidra til å klarlegge rettsregelens innhold, og for det tredje kan de påberopes som et støttemoment for en konkret løsning.¹²²

For den polisiære lovgivningen vil det være naturlig å legge til grunn at etatens interne instruks, rundskriv, direktiver og ordrer i høyden tjener som «støttemoment for en konkret løsning» i den grad de bidrar til å klarlegge rettsregelens innhold. Imidlertid vil det kunne oppstå situasjoner hvor for eksempel en politimesterordre som rettsnorm må ses som mer enn bare et støttemoment i tolkningsprosessen.

I utgangspunktet forvalter den enkelte polititjenesteperson kompetanse til selv å vurdere om det skal interverneres, ved mindre alvorlige lovbrudd og ordensforstyrrelser, til tross for at det foreligger hjemmel for inngrep. Denne kompetansen er omtalt som opportunitetsforankret myndighetsutøvelse, se Kjelby 2019 s. 234 flg. Vi kan tenke oss at politimesteren har utferdiget en politimesterordre hvor det er besluttet at politiet til nærmere angitt tid og sted skal gjennomføre adferdskontroll i trafikken med pålegg om å utferdige forelegg for enhver overtredelse. En politimester kan i kraft av overordnet med direktiv og ordremyndighet «beordre gjennomført de lovlige tiltak som anses nødvendig og forsvarlig innenfor stillingens ansvars- og myndighetsområde», jf. *Ordreinstruks for politiet* § 5, se RPOD-2010-5. En slik ordre vil ledsage en tilsvarende plikt for tjenestepersonene til å følge ordren. Hvis vi tenker oss at polititjenestepersonene, som er satt til å utføre kontrollvirksomheten, ignorerer ordren og velger å gi muntlige tilrettevisninger som reaksjon på overtredelser, vil det foreligge ordrenekt og brudd på tjenesteplikten. Ved en eventuell vurdering av om handlingen skal møtes med tjenstlige reaksjoner, vil politimesterordren ikke bare gi støtteargumenter i tolkningsprosessen som har som formål å avklare handlingens rettslige karakteristikk, men fremstå som den sentrale rettsnormen idet den beskriver hvilke vilkår som er overtrådt.

Som jeg kommer tilbake til senere, lar det seg vanskelig gjøre presist å fastslå en rettsregels nærmere innhold uten at prosessen knyttes til behandling av et konkret rettsspørsmål. En løsrevet teoretisk fremstilling av rettskilders iboende egenskaper som rettsgrunnlag vil ikke alene gi oss svar på hvilken relevans og vekt en rettskilde kan tillegges i en konkret sak. Det er først når prosessen knyttes til løsning av konkrete rettslige spørsmål eller rettstvister at det er mulig å ta stilling til hvilken relevans og vekt rettskilden kan gi. Svaret vil måtte variere fra rettsområde til rettsområde.

¹²² Nærmere om rettskilder som henholdsvis primær rettskilde, tolkningsbidrag og støtteargument, se Mæhle/Aarli 2017 s. 225 – 226.

Innenfor legalitetsprinsippets kjerneområde er det vanskelig å se for seg annen primær rettskilde enn formell lov. Andre relevante rettskilder, som for eksempel forarbeid og rettspraksis, vil her kunne bidra til å klarlegge det primære rettsgrunnlagets – i dette tilfellet lovteksten – nærmere innhold. Ytterligere kan en se for seg rettskilder som i den aktuelle konteksten er avgrenset til kun å utgjøre et støttemoment for den konkrete løsningen.¹²³

Proessen som er beskrevet ovenfor reguleres av et eget sett av normer, omtalt som *rettskildeprinsipper*, og har til siktemål å identifisere rettskilder som har potensialet i seg til å danne rettsgrunnlag og derigjennom gis aktualitet når rettsspørsmål skal løses, jf. Eckhoff 2001 s. 19 flg. Dette er normer som gir retningslinjer for når det skal tas stilling til om prinsippet har relevans, og eventuelt *hvilken* vekt det kan tillegges.

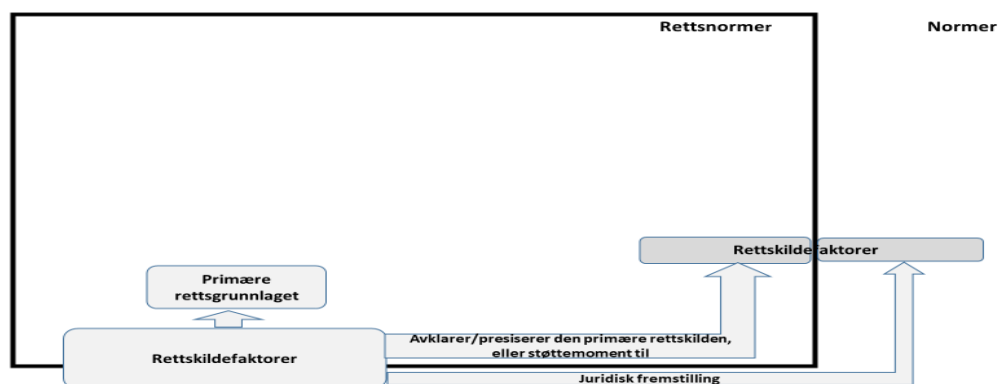
Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1973 s. 433 kan anvendes for å illustrere prosessen. Saksforholdet gjaldt spørsmål om en person som, i beruset tilstand, hadde ført en 17 fots plastbåt med 115 hk motor, kunne anses for å ha ført et «skip» i dagjeldende straffelov § 422s forstand. Uten at vi behøver å gå nærmere inn på sakens faktum, kan vi konstatere at forholdet Høyesterett hadde til behandling aktualiserte legalitetsprinsippet på strafferettens område, jf. Grl. § 96, som oppstiller et krav om klar lovhjemmel for å kunne idømme straff, se Strandbakken 2004 s. 189 flg. Det var derfor naturlig, slik Høyesterett la til grunn, at formell lov (straffeloven § 422) utgjorde den primære rettskilde. Når Høyesterett søker å fastslå angjeldende rettsregel med utgangspunkt i straffeloven § 422 nærmere innhold, herunder avklare vilkåret «skip», vises det til rettspraksis, forarbeider og reelle hensyn. Disse rettskildefaktorene brukes da som bidrag for å klarlegge det primære rettsgrunnlaget. Hvis vi tenker oss at Høyesterett i tillegg også hadde vist til lovgivningen i et annet nordisk land som omhandlet begrepet «skip», ville lovgivningen utgjort et støttemoment for den konkrete løsning.

Rettsnormer, som er en undergruppe av *normer*, vil i denne sammenheng anvendes som en samlebetegnelse på rettsregler, rettskildefaktorer, rettsprinsipp, retningslinjer eller liknende uttrykk for normeringer, gitt at de innehar rettsnormens foreskrevne egenskaper knyttet til sanksjons-, struktur- og forankringskomponenten.

Sondringen *norm* og *rettsnorm*, og *rettskildefaktorenes* betydning som komponenter i en modellert normstruktur, kan belyses med figuren under. Rettskildefaktorer, med

¹²³ Se Nygaard 2004 s. 101-115 hvor sondringen mellom «primært rettsgrunnlag», «bidrag til å klarlegge det primære rettsgrunnlag» og «støttemoment for den konkrete løsning» er hentet fra.

unntak av juridisk fremstilling, betraktes som rettsnormer, og kan i prinsippet utgjøre det primære rettsgrunnlaget i en tolkningsprosess. I den grad rettskilden, igjen med unntak av juridisk fremstillinger, ikke er å betrakte som det primære rettsgrunnlaget kan det ha egenskap som støttemoment gjennom å avklare/presisere det primære rettsgrunnlaget.



Figur 3

4.2.3 Retningslinjer

Den neste komponenten i normstrukturen er *retningslinjer*, som kan forstås i to ulike betydninger. Enten som et produkt, eller resultat av en fortolkningsprosess hvor rettslige spørsmål drøftes på generelt grunnlag, omtalt som *generelle juridiske betraktninger*. Generelle juridiske betraktninger kjennetegnes ved at de er frikoblet fra en rettslig problemstilling, noe som gjør det krevende å angi en rettsregels nærmere innhold.¹²⁴ Vi er da avskåret fra å gi en uttømmende angivelse av rettsregelens innhold,

¹²⁴ Se Nygaard 2004 s. 93 som tar til orde for at rettsspørsmål aktiveres gjennom konkrete rettsvister.

og må nøye oss med å angi *retningslinjer* i stedet for *regler*.¹²⁵ *Retningslinjer* fremstår i denne sammenheng som betegnelsen på normeringer som på generelt grunnlag angir gjeldende rett på et bestemt rettsområde.

Det er en vesensforskjell på å gi en generell redegjørelse for politiets kompetanse til å anvende makt, og å avklare om politiet, i et konkret tilfelle, har hjemmel for å bruke makt. I sistnevnte tilfellet er fortolkningsprosessen knyttet til et gitt faktum som angir rettstvisten/-spørsmålet, noe som er en forutsetning for blant annet å kunne vurdere hvilke rettskildefaktorer som har relevans når rettsregelens nærmere innhold skal avklares. Videre kan den konkrete rettstvisten/-spørsmålet ha betydning både ved avklaring av hvilke rettsnormer som regnes som den primære rettskilden, og de øvrige rettskildefaktorens funksjon. Rettskildefaktorer som ikke vurderes som primære rettskildefaktorer, vil enten være en kilde til presisering eller avklaring av den primære rettskilden, eller kunne påberopes som et støttemoment for den konkrete løsningen, se Nygaard 2004 s. 107–111. Hvilken funksjon relevante rettskildefaktorer skal tillegges, må tas stilling til gjennom en fortolknings- og subsumsjonsprosess hvor rettskildefaktorenes innbyrdes vekt vurderes. Ytterligere vil en prosess løst fra en konkret rettstvist vanskelig avklare eventuelle formåls-, behovs- og forholdsmessighetsbetraktninger som gjør seg gjeldende.

En annen tilnærming er å betrakte *retningslinjer* som normer/normative utsagn som gir veiledning om faktorer som er relevant (eventuelt irrelevant) i en avveining, herunder hvilke retninger et argument trekker og dets vekt.¹²⁶ *Retningslinjer* er da å betrakte som «hjelpenormer»,¹²⁷ eller avveiningsnormer, som leder oss mot rettsregelen idet de gir anvisning på hvilke momenter som det er relevante å ta i betraktning ved løsning av rettsspørsmål uten at de pretenderer å angi nødvendige betingelser for avgjørelsens innhold.¹²⁸

Det er i disse to betydninger begrepet *retningslinjer* har relevans og vil bli brukt som komponenter i en normstruktur i denne avhandlingen.

For å illustrere hva *retningslinjer* uttrykker som komponent i en modellert normstruktur kan det vises til *Eckhoff og Sundby. Avveiningsnormer* er en betegnelse på normer som

¹²⁵ Se Eckhoff 2001 s. 30.

¹²⁶ Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 109. Likeledes Eng 2007 s. 165. Se også Eckhoff 2001 s. 20, som omtaler rettskildeprinsipper som *retningslinjer* med nevnte egenskaper.

¹²⁷ Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 108 flg. hvor *retningslinjer* blir omtalt som «hjelpenormer».

¹²⁸ Se Sundby 1974 s. 198.

angir rom for skjønnsutøvelse der avgjørelsen og dens nærmere innhold beror på en avveining av ulike faktorer. I tilknytning til disse kobles begrepet *retningslinjer* som foreskriver hva som er relevante faktorer i en avveining.¹²⁹

Finsk polislag § 3 kan tjene som eksempel på en bestemmelse som inneholder både avveiningsnorm og retningslinjer. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Polisens åtgärder ska kunna försvaras i förhållande till hur viktigt, farligt och brådskande dess uppdrag är, det mål som eftersträvas samt uppträdande, ålder, hälsa och andra motsvarande omständigheter som gäller den person som är föremål för åtgärden och övriga omständigheter som inverkar på helhetsbedömningen av situationen.»

I bestemmelsens første del angis på generelt grunnlag forholdsmessighetsprinsippet, som må betraktes som en avveiningsnorm: «Polisens åtgärder ska kunna försvaras i förhållande till hur viktigt, farligt och brådskande dess uppdrag är ...» Bestemmelsens andre del oppstiller retningslinjer for hvilke faktorer som det er relevant å vektlegge: «... det mål som eftersträvas samt uppträdande, ålder, hälsa och andra motsvarande omständigheter som gäller den person som är föremål för åtgärden och övriga omständigheter som inverkar på helhetsbedömningen av situationen.»

I en polisier kontekst vil pl. § 6 fjerde ledd, som foreskriver politiets hjemmel for bruk av makt,¹³⁰ i denne sammenheng karakteriseres som en *avveiningsnorm* da bestemmelsen overlater til politiets skjønnsutøvelse om makt skal anvendes, jf. det modale hjelpeverbet «*kan*». Dette styrkes ytterligere ved at de to sentrale rettsvilkår – «*nødvendig*» og «*forsvarlig*» - også forutsetter skjønnsutøvelse ved avgjørelse av om kompetansen skal anvendes og eventuelt *valg* av metodisk tilnærming. Retningslinjer, eller veiledningsnormer, som angir hvilke relevante faktorer som må tas i betraktning, herunder hvilken egenvekt og innbyrdes vekt de kan tillegges, må søkes i rettsnormer som danner grunnlaget for politiets inngrep og derigjennom aktualiserer spørsmålet om bruk av makt. Disse, sammen med formålsbestemmelsen, jf. pl. § 1 andre ledd og

¹²⁹ Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 108 flg.

¹³⁰ Om pl. § 6 fjerde ledd, se Auglend/Meland 2016 s. 664 flg. Det er viktig å understreke at pl. § 6 fjerde ledd ikke utgjør et selvstendig hjemmelsgrunnlag for politiets maktbruk. Om makt kan anvendes må avgjøres på grunnlag av den konkrete tjenestehandling som utløser spørsmålet om bruk av makt.

effektueringsnormene nedfelt i pl. § 6, vil ifølge *Eckhoff og Sundby* tilnærming utgjøre «hjelpenormer» som har karakter av retningslinjer.

I alle tilfeller hvor rettskilden har relevans, men ikke vurderes som den primære rettskilden, kan den i realiteten betraktes som en retningslinje.¹³¹ Som tidligere nevnt har den enkelte rettskildefaktor, med unntak av teoretisk rettsoppfatning, de nødvendige egenskaper som kreves for å utgjøre en primær rettskilde ved løsning av et rettsspørsmål,¹³² og kan under gitte omstendigheter utgjøre og beskrive rettsregelen.

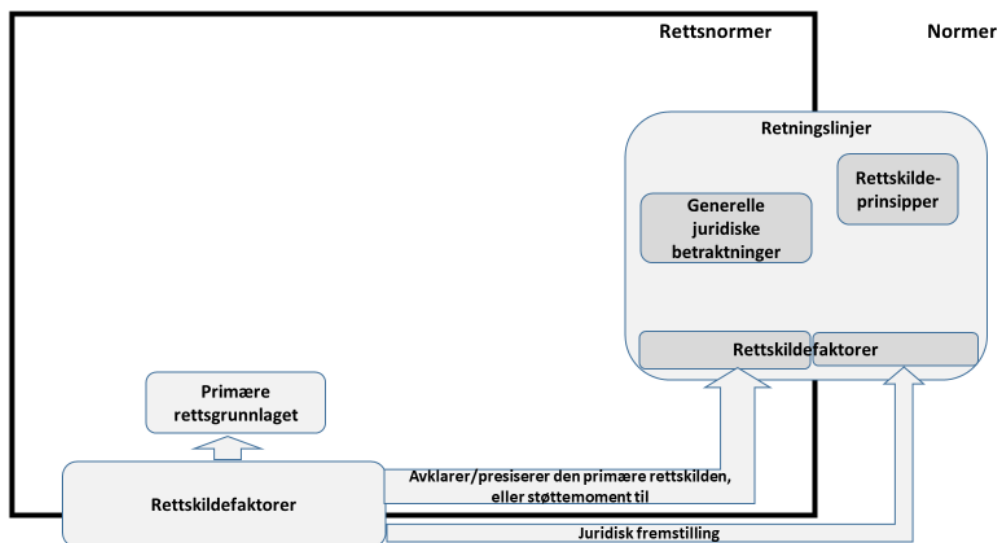
Selv om rettskildefaktorer innehar egenskaper som kjennetegner *retningslinjer*, og dermed er sentrale i prosessen med å avklare hva begrepet uttrykker, er det ikke slik å forstå at begrepet *retningslinjer* er synonymt med *rettsnormer*.¹³³ I noen tilfeller vil den/de påberopte retningslinje(r) ikke inneha egenskapene som kjennetegner en rettsnorm. Som eksempel kan det vises til rettskildefaktoren juridiske fremstillinger, og rettskildeprinsippene som har karakter av retningslinjer uten at de betraktes som rettsnormer.

Figuren under illustrerer *retningslinjer*, *rettskildeprinsipper* og *generelle juridiske betraktningers* betydning som komponenter i en modellert normstruktur. Selv om rettskildeprinsippene og juridisk fremstilling ikke betraktes som rettsnormer, innehar de likevel egenskapen som retningslinjer.

¹³¹ Se Nygaard 2004 s. 108 som reiser spørsmålet om disse rettskildene i realiteten er *retningslinjer* og *kvalifikasjonsnormer*.

¹³² Se Nygaard 2004 s. 101 flg. (særlig s. 105).

¹³³ Se Eckhoff/Sundby s. 116 flg. Det bemerkes i den anledning at Eckhoff/Sundby synes å operer med rettsprinsipper som en undergruppe av retningslinjer.



Figur 4

Som tidligere nevnt inndeles rettsnormer i tre ulike kategorier, henholdsvis kompetanse-, kvalifikasjons- og pliktnormer. Det er i den anledning naturlig å stille spørsmål om retningslinjer som gruppe av normer kan katalogiseres under en bestemt kategori? Umiddelbart synes *retningslinjer* å falle inn under kategorien *kvalifikasjonsnormer*. I en prosess hvor avgjørelsen av et konkret rettsspørsmål er forankret i en primær rettskilde som gir uttrykk for skjønnsutøvelse (avveiningsnorm), er *retningslinjers* funksjon å bidra til å avklare hvilke relevante faktorer som bør vektlegges, deres vekt og retning. Ved å angi hvilke faktorer som er relevante, er retningslinjene bestemmende for spørsmålet om faktoren i den foreliggende sak er kvalifisert. Dette taler for at retningslinjer faller inn under gruppen *kvalifikasjonsnormer*.¹³⁴

¹³⁴ Tilsvarende, se Eckhoff/Sundby 1991 s. 125 som legger til grunn at alle retningslinjer er *kvalifikasjonsnormer*.

En må imidlertid vike tilbake fra en ensidig kategorisering av *retningslinjer* som gruppe av normer. Selv om normer som inngår i begrepet *retningslinjer* i det vesentlige faller inn under kategorien *kvalifikasjonsnormer*, er det også eksempler på at normeringen inneholder elementer som gjør det naturlig å klassifisere den under flere normkategorier.¹³⁵

Dette kan belyses ved å vise til politiets virksomhet. Politiet har i sin tjenesteutførelse en utstrakt adgang til å anvende skjønn, både innenfor strafferettspleien og den polisiære virksomhet.¹³⁶ Adgangen til å utøve fakultativt skjønn som grunnlag for tjenesteutøvelsen er et bærende prinsipp for politiets polisiære virksomhet. Dette gjenspeiles i den rettslige regulering av virksomheten gjennom utstrakt bruk av normeringer som det er naturlig å karakterisere som retningslinjer. Imidlertid er det slik at politiets adgang til å utøve fakultativt skjønn avgrenses oppad mot handleplikten.¹³⁷ Ifølge pl. § 7 første ledd «*kan*» politiet gripe inn for å ivareta enkeltpersoners sikkerhet. I et gitt tilfelle vil pl. § 7, sammen med rettsnormen som initierer politiets inngripen, utgjøre de primære rettskildene når grensene for politiets adgang til å anvende makt, jf. pl. § 6 fjerde ledd skal avklares. Isolert sett kan politilovens § 7 betraktes som en hjelpenorm da den gir retningslinjer i prosessen med å avklare om politiet skal intervensere i forholdet, og i så fall om makt kan og skal anvendes. Bestemmelsen har i så henseende karakter av å angi kvalifikasjonskrav for å intervensere. En slik tilnærming er for endimensjonal. Utledet av politiets oppgaveportefølje, jf. § 2, fremgår det at politiet, på vegne av staten, er gitt i oppgave å ivareta grunnleggende menneskerettigheter.¹³⁸ Dette er oppgaver som ikke underkastes fakultativt skjønnsutøvelse ved avgjørelsen av om politiet skal gripe inn. Innenfor gitte områder

¹³⁵ Se Eckhoff/Sundby 1991 s. 125 flg. som synes å legge tilsvarende til grunn idet «... samme språklige formulering kan danne basis for to eller flere normer ...»

¹³⁶ Innen strafferettspleien gir opportunitetsprinsippet påtalemyndigheten anledning til å unnlate straffefølgning selv om det viser seg å foreligge «rimelig grunn» til å undersøke om det foreligger straffbart forhold, jf. strpl. § 224. Dette prinsippet er kommet til uttrykk i bl.a. strpl. §§ 69 og 70. Som en motsats til dette prinsippet oppstiller det straffeprosessuelle legalitetsprinsippet en absolutt plikt til å iverksette straffefølgning når fastsatte vilkår foreligger. Innen den polisiære virksomhet kan opportunitetsprinsippet utledes av bl.a. pl. § 6 fjerde ledds bruk av formuleringen «*kan*».

¹³⁷ Nærmere om politiets handleplikt, se Auglend 2016 s 282 flg.

¹³⁸ Se Nilsen 2015 s. 97.

vil politiet ha en plikt til å handle, med den følge at både pl. §§ 6 og 7 som oppstiller adgang til skjønnsbasert tjenesteutøvelse, må fortolkes som en pliktnorm.

Nygaard, som legger til grunn at retningslinjer er en kvalifikasjonsnorm, mener at retningslinjer (som kvalifikasjonsnorm) sammen med andre kvalifikasjonsnormer kan utgjøre grunnlag for etablering av rettshjemmel med presisering av rettsvilkårene for den aktuelle rettsvirkning. Tilnærmingen bygger på tanken om at et rettsgrunnlag, i form av alminnelig rettsgrunnsetning, kan «gro fram» avhengig av hvilke hensyn som, i takt med samfunnsutviklingen, gjør seg gjeldende, se *Nygaard* 2004 s. 261-268 og særlig drøftelsene knyttet til journaldommen i Rt. 1977 s. 1035. *Nygaard* sitt resonnement har klare likhetstrekk med læren om at rettsprinsipper over tid kan utvikle seg til å få rettsregels form.

4.2.4 Rettsprinsipper

Den neste komponenten i normstrukturen er *rettsprinsipper*, som kan utledes av og fremstår som en undergruppe av *prinsipp* som stammer fra det latinske *principium*: «det første» eller «noe grunnleggende»,¹³⁹ og da i betydning «begynnelsepunkt eller utgangspunkt for tankerekker».¹⁴⁰ I kraft av å være «det første» og «noe grunnleggende» kjennetegnes prinsipp ved at de har et høyt generalitetsnivå.¹⁴¹ Et generelt *prinsipp* skifter karakter til å være et *rettsprinsipp* når det gir uttrykk for en generell rettstanke som har tilsvarende struktur som en rettsregel eller retningslinje.¹⁴²

I norsk rettsteori er det ulike oppfatninger om hva *rettsprinsipp(er)* uttrykker, se *Frøberg* 2014 s. 20. Se også kapittel 12 hvor han beskriver syv innarbeidede bruksmåter for «prinsipp». Rettsprinsipp kan forstås i betydningen rettslige fenomener som beskriver vår allmenne rettskultur, se *Nygaard* 2004 s. 260. Det forutsetter imidlertid at normen er adoptert, akseptert og dermed gjort gjeldende i vår rettstradisjon. Dernest kan begrepet betraktes som et uttrykk for rettskildefaktorene reelle hensyn, se *Nygaard* 2004 s. 30-31 hvor han foretar en tredeling av rettskildefaktorene og i den forbindelse omtaler reelle hensyn som «*rettsprinsipp mv.*» Se også s. 260 flg. hvor han drøfter om rettsprinsipper kan utgjøre en primær rettskilde utledet av «*rettsoppfatning og reelle omsyn*».

¹³⁹ Se *Jarborg* 2001 s. 139: «En princip likställs med början, ursprung ...»

¹⁴⁰ Se *Sundby* 1974 s. 192.

¹⁴¹ Se *Eckhoff/Sundby* 1991 s. 117 som beskriver prinsipper som «... mer generelle og ofte vagere enn vanlige regler.» Likeledes *Frøberg* 2014 s. 131.

¹⁴² Se *Nygaard* 2004 s. 260. Se også *Frøberg* 2014 s. 334 hvor han sonderer mellom rettslige og ikke-rettslige prinsipper.

Videre kan begrepet betraktes som «... uttrykk for hensyn som har vekt når man står over for avveininger», se Eckhoff/Sundby 1991 s. 114 med videre henvisning til Ronald M. Dworkin. Ytterligere kan rettsprinsipper forklares som produktet av rettsvitenskapelige argumentasjon hvor dets funksjon er, gjennom å gi uttrykk for eller sammenstille vurderinger, å bidra til å skape sammenhenger i og mellom rettsområder og rettssystemer, se Grønning 2008 s. 217 med videre henvisning. I *påtaleretten* er rettsprinsipper benevnt som «uttrykk for *en norm/regel av mer generell gyldighet eller uttrykk for et grunntrekk i påtaleretten*», se Kjelby 2019 s. 116.

Rettsprinsipper har retningslinjekarakter idet de, i motsetning til rettsregler, ikke angir et bestemt resultat, se Graver 2006 s. 195. Rettsprinsipper skiller seg dermed fra rettsregler ved at de fremstår som «både og normer» mens rettsregler kan karakteriseres som «enten eller normer». Enten følges, eller ikke følges rettsregler, mens rettsprinsipper har den egenskap at de i mer eller mindre grad kan følges, og dermed ikke nødvendigvis anses fraveket selv om rettsregelen som legges til grunn synes å ligge utenfor hva rettsprinsippet uttrykker. Jarborg 2003 s. 140 flg. viser til at dette er en alminnelig oppfatning innen rettsvitenskapen samtidig som han selv legger til grunn at retningslinjer – og dermed rettsprinsipper – bør anses for å være en undergruppe av regler, og ikke sideordnet.

En ytterligere tilnærming er å ta utgangspunkt i rettsprinsippenes formål eller funksjon. Et rettsprinsipp kan være forklarende og oppsummere verdier som rettsnormen(e) hviler på. Videre kan de ha som formål å organisere og systematisere rettsnormer, herunder anvendes som instrument for å løse regelkonflikter, se Jarborg 2003 s. 144. For en bredt anlagt fremstilling av «[r]ettsprinsipper i norsk juridisk diskurs», se Mæhle 2005 s. 86 flg.

Jeg har i min tilnærming valgt å se begrepet *rettsprinsipper* fra to ulike perspektiv, henholdsvis som et begrep «i retten» og et begrep «om retten».¹⁴³ Rent umiddelbart er det grunn til å påpeke at valg av tilnærming ikke er uttrykk for at rettsprinsipper er noe som er frikoblet fra, og «står utenfor retten».¹⁴⁴ Uavhengig av om begrepet anvendes i betydning «i retten» eller «om retten» er rettsprinsipper som sådan å betrakte om en komponent innen retten.

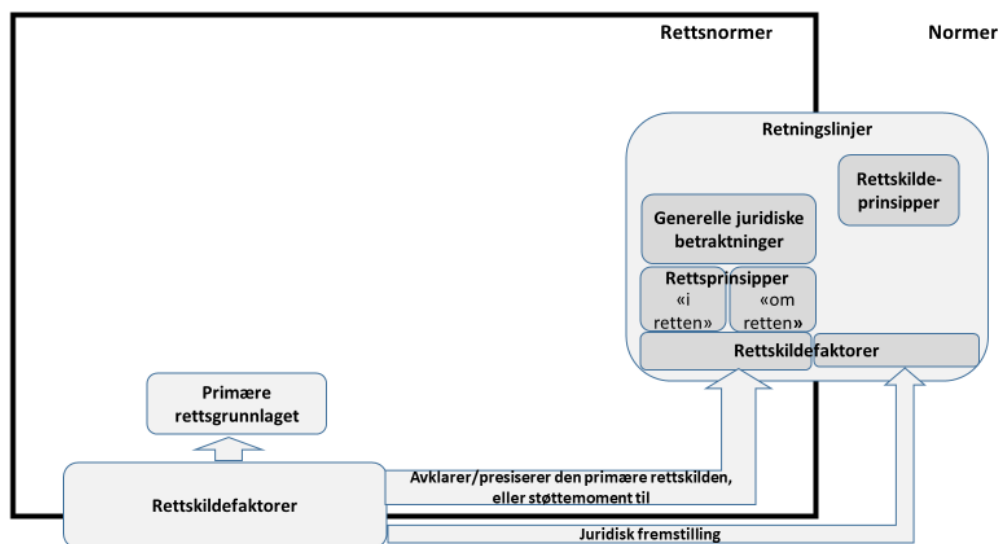
Når rettsprinsipper brukes som et begrep «i retten» siktes det til tilfeller hvor prinsippet har substansiell karakter ved at det uttrykker et selvstendig materielt innhold. Rettsprinsipper kan da utgjøre den primære rettskilden, og alene eller sammen med

¹⁴³ Se Fredriksen 2011 s. 37-64 som danner grunnlag for mitt valg av tilnærming til begrepet. Fredriksen operer med tre ulike kategorier i sin beskrivelse av hva begrepet uttrykker.

¹⁴⁴ Se Fredriksen 2011 som forklarer sontringen «i retten» som tilfeller hvor «prinsippene tilfører retten et innhold den ellers ikke ville hatt». En slik tilnærming til formuleringen er egnet til å skape inntrykk av at rettsprinsipper er «noe» som ligger utenfor retten, og som under gitte omstendigheter tilfører retten noe nytt.

andre rettskildefaktorer fremstå som en kilde og forankring for andre rettsnormer.¹⁴⁵ Når begrepet rettsprinsipp brukes i betydningen «om retten» siktes det til, uavhengig av rettsområde, begrepets funksjon som samlebetegnelse eller «abstraherte fellestrekk» av likeartede regler som er tuftet på samme eller tilsvarende legislative begrunnelse og fremmer samme formålsbetraktninger.¹⁴⁶ I denne betydningen uttrykker ikke prinsippet et selvstendig materielt innhold, og bringer dermed ikke inn nye momenter ved avklaring av rettsregelens innhold.

Rettsprinsippene som komponenter i normstrukturen kan illustreres med følgende figur:



Figur 5

¹⁴⁵ Sml Robberstad 1999 s. 47 som sonder mellom *sterke* og *svake* prinsipper, hvor de sterke også omtales som *grunnprinsipper* (alternativt; «sterke reelle hensyn») som kan tenkes å være *lex superior* i forhold til lovbestemmelser. Se også Nygaard 2004 s. 261 flg som drøfter om rettsprinsipper (i form av reelle hensyn) kan utgjøre en primær rettskilde, og som i den anledning påpeker at det innenfor rettskildelæren ikke har vært vanlig å betrakte rettsprinsipper som en egen kategori rettskildefaktorer.

¹⁴⁶ Tilsvarende Fredriksen 2011 s. 37-64.

Sondringen «i retten» og «om retten» i en politisær kontekst kan anskueliggjøres ved å vise til *objektivitetsprinsippet* og *likhetsprinsippet*. Objektivitetsprinsippet er en alminnelig og ulovfestet norm, som uttrykker spesifikke krav til avgjørelser som treffes under offentlig myndighetsutøvelse.¹⁴⁷ Innenfor politiretten kommer prinsippet til uttrykk i bl.a. pl. § 6 tredje ledd og pi. § 3-1 fjerde ledd. Prinsippet stiller krav til saklig og upartisk tjenesteutøvelse. Utleddet av objektivitetsprinsippet er det innen forvaltningsretten generelt og politiretten spesielt en rekke selvstendige rettsnormer som gir uttrykk for prinsippets innhold. Som eksempel kan det vises til pi. § 5-3 som oppstiller hovedregelen om forbud mot å utøve politimyndighet i sak som omhandler egne forhold, eller når det foreligger andre omstendigheter som gjør han ugild. Likeledes strpl. § 226 tredje ledd som foreskriver at politiet i sin etterforskning, hvor en person er mistenkt, skal søke å klarlegge omstendigheter som både taler til mistenktes gunst og ugunst.

Umiddelbart kan en tenke seg at objektivitetsprinsippet er et uttrykk «om retten» i form av en samlebetegnelse eller ekstrakt av likeartede regler.¹⁴⁸ Rettsprinsipper «om retten» har karakter av å være «både og normer» som i større eller mindre grad kan følges. Rent umiddelbart er det vanskelig å se for seg at lovgiver eller rettsorden skal konstatere eksistensen av en rettsregel som fraviker objektivitetsprinsippet ved bl.a. å tillate partisk og usaklig myndighetsutøvelse. Objektivitetsprinsippet har derfor substansiell karakter i kraft av å ha et selvstendig materielt innhold, og rettsnormer innenfor ulike rettsområder som uttrykker prinsippets innhold må anses direkte utledet fra prinsippet. Det gjør at prinsippet har rettsregel-karakter og må betraktes som en «enten eller norm». Følgelig er det å betrakte som et «i retten»-prinsipp.

På lik linje med objektivitetsprinsippet er *likhetsprinsippet* en alminnelig og ulovfestet norm, som uttrykker spesifikke krav til avgjørelser som treffes under offentlig

¹⁴⁷ Nærmere om objektivitetsprinsippet (også omtalt som, eller spaltet opp i saklighets- og nøytralitetsprinsippet), se Auglend/Mæland 2016 s. 651 flg., Graver 2007 s. 109 flg. og Eckhoff 1992 s. 258 flg.

¹⁴⁸ Slik Auglend 2016 s. 639 som betegner objektivitetsprinsippet som et uttrykk «om retten» idet det representerer en samlebetegnelse på normer som hver for seg har et selvstendig innhold.

myndighetsutøvelse.¹⁴⁹ Imidlertid står likhetsprinsippet i en annen stilling enn objektivitetsprinsippet da det må betraktes som et uttrykk «om retten». Likhetsprinsippet gir uttrykk for at like tilfeller skal behandles likt. Dette for å hindre usaklig forskjellsbehandling og derigjennom sikre borgerne rettferdig behandling. Prinsippet er i sin generelle form kommet til uttrykk i Grl. § 98 andre ledd. I forhold til politiets tjenesteutøvelse kan likhetsprinsippet få betydning i tre henseender. Enten som et direktiv/retningslinje som påvirker spørsmålet om politiet skal intervensere i en konkret sak. Dernest kan prinsippet ha funksjon som direktiv/retningslinje ved utførelsen i betydningen valg av taktisk og metodisk tilnærming med fokus på hvor inngripende tiltaket fremstår. Ytterligere vil det fungere som regulator i forhold til resultatet av myndighetsutøvelsen. I alle tilfeller har prinsippet betydning for spørsmålet om, og i hvilken utstrekning politiets tjenesteutøvelse kan baseres på fakultativt skjønn.

Når jeg legger til grunn at likhetsprinsippet må anses som en samlebetegnelse for rettslige normeringer, og ikke et prinsipp med selvstendig materielt innhold, er det forankret i to ulike forhold.

Det ene knytter seg til det faktum at politiet er gitt stor adgang til å basere sin tjenesteutøvelse på fakultativt skjønn, noe som gjenspeiles i den rettslige reguleringen av den polisære virksomheten. Adgangen til opportunitetsforankret tjenesteutøvelse vil i seg selv ikke være forenelig med et likhetsprinsipp som betraktes som et uttrykk «i retten» og dermed gis substansiell karakter. Dernest er det vanskelig å se for seg at brudd på likhetsprinsippet kan påberopes som en ugyldighetsgrunn og/eller gjør tjenestehandlingen ulovlig. Den som opplever å bli bortvist fra et offentlig sted, jf. pl. § 7 fordi han har forstyrret den offentlige ro og orden, kan ikke høres med at tjenestehandlingen er ugyldig/ulovlig fordi han tidligere har erfart at politiet ikke har

¹⁴⁹ Nærmere om likhetsprinsippet og dets betydning for den polisære delen av politiets virksomhet, se Auglend 2016 s. 642 flg.

grepet inn i tilsvarende situasjoner. Det er derfor naturlig å karakterisere likhetsprinsippet som et uttrykk «om retten», og dermed som «både og normer». Det innebærer at prinsippet ikke nødvendigvis anses fraveket selv om normeringen, her uttrykt gjennom en tjenestehandling, synes å ligge utenfor hva rettsprinsippet uttrykker.

I vurdering av om rettsprinsippet kan henføres under kategorien «i retten» eller «om retten», kan en fruktbar tilnærming være å stille spørsmål om lovgiver eller rettsorden ville komme frem til en rettsregel som fraviker prinsippet innhold. Er svaret nei, kan det tas til inntekt for at prinsippet hører inn under kategorien «i retten» og er å betrakte som et prinsipp av rettsregels karakter og dermed utgjør en rettskildefaktor. Motsetningsvis, dersom det kan tenkes tilfeller hvor det kan oppstilles en rettsregel som «fraviker» prinsippet, taler det for at prinsippet hører inn under kategorien «om retten».¹⁵⁰ Rettsprinsipper, som brukes «om retten» i betydningen samlebetegnelse over hva prinsipper uttrykker på tvers av rettsområder, pretenderer ikke at rettsnormene som prinsippet er utledet av tegner et fullstendig bilde av hva prinsippet uttrykker. Det kan tenkes områder innenfor prinsippet anvendelsesområde som ikke er omtalt eller omhandlet i en rettslig normering. Eksempel på dette er «lovtomme rom».

Det er grunn til å stille spørsmål om det er mulig å operere med en «enten eller»-tilnærming når rettsprinsipper skal kategoriseres som begrep «om retten» eller «i retten». Det kan tenkes tilfeller hvor et rettsprinsipp i en sammenheng fremstår som en samlebetegnelse på et sett av rettsnormer, og derved som et uttrykk «om retten», og i andre tilfeller tillegges selvstendig materielt innhold, og i så henseende utgjør et begrep «i retten».¹⁵¹

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2008 s. 142 kan tjene som eksempel. Tingretten hadde, av hensyn til fornærmede, nedlagt forbud mot offentlig gjengivelse av en dom i en sak som omhandlet seksualforbrytelse. En avis påkjærte avgjørelsen og fikk medhold i lagmannsretten. Høyesterett fant at det forelå en saksbehandlingsfeil, jf.

¹⁵⁰ Se Fredriksen 2011 s. 37-64 hvor det gis uttrykk for tilsvarende tilnærming.

¹⁵¹ Se Fredriksen 2011 s. 37-64.

strpl. § 343 første ledd, og opphevet lagmannsrettens kjennelse idet fornærmedes bistandsadvokat ikke hadde fått anledning til å uttale seg før retten traff sin avgjørelse. Straffeprosessloven inneholder ingen spesifikke regler som omhandler spørsmålet om partenes rett til kontradiksjon knyttet til spørsmål om å forby offentliggjøring av rettens avgjørelser.¹⁵² Av aktuelle bestemmelser pekte Høyesterett på strpl. § 107 c fjerde ledd jf. første ledd som kun gir bistandsadvokaten rett til å uttale seg om prosessuelle spørsmål i forbindelse med etterforskningen og hovedforhandlingen, som dermed ikke kom til anvendelse. Høyesterett la imidlertid vekt på «...de hensyn bestemmelsen hviler på og alminnelige hensyn til kontradiksjon ...»

Hva kontradiksjonsprinsippet til enhver tid uttrykker beror på en konkret vurdering hvor prinsippets formål og bærende verdier må vektas opp mot andre rettsnormer som ivaretar motstridende hensyn. Eksempelvis vil prinsippets rekkevidde være langt mer begrenset i initialfasen av etterforskningen enn under hovedforhandlingen.¹⁵³ I initialfasen av etterforskningen vil bl.a. det materielle sannhetsprinsippet, av hensyn til etterforskningen, begrense de involvertes adgang til å gjøre seg kjent med sakens opplysninger. Kontradiksjonsprinsippet har karakter av en samlebetegnelse for en rekke positive rettsregler som regulerer en parts adgang til å ta til motmæle før en offentlig beslutning treffes.

Når Høyesterett, etter å ha konstatert at strpl. § 107 c ikke regulerer spørsmålet om rett til kontradiksjon, likevel finner at det foreligger en hjemmel forankret i de hensyn strpl. § 107 c hviler på og de alminnelige hensyn til kontradiksjon, kan det bero på to ulike forhold. Enten har de vurdert at kontradiksjonsprinsippet i angjeldende sak har substansiell karakter idet det uttrykker et selvstendig materielt innhold og dermed utgjør et begrep «i retten». En slik tilnærming vil, slik *Nygaard* påpeker, bygge på tanken om at en rettstanke – i form av et rettsprinsipp – kan fungere som en egen

¹⁵² Nærmere om temaet *kontradiksjon*, se Matningsdal 2013.

¹⁵³ Se Øyen 2019 s. 157 flg.

rettskildedefaktor. I så fall vil prinsippet ha større vekt enn de legislative hensyn som det bygger på. Svaret avhenger av hvilket utviklingsstadium rettsprinsippet befinner seg på.¹⁵⁴ Med andre ord, et rettsprinsipp som i utgangspunktet er et begrep som uttrykker «om retten» kan «gro frem» og endre karakter til å omfatte et begrep som uttrykker «i retten». Begrepet har da endret egenskap fra å være en samlebetegnelse for positivt angitte rettsnormer til å utgjøre et prinsipp med materielt selvstendig innhold.

Jeg tror ikke Høyesterett har valg en slik tilnærming. Til det er det for mange ulike motstridende hensyn som til enhver tid gjør seg gjeldende innenfor kontradiksjonsprinsippet's anvendelsesområde. Det er mer trolig at Høyesterett har lagt til grunn at prinsippet's innhold ikke speiles gjennom de positive angitte rettsnormene som prinsippet bygger på. Med andre ord, summen av de positivt angitte rettsnormene representerer ikke et helhetlig bilde av hva prinsippet uttrykker. All den tid løsning av rettstvisten ikke innebar et inngrep, men en utvidelse av prosessuelle rettigheter, hadde Høyesterett adgang til å vektlegge reelle hensyn som rettskildedefaktor, enten alene eller sammen med en analogisk anvendelse av strpl. § 107 c.

4.2.5 Rettsregler

Den siste komponenten i den modellerte normstrukturen er *rettsregler*. Begrepet rettsregel brukes av mange synonymt med *regel*.¹⁵⁵ En *rettsregel* er benevnelsen på et sluttprodukt i en prosess som tar utgangspunkt i rettskilder for å avklare gjeldende rett, og hvor rettskildene utgjør byggesteiner for innholdet i rettsregelen.¹⁵⁶ Den juridiske teori er opptatt av å drøfte generelle rettsspørsmål, og søker i den forbindelse å avklare gjeldende rett på et område. I den grad prosessen ikke har som mål å ta stilling til konkrete rettsspørsmål, men kun foretar en generell tolkning av relevante rettskilder løsrevet fra et gitt faktum eller rettstvist, vil – som tidligere nevnt – sluttproduktet få

¹⁵⁴ Se Nygaard 2004 s. 260 flg.

¹⁵⁵ Se Eckhoff 2001 s. 30: «Med ordet 'regel' sikter jeg til det vi kommer frem til når vi har tolket lovteksten, og under tolkingen tar vi ofte andre faktorer enn dens egne ord i betraktning».

¹⁵⁶ Se Nygaard 2004 s. 29 hvor det fremheves at *rettsregel* for løsning av konkrete rettsspørsmål er sammensatt av rettskildedefaktorer. Tilsvarende Mæhle/Aarli 2017 s. 210.

karakter av generelle overveielser av hva regelen kan gå ut på. Produktet av prosessen vil da kun angi *retningslinjer* og ikke rettsregler.¹⁵⁷

Det er først når tolkningsprosessen kobles til et gitt faktum/rettstvist (subsumsjon), det vil si har som formål å søke å løse et konkret rettslig spørsmål, at produktet kan benevnes som en rettsregel.¹⁵⁸ Fastsetting av en rettsregels innhold er med andre ord uløselig knyttet til det rettslige problemet som søkes løst.¹⁵⁹ Når rettsanvenderen tar stilling til rettslige spørsmål i en sak, inntar rettsregelen funksjonen som «...et mellomledd mellom rettskildefaktorene og standpunktet til det individuelle rettsspørsmål». ¹⁶⁰ Sagt på en annen måte; gjennom en tolkningsprosess, som har som siktemål å avklare en regels innhold, ved at den står på prøve mot et gitt faktum, fremstår rettsregelen som et sluttprodukt i en tolkningsprosess.¹⁶¹

En rettsregel er en norm som enten gir uttrykk for rettigheter eller plikter eller tildeler kompetanse som staten om nødvendig setter sin autoritet bak for å håndheve. En rettsregel består av to bestanddeler, henholdsvis en betingelsesside og følgeside.¹⁶² En rettsregel angir med andre ord hvilke rettsvirkninger som inntreer under forutsetning av at angitte betingelser er virksomme.

Figuren nedenfor, som tegner et komplett bilde av den modellerte normstruktur, illustrerer *rettsregel* som komponent i en normstruktur og som sluttprodukt i en

¹⁵⁷ Se Eckhoff 2001 s. 30-31 som synes å legge det samme til grunn.

¹⁵⁸ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 217 hvor subsumsjon er beskrevet som «[d]et å anvende rettsregelen på resultatet fra faktumfastsettelsen». Tilsvarende Eckhoff 1971 s. 117 hvor subsumsjon forklares som «å ta stilling til om et individuelt saksforhold faller inn under [rettsregelen]».

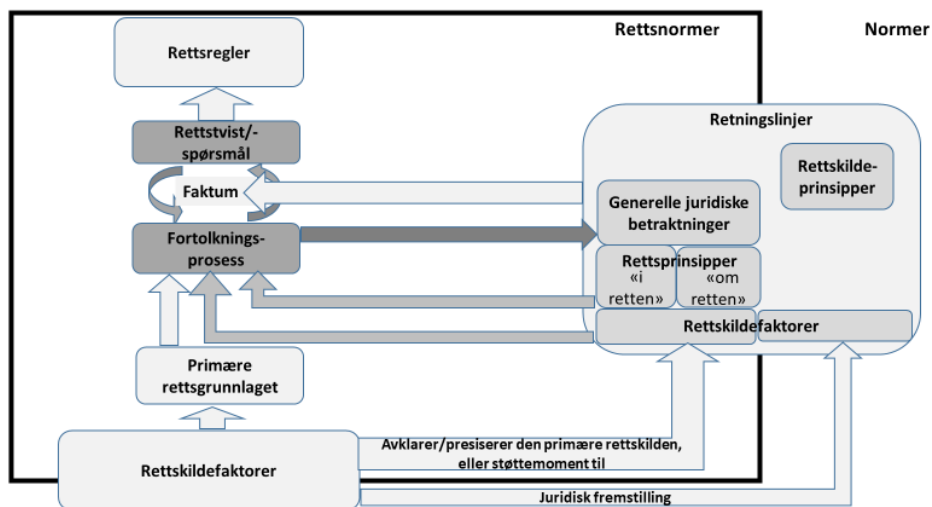
¹⁵⁹ Se Eng 2007 s. 513: «En regel kan aldri gis noen endegyldig formulering fordi *den til enhver tid står på prøve mot verden og potensielt er undergitt endring med enhver endring i verden.*»

¹⁶⁰ Se Eckhoff 2001 s. 31-32.

¹⁶¹ Nygaard 2004 s. 108 omtaler rettskildefaktorene som «råstoff eller byggestein» i prosessen med å avklare rettsregelen innhold ved løsning av rettslige spørsmål.

¹⁶² Se Boe 2010 s. 39.

fortolkningsprosess.¹⁶³ Den modellerte normstruktur legges til grunn for den senere analysen av den polisiære normstruktur.¹⁶⁴



Figur 6

4.2.6 Oppsummering

Det er kun domstolene, med Høyesterett i siste instans, jf. GrL. § 88 første ledd, som med autoritet kan ta stilling til og fastslå en rettsregels innhold. Tross dette må også den offentlige forvaltning generelt, og politiet spesielt, til enhver tid ta stilling til om myndighetsutøvelsen er legitim. Rettsanvendelsesprosessen, som har formål å fastslå gjeldende rett i form av rettsregelens innhold, må skje i en fastsatt normstruktur ledsaget av et omforent begrepsapparat. Videre må prosessen gi veiledning om hvilken

¹⁶³ Se Løvlie 2019 s. 143-144 hvor det sondres mellom subsumsjon og tolking: «Tolkning benyttes som betegnelse på hypotetiske underordninger av faktiske forhold – denne regelen vil gis anvendelse – for slike forhold –, mens en konkret subsumsjon omhandler en faktisk underordning – denne regelen får anvendelse for dette forholdet.»

¹⁶⁴ Se Mestad 2019 s. 79 som beskriver rettsanvendelsesprosessen som en skrittvis prosess hvor rettsanvenderen med utgangspunkt i en primær rettskilde (som regel formell lov) gjør seg en foreløpig mening om rettsregelens innhold. Oppfatningen konfronteres deretter med slutninger som trekkes ut av andre relevante rettskilder. Den skrittvis rettsanvendelsesprosessen vil «også omfatte prosessen med å ta standpunkt til hvilket faktum som skal legges til grunn ...»

vekt faktorene kan tillegges i den foreliggende sak. Dernest må det foreligge prinsipper som gir anvisning på metodisk tilnærming til prosessen.

Avslutningsvis er det nok en gang grunn til å påpeke at fremstillingen av temaet *normstruktur* ikke hadde som målsetting å gi et enhetlig og endelig svar på hva som kjennetegner en normstruktur med dertil tilhørende begrepsapparat. Hovedformålet var å etablere en normstruktur og begrepsapparat, fortrinnsvis til bruk i denne avhandlingen.

De ulike komponenter i normstrukturen, som jeg har vist på figuren over, og deres innbyrdes betydning, kan kort oppsummeres som følgende:

Normer kan forstås som målestokk for akseptabel eller forventet oppførsel, og har som funksjon å påvirke for å øve innflytelse på adressaten. Det krever at uttrykket som tegner normen kan tjene som rettesnor for forventet adferd. Normer kjennetegnes videre gjennom tre ulike komponenter: *menings-, aksept- og gyldighetskomponenten*. *Rettsnormer*, som er en undergruppe av *normer*, anvendes i denne sammenheng som en samlebetegnelse på rettsregler, rettskildefaktorer, rettsprinsipp, retningslinjer eller liknende uttrykk for normeringer, gitt at de innehar rettsnormens foreskrevne egenskaper knyttet til sanksjons-, struktur- og forankringskomponenten.

Retningslinjer er en sentral komponent i begrepet rettsnorm, og kan forklares i to ulike betydninger. Initialt kan vi behandle retningslinjer som hjelpenormer i betydningen normer/normative utsagn som gir veiledning om hvilke faktorer som er relevant i en avveining, herunder hvilken retning det enkelte argument trekker, og dets vekt. Begrepet omfatter da rettskildefaktorer, rettsprinsipper og generelle juridiske betraktninger. Som begrep faller retningslinjer dermed både innenfor og utenfor rettsnormbegrepet. En annen tilnærming er å betrakte retningslinjer som uttrykk for et produkt eller resultat av en fortolkningsprosess hvor det rettslige spørsmål er behandlet på generelt grunnlag løsrevet fra en faktisk kontekst i form av en rettstvist/-spørsmål. I

denne sammenhengen fremstår normen som generelle juridiske betraktninger utledet av en fortolkningsprosess.

Normer/normeringer i form av retningslinjer gir anvisning om blant annet faktorenes relevans og vekt, og er i så henseende å betrakte som hjelpenormer som presiserer, avklarer og støtter opp under den primære rettskilden uten å pretendere at de isolert sett utgjør en nødvendig betingelse for fastsettelsen av rettsregelen. Når rettskildefaktorer som begrep bare delvis omhandler rettsnormer, skyldes det ene og alene rettskildefaktoren «juridisk fremstilling» som ikke kan betraktes som en rettsnorm, men like fullt er en retningslinje.¹⁶⁵ Øvrige rettskildefaktorer betraktes som rettsnormer, og innehar den egenskapen at de kan utgjøre den primære rettskilden og dermed alene eller sammen med andre faktorer angi rettsregelens innhold. Når rettskildefaktoren kun utgjør et støttemoment i form av «hjelpenorm», er den å betrakte som en retningslinje.

Rettsprinsipper er to underkategorier av *retningslinjer*, og som begrep referer det i denne sammenheng til et «utgangspunkt for tankerekker» enten som uttrykk «i retten» eller «om retten». «I retten» brukes om rettsprinsipper som har substansiell karakter i kraft av å ha et selvstendig materielt innhold. Dette er rettsprinsipper som har «rettsregels karakter», og betraktes derfor som en rettsnorm. Den andre underkategorien – «om retten» – omfatter rettsprinsipper som er en samlebetegnelse for andre rettsnormer. Disse prinsippene har ikke selvstendig materielt innhold og faller dermed utenfor begrepet rettsnormer, men er like fullt å betrakte som en retningslinje.

Den siste gruppen normer omtalt i min normeringsmodell er *rettsregler*, og da i betydningen sluttprodukt i en fortolkningsprosess uløselig knyttet til en rettvist/-spørsmål, som søker å avklare gjeldende rett.

¹⁶⁵ Se Skoghøy 2018 s. 44 som omtaler juridisk teori som en sekundær rettskilde, idet den bygger «som regel på primærkilder, men har ikke i seg selv noen rettsnormerende kraft». Se også Robberstad 1999 s. 48 som også legger til grunn tilsvarende syn: «Etter mitt syn er juridiske forfatters uttalelser i seg selv ingen rettskilde ...»

4.3 Det polisiære normhierarkiet

4.3.1 Innledende betraktninger

I dette kapitlet rettes søkelys på det som i teorien ofte omtales som politilovgivningen. Foruten å gi en overordnet presentasjon av sentrale polisiære normeringer, søker fremstillingen også å avklare den enkelte normerings funksjon som argumentasjonsressurs i tolkningsprosessen som har som formål å avklare hjemmelsgrunnlaget for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse.¹⁶⁶

Fremstillingen vil forankres i den modellerte normstrukturen slik den er presentert ovenfor i 4.2. Senere, i del III foretas det en analyse av sentrale polisiære normeringer med formål å undersøke om de samsvarer med de konstitusjonelle skranker som kan utledes av legalitetsprinsippet og Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.

4.3.2 Formell lov

Som argumentasjonsressurser av formell lovs rang er det politilovens bestemmelser i kapittel I og II, sammen med straffeloven § 18 om nødverge, som har særlig aktualitet.¹⁶⁷ I kraft av formell lov er politiloven og strl. § 18 *lex superior* andre polisiære normeringer, og utgjør det naturlige utgangspunkt i en tolkningsprosess som har som formål å avklare rettsgrunnlaget for inngripende politiær myndighetsutøvelse.

Ved en eventuell normkonflikt mellom politilovens og strl. § 18 er ikke politiloven *lex superior* straffeloven. Loven må i et normhierarki betraktes som likeverdige da de begge er av formell lovs rang. All den tid politiloven fremstår som en spesiallov som har som formål å regulere politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse, ville det være naturlig å trekke den konklusjonen at politiloven er *lex specialis* i forhold til strl. § 18, og av den grunn gis forrang ved en normkonflikt. Som den senere behandling av strl. § 18

¹⁶⁶ Jeg minner igjen på at *argumentasjonsressurser* skal forstås i betydningen *rettskilder*, se Mæhle/Aarli 2017 s. 231.

¹⁶⁷ Politiregisterlovens regler, sammen med straffeprosessloven kapitel 17 a. om besøks- og oppholdsforbud i forebyggende øyemed, samt vtl. bestemmelser som gir politiet kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, vil ikke bli behandlet innenfor rammen av denne avhandlingen.

som polisiær inngrepshjemmel viser, kan det ikke trekkes en slik konklusjon (se kapittel 13).

I lys av det polisiære legalitetsprinsipp,¹⁶⁸ slik det det kan utledes av Grl. § 113 («Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov»), og forankret i den modellerte normstruktur som vist i 4.2.5, er det kun politilovens bestemmelser, sammen med strl. § 18 om nødverge, som kan utgjøre det *primære rettsgrunnlaget* i en tolkningsprosess som har som formål å klarlegge de polisiære inngrepshjemlenes nærmere innhold.¹⁶⁹

I en avgjørelse av om politiet kan foreta konkrete polisiære inngripende tiltak vil andre normeringer i høyden kunne avklare/presisere den primære rettskildens innhold, eller utgjøre støttemomenter.¹⁷⁰ Det er derfor naturlig å omtale politiloven og strl. § 18 som de sentrale polisiære rettskildene.¹⁷¹

Som jeg tidligere har påpekt bygger den nærmere regulering av politiets kompetanse til å foreta inngripende polisiær myndighetsutøvelse i stor grad på normeringer som er resultat av utøvelse av delegert normeringskompetanse. Under overskriften «Instruksjonsmyndighet m.m.» fastslår pl. § 29 første ledd, første setning at «Kongen fastsetter en alminnelig tjenesteinstruks for politiet». En slik instruks er gitt; «Alminnelig tjenesteinstruks for politiet» (politiinstruksen), ved Kronprinsreg. res. av 22. juni 1990.¹⁷² Videre fremgår det av bestemmelsens andre setning at «[d]epartementet gir tjenestereglementer og særinstruks» Med unntak av våpeninstruks for politiet,¹⁷³ har Justis- og beredskapsdepartementet delegert til Politidirektoratet myndighet «til å fastsette særinstruks i medhold av pl. § 29».¹⁷⁴ Dernest foreskriver bestemmelsens siste setning at «[p]olitimesteren kan utstede

¹⁶⁸ Det *polisiære legalitetsprinsippet* behandles i kapittel 5.

¹⁶⁹ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 225 som omtaler det *primære rettsgrunnlag* som startpunktet for en rettsanvendelsesprosess.

¹⁷⁰ Som den senere drøftelsen vil vise, vil enkelte normeringer i noen tilfeller få karakter av primære rettsgrunnlag. Dette gjelder ikke i forhold til spørsmålet om det foreligger rettsgrunnlag som legitimerer den inngripende tjenestehandlingen, men i forhold til nærmere bestemte vilkår for myndighetsutøvelsen som alene fremkommer av normeringen.

¹⁷¹ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 46 som beskriver politiloven som den «sentrale rettskilden».

¹⁷² Se F22.06.1990 nr. 3963 – Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen).

¹⁷³ Se F02.07.2015 nr. 1088 – Våpeninstruks for politiet.

¹⁷⁴ Se F2000-11-16-1151 – Delegering av myndighet til Politidirektoratet etter pl. § 14, § 16 tredje ledd, § 20 tredje ledd, § 22 andre ledd, § 23 og § 29.

utfyllende tjenesteregler når lokale forhold gjør det påkrevd.» Ytterligere har departementet, i medhold av politiinstruksen, delegert til Politidirektoratet myndighet til «å godkjenne politiutstyr» som er omhandlet i pi. § 3-2 tredje og fjerde ledd.¹⁷⁵

Som delegasjonsbestemmelse er pl. § 29 gitt en tekstlig romslig utforming, jf. formuleringer som «alminnelig tjenesteinstruks» og «utfyllende tjenesteregler», samtidig som den uttrykker klare begrensninger med hensyn til fullmaktens rekkevidde idet den delegerer myndighet til å fastsette normeringer som er ment å ha gyldighet *innad og nedad* i politiorganisasjonen. Dette kan utledes av bestemmelsens overskrift: «Instruksjonsmyndighet m.m.» sammenholdt med bestemmelsens innhold, jf. blant annet formuleringene «alminnelige tjenesteinstrukser for politiet» og «kan utstede utfyllende tjenesteregler» (mine uthevelser).

Nedenfor blir det redegjort for normeringer som er resultat av utøvd normeringskompetanse.

4.3.3 Forskrifter

4.3.3.1 Innledende betraktninger

Med *forskrift* menes i denne sammenheng «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. fvl. § 2 første ledd bokstav c).¹⁷⁶

Forvaltningen gir mange generelle regler uten at disse er å anse som forskrifter i forvaltningslovens forstand. En forskrift forutsetter at det dreier seg om et vedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav c), som er bestemmende for individers «rettigheter eller plikter».¹⁷⁷ Politiets interne instruksjoner synes dermed å falle utenfor idet de er ment å regulere forhold *innad og nedad* i organisasjonen. Tross dette vil interne instruksjoner

¹⁷⁵ Se FOR2000-11-16-1154 – Delegering av myndighet til Politidirektoratet etter pi. § 3-2 tredje og fjerde ledd, § 4-2 fjerde ledd, § 7-1 tredje ledd og § 9-6.

¹⁷⁶ Nærmere om temaet, Bernt/Rasmussen 2010 s. 173 flg.

¹⁷⁷ Se Graver 2015, s. 510 flg. Se også Bernt/Rasmussen 2010 s. 27.

kunne påberopes i den grad den ivaretar individets rettigheter. Tilsvarende gjelder for interne bestemmelser om organisering og om tjenstlige forhold, herunder hvordan tjenesten skal utføres.

Forskrifter er uttrykk for delegert lovgivningsmyndighet, og prosessen knyttet til utarbeidelse av forskrifter kan sammenliknes med Stortingets lovgivningsprosess. Dette er søkt ivaretatt gjennom særlige saksbehandlingsregler for forskrifter, jf. fvl. kapittel VII. En forskrift har ikke samme trinnhøyde som formell lov, men «dersom den har hjemmel i loven, må den ha samme rettsvirkning som en lovbestemmelse».¹⁷⁸

Når Stortinget delegerer lovgivningsmyndighet skjer det ved lov, nærmere bestemt i den loven som er ment å hjemle forskriften. Som eksempel kan det vises til pl. § 29 første ledd, første setning som delegerer til regjeringen («Kongen») å fastsette en alminnelig tjenesteinstruks for politiet.

Regjeringen er den øverste leder av statsforvaltningen, jf. Grl. § 3, og forvalter dermed det øverste ansvar for politi- og lensmannsetatens politisære virksomhet. Det innebærer at regjeringen har kompetanse til å gi instruksjer og direktiver om den daglige drift av politietaten. Nærmere om regjeringens instruksjonsmyndighet, se Graver 2015 s. 163 flg. Regjeringens kompetanse kan imidlertid begrenses ved formell lov, se Andenæs/Fliflet 2017 s. 342 flg. Når regjeringen utøver kompetanse i kraft av delegert lovgivningsfullmakt samtidig som den innehar kompetanse til å forvalte det øverste ansvaret for politiet, kan det i noen sammenhenger volde tvil med hensyn til hvilken rolle regjeringen utøver. Konkret kan dette gi seg utslag ved at det oppstår grunn til å stille spørsmål om en normering er truffet under utøvelse av offentlig myndighet, med det formål å virke bestemmende for individers plikter, eller om formålet var å utøve politisk styring og kontroll gjennom å gi direktiver *innad og nedad* i politietaten. Dette temaet vil ikke bli fulgt videre opp i denne avhandlingen.

Nedenfor blir det gitt en kort redegjørelse for tre sentrale forskrifter, henholdsvis *politiinstruksen, arrestforskriften og våpeninstruksen*.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Se Matningsdal 2002 s. 299.

¹⁷⁹ Ny pl. § 6 b. representerer en lovforankring av materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen, og behandles derfor sammen med våpeninstruksen (*vi.*).

4.3.3.2 *Politiinstruksen*

Den alminnelige tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen eller pi.) innehar en sentral posisjon som rettslig normering av den polisierende myndighetsutøvelsen. Instruksen ble som nevnt fastsatt ved Kronprinsregentens resolusjon 22. juni 1990 med hjemmel i pl. av 1936 § 29: «Kongen utferdiger en alminnelig instruks om polititjenesten.», og fremstår i så måte som en *forskrift*.¹⁸⁰ Politiinstruksen er imidlertid ikke formelt sett å regne som forskrift da den ikke er kunngjort som forskrift, jf. fvl. § 38,¹⁸¹ noe som trolig skyldes at hovedformålet med instruksen var å gi interne regler for politiets tjeneste- og myndighetsutøvelse.¹⁸² Senere endringer av instruksen er imidlertid gjort ved forskrift som er kunngjort iht. fvl. § 38.¹⁸³ Manglende kunngjøring vil kunne lede til at instruksen ikke kan påberopes som grunnlag for å avkreve lydighet, jf. for eksempel pl. § 5. Dette fremgår uttrykkelig av fvl. § 39.

En nærmere gjennomgang av instruksen viser at dens bestemmelser i det vesentlige er ment å ha rettsvirkning *innad og nedad* i politiets organisasjon. Som eksempel kan det vises til § 1 som angir at «[d]enne instruks gjelder for enhver som har eller som er gitt politimyndighet [...] og ellers for øvrige tilsatte i politiet ...» Instruksens internrettslige karakter styrkes ytterligere av dens tredje del som omhandler «[a]lminnelige regler for politimenns personlige forhold og opptreden», og fjerde del som gir «[b]estemmelser av generell karakter». Samlet kan disse reglene rubriseres under organisatoriske, administrative og personnlemmessige normeringer.

Når det er sagt, inneholder politiinstruksen også bestemmelser av materiellrettslig karakter som konkret angir vilkår og kriterier for den inngripende polisierende myndighetsutøvelse, og dermed er bestemmende for individers rettigheter. Som

¹⁸⁰ Nærmere om *forskrifter* i en polisierende kontekst, se Auglend/Mæland 2016 s. 126 flg.

¹⁸¹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 135.

¹⁸² Se Auglend/Mæland 2016 s. 134.

¹⁸³ Som eksempel kan det vises til forskrifter om endring i alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen), FOR-2005-08-05-850 kunngjort 09.08.2005 og FOR-2006-06-30-751 kunngjort 30. juni 2006.

eksempel kan det vises til pi. § 3-1 som gir «[a]lminnelige regler for politiinngrep»,¹⁸⁴ og pi. § 3-2 første ledd som foreskriver når politiet kan benytte makt.¹⁸⁵

I teori er det tatt til orde for at noen av politiinstruksens bestemmelser kan rubriseres som forskrifter.¹⁸⁶ Forankret i det polisiære legalitetsprinsippets lovskrav,¹⁸⁷ forutsetter en slik tilnærming at politiinstruksens materielle innhold kun kan påberopes som presiserende støttemomenter ved nærmere fastsettelse av delegasjonslovens (politilovens) rammer. Politiinstruksens bestemmelser vil i en slik kontekst kun ha en internrettslig pedagogisk funksjon for polititjenestepersoner, som veileder ved fastsettelse av hva som anses som «god og riktig» tjenesteutøvelse.

4.3.3 Arrestforskriften

Stortinget har ved formell lov, jf. strpl. § 183 første ledd, delegert til regjeringen («Kongen») å «gi nærmere regler om bruken av og forholdene i politiarrest, herunder regler om elektronisk overvåking.»¹⁸⁸ Ved Kronprinsregentens resolusjon 30. juni 2006 er det vedtatt en *forskrift om bruk av politiarrest (arrestforskriften)*.¹⁸⁹

Vi kan dermed slå fast at arrestforskriften, i kraft av å ha hjemmel i strpl. § 183, må tillegges samme rettsvirkning som en lovbestemmelse.¹⁹⁰ Da strpl. § 183 ikke angir materielle krav om bruken av politiarrest, vil arrestinstruksen utfylle strpl. § 183 som det primære rettsgrunnlaget ved fastsettelse av krav til utforming og bruk av politiarrest.

Frihetsberøvelse, i form av arrest, er et av de mest inngripende polisiære tiltak. Det er derfor viktig at den polisiære normeringen som omhandler krav til bruken og

¹⁸⁴ Se bl.a. bestemmelsen første og andre ledd som angir krav om nødvendig og forholdsmessig myndighetsutøvelse.

¹⁸⁵ Se bl.a. bestemmelsens første ledd som foreskriver at «[p]olitiet kan benytte makt under iverksettelse og gjennomføring av en tjenestehandling når dette følger av lov eller sedvane».

¹⁸⁶ Se Auglend/Mæland 2016 s. 135 som tar til orde for at enkelte av instruksens direktiver kan rubriseres som forskrift.

¹⁸⁷ Om temaet, se 5.7.

¹⁸⁸ Selv om den rettslige reguleringen av politiets arrestlokaler er forankret i strpl. § 183, er selve driften et polisiært anliggende hvor Politidirektoratet har det overordnede faglige ansvaret, og regjeringen ved Justis- og beredskapsdepartementet det politiske ansvaret. Nærmere om denne ansvarsfordelingen, omtalt som «Det to-sporede system», se Kjelby 2017 s. 196 flg.

¹⁸⁹ Se FOR-2006-06-30-749 – Forskrift om bruk av politiarrest.

¹⁹⁰ Tilsvarende Matningsdal 2002 s. 299.

forholdene i politiarrestene er av en slik kvalitet at de reflekterer legalitetsprinsippets lovskrav og statens menneskerettsforpliktelser, jf. Grl. Og EMK.¹⁹¹

4.3.3.4 Politiloven § 6 b og våpeninstruksens regler om bruk av skytevåpen

Det krever en nærmere begrunnelse når jeg har valgt å behandle pl. § 6 b, sammen med våpeninstruksens regler for bruk av skytevåpen under overskriften *forskrifter* (4.3.3). Frem til vedtakelse av lov av 10. januar 2020 ble vilkår for politiets bruk av skytevåpen regulert i våpeninstruksen (heretter også omtalt som *vi.*) § 4-3.¹⁹² Ved lovendringen ble vilkårene lovfestet i ny pl. § 6 b.

I samme endringslov blir det fremhevet at departementet kan gi bestemmelser i våpeninstruksen om bevæpning av politiet for et begrenset tidsrom når det anses nødvendig for å håndtere en trusselsituasjon, eller i et ubegrenset tidsrom når det anses nødvendig for å gi tilstrekkelig beskyttelse av sårbare objekter, se endringslov til politiloven mv., Lov-2020-01-10-1. Temaet blir ikke behandlet nærmere i denne avhandlingen.

Dette ble gjort ved at *vi.* § 4-3s detaljerte regler for bruk av skytevåpen ble «kopiert» og flyttet over til ny pl. § 6 b uten at *vi.* § 4-3 ble opphevet. Følgelig har pl. § 6 b og *vi.* § 4-3 likelydende ordlyd.

I utgangspunktet vil vedtakelsen av en formell lovbestemmelse med tilsvarende innhold som en gjeldende forskriftsbestemmelse, føre til at forskriftsbestemmelsen oppheves da den taper aktualitet som rettslig normering. En slik tilnærming kan ikke reservasjonsløst legges til grunn når det gjelder den rettslige regulering av politiets bruk av skytevåpen. Våpeninstruksen inneholder bestemmelser som henviser til *vi.* § 4-3, se *vi.* § 4-2, som gjelder reguleringen av bruk av varselskudd. Praksisen med likelydende bestemmelse i politiloven og våpeninstruksen må derfor opprettholdes inntil det foretas en revisjon av våpeninstruksen.

Når jeg har valgt å omtale pl. § 6 b sammen med våpeninstruksen, er det fordi vedtakelsen av bestemmelsen kun fremstår som en lovteknisk lovforankring av

¹⁹¹ I 10.3 behandles arrestforskriften med tilhørende arrestinstruks som politisære normeringer. Tema for drøftelsen er delegering av normeringskompetanse, hvor det reises spørsmål om Politidirektoratet har utøvd tildelt normeringskompetanse innenfor fullmaktsnormens rammer, og i tråd med legalitetsprinsippet.

¹⁹² Se endringslov til politiloven mv. Lov-2020-01-10-1.

eksisterende regulering av politiets bruk av skytevåpen, jf. *vi.* § 4-3, uten intensjon om å endre gjeldende rett. Videre inneholder våpeninstruksen en rekke bestemmelser som har selvstendig betydning som rettslige normering av politiets bruk av skytevåpen.

Departementet, gav uttrykk for tvil med hensyn til om det var hensiktsmessig å lovfeste vilkårene for politiets bruk av skytevåpen, se Prop 105 (2018-2019), punkt 4.2.2, men sa seg enig med *Bevæpningsutvalget* i «at de grunnleggende regler for politiets bruk av skytevåpen bør lovfestes». Departementet gav ikke noen nærmere begrunnelse for standpunktet, men det fremgår imidlertid av *Bevæpningsutvalgets* anbefaling at lovfesting må «sees i sammenheng med legalitetsprinsippet, og vektleggingen av at bevæpning av politiet skal være et spørsmål som sikres demokratisk behandling», se NOU 2017: 9 punkt 9.20.

Når forarbeidene til ny pl. § 6 b fremhever behovet for å sikre demokratisk behandling med bevæpning av politiet som begrunnelse for lovforankringen, må det presiseres at en reell demokratisk behandling og kontroll av materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen først vil skje ved en eventuell fremtidig endring av pl. § 6 b. Politiloven § 6 b fremstår ikke som et produkt av demokratisk behandling og kontroll, men som en «blåkopi» av *vi.* § 4-3, som er et resultat av utøvelse av delegert normeringskompetanse. Bestemmelsen får dermed, på lik linje med kodifisering av generalfullmakten, preg av å kodifisere bransjepraksis.¹⁹³

Dette inntrykket forsterkes ved at departementet i forarbeidene til pl. § 6 b avstod fra å gi en nærmere redegjørelse for innholdet i bestemmelsen,¹⁹⁴ men valgte å vise til hva *Bevæpningsutvalget* har sagt om bestemmelsen i NOU 2017: 9.¹⁹⁵ *Bevæpningsutvalget* foretar her en noe summarisk gjennomgang av bestemmelsens materielle vilkår, sammenliknet med *Arbeidsgruppen for vurdering av behov for å endre eller supplere gjeldende våpeninstruks i politiet* (heretter også omtalt som *arbeidsgruppen*. Rapporten omtales også som *Utkast til ny våpeninstruks 2013*).¹⁹⁶

¹⁹³ Nærmere om temaet, se 8.3 og 10.2.

¹⁹⁴ Se Prop L 105 (2018-2019), punkt 9.2, kommentar til ny § 6 b.

¹⁹⁵ Se NOU 2017: 9, vedlegg 2 punkt 1.6. Rettslige implikasjoner som følge av departementets manglende drøftelse av pl. § 6 b sine materielle vilkår alene, og sammenholdt med fravær av *veileder* til pl. § 6 b, og våpeninstruksen omtales i 12.4.3.4.

¹⁹⁶ Rapporten og dens innhold er nærmere behandlet i 12.4.3.4.

Dette er etter min vurdering uheldig. Utkast til ny våpeninstruks 2013 inneholder en utførlig redegjørelse av arbeidsgruppens forståelse av *vi.* § 4-3s materielle vilkår. Våpeninstruksen av 2015 ble vedtatt uten at departementet fant grunn til å kommentere arbeidsgruppens forståelse. Departementet fant heller ikke grunn til å utarbeide retningslinjer som gav anvisning om hvordan våpeninstruksens regler for bruk av skytevåpen skulle forstås. Så når departementet unnlater å ta stilling til arbeidsgruppens forståelse av bestemmelsens materielle vilkår, og *Bevæpningsutvalget* gjennomgang av *vi.* § 4-3 begrenses til en summarisk behandling/gjengivelse av bestemmelsens sentrale materielle vilkår, oppstår det et «rettslig vakuum» med hensyn til hvilken forståelse som kan legges til grunn.

Vi har da en situasjon hvor *Bevæpningsutvalgets* summariske gjennomgang og gjengivelse av vilkår for politiets bruk av skytevåpen blir stående som autoritative retningslinjer for politiets bruk av skytevåpen, mens Utkast til ny våpeninstruks grundige og gjennomarbeidede forståelse av materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen ikke kommenteres.

All den tid lovendringen, som tidligere nevnt, ikke hadde som formål å endre gjeldende rett, representerer pl. § 6 b i realiteten en kodifisering av justis- og politietats forvaltning av *vi.* § 4-3. Følgelig vil den etablerte bransjeforståelsen, slik den kommer til uttrykk i *Utkast til ny våpeninstruks (2013)*, fortsatt spille en sentral rolle som argumentasjonskilde ved fastsettelse av bestemmelsens materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen.¹⁹⁷

Skytevåpen er politiets skarpeste maktmiddel, og bruken vil alltid kunne ha dødelig utgang. Det er av den grunn viktig at politiets bruk av skytevåpen er underkastet normeringer som, i tråd med legalitetsprinsippets lovskrav, stiller vilkår for bruken som reflekterer statens plikt til å respektere livet, jf. Grl. § 93 første ledd og EMK artikkel 2. Vedtakelsen av ny pl. § 6 b vil på sikt bidra til at normeringer som gir politiets

¹⁹⁷ Dette temaet behandles nærmere i 12.4.3.4.

kompetanse til bruk av skytevåpen underkastes politisk behandling og -kontroll. Bestemmelsen angir, sammen med våpeninstruksens regler, situasjonskriterier for bruk av potensielt dødelig makt ved bruk av skytevåpen. Det er derfor grunn til å underkaste bestemmelsene strenge kvalitative krav for å sikre at de reflekterer et innhold som samsvarer med Grunnloven, EMK og politilovens krav til formålsrettet, behovs- og forholdsmessig myndighetsutøvelse.

Dette vil være utgangspunktet for den senere behandling av pl. § 6 b og våpeninstruksen.

4.3.4 Instrukser/rundskriv

4.3.4.1 Innledning

En *instruks* (også omtalt som *administrative normeringer*) gir direktiver *innad og nedad* enten fra et overordnet organ til et underordnet, eller fra en overordnet tjenesteperson til en underordnet.¹⁹⁸ Instrukser er ment å etablere *plikter* og ingen *kompetanse*.¹⁹⁹ Det er kun offentlige organer og tjenestepersoner som kan underkastes en instruks.²⁰⁰

I en politisær kontekst vil administrative normeringer ha som formål å regulere og gi veiledning *om* det kan anvendes makt, herunder *når* og *hvordan* makt og maktmidler kan anvendes. Valg av formidlingsform er av betydning ved tolking av avsenders intensjoner. En *befaling* og *ordre* gir som uttrykksformer klare og presise føringer for hva som ønskes utført. Uttrykket *befaling* er ikke vanlig i politiet, men har samme betydning som *kommando* hvor det kommuniseres at noe ønskes utført straks. Dette i motsetning til *ordre* hvor den underordnede gis tid til å vurdere hvordan oppdraget skal utføres (politimesterordre). En *ordre* i politisær sammenheng må, ifølge *ordreinstruks for politiet* § 3, forstås som et «påbud rettet fra en foresatt til en undergitt om hvordan den undergitte skal forholde seg i en nærmere bestemt situasjon, og som skal adlydes». *Instrukser* brukes som betegnelse på formalisert skriftlig kommunikasjon som har som formål å binde underordnet til å handle på en bestemt måte. *Instrukser* som kommunikasjonsform anvendes i en politisær kontekst av Justis- og beredskapsdepartementet og Politidirektoratet. I politiet vil en overordnet eller

¹⁹⁸ I politiet er instruksjonsmyndighet (direktiv- og ordremyndighet) regulert i egen instruks. Se *Ordreinstruks for politiet*, RPOD-2010-5.

¹⁹⁹ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 148. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 132: «Instruksene skaper altså som hovedregel kun tjenesteplikter og ansvar, ikke myndighet eller kompetanse.»

²⁰⁰ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 58.

et overordnet organ ha instruksjons- og direktivmyndighet i forhold til underordnede. *Direktiver* og *retningslinjer* uttrykker også en forventning om hvordan tjenesten skal utføres, men har mer preg av veiledning om tjenesteutøvelsen. Her gis det i større grad rom for utøvelse av skjønn for å fange opp ulike behov for taktisk tilnærming og lokal tilpasning. *Direktivmyndighet* er nærmere definert i *Ordreinstruks for politiet* § 3

Uavhengig av hvilken kommunikasjonsform som velges har de det til felles at alle har gyldighet som følge av et bestående over-/underordnetes forhold som hjemler tjenstlige ordrer. En forutsetning for deres gyldighet er at avsender handler innenfor sine fullmakter og at det er adgang til å videre delegere fullmakten til underordnet. Videre må normeringen ligge innenfor fullmaktsbestemmelsens rammer. Det er med andre ord ikke anledning for å utvide eller innskrenke handlingsrommet som Stortinget ved lov har foreskrevet. Når administrative normeringers innhold skal fastlegges, må det tas utgangspunkt i realinnholdet, hvis innhold må fastlegges i lys av hjemmelsloven eller hjemmelskjeden fra formell lov.

I en slik kontekst er det grunn til å stille spørsmål om politiets instruksverk har relevans som argumentasjonsressurs ved fastsettelse av de rettslige skranker for politiets inngripende myndighetsutøvelse. Instruksen etablerer plikter for den enkelte tjenesteperson med hensyn til hvordan inngripende myndighetsutøvelse skal effektueres. Som direktiver er et av instruksens formål å gi nærmere veiledning om hva som kjennetegner «god og riktig» tjenesteutøvelse. Følgelig ivaretar instruksverket en viktig funksjon som rettslig korrektiv ved å angi kvalitative krav til myndighetsutøvelsen. I så måte utgjør instruksverket en sentral argumentasjonsressurs ved vurdering av om tjenestepersonen har overholdt sine tjenstlige plikter. Og i den grad instruksverkets innhold er av materiellrettslig karakter, hvor formålet er å ivareta eller styrke individets rettigheter, fremstår det som naturlig at instruksen også har relevans som argumentasjonsressurs ved vurdering av om den inngripende myndighetsutøvelse er legitim. Vi ser her at instruksen har en tosidig funksjon. På den ene siden etablerer den plikter med hensyn til hvordan inngripende myndighet skal utøves, samtidig som den også gir uttrykk for korresponderende rettigheter for individet.

Den polisiære virksomhet er regulert gjennom et betydelig antall instruksjer.²⁰¹ Instruksjer kan både være skriftlige og muntlige. Det er ikke uvanlig at instruksjer formidles i *rundskriv* uten at det har betydning for instruksens karakter av normering.

Nedenfor gis det en kort presentasjon av instruksverk som fremstår som sentrale argumentasjonsressurser ved fastsettelse av politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse.

4.3.4.2 Sentrale polisiære instruksverk

Som tidligere nevnt har Stortinget i medhold av pl. § 29 første ledd delegert til Justis- og beredskapsdepartementet (heretter omtalt som *departementet*) å gi «tjenestereglementer og særinstruksjer». Departementet har i vedtak av 16. november 2000, med ikrafttredelse fra 1. januar 2001, videredelegert til Politidirektoratet «[m]yndighet til å fastsette særinstruksjer i medhold av pl. § 29, med unntak av Våpeninstruksen for politiet.»²⁰² Politidirektoratet har vedtatt en rekke instruksjer om utførelse av inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av makt og maktmidler. Som tidligere nevnt etablerer slike instruksjer kun plikter og ingen kompetanse, og er ment å gi direktiver *innad og nedad* i etaten. Følgelig kan instruksjer som den store hovedregel ikke påberopes som primært rettsgrunnlag i en tolkningsprosess som har som formål å avklare om det foreligger en rettsregel som legitimerer politiets inngripende myndighetsutøvelse. Tross dette har instruksene åpenbart en normerende funksjon.

I medhold av arrestforskriftens § 5-1,²⁰³ har departementet delegert til Politidirektoratet blant annet å gi nærmere bestemmelser om «utforming av politidistriktets arrester».²⁰⁴ Politidirektoratet har i *Instruks for bruk av politiets arrester* (arrestinstruksen) gitt retningslinjer om bruk og forholdene i politiarrest.²⁰⁵ Ifølge punkt 1.3, første avsnitt

²⁰¹ Se Auglend/Mæland 2015, *Regelsamling for politiet* 2015.

²⁰² Se FOR-2000-11-16-1151 Delegering av myndighet til Politidirektoratet etter pl. § 14, § 16 tredje ledd, § 20 tredje ledd, § 22 andre ledd, § 23 og § 29.

²⁰³ Se FOR-2006-06-30-749.

²⁰⁴ Om regjeringens adgang til subdelegasjon av lovgivningsmyndighet, se Eckhoff/Smith 2018 s. 177 flg. Se også Graver 2015 s. 179-181.

²⁰⁵ Se RPOD-2018-11.

«gjelder [instruksen] for alle som i tjeneste for politiet utfører oppgaver i eller i tilknytning til eller har ansvar knyttet til bruk av politiets arrester». Med dette etterlater instruksens inntrykk av at den kun har som formål å etablere plikter ved å gi direktiver *innad og nedad* i politietaten.

En slik forståelse kan ikke reservasjonsløst legges til grunn. Det følger av arrestforskriftens § 5-1 at Politidirektoratet er tildelt en positivt angitt kompetanse til å «gi nærmere retningslinjer til gjennomføring av denne forskriften, herunder utforming og bruk av politiets arrester ...». Når dette mandatet sammenholdes med arrestinstruksens uttalte formål, jf. punkt 1.1,²⁰⁶ må det legges til grunn at instruksens også er ment å sikre individer, som blir innsatt i arrest, konkrete rettigheter. Disse rettighetene korresponderer med instruksens angivelse av politiets plikter knyttet til utforming og bruk av politiarrest.

Som eksempel kan det vises til arrestinstruksens punkt 3.1 og 6.2. Bestemmelsene angir henholdsvis «[s]ærlige krav til celler i politiets arrester» og politiets plikt til å vurdere om arrestantens behov for helsehjelp. Bestemmelsene, retter seg til politiet, samtidig som de definerer korresponderende rettigheter for den innsatte. Dette kommer tydelig til uttrykk i punkt 6.2 som klart tilkjenner at «[d]ersom arrestanten selv ved innsettelsen ber om kontakt med helsepersonell, skal denne anmodningen imøtekommes uten grunnnet opphold».

Som argumentasjonsressurs i en tolkningsprosess, som har som formål å avklare *om* det foreligger rettsregler som legitimerer politiets anbringelse av personer i arrest, har arrestinstruksens ingen relevans. Men i tilfeller hvor det foreligger hjemmel for et slikt tiltak, og politiet velger å innsette noen i arrest, vil arrestinstruksens – forankret i den modellerte normstrukturen – utgjøre det primære rettsgrunnlaget ved vurdering av hvilke kvalitative krav som stilles til utforming og drift av arrestanleggene.

²⁰⁶ Ifølge arrestinstruksens punkt 1.1 er dens formål «å sikre at alle tjenestepersoner i politiet praktiserer regelverket om innsettelse og opphold i politiets arrester på en ensartet og god måte og at hensynet til arrestantenes liv og helse, rettssikkerhet, personvern, menneskerettigheter og menneskeverd ivaretas gjennom hele oppholdet i politiets arrester.»

Det er derfor av interesse å avklare om arrestinstruksen – som uttrykk for utøvelse av delegert normeringskompetanse – svarer opp til delegasjonsinstituttets begrunnelse og kvalitative krav.²⁰⁷ Som tidligere bebudet behandles temaet i 10.3.

En annen sentral instruks er Politidirektoratets «[i]nstruks om bruk av enkelte typer maktmidler i politiet»,²⁰⁸ heretter omtalt som *maktmiddelinstruks*. Instruksens punkt 1.1 regulerer politiets bruk av nærmere angitte maktmidler, henholdsvis «håndjern og annet bendsel», «slagvåpen», «OC-pepperspray» og «patroljehund som maktmiddel».

Instruksens hovedformål er å gi direktiver *innad og nedad* i politietaten om hva som anses som korrekt myndighetsutøvelse i situasjoner hvor det er nødvendig å anvende maktmidler.²⁰⁹ Da maktmidlene kun kan anvendes i tilfeller hvor det foreligger et rettsgrunnlag for inngripende myndighetsutøvelse, herunder utøvelse av makt, vil instruksens direktiver om hva som anses som korrekt myndighetsutøvelse, også måtte betraktes som materielle vilkår for bruk av maktmidlene. Følgelig vil instruksens på dette punkt måtte tas i betraktning ved fastsettelse av rettsgrunnlaget for politiets inngripende myndighetsutøvelse.

Forankret i den modellerte normstruktur vil spørsmålet *om* instruksens relevans, og eventuelt hvilken vekt den kan tillegges som argumentasjonsressurs blant annet avhenge av om den utvider, presiserer eller innskrenker politilovens bestemmelser om bruk av inngripende tiltak. I forlengelsen av dette spørsmålet må det avklares om instruksens oppfylling av legalitetsprinsippets *lex certa*-krav. Er instruksens av en slik kvalitet at den gir tilstrekkelig og presis veiledning til individet og den enkelte polititjenesteperson om vilkår for bruk av ulike maktmidler, herunder om den gjenspeiler politilovgivningens krav om proporsjonal myndighetsutøvelse? Og er instruksens innrettet slik at den lever opp til «egen formålsparagraf»? Disse og liknende spørsmål vil bli nærmere i 12.4.3.

²⁰⁷ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 172 flg.

²⁰⁸ Se RPOD-2017-10 Instruks om bruk av enkelte typer maktmidler i politiet.

²⁰⁹ Dette kan utledes av instruksens formålsbestemmelse, se punkt 1.1: «Formålet med instruksens er å sikre bevisstgjøring og etterlevelse av regelverket om bruken av de ulike maktmidlene, samt bidra til en ensartet praksis i politiet». Se også punkt 1.2 hvor det fremgår at «[i]nstruksens gjelder for tilsatte i politiet».

Ved vedtak av 26. juni 2007 etablerte Politidirektoratet en egen instruks for bruk av halsgrep og mageleie «ved pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv».²¹⁰ Også denne instruksen fremstår som en hybrid. Det sentrale i forhold til avhandlingens tema er instruksens punkt 2 og 3 som gir direktiver om at halsgrep «kun skal benyttes i nødverge», og bruken av mageleie skal forbeholdes «situasjoner hvor det framstår som absolutt nødvendig for å få kontroll på en kjempende person». Videre inneholder instruksens generell informasjon om faren ved bruk av teknikkene «halsgrep» og «mageleie». Dernest gir den generelle og upresise direktiver om bruk av makt, jf. punkt 1. som har karakter av programerklæringer. Ytterligere angir den direktiver om «meroffentlighet» i saker hvor personer er skadd eller forulykket i sitt møte med politiet. Instruksens angir avslutningsvis oppfølgende tiltak.

Som rettslig normering søker instruksens å ivareta flere funksjoner. Forankret i den modellerte normstruktur må dens generelle betraktninger rundt bruk av makt måtte karakteriseres som «generelle juridiske betraktninger». Men da disse fremstår som overfladisk og upresis omskriving av politilovens tilsvarende normeringer, har de ikke relevans som argumentasjonsressurser i en tolkningsprosess.

Videre vil instruksens angivelse av materielle vilkår for bruken av halsgrep og mageleie, på lik linje med dens redegjørelse for faren ved bruk av teknikkene, måtte betraktes som støttemomenter til, eller argumenter som avklarer og presiserer det primære rettsgrunnlaget i en tolkningsprosess.

Instruksens materielle vilkår synes å ha som formål å begrense bruken av angjeldende teknikker, utover hva som kan utledes av politilovens bestemmelser. I så måte oppstiller den ikke bare tjenstlige plikter, men også korresponderende rettigheter for individet som ikke må «tåle» å bli utsatt for maktmidlene i større utstrekning enn hva instruksens uttrykker. Men da instruksens knytter bruken av halsgrep opp mot nødvergesituasjoner, jf. formuleringen «kun skal benyttes i nødverge», oppstår det

²¹⁰ Se RPOD-2007-11 «Halsgrep, mageleie ved pågripelse/ innbringelse og transport av arrestanter mv.»

noen rettslige implikasjoner idet nødverge, jf. strl. § 18, som rettsgrunnlag for polisiær inngripende myndighetsutøvelse, ikke innskrenker politilovens bestemmelser som inngrepsfullmakter.²¹¹

4.3.5 Lokale ordreverker

Politiloven § 29 første ledd, tredje setning delegerer til politimesteren å gi utfyllende, lokalt tilpassede tjenesteregler. Delegasjonskompetansen anvendes i stor utstrekning. Det er også flere eksempler på at det er utarbeidet lokale ordrer som regulerer i utgangspunktet likeartet virksomhetsutøvelse. Lokalt ordreverker har som formål å gi «lokalt tilpassede instruks- og ordreverker med nærmere retningslinjer for tjenesteutførelse, administrasjon og organisasjon».²¹² Som normering for den polisiære inngripende myndighet, er ordreverket omfattende, og i lys av formålet – dekke lokale forhold – finnes det eksempler på at ulikt utformede normeringer regulerer i utgangspunktet likeartet virksomhetsutøvelse. Lokalt ordreverker som rettslig normering av den inngripende myndighetsutøvelse vil i lys av rammene for denne avhandlingen ikke bli behandlet nærmere.

4.4 Fastlegging av gjeldende rett – bruk av argumentasjonsressurser

I juridisk teori finnes det eksempler på at pl. §§ 7-13 omtales som *inngrepshjemler*, mens pl. § 6 setter begrensninger for hvordan inngrepshjemlene skal anvendes.²¹³

Boucht sonderer mellom *positive* og *negative* kompetansenormer, hvor §§ 7-13 betraktes som positive kompetansenormer som gir uttrykk for «såkalt abstrakt eller prima facie kompetanse» og de negative normene kommer til uttrykk ved

²¹¹ Nødverge som kompetansegrunnlag for bruk av halsgrep vil bli nærmere behandlet i 13.4.6 Den internrettslige normeringen av bruk av fysisk makt, herunder halsgrep og mageleie blir nærmere drøftet i 12.4.3.2.

²¹² Se Auglend/Mæland 2016 s. 141.

²¹³ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 57.

effektueringsprinsippene, jf. pl. § 6 som setter grenser for kompetansen, se Boucht 2018 punkt 1.

Etter en naturlig språklig forståelse gir *inngrepshjemmel* uttrykk for normeringer som legitimerer den inngripende tjenestehandlingen. I en rettsanvendelsesprosess fremstår *inngrepshjemmel* dermed som synonymt med *rettsregel*, sluttproduktet i rettanvendelsesprosessen,²¹⁴ som har som formål er å avklare om de/den påberopte normering(en) legitimerer tjenestehandlingen.²¹⁵

I en slik kontekst vil en tilnærming, som kun tar utgangspunkt i pl. §§ 6-13, når spørsmålet om politilovgivningen legitimerer/legitimerte en konkret inngripende tjenestehandling, stå i fare for å anlegge en for *snever legalitetskontroll*.

Den polisiære myndighetsutøvelsen er regulert av en rekke normeringer av rettslig karakter.²¹⁶ Til tross for at normeringene har som formål å regulere politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse, vil enkelte normeringer ha ulik relevans og vekt som argumentasjonsressurs avhengig av hvem som er rettssubjektet. I de tilfeller hvor normene anvendes som argumentasjonsressurs for å avklare om en tjenesteperson kan straffes eller ilegges en tjenstlig reaksjon som følge av tjenesteforsømmelse, vil interne instruksjer og direktiver ha relevans og måtte tillegges større vekt enn i tilfeller hvor samme instruksjer og direktiver påberopes som argumentasjonsressurser for å avklare om politiet har kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse overfor en borger. I sistnevnte tilfelle vil en kunne oppleve at normeringen i ytterste konsekvens ikke kan tillegges relevans.

Ved vurdering av *om* en normering har relevans, og eventuelt *hvilken* vekt det skal tillegges må det tas stilling til om den har substansiell karakter ved å gi uttrykk for et

²¹⁴ Se Mähle/Aarli 2017 s. 210.

²¹⁵ I en slik kontekst er det derfor i beste fall upresist å legge til grunn at «hjemmelen for bruk av makt [følger] som regel av politiloven § 6, fjerde ledd og politiinstruksen § 3-2.» Se Frostad 2015, pkt. 3.2.2.2 med videre henvisninger (fotnote 56).

²¹⁶ Rettslige normeringer er i 4.2.2 definert som «samlebetegnelse på rettsregler, rettskildefaktorer, rettsprinsipp, retningslinjer eller liknende uttrykk for normeringer, gitt at de innehar rettsnormens foreskrevne egenskaper knyttet til sanksjons-, struktur- og forankringskomponenten.»

selvstendig materielt innhold,²¹⁷ det vil si har en betydning «i retten», eller om instruksene kun kan karakteriseres som en «samlebetegnelse» eller «abstraherte fellestrekk» i betydningen «om retten». Som vi skal se senere har flere av politiets interne normeringer karakter av å være normeringer i betydningen «om retten» idet de kun gjengir eller gir uttrykk for å sammenfatte annen normering.

For å kunne ta stilling til *om* det foreligger en rettsregel (inngrepshjemmel) som legitimerer den inngripende politisære myndighetsutøvelsen, må tolkningsprosessen inkludere ytterlige to faktorer. For det første må den rettslige analyse forankres i en faktisk situasjon som aktualiser spørsmålet om bruk av inngripende politisær myndighet.²¹⁸ Den faktiske situasjonen vil alltid være bestemmende for avklaringen av *om* politiet har inngrepskompetanse.²¹⁹ Som tidligere påpekt i 4.2, det er først når det påberopte hjemmelsgrunnlaget blir prøvd opp mot et gitt faktum i en tolkningsprosess at en kan få svar på om sluttproduktet uttrykker en rettsregel som igjen legitimerer politiets myndighetsutøvelse.

For det andre, må *paragrafkjeden*, som utgjør argumentasjonsressursene, *suppleres* med politilovens § 1 andre ledd sammenholdt med § 2, som henholdsvis angir politivirkomhetens mål og politiets oppgaver.²²⁰

Som tidligere nevnt er det et ufravikelig konstitusjonelt forankret krav om at enhver inngripende myndighetsutøvelse må være formålsbestemt.²²¹

Det politisære formålkravet synes, slik jeg vil komme tilbake til i 12.2.2, å anlegge en flerdimensjonal angivelse formålkravet, noe som fordrer at den politisære inngripende myndighetsutøvelse underkastes en «fler-trinns» formålkontroll.

Politiloven § 1 andre ledd sammenholdt med § 2 angir formålet med politiets virksomhet, og gir dermed uttrykk for sentrale og ufravikelige vilkår ved vurdering av

²¹⁷ Se 4.2 hvor temaet tidligere er behandlet.

²¹⁸ Se modell i 4.2.5 som illustrasjon. Her er den *faktiske situasjon* omtalt som *faktum*.

²¹⁹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 623 som gir uttrykk for tilsvarende: «den konkrete anvendelsen [av grunnprinsippene] er uløselig knyttet til en aktuell situasjon og enkelthetene i den.»

²²⁰ Om vilkårsstrukturen i rettsregler, se Mæhle/Aarli 2017 s. 78 flg.

²²¹ Nærmere om krav om formålsbestemt myndighetsutøvelse, se 12.2.

om det foreligger hjemmelsgrunnlag for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse. I så måte utgjør de sentrale argumentasjonsressurser ved fastsettelse av politiets inngrepsfullmakter.²²²

Krav om formålsbestemt tjenesteutøvelse fremgår også av EMK artikkel 18; «De innskrenkninger som denne konvensjon tillater i de nevnte rettigheter og friheter, skal ikke bli brukt til noe annet formål enn de er bestemt for.» Formålskravet oppstiller klare begrensninger på politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse, se nærmere Aall 2018 s. 150.

Konkret innebærer dette at det i enhver situasjon/hendelse, som aktualiserer spørsmål om politiet skal intervensere, først må tas stilling til om oppgaven/funksjonen som tjenestehandlingen har til hensikt å ivareta, faller innenfor politiets oppgaveportefølje og understøtter formålet med virksomheten, jf. pl. § 2 og § 1 andre ledd.

Politoloven § 2 generelt, og bestemmelsens nr. 1 og 2 spesielt, gir en vag, upresis og vid beskrivelse av etatens polisiære oppgaver. Den nærmere fastsettelse av politiets oppgaveportefølje, jf. pl. § 2 må derfor avstemmes ut fra det faktum at Stortinget ved lov har etablert en rekke kontroll- og tilsynsmyndigheter som er gitt primæransvaret for oppgaver/funksjoner som er overlappende med politiets oppgaveportefølje. Ved fastsettelse av politiets oppgaveportefølje må det derfor undersøkes om andre myndighetsorganer er tildelt primæransvaret for oppgaven/funksjonen. Hvis så er tilfellet, vil dette utgjøre en tilsvarende innskrenking i politiets definerte oppgaveportefølje, jf. pl. § 2.

Vi har da en situasjon hvor «det politimessige sikkerhets- og ordensansvaret [på saklig avgrensede områder] helt eller delvis [er] overført til andre offentlige etater».²²³ Følgelig faller disse oppgavene utenfor politiets primæroppgaver,²²⁴ noe som vil være

²²² Se Nilsen 2018 s. 356.

²²³ Se Auglend/Mæland 2016. s. 311.

²²⁴ Se Nilsen 2018 s. 356.

bestemmende ved nærmere fastsettelse av de polisiære kompetansenormers rekkevidde,²²⁵ det vil si *politimyndighetens* rekkevidde.

Imidlertid har politiet, i kraft av rollen som alminnelig sivil øvrighet, et overgripende ansvar for lovlydighet og alminnelig sikkerhet i samfunnet, se Auglend/Mæland 2016 s. 311. Følgelig vil politiet, avhengig av situasjonen, ha et sekundært ansvar. Ansvaret kan i noen tilfeller begrenses til rapporteringsplikt når politiet i tjenesten blir kjent med mangler og lovstridige forhold, jf. pi. § 13-3 andre ledd. Dersom forholdet representerer en alvorlig forstyrrelse av den offentlige orden eller stor fare for allmenheten eller enkeltpersoner, jf. pi. 13-3 første ledd. I sistnevnte tilfellet kan det bemerkes at bestemmelsen beskriver situasjoner som klart faller inn under politiets primæransvar.

Forankret i ovennevnte drøftelser er det, etter min vurdering, mer presist å legge til grunn at pl. §§ 7-13 angir ulike *inngrep* og *inngrepssituasjoner* uten at de isolert sett kan påberopes som *hjemmelsgrunnlag* for myndighetsutøvelsen. Hjemmelsgrunnlag må søkes i regler som virker i normharmoni, og fremstår i så måte som et sluttprodukt hvor formålet er å avklare om de/den påberopte normeringen(e) legitimerer tjenestehandlingen.²²⁶

Se Boucht 2019 s. 39 flg. som synes å bygge på en tilsvarende tilnærming. I sin fremstilling sonderer han mellom «primära befogenhetsnormer och sekundära befogenhetsnormer». Ved vurdering av om politiet har kompetanse til et konkret inngrep må primære og sekundære normeringer «bedömas som en helhet». Se også Boucht 2018, punkt 1: «Et inngrep i en bestemt situasjon kan ikke utelukkende grunnes på en abstrakt kompetansenorm, men må funderes på den faktiske (eller konkrete) kompetanse som fås etter at den abstrakte kompetansenormen har blitt balansert mot politilovgivningens negative kompetansenormer.»

²²⁵ Se pi. § 13-3 som fastsetter at «[p]olitiet har i alminnelighet ingen plikt til å føre tilsyn eller gripe inn på virksomhetsområder der det finnes særskilte offentlige kontrollorganer».

²²⁶ I tråd med fremstillingen i 4.2 vil *hjemmelsgrunnlaget* uttrykkes ved en *rettsregel* (se 4.2.5) – tolkningsproduktet i en tolkningsprosess.

Del II

Konstitusjonelle skranker for den polisiære myndighetsutøvelsen

5. Det polisiære legalitetsprinsipp

5.1 Innledning

Folkeviljen, uttrykt gjennom maktfordelings- og folkesuverenitetsprinsippet, er et grunnleggende rettsstatsprinsipp som vår konstitusjon bygger på, og utgjør i så henseende en sentral skranke for statens virksomhet.²²⁷ Prinsippene har i denne sammenheng som formål å angi grensene for offentlige organers materielle kompetanse og handlingsrom.

Den materiellrettslige regulering av politiets adgang til å anvende makt under myndighetsutøvelsen er angitt i pl. § 6 fjerde ledd under den noe misvisende overskriften «[a]lminnelige regler om hvordan polititjenesten skal utføres». Bestemmelsen foreskriver at politiet kan anvende makt «i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig». Selv om § 6 her angir «hjemmelsbestemmelsen» for politiets maktbruk,²²⁸ vil den aldri kunne påberopes som selvstendig rettsgrunnlag for eventuell maktbruk. Anvendelse av makt er ikke et selvstendig mål, men et middel for å nå nærmere fastsatte mål gjennom effektivisering av tjenestehandlinger.²²⁹ Utøvelse av makt under tjenesteutøvelsen må derfor kunne utledes direkte av rettsgrunnlaget for tjenestehandlingen som aktualiserte spørsmålet om bruk av makt. Politiloven § 6 fjerde ledd har derved karakter av å være en sekundær hjemmelsbestemmelse.

Utover å angi at politiet *kan* anvende makt under tjenesteutøvelsen, kan vi allerede innledningsvis konstatere at pl. § 6 fjerde ledd i begrenset grad gir materiellrettslig veiledning når de rettslige rammer for maktutøvelse skal avklares. Som jeg påpekte i 4.4, suppleres bestemmelsen av blant annet formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippet nedfelt i henholdsvis politilovens § 2, jf. § 1 og § 6 første

²²⁷ Se Bernt/Doublet 1998 b s. 22 som gir uttrykk for at «[i] sin kjerne forutsetter rettsstatsbegrepet at politiske myndigheter ikke bare er bundet av rettsregler. Statsmakten er også *hjemlet* i, og dermed positivt avgrenset av rettsregler.». Se også Boe 1998 s. 52 som forklarer *rettstat* som «en stat som hviler på rett, ikke på makt eller på vilkårlighet. Staten må videre være bundet av reglene som den selv har skapt.»

²²⁸ Når uttrykket *hjemmelsbestemmelsen* markeres med anførselstegn er det for å markere at uttrykket *hjemmel* i rettslig teori er tillagt et upresist innhold. I 4.4 det er det gjort et forsøk på å avklare uttrykkets betydning.

²²⁹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 664 - 665.

og andre ledd. Hver for seg gir disse effektueringsprinsippene uttrykk for at den inngripende myndighetsutøvelsens formål, mål, middel, retning og intensitet må ligge innfor det enkelte prinsippes rammer for å kunne karakteriseres som legitim.²³⁰ Både hver for seg og samlet karakteriseres disse normeringene av et høyt abstraksjonsnivå idet de gir anvisning på svært generelle avveininger. I en slik kontekst fremstår pl. § 6 fjerde ledd som en skjønnspreget rammelov som forutsetter at den nærmere regulering av blant annet *om* og eventuell *når* makt skal anvendes, herunder valg av taktisk tilnærming og maktmidler skal skje gjennom supplerende normeringer. Det innebærer at lovgiver har overlatt til justisforvaltningen å nærmere fastsette de rettslige rammer for politiets maktutøvelse, jf. pl. § 29 første ledd.

I så henseende er politiinstruksen og våpeninstruksen sentral, men som jeg har påpekt i 4.3, og som jeg vil komme tilbake til i del III, foreligger det en rekke normeringer av internrettslig karakter som regulerer politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av makt. Videre viser praksis at den faktiske innretning av myndighetsutøvelsen knyttet til organisering og ressursprioriteringer har vel så stor betydning som rammeforutsetning for hvordan den inngripende myndighetsutøvelsen kan utøves.

Presentasjonen av gjeldende polisiære normeringer i 4.3, viser at legalitetsprinsippet har grunnleggende aktualitet som rettslig regulator av politiets virksomhet.²³¹ Politirett som rettslig disiplin er gitt et vidt innhold idet den favner over de normeringer som til enhver tid regulerer de oppgaver og den virksomhet som politiet til enhver tid er tillagt.²³² Politiets oppgaveportefølje er nærmere beskrevet i pl. § 2, og fremstår i lys av bestemmelsen pkt. 7 som tilnærmet altovergripende. *Politiretten* kan i en slik

²³⁰ Nærmere om effektueringsnormene, se kapittel 12. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 622 flg. Effektueringsnormene, også kalt grunnprinsipper for utøvelse av politimyndighet, hjemler ikke maktutøvelse, men angir hvordan utøvelse av makt skal skje når det foreligger materiell hjemmel for maktutøvelse.

²³¹ Tilsvarende, se Auglend 2016 s. 151.

²³² *Politirett* er nærmere gjort rede for i 3.2. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 47 flg. hvor det gjøres rede for det funksjonelle og formelle politibegrepet.

kontekst beskrives som et samlebegrep for en rekke rettsområder som kan karakteriseres som spesiell forvaltningsrett.

5.2 Introduksjon av temaet, presisering og avgrensning

Legalitetsprinsippet er i norsk rettsvitenskap tillagt ulikt innhold og betydning. Den videre fremstilling vil fokusere på legalitetsprinsippet som skranke for statsforvaltningens virksomhet generelt, og politiets polisiære virksomhet spesielt.²³³ Følgelig er det naturlig å avgrense fremstillingen til kun å omhandle politiet som pliktsubjekter. Det vil ikke bli foretatt noen eksplisitt avgrensning i forhold til gruppen av rettighetssubjekter,²³⁴ men i lys av avhandlingens tema er det to rettighetssubjekter som står i en særstilling i forhold til legalitetsprinsippet, og derfor bør vies særlig oppmerksomhet. Det gjelder individet som sådan, og den enkelte polititjenesteperson. Den enkelte polititjenesteperson vil under sin tjenesteutøvelse, i kraft av utøvelse av offentlig myndighet, representere eller utgjøre pliktsubjektet. Til samme tid vil han i kraft av sin generelle tjenesteplikt også inneha rollen som rettighetssubjekt i forhold til legalitetsprinsippet.

Uten å gå nærmere inn på spørsmålet om tjenestepliktens innhold og rammer, vil enhver i politiet som er satt til å utøve politimyndighet måtte ta stilling til om han «der og da» har en plikt til å utøve inngripende myndighetsutøvelse. Som pliktsubjekt vil polititjenestepersonen, på lik linje med andre individer, ha behov for å kunne forutberegne sin rettslige posisjon slik at han unngår å pådra seg straffeansvar enten fordi han unnlater å handle i en situasjon hvor tjenesteplikten inntreffer, eller han handler, men overskrider de rettslige rammer for inngripende myndighetsutøvelse.

Fremstillingen vil tematisk avgrenses mot det straffeprosessuelle legalitetsprinsipp, som gir uttrykk for en absolutt påtaleplikt. Denne står som motsats til vår tilnærming,

²³³ Hva som anses som *polisiær virksomhet*, er gjort nærmere rede for i 3.3.

²³⁴ Det er i teori lagt til grunn at også andre rettssubjekter enn individet er rettighetssubjekt i forhold til det generelle legalitetsprinsipp, se for eksempel Andenæs/Fliflet 2017 s. 275.

som bygger på en relativ påtaleplikt uttrykt gjennom oppportunitetsprinsippet.²³⁵ Videre vil prinsippets betydning som skranke for domstolens virksomhet heller ikke bli behandlet.

Juridisk teori har tradisjonelt fremstilt det polisiære legalitetsprinsippet ut fra følgende dimensjoner: som lovskrav, herunder *lex scripta*-kravet og *lex certa*-kravet, retroaktivitetsdimensjonen og analogidimensjonen.²³⁶ Når prinsippets nærmere innhold er forsøkt avklart, er det også trukket paralleller til blant annet strafferetten, straffeprosessen og skatteretten.²³⁷

Den innledende fremstillingen kan lett skape et inntrykk av at det eksisterer særskilte legalitetsprinsipp for det enkelte rettsområde. Dette er ikke tilfellet. I norsk rett er det bare ett legalitetsprinsipp, utledet av folkesuverenitetsprinsippet, se bl.a. Auglend 2016 s 165. Når det benyttes benevnelse som bl.a. «det generelle legalitetsprinsipp», «legalitetsprinsippet på strafferettens område», «forvaltningsrettslig legalitetsprinsipp» og «polisiært legalitetsprinsipp» er det mer en metodisk tilnærming for å synliggjøre prinsippets innhold og betydning på ulike rettsområder.

Som påpekt i 3.3 er det, innen politiretten, ikke etablert et *polisiært* begrep som uttrykker et enhetlig innhold. Når jeg i den videre fremstilling har som formål å avklare hva legalitetsprinsippet uttrykker innenfor den polisiære delen av politiets virksomhet, videre omtalt som et *polisiært legalitetsprinsipp*, skjer det derfor uten pretensjoner om å foreta komparasjoner med tidligere fremstillinger. Fremstillingen må derfor betraktes som en alternativ modell eller vinkling, som søker å avklare begrepets innhold innenfor politiets polisiære virksomhet.

I 5.3 ser jeg først nærmere på legalitetsprinsippets forankring og begrunnelse, før jeg i 5.4 behandler Grl. § 113. Grunnlovsreformen representerte ingen endring av rettstilstanden, men kun en kodifisering. Det er derfor nødvendig å gå opp etablerte rettslige stier når legalitetsprinsippets nærmere innhold skal fastsettes.

²³⁵ Nærmere om det straffeprosessuelle legalitetsprinsippet, se Kjelby 2013 s 147 flg. og Øyen 2019 s. 248. Se også Røstad 1981 s. 85 flg.

²³⁶ Se bl.a. Auglend 2016 s. 163 flg., Fredriksen 2015 s. 210 flg. og Boucht 2011 s. 56 flg.

²³⁷ Se Boucht 2011 s. 59 flg. og Auglend 2016 s. 163.

I 5.5. behandles henholdsvis den tradisjonelle og formelle innretning av legalitetsprinsippet, presentert som to ulike retninger. Et annet sentralt referansepunkt, i avklaringen av hva det polisiære legalitetsprinsippet uttrykker, er det strafferettslige legalitetsprinsipp. I teori og rettspraksis hersker det allmenn oppfatning om at strafferetten utgjør «kjernen av legalitetsprinsippet». I 5.6 gis en kort fremstilling av hva legalitetsprinsippet uttrykker på strafferettens område, jf. Grl. § 96, før jeg i 5.7 konstruerer et polisiært legalitetsprinsipp.

5.3 Legalitetsprinsippets forankring og begrunnelse

Legalitetsprinsippets konstitusjonelle forankring ble innenfor den tradisjonelle statsretten utledet av bl.a. Grl. § 75 bokstav a som foreskriver at det «tilkommer Stortinget å gi og oppheve lover ...»²³⁸ Prinsippet, som bygger på ideen om *folkesuverenitet* og *maktfordeling*,²³⁹ varetar også verdiene *rettsstaten*, *demokratiet* og *menneskerettighetene*.²⁴⁰ Folkesuverenitetsprinsippet knesetter prinsippet om at individet i utgangspunktet har formell frihet i form av handle-, tanke og ytringsfrihet,²⁴¹ og selv skal kunne bestemme i hvilken utstrekning forvaltningen kan foreta innskrenkninger i disse friheter.²⁴² En uinnskrenket frihet uten rettslig bindende skranker som regulerer samkvem mellom individer vil fort føre til at den sterkestes rett vil råde med følgende uro og utrygghet.²⁴³ Gjennom opprettelse av staten ble det etablert et instrument for å søke å regulere forhold mellom individene, og individene og fellesskapet, representert ved Staten.²⁴⁴ Staten ble derfor en nødvendig forutsetning for at folket skulle kunne leve i frihet.²⁴⁵

²³⁸ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 274. Se også Andenæs/Wilberg s. 98. Likeså Hopsnes/Solberg s. 85.

²³⁹ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 274, Auglend 2016 s. 154 og Hopsnes/Solberg s. 84.

²⁴⁰ Se Dokument 16 (2011-2012), pkt. 41.5.

²⁴¹ Se Nygård 2004 s. 160. Se også Mæhle 2005 s. 35 som gir uttrykk for at «[k]jernen i folkesuverenitetsprinsippet er som kjent tanken om at folket skal styre seg selv.»

²⁴² Se Graver 2015 s. 81.

²⁴³ Se Hopsnes/Solberg s. 81.

²⁴⁴ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 274-275 hvor det redegjøres for hensynet bak legalitetsprinsippet.

²⁴⁵ Se Bernt/Doublet 1999 s. 140. Se også Diderichsen/Sørensen (red.) s 24 flg. som beskriver staten (og politi) som et instrument som sikrer individets frihet.

Castberg beskriver *folkesuverenitetsidéen* som en konstruksjon hvor «staten er skapt ved en kontrakt mellom samfunnets medlemmer. Ved den såkalte 'samfunnskontrakt' oppstår 'suverenen' eller 'folket', som er ett og det samme. Statsamfunnets enkelte medlemmer blir ved samfunnskontrakten ikke bare suverenens undersåtter, men også parthavere i suverenen», se Castberg 1947 (I) s. 142.

Folkeviljen er den øverste norm for det norske statsstyret,²⁴⁶ og kommer til uttrykk i Grl. § 49 første ledd: «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget». Bestemmelsen gir uttrykk for to sentrale prinsipper, henholdsvis Stortingets rolle og funksjon som det demokratiske element i vår statsstyrelse i form av lovgivende organ, og at statsstyret skal ha sin forankring i en folkevalgt forsamling.²⁴⁷

Statens virksomhet generelt, og myndighetsutøvelse som innebærer et inngrep i individets friheter spesielt, må utøves innenfor de til enhver tid gjeldende rettsnormer som regulerer virksomheten. Dette prinsippet har sin opprinnelse fra «the rule of law» som sier at staten også er bundet av loven.²⁴⁸ Ordningen gir utøvelse av statsmakt legitimitet så lenge den utgår fra folket. Staten, uttrykt gjennom den offentlige forvaltning, kan med andre ord ikke handle i egeninteresse, men er uløselig bundet av folkets vilje.²⁴⁹

Både stat og kommune er selvstendige rettssubjekter med utstrakt kompetanse til selv å bestemme den nærmere organisering av virksomheten, herunder hvilke organer som skal ivareta bestemte oppgaver og fastsette nærmere retningslinjer for driften. For staten ved regjeringen følger dette av Grl. § 3 og sedvanerett, se Graver 2015 s. 163 og s. 205. Kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre og statens organisasjons- og instruksjonsmyndigheten er forankret i kommuneloven §§ 2-1 og 2-2.. Beslutninger om organisering og drift av en virksomhet kan ses på som avgjørelser som fremmer organisasjonens egeninteresser. Så lenge slike beslutninger har som mål å fremme virksomhetens formål, er det ikke naturlig å hevde at organet handler i egeninteresse. Imidlertid går det en grense for hvor langt et offentlig organ kan gå i sin regulering av virksomheten uten at organisering av virksomheten isolert

²⁴⁶ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 92.

²⁴⁷ Dette prinsippet er ytterligere fremhevet gjennom endringer av Grunnloven i 2014 ved tilføyelse av andre setning i bestemmelsen første ledd; «Stortingets representanter velges gjennom frie og hemmelige valg». Gjennom å sikre hemmelige valg, sikres også at stemmen er uttrykk for egen fri vilje. Mer om dette, se Dokument 16 (2011-2012), pkt. 42.5.1.

²⁴⁸ Se Knops 2014 s. 3, og Bernt/Rasmussen 2010 s. 41. Likeledes Graver 2015 s. 79. Nærmere om *Principles of the Rule of Law*, se Summers 1998 og Boe 1998 s. 43 flg.

²⁴⁹ Se Hopsnes/Solberg s. 106 hvor spørsmål om offentlige organer nyter vern etter legalitetsprinsippet drøftes.

sett, eller sett i sammenheng med ressursdisponeringer, er av en slik karakter at den faktiske tjenesteutøvelsen utgjør et inngrep mot individet, og/eller er så mangelfull både i kvantitet og kvalitet at den ikke lengre anses å ivareta grunnleggende rettigheter. Problemstillingen kan aktualiseres og konkretiseres ved å vise til pl. § 16s føringer for organisatorisk regulering av politiets virksomhet. Se også Hopsnes/Solberg s. 82.

Når organisasjoner, eller enkeltindivider gis makt, oppstår faren for at makten ikke forvaltes i samsvar med gitte forutsetninger.²⁵⁰ Tanker og idéer om prinsipper for regulering av makt mellom statens maktapparater kan spores tilbake til filosofene *Platon* og *Aristoteles*, ca. 350 f.Kr. Maktfordelingsprinsippet, slik vi kjenner det, er knyttet til filosofen og rettslærde *Montesquieu* som mente det var det nødvendig å etablere maktstrukturer som forebygger maktmisbruk.²⁵¹ Dette kunne oppnås ved å dele opp de sentrale statsmaktene – lovgivningsmyndighet, regjeringsmakt og den dømmende makt – i ulike selvstendige og uavhengige institusjoner som gjennom utøving av sin makt kontrollerte hverandre.²⁵² Ifølge Holmøyvik var Montesquieus tilnærming til læren om maktfordeling ikke spesielt original idet han bygde på engelsk statsrett.²⁵³

Grunnloven bygger på Montesquieu sine prinsipper om maktfordeling. Imidlertid ble arbeidet med Grunnloven av 1814, dens tilblivelse og innhold, også preget av flere andre forhold. Dens tilblivelse var et resultat av at det norske folk, som mente at Norge var et rike, ikke ville akseptere fredstraktaten i Kiel av 14. januar 1814 (Kieltraktaten) som bestemte at den dansk/norske kongen måtte avstå Norge til kongen av Sverige. Nærmere om forfatningshistorie knyttet til Grunnlovens tilblivelse, se *Morgenstjerne* s. 8 flg. Når kongen, uten folkets samtykke, frasa seg Norge, var ikke folket lenger forpliktet til troskap mot kongen. Følgelig hadde folket rett til selv å bestemme over sin fremtid, se *Andenæs/Wilberg* s. 11. Se også *Castberg 1947 (I)* s. 133 flg. Dette ledet hen mot arbeidet med Grunnloven som fant sted våren 1814. Av særlig betydning for Grunnlovens innhold fremheves det forhold at et flertall av grunnlovskonsipistene var embedsmenn som hadde fått sin utdanning på slutten av 1700-tallet i København, hvor de franske frihetsideer stod sterkt. Dette sammen med stor tilgang på ideer og inspirasjon fra utarbeidelse av konstitusjoner i andre stater var med på å etablere felles oppfatninger og ideer om hvilke forfatningsrettslige problemer som skulle løses

²⁵⁰ Se Hopsnes/Solberg s. 82. Om maktfordelingsprinsippet, se Holmøyvik 2012. Se også *Andenæs/Fliflet* 2017 s. 93-94.

²⁵¹ Se *Andenæs/Fliflet*, 2017 s. 93-94.

²⁵² Se *Bernt/Doublert* 1999 s. 139.

²⁵³ Se Holmøyvik 2012 s. 135-146 hvor balanseteorien som «inspirasjonskilde» for Montesquieu omtales nærmere.

ved etablering av Grunnloven. For en mer utførlig fremstilling av temaet, se Andenæs/Fliflet 2017 s. 91 og 92. Se også Strandbakken 2003 s. 131 flg.

Grunnloven av 1814s regulering av makt mellom statsorganene bygde i det vesentlige på de samme grunntanker som den franske filosofen og rettslærde Montesquieu sitt maktfordelingsprinsipp.²⁵⁴ For å hindre misbruk av makt ble statsmakten delt inn i tre uavhengige organer, henholdsvis en lovgivende, utøvende og dømmende makt.²⁵⁵ Den lovgivende makt utøves indirekte av folket som gjennom frie valg velger sine representanter på Stortinget hvor den lovgivende makt utøves. For å sikre Kongens posisjon som utøvende maktorgan ble han gitt en rekke særrettigheter til å styre og fatte beslutninger (kongelige prerogativer).²⁵⁶ Den dømmende makt ble også indirekte regulert av folket ved at Stortinget gjennom lovgivning fastsatte de rettslige rammene for den dømmende makt, samtidig som domstolene i sin utøvelse av funksjonen er uavhengig av både den lovgivende og utøvende makt. På denne måten ble kongemakten, Stortinget og domstolene sikret som selvstendige maktorgan, frie og uavhengige av hverandre.²⁵⁷

Ved vedtakelse av Grunnloven ble rettsstatsprinsippet gitt konstitusjonell forankring i Norge.²⁵⁸ Folkesuverenitetsprinsippet uttrykker det grunnleggende demokratiske prinsipp om folkets suverenitet,²⁵⁹ og bærer i seg prinsippene om legalitet, rettssikkerhet og maktfordeling.

²⁵⁴ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 93. Se også Holmøyvik 2012 s. 519 flg. som gir uttrykk for at Riksforsamlingen i 1814 på kritiske punkter i balanseteorien fulgte andre veier enn Montesquieu, de Lome og Blackstone.

²⁵⁵ Se Mæhle 2005 s. 38 som sonder mellom den franske og amerikanske maktfordelingslæren. Mens den franske kjennetegnes ved at «allmennviljen rettferdiggjør flertallsmakt», er den amerikanske preget av at «statsmakten har et hovedansvar for å sikre enkeltindividets naturlige rettigheter.»

²⁵⁶ Som eksempel på grunnlovsbestemmelser som gir Kongen (i dag regjeringen) visse særrettigheter er Grunnlovens §§ 12, 16 og 26 som foreskriver henholdsvis Kongens rett til å oppnevne statsråder, styre kirkelige anordninger og forvalte statens utenrikspolitikk. Disse særrettigheter er betydelig svekket som følge av innføringen av parlamentarismen. Hvilken konstitusjonell stilling de har i dag er uklart, men de fremstår og gir uttrykk for en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom Stortinget og regjeringen. Nærmere om de kongelige prerogativer, se Stavang 1978 (Stavang 2002 s. 95 flg.) og Stavang 1999 s. 223 flg.

²⁵⁷ Se Stavang 2002 s. 56.

²⁵⁸ Se Bernt/Rasmussen 2010 s. 41.

²⁵⁹ Om folkesuverenitetsprinsippet, se Andenæs/Fliflet 2017 s. 92. Demokrati som styreform kjennetegnes ved at folket, gjennom frie valg kan velge sine representanter og derigjennom øve innflytelse på beslutninger som staten fatter. Dette er kjernen i folkestyre.

Et annet utslag av rettsstatsprinsippet er at også staten er bundet av de rettsnormer den til enhver tid håndhever.²⁶⁰ Etter innføring av parlamentarismen,²⁶¹ som politisk styreform i Norge, og derigjennom svekkelse av kongemakten, har maktfordelingsprinsippet regulering av forholdet mellom Stortinget og den utøvende makt mistet mye av sin rettslige aktualitet.²⁶² Det er derfor naturlig å stille spørsmål om hvilken betydning maktfordelingsprinsippet har i dag.

Selv om maktfordelingen mellom Stortinget og Kongen ble radikalt endret i favør Stortinget gjennom etablering av parlamentarisme som styringsform, kan det hevdes at maktbalansen – i takt med økningen i forvaltningens virksomhet – i noen grad er utjevnet. Regjeringen utgjør den øverste ledelse av vår statsforvaltning, jf. GrL. § 3, og har en særlig rett til å administrere egne departement og fordele arbeidsoppgaver mellom disse, jf. GrL. § 12.²⁶³ Statens styrelse skjer gjennom respektive departementer som øverste organ for den offentlige forvaltning. Forvaltningens virksomhet har vokst og økt i omfang i takt med samfunnsutviklingen, og har ført til fremveksten av en stor og regelstyrt offentlig forvaltning som ofte blir betegnet som byråkratisk og kompleks. Følgelig er Stortingets reelle mulighet til å øve direkte innflytelse på regjeringens embetsutførelse blitt redusert. En konsekvens av dette er at Stortingets kontroll med regjeringens embetsutførelse har endret karakter fra å fokusere på realitetsbehandling og avgjørelse av enkeltsaker, til å føre kontroll med at regjeringens utøver sin virksomhet innenfor rammene fastsatt av Stortinget.²⁶⁴

Når en sammenholder regjeringens særretter (de kongelige prerogativer) med Stortingets rett til å føre kontroll med regjeringens virksomhet,²⁶⁵ ser en at

²⁶⁰ Se Bernt/Doulet 1999 s. 38.

²⁶¹ Parlamentarismen som styringsform er nå forankret i GrL. § 15. Parlamentarismen kan ifølge Stavang 2002 s. 56 beskrives som den statsskikk hvor Kongen må velge sine rådgivere blant personer som aksepteres av nasjonalforsamlingen, og som må søke avskjed når nasjonalforsamlingen gjennom mistillitserklæring gir uttrykk for at så bør skje. I dag er det mer korrekt å beskrive parlamentarismen som den styreform hvor Stortinget avgjør hvilken regjering vi skal ha.

²⁶² Nærmere om temaet parlamentarisme, se Stavang 2002, Andenæs/Fliflet 2017 s. 241 flg. og Fliflet 1998 s. 301 flg.

²⁶³ Eventuelle innskrenkninger i regjeringens konstitusjonelt forankrede særrettigheter kan kun skje ved endring av Grunnloven, jf. lex superior-prinsippet, og må skje i den form som er foreskrevet i GrL. § 121.

²⁶⁴ Selv om Stortingets kontrollfunksjon synes å ha endret karakter, er det en kjennsgjerning at Stortingets bruk av anmodningsvedtak synes å øke, se <https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Arbeidet/anmodningsvedtak/>.

²⁶⁵ Stortingets kontroll med regjeringens virksomhet er en grunnpilar i vår parlamentariske styreform. Foruten regjeringens plikt til å opplyse alle saker de fremlegger for behandling i Stortinget, jf. GrL. § 82, er det etablert en rekke kontrollinstitutter

maktfordelingsprinsippet i forholdet mellom Stortinget og regjeringen også i dag har sin aktualitet, dog i en annen form. Dette styrkes ytterligere gjennom etablering av ordninger som bidrar til spredning av makt uten at dette kommer til uttrykk i Grunnloven. Et eksempel er påtalemyndighetens uavhengighet, jf. strpl. § 55.²⁶⁶

Denne noe summariske historiske gjennomgangen av legalitetsprinsippets forankring og begrunnelse, viser at prinsippet har konstitusjonell forankring.

5.4 Grunnloven § 113

5.4.1 Innledende betraktninger

Det følger av Grl. § 113 at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».

I svensk rett kommer legalitetsprinsippet til uttrykk i Regeringsformen 1 kap. § 1 tredje ledd: «Den offentliga makten utövas under lagarna». Med dette gir bestemmelsen uttrykk for prinsippet om «all maktutövnings normbundenhet», se Hirschfeldts kommentar til bestemmelsen i pro.karnovgroup.se. «Offentlig makt» skal forstås i betydningen «summan av den kompetens som tillkommer staten», se Boucht 2019 s. 30.

Ifølge *Stortingets menneskerettighetsutvalg* (heretter omtalt som *Menneskerettighetsutvalget*) skulle vedtakelsen av Grl. § 113 bidra til kodifisering av et «generelt» legalitetsprinsipp uten at grunnlovfestingene hadde som formål å endre gjeldende rettstilstand.²⁶⁷ Vedtakelsen innebærer heller ingen endring av prinsippets rettslige status. Dette er i samsvar med rettspraksis og teori som tidligere har lagt til

som har som formål å kontrollere regjeringens virksomhet. Nærmere om dette, se for eksempel Andenæs/Fliflet, 2017 s. 649 flg.

²⁶⁶ Etter lovendring, se lov-2019-11-01-7, ble prinsippet om påtalemyndighetens uavhengighet lovfestet. Nærmere om lovendringen og dens bakgrunn, se Prop. 142 L (2018-2019) og Innst. 21 L (2019-2020).

²⁶⁷ Jf. Dokument 16 (2011-2012) pkt. 41.5.

grunn at legalitetsprinsippet gjelder i norsk rett og har fått sin rettslige forankring dels i Grunnloven og dels på ulovfestet grunnlag gjennom konstitusjonell sedvanerett.²⁶⁸

Selv om vedtakelsen av Grl. § 113 kun hadde som formål å videreføre den allerede etablerte rettstilstanden, har forarbeidene sammenholdt med lovteksten gitt oss nyttig veiledning i arbeidet med å avklare prinsippets nærmere innhold. Jeg vil i denne anledning avgrense fremstillingen til en gjennomgang av noen sentrale momenter.

5.4.2 Valg av perspektiv

Menneskerettighetsutvalget har i arbeidet med forslag til ny Grunnlov § 113 lagt til grunn den tradisjonelle og positivrettslige konstruksjonen av legalitetsprinsippet.²⁶⁹ Utvalget har dermed tatt et bevisst perspektivvalg når de har tatt stilling til hva legalitetsprinsippet uttrykker. Individet er satt i sentrum når prinsippets innhold søkes belyst. Perspektivet, som Menneskerettighetsutvalget her legger til grunn, har sin forankring i det felles verdigrunnlag som både Grunnloven og legalitetsprinsippet bygger på; folkesuverenitet, maktfordeling og menneskerettighetenes ukrenkelige verdier. Perspektivvalget og dets betydning for klarlegging av prinsippets innhold styrkes ytterligere gjennom Stortingets bevisste valg av lovtekst. Lovtekstens ordlyd er i samsvar med Menneskerettighetsutvalgets foretrukne forslag som bygger på tanken om at legalitetsprinsippet, slik det kommer til uttrykk i Grl. § 113, skal utgjøre en reell skranke for det offentliges utøvelse av virksomheten.²⁷⁰ Stortinget synes å ha fulgt opp denne tilnærmingen gjennom bruk av formuleringen «... den enkelte ...» ved beskrivelse av rettighetssubjektet.

5.4.3 Angivelse av plikt- og rettighetssubjekt

Som rettsnorm er Grl. § 113 avgrenset til å regulere hjemmelskravet i forhold til bestemte plikt- og rettighetssubjekter. Bestemmelsens angivelse av pliktsubjekt er

²⁶⁸ Se Bernt 1983 s. 120 flg.

²⁶⁹ I Dokument 16 (2011-2012) s. 249 uttrykker Menneskerettighetsutvalget at legalitetsprinsippet i Grunnloven bør ligge tett opp til den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet i norsk rett.

²⁷⁰ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 248.

begrenset til offentlig virksomhet. Dette kan utledes av formuleringen «[m]yndighetenes inngrep ...». *Myndighet* viser her til den offentlige forvaltningsvirksomhet, inklusiv statsforvaltningen utøvd av regjeringen og Stortinget. Som forbudsnorm henvender Grl. § 113 seg med andre ord bare til den offentlige virksomhet. For Stortinget får regelen betydning som saksbehandlingsregel idet den stiller formkrav til den delen av Stortingets virksomhet som representerer et inngrep i individets friheter eller formuesgoder. Denne delen av Stortingets virksomhet må følge reglene i Grl. § 76 flg.²⁷¹ Imidlertid er det funksjonen som skranke for forvaltningens kompetanse som utgjør tyngdepunktet for bestemmelsen.

All den tid bestemmelsens angivelse av pliktsubjektet er avgrenset til offentlige myndigheter, innebærer det at Grl. § 113 ikke tar stilling til om, og eventuelt hvilket hjemmelskrav som stilles til andre pliktsubjekter. Både den tradisjonelle og den ny-orienterte læren om legalitetsprinsippet legger til grunn at legalitetsprinsippet også retter seg mot andre pliktsubjekter enn offentlige organer. Hopsnes og Solberg, s. 148, gir uttrykk for at legalitetsprinsippet bør gjelde for «enhver kompetansebestemmelse som hjemler inngrep *uavhengig av hvem som foretar normeringen*». Smith gir i sin artikkel i TfR 1978 s. 674 uttrykk for et tilsvarende syn idet han fremhever at «for visse disposisjoner ... er utgangspunktet tvert imot at enhver som ønsker å foreta et inngrep overfor andre må kunne vise til et tilstrekkelig rettsgrunnlag for disposisjonen». Imidlertid synes Smith å ha endret standpunkt idet han senere gir uttrykk for «...at vern for private mot andre private (som dermed får de plikter som rettighetene krever) krever særlig rettsgrunnlag», se Smith 2015 s 371. En slik tilnærming er forenelig med folkesuverenitetsprinsippet som knesetter prinsippet om individets formelle frihet i form av handle-, tanke-, og ytringsfrihet. Skal en ta prinsippet på alvor innebærer det at legalitetsprinsippet ikke kan omfatte individet som pliktsubjekt. Utgangspunktet er at individet har full handlefrihet såfremt ikke annet er bestemt ved lov (Nærmere om (rettslige) friheter, se Wibye 2019). Det innebærer at innskrenkninger i individets handlefrihet må skje gjennom positiv lovgivning. En handling som i utgangspunktet er ulovlig, vil da kun være lovlig dersom det eksisterer en rettsnorm av minst tilsvarende trinnhøyde som tillater handlingen, jf. *lex superior*-prinsippet.

²⁷¹ Se Eckhoff TfR 1963 s. 226-227, Smith 1978 s. 673 og Hopsnes/Solberg s. 146.

Også angivelsen av hvilke rettssubjekter som er beskyttet er avgrenset idet Grl. § 113 kun omfatter menneske som individ, jf. formuleringen «... den enkelte ...»²⁷²

Umiddelbart fremstår en slik avgrensning som naturlig da den er forenelig med hensynet bak legalitetsprinsippet – å verne om individets friheter. I motsetning til fysiske personer har ikke juridiske personer egeninteresser, noe som taler mot at de gis et tilsvarende vern. Imidlertid representerer juridiske subjekter særrettigheter for bestemte individer i form av eier- og/eller interesse tilhørighet. Et inngrep vil dermed også indirekte rette seg mot individet.²⁷³ Selv om det er forbundet med usikkerhet med hensyn til hvor langt prinsippet rekker for kommuner og fylkeskommuner som rettighetssubjekter, antas disse – i kraft av å inneha rettslig selvstendighet – å være beskyttet av legalitetsprinsippet.²⁷⁴

Når Stortinget, i samråd med Menneskerettighetsutvalgets innstilling, avgrenser Grl. § 113 i forhold til både plikt- og rettighetssubjekt har det solid forankring i utvalgets mandat, som var å «...utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.»²⁷⁵ I en slik kontekst er det naturlig at Grl. § 113 kun omhandler «Myndighetene» som pliktsubjekt og «den enkelte» som rettighetssubjekt.

5.4.4 Oppsummering

Utover å kodifisere legalitetsprinsippet som konstitusjonelt prinsipp, har vedtakelsen av Grl. § 113 ikke bidratt til å avklare prinsippet materielle innhold. Imidlertid har Stortinget, gjennom å anerkjenne Menneskerettighetsutvalgets tilnærming, lagt til grunn den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet. Et av formålene med en

²⁷² Med begrepet «den enkelte» pekes det på en positiv rettighet som tilkommer individet. Dette i motsetning til Grl. § 93 som bruker formuleringen «ethvert menneske» for å uttrykke at staten har en plikt til å respektere og verne om individets liv uten at retten til liv er en positiv rett som kan påberopes.

²⁷³ Tilsvarende Hopsnes/Solberg s. 106.

²⁷⁴ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 275.

²⁷⁵ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 18.

begrenset revisjon av Grunnloven var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett uten å etablere nye materielle rettigheter.²⁷⁶

En nærmere avklaring av legalitetsprinsippets innhold krever derfor en gjennomgang av prinsippets to ulike retninger, henholdsvis den tradisjonelle og formelle innretningen. Dette vil bli behandlet under i 5.5.

Videre er det etter min vurdering ikke, slik Menneskerettighetsutvalget legger til grunn, belegg for å hevde at Grl. §113 gir uttrykk for «[e]n generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet ...».²⁷⁷ Til det er det anlagt en for snever tilnærming til angivelsen av rettighets- og pliktsubjekt. Det «generelle» legalitetsprinsippet utenfor strafferettens område har dermed et videre nedslagsfelt enn hva Grl. § 113 gir uttrykk for, og den delen av prinsippet som ikke er sammenfallende med Grl. § 113 har fremdeles sin rettslige forankring i konstitusjonell sedvanerett.

5.5 Den tradisjonelle og formelle innretningen av legalitetsprinsippet – to ulike retninger

5.5.1 Innledende betraktninger

Fremstillingen har så langt fokusert på legalitetsprinsippets begrunnelse og konstitusjonelle forankring. I den videre fremstilling vil fokus rettes på det *generelle legalitetsprinsippets* materielle innhold. I den anledning vil jeg først redegjøre for den rettsvitenskapelige diskurs knyttet til spørsmålet om legalitetsprinsippets innhold og hva det uttrykker. Den senere debatt bærer preg av sentrale meningsbrytninger,²⁷⁸ og de teoretiske fremstillingene viser at det har utviklet seg to ulike lærer som søker å

²⁷⁶ Se Bårdsen 2017 s. 1.

²⁷⁷ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 248.

²⁷⁸ Eckhoff/Smith 2018 referer på s. 343 til en rekke rettsvitenskapelige tekster som kan tjene som illustrasjon på gjeldende meningsbrytninger knyttet til legalitetsprinsippets innhold.

beskrive/forklare hva prinsippet uttrykker,²⁷⁹ gjerne omtalt som henholdsvis den *tradisjonelle* og den *formelle* retning.²⁸⁰ Det er derfor nødvendig å «gå opp gamle stier» med formål å identifisere disse meningsbrytninger, samt forsøke å gi prinsippet en rettslig avklaring, herunder drøfte om eventuelle meningsbrytninger innehar rettslige implikasjoner, eller er redusert til et terminologisk spørsmål av akademisk interesse.²⁸¹

5.5.2 Sondringen – forbudsnorm, eller generelt krav til kompetanse

En ofte benyttet formulering for å beskrive legalitetsprinsippet, og som gir uttrykk for den *tradisjonelle* retning, er at «inngrep fra det offentlige i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov».²⁸²

På 1970-tallet utviklet det seg en ny lære som i sin forklaringsmodell bryter diametralt med den tradisjonelle tilnærmingen. Læren anlegger en *formell* tilnærming til hjemmelskravet,²⁸³ ved at den tar utgangspunkt i legalitetsprinsippet som en kompetansenorm som gir uttrykk for et generelt krav om hjemmel for normeringshandlinger, hvor lov er en av flere alternative hjemmelsgrunnlag.²⁸⁴ Det er først når andre kompetansegrunnlag som privat autonomi, sedvane eller organisasjons- og instruksjonskompetanse innenfor offentlig sektor ikke strekker til, at spørsmål om mer kvalifisert hjemmel i form av lov er nødvendig.²⁸⁵

Allerede her åpnes den første sentrale meningsbrytningen knyttet til henholdsvis den tradisjonelle og den formelle innretningen av prinsippets betydning som forbudsnorm.

²⁷⁹ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 276 – 277 hvor det kort redegjøres for denne meningsbrytningen. Se også Hopsnes/Solberg s. 86.

²⁸⁰ «Den negative tilnærmingen» er et annet uttrykk for den formelle retning, se bl.a. Hopsnes/Solberg s 103.

²⁸¹ Slik Hopsnes/Solberg s. 101 legger til grunn.

²⁸² Se bl.a. Dokument 16 (2011-2012) s. 249, Hopsnes/Solberg s. 85, Andenæs/Fliflet 2017 s. 275 og Graver 2015 s. 197.

²⁸³ Se Graver 2015 s. 197.

²⁸⁴ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 342 hvor legalitetsprinsippet er forklart/definert som «... kravet om kompetanse for rettslige disposisjoner gjelder generelt. Den delen av dette kravet som bare kan oppfylles ved hjemmel i lov, kaler vi legalitetsprinsippet». Se også s 342 flg. og figurer 3 på s 344 som visualiserer aktuelle kompetansegrunnlag.

²⁸⁵ Se Eivind Smith; «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», TFR-1978-655 og Eckhoff/Smith 2018 s. 346-347.

Den *tradisjonelle* retning tillegger legalitetsprinsippet betydning i to henseende. For det første oppstiller prinsippet en generell forbudsnorm som retter seg mot det offentlige ved å angi et forbud mot å foreta inngripende faktiske handlinger. Dernest uttrykker legalitetsprinsippet et rettskildeprinsipp som oppstiller krav om formell lov for å kunne foreta normeringshandlinger innenfor prinsippets område.²⁸⁶ Legalitetsprinsippet omfatter dermed både normeringshandlinger og faktiske handlinger.²⁸⁷ Den tradisjonelle tilnærming, ved å oppstille en generell forbudsnorm rettet mot det offentlige som pliktsubjekt, synes forankret i prinsippet om individets handlefrihet. Som tidligere nevnt i 5.3 har individet formell frihet til å tenke, ytre seg og handle, med mindre det foreligger en rettslig norm som forbyr handlingen.

I teorien tas det til orde for at også det offentlige har tilsvarende formell frihet som individet, noe som innebærer at offentlige tjenestepersoner som et utgangspunkt kan foreta enhver tjenestehandling som ikke er forbudt.²⁸⁸ Imidlertid setter den tradisjonelle konstruksjon av legalitetsprinsippet klare skranker for det offentliges frihet ved å oppstille krav om at «inngrep fra det offentlige i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov». Dersom det offentliges handling krenker individets formelle frihet eller formuesgode, er det et inngrep som ifølge legalitetsprinsippet krever grunnlag i lov. Foreligger det ikke hjemmel, vil forbudsnormen i legalitetsprinsippet forby handlingen. Prinsippet oppstiller med dette en generell forbudsnorm som innskrenker det offentliges handlefrihet til kun å omfatte ikke-inngripende tiltak.²⁸⁹ Når en sammenholder legalitetsprinsippet med *lex superior*-prinsippet vil handlefriheten ytterligere avgrenses til ikke-inngripende handlinger som ikke er positivt forbudt ved en normering.

²⁸⁶ Jf. Hopsnes/Solberg s. 86.

²⁸⁷ Noe som også legges til grunn av bl.a. Andenæs/Fliflet 2017 s. 275. Se også NOU 1997: 15, punkt 4.1.4.

²⁸⁸ Se bl.a. Hopsnes/Solberg s 89 og Graver 2015 s. 198 flg. som legger en slik tilnærming til grunn.

²⁸⁹ Se Hopsnes/Solberg s. 89.

Den *formelle* retning er kritisk til den tradisjonelle formulering av legalitetsprinsippet,²⁹⁰ og har valgt en annen innfallsvinkel. For normeringshandlinger oppstilles det et generelt krav om kompetanse, og anlegger i den forbindelse en negativ angivelse av lovskravets betydning ved å definere det som en restkategori,²⁹¹ hvor spørsmål om lov først aktualiseres når andre hjemmelsgrunnlag ikke strekker til.²⁹² Faktiske handlinger omfattes ikke av prinsippet,²⁹³ idet den *formelle* retning synes å bygge på tanken om at det ikke er krav om kompetanse for å kunne utøve faktiske handlinger.²⁹⁴ En slik tilnærming tar utgangspunkt i at det offentlige har tilsvarende handlefrihet som individet og at forvaltningens adgang til å foreta faktiske handlinger kun er begrenset ved positiv lovgivning som forbyr handlingen.²⁹⁵ Dette gjelder uavhengig av spørsmålet om handlingen eller tiltaket utgjør et inngrep.²⁹⁶

Se *Myhrer* 2012, s. 25 flg. som eksempel på den *formelle* retnings forståelse av legalitetsprinsippet. Når spørsmålet om politiets bruk av håndjern krever lovhjemmel gis det uttrykk for følgende (s. 26): «Men selv om bruk av håndjern ikke anses som en rettslig beslutning, som altså er legalitetsprinsippet virkeområde, vil hjemmelsspørsmålet dukke opp. Årsaken til dette er spørsmålet om ikke det å sette håndjern på noen uten vedkommendes samtykke er straffbart og dermed forbudt. Besvares dette bekreftende, utløser dette et krav om en spesiell lovhjemmel – en *lex specialis* – som *tillater* handlinger som er forbudt for andre, og som derfor begrenser rekkevidden av straffebestemmelsen.»

²⁹⁰ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 343-344 hvor de kritiske anførselene begrunnes nærmere.

²⁹¹ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 277 som uttrykker at «[o]mrådet for legalitetsproblemet blir etter denne synsmåte et restproblem». Se også Bernt 1983 s. 126 som omtaler tilnærmingen som rettskildelærens «indre by».

²⁹² Se Eckhoff/Smith 2018 s. 344 flg.

²⁹³ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 356 flg.

²⁹⁴ Se Graver 2015 s. 198 og Eckhoff/Smith 2014 s. 354. I Eckhoff/Smith 2018 s. 356 flg. er formuleringen «[f]aktiske handlinger eller begivenheter trenger ikke kompetanse i denne forstand ...» uten at det synes som om forfatter har endret standpunkt.

²⁹⁵ Se NOU 2004: 6, punkt 5.1 hvor tilnærmingen beskrives som følgende: «privatautonomien, eller den alminnelige handlefrihet, har hatt stor betydning som kompetansegrunnlag i politiretten. Synspunktet har vært at politiet kan foreta seg det samme som den enkelte borger kan uten å bli straffet». Se også Henricson 2016 s. 186 som gir uttrykk for en tilsvarende tilnærming i forhold til dansk politirett: «Hvis politiet derfor – med dette utgangspunkt – inden for eller uden for straffeprosessen ønsker at gribe ind på områder, hvor der ikke har været behov for strafferegler med henblik på at regulere borgernes adfærd i samfundet, vil handlingen ikke blive defineret som et tvangsindgreb. Området vil derfor umiddelbart fremstå som område, hvor det er «frit slag» Forfatteren finner imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om dette medfører riktighet i enhver sammenheng, og viser til politiets bruk av sporingsutstyr. Se også Henricson 2016 s. 193 hvor det uttales at: «Ofte kan det være vanskelig at afgøre, hvorvidt politiets handlinger formelt er straffbare og derfor kan karakteriseres so-199m et tvangsindgreb.»

²⁹⁶ Se Graver 2015 s. 198 som med sin henvisning til Eckhoff gir uttrykk for at «... lovligheten av forvaltningens handlinger må bedømmes med utgangspunkt i den alminnelige handlefrihet. Bare hvis en handling generelt sett er forbudt, vil den også være forbudt for forvaltningen, med mindre forvaltningen har en særlig tillatelse til å utføre den.» Fremstillingen synes ikke å sondre mellom inngripende og ikke-inngripende tiltak. Se også Spurkeland 2011 som synes å anlegge en tilsvarende tilnærming til «den alminnelige handlefrihet» som kompetansegrunnlag for politisierende tiltak.

Se også Ot.prp. nr. 60 (2004-2005), punkt 5.1, hvor departementet uttaler følgende: «Den første gruppen gjelder *ulovfestede metoder som politiet allerede benytter seg av*, og som anses *hjemlet i den alminnelige handlefrihet*. Eksempler på dette er overvåkning, spaning, infiltrasjon og provokasjon».

Med andre ord gis det uttrykk for at en generell forbudsnorm, i lys av lex superior-prinsippet, er overflødig.²⁹⁷

I forlengelsen av førstnevnte meningsbrytning, introduseres her den andre sentrale meningsbrytningen, nemlig legalitetsprinsippets betydning for sondringen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger. Dette spørsmålet lar jeg foreløpig ligge.

Sondringen forbudsnorm eller generelt krav til kompetanse reiser en rekke implikasjoner, avhengig av valg av tilnærming, ved fastsettelse av hva legalitetsprinsippet uttrykker. For det første, den formelle innretningen av legalitetsprinsippet gir påviselige negative rettslige implikasjoner som ikke ivaretas av lex superior-prinsippet. I tilfeller hvor en normering som forbyr en handling oppheves, vil en generell forbudsnorm uttrykt gjennom legalitetsprinsippet ha selvstendig betydning. Forbudsnormen vil da på generelt grunnlag forby handlingen dersom den utgjør et inngrep. Dette i motsetning til den formelle innretning av prinsippet. Her vil det offentlige kunne påberope seg at normeringen som angir forbudet er opphevet med den følge at den i utgangspunktet inngripende handlingen blir lovlig i kraft av den alminnelig handlefrihet. Følgelig utspilles lex superior-prinsippets rolle som skranke for det offentliges virksomhetsutøvelse. For det andre, og i forlengelsen av førstnevnte implikasjon, synes den formelle innretning av legalitetsprinsippet å utfordre folkesuverenitetsprinsippet. Dersom det offentlige nyter tilsvarende handlefrihet som individet vil det i realiteten innebære at denne delen av folkesuverenitetsprinsippet «snus på hodet», da tilnærmingen bygger på forutsetningen om at folket gjennom Stortinget som lovgivende forsamling må positivt angi hva det offentlige ikke kan gjøre av inngrep. Dette står i sterk kontrast til dagens lovgivningspraksis, hva angår

²⁹⁷ Tilsvarende, Hopsnes/Solberg s 96.

regulering av offentlig myndighetsutøvelse, hvor folket, gjennom Stortinget som lovgiver, definerer hva forvaltningen faktisk kan foreta av inngripende tiltak.

Som eksempler på slik positiv lovgivning som angir hva politiet positivt er gitt kompetanse til å utføre, vises det til politilovens kapitel II og straffeprosesslovens fjerde del som angir regler for bruk av tvangsmidler. Straffeprosessloven § 216 l er et eksempel på lovregulering som bryter med tanken om at forvaltningen på lik linje med individet nyter full handlefrihet. Bestemmelsen regulerer når politiet kan avlytte eller gjøre opptak av samtaler med en mistenkt dersom politiet selv deltar i samtalen eller har fått samtykke fra en av samtalepartene. Lovgiver har funnet det nødvendig å lovregulere det offentliges kompetanse til å foreta handlingen, til tross for at en tilsvarende handling er lovlig for det enkelte individ.

For det tredje kan det vises til eksempler på offentlig virksomhet hvor myndighetsutøvelsen ikke er lovregulert. Dersom den formelle innretningen av legalitetsprinsippet legges til grunn, vil offentlig virksomhet som utgjør et inngrep være lovlig/rettmessig i kraft av alminnelig handlefrihet.²⁹⁸ En generell forbudsnorm, slik den tradisjonelle retning forfekter, vil på selvstendig grunnlag sette skranker for forvaltningens virksomhet som er av inngripende karakter.

Problemstillingen kan belyses gjennom følgende eksempel. I sin forebyggende og kriminalitetsbekjempende virksomhet anvender politiet spaning som metode. Spaning som metode er ikke lovregulert. Det er ikke vanskelig å forestille seg tilfeller hvor spaningsvirksomheten blir så intens og omfattende at den samlet fremstår som et inngrep. All den tid virksomheten ikke er forbudt ved lov, vil en formell tilnærming til legalitetsprinsippet innebære at aktiviteten er lovlig uavhengig av om den utgjør et inngrep. Den tradisjonelle tilnærmingen vil, gjennom å oppstille en generell forbudsnorm for inngripende tiltak, tvinge politiet til fortløpende å vurdere om aktiviteten utgjør et inngrep med den følge at den må stanses.

For det fjerde bryter den formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet med en langvarig og innarbeidet rettstradisjon av konstitusjonell rang, nemlig det felles verdigrunnlag som både Grunnloven og legalitetsprinsippet bygger på og verner om: folkesuverenitet, maktfordeling og menneskerettighetenes ukrenkelige verdier.

²⁹⁸ Se Hopsnes/Solberg s. 96 som legger til grunn en tilsvarende tilnærming ved å vise til at både privatlivets fred og personvernet er gitt meget svakt lovfestet vern.

Ovennevnte drøftelser viser isolert sett at valg av tilnærming til hva legalitetsprinsippet uttrykker, gir påviselige rettslige implikasjoner. Med andre ord, et legalitetsprinsipp som uttrykker en generell forbudsnorm har rettslig aktualitet.²⁹⁹ Menneskerettighetsutvalget la til grunn i sin utredning at legalitetsprinsippet inneholder en generell forbudsnorm.³⁰⁰ En slik tilnærming har støtte i Høyesterettspraksis.³⁰¹ Legalitetsprinsippet bør derfor anvendes i den forståelse at det gir uttrykk for en forbudsnorm som på generelt grunnlag forbyr inngripende myndighetsutøvelse som ikke er tillat ved lov, eller i medhold av lov.³⁰²

5.5.3 Sondringen normeringshandlinger – faktiske handlinger

Den andre meningsbrytning som utkrystalliseres ved sammenstilling av den tradisjonelle og formelle innretning av legalitetsprinsippet, er sondringen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger.

Den offentlige myndighetsutøvelse materialiseres gjennom en rekke handlinger. Disse handlingene har i norsk juridisk teori tradisjonelt blitt inndelt i to ulike kategorier, henholdsvis «normeringshandlinger» og «faktiske handlinger».³⁰³ Sondringen har vært viet mye oppmerksomhet i diskursen rundt fastsettelse av legalitetsprinsippets rekkevidde, og da i tilknytning til spørsmålet om faktiske handlinger, på lik linje med normeringshandlinger, reguleres av legalitetsprinsippet kompetansekrav.³⁰⁴

Normeringshandlinger kan enten være generelle eller individuelle, se Graver 2015 s. 190. I sin generelle form kommer normeringshandlinger vanligvis til uttrykk gjennom lover og forskrifter. For politiets vedkommende er det også vanlig å fastsette generelle normeringer gjennom instrukser, rutiner og ordrer. Individuelle normeringer retter seg mot konkrete personer i form av for eksempel forvaltningsvedtak. Forvaltningsvedtak er som regel formalisert og

²⁹⁹ Tilsvarende, se Hopsnes/Solberg s. 96.

³⁰⁰ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 249.

³⁰¹ Det vises i den anledning til 5.5.3.1 hvor relevante høyesterettsavgjørelser er presentert.

³⁰² Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 275 som også legger til grunn at legalitetsprinsippet som forbudsnorm også retter seg mot faktiske handlinger.

³⁰³ Synonymt med «normeringshandlinger» brukes også begrepene «normeringsakt» og «normeringer», se for eksempel Graver 2015 s. 190 og Eckhoff/Sundby 1990 s. 83.

³⁰⁴ Se Graver 2015 s. 198 flg.

uttrykt skriftlig. For politiets polisære virksomhet er situasjonen annerledes, idet normeringshandlinger som den store hovedregelen kommer til uttrykk muntlig «der og da» gjennom et pålegg.

Felles for all myndighetsutøvelse uttrykt gjennom handlinger, er at de i tilknytning til bestemte situasjoner fastsetter bestemte rettsfølger. Med andre ord, det kan knyttes både rettslige og faktiske konsekvenser til begge kategorier handlinger. Den videre fremstilling vil ta utgangspunkt i en to-delt sondring mellom henholdsvis den rettslige og den terminologiske dimensjonen.

5.5.3.1 *Sondringens rettslige dimensjon*

Det som tradisjonelt har skilt normeringshandlinger fra faktiske handlinger er at normeringshandlingene bedømmes ut fra kompetansegrunnlaget.³⁰⁵ Når normeringshandlinger tillegges den eksklusive egenskap å bli vurdert ut fra et bestemt kompetansegrunnlag skyldes dette blant annet at juridisk teori har definert *kompetanse* som evne til «ved normeringsakt fastsette (endre eller oppheve) generelle eller individuelle normer».³⁰⁶ På denne måten fremstår normeringshandlingen som et produkt av anvendt kompetanse. Når myndighetsutøvelse forsøkes forklart og beskrevet gjennom to ulike kategorier er det naturlig å foreta en negativ avgrensning av kategorien *faktiske handlinger* som alle handlinger som ikke er normeringshandlinger.³⁰⁷ En slik tilnærming leder oss til den konklusjonen at faktiske handlinger dermed ikke kan være et produkt av anvendt kompetanse.³⁰⁸ *Eckhoff* og *Smith* hevder at «...lovskravet ikke kommer inn i bildet i forhold til de rent faktiske sider ved forvaltningens virksomhet», og uttrykker videre at krav om at hjemmel i lov kun er nødvendig dersom handlingen er forbudt ved lov, jf. *lex superior*-prinsippet.³⁰⁹ *Eckhoff* og *Smith* sin tilnærming forutsetter at en rettslig beslutning bygger på en lovhjemmel og en faktisk handling på en lovfestet tillatelse.³¹⁰ For

³⁰⁵ Se Graver 2015 s. 190 og Auglend 2016 s 157.

³⁰⁶ Se Graver 2015 s. 190. Tilsvarende, se Eckhoff/Sundby 1990 s. 83. Bernt/Rasmussen 2003 s. 65 forklarer *rettslig kompetanse* som «[e]vne til å skape rettsvirkninger ved et dispositivt utsagn».

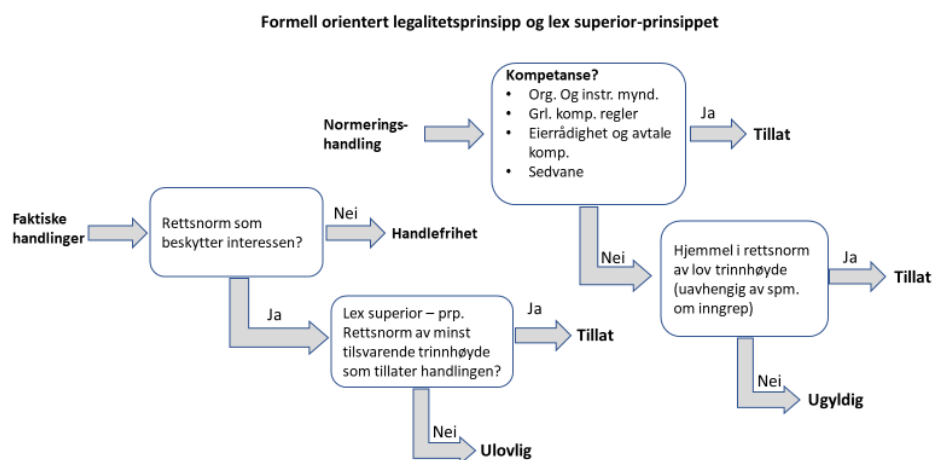
³⁰⁷ Tilsvarende Graver 2015 s. 190.

³⁰⁸ Se Graver 2015 s. 193.

³⁰⁹ Se Eckhoff/Smith 2018 s 356 flg.

³¹⁰ Se Auglend 2016 s. 157.

normeringshandlinger blir det et spørsmål om den hviler på et tilstrekkelig kompetansegrunnlag som gjør den gyldig.³¹¹ Graver, som er av den oppfatning at det eksisterer et skarpt rettslig skille mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger,³¹² mener at det for faktiske handlinger ikke er et spørsmål om handlingen er gyldig, men om den er tillatt i kraft av en alminnelig handlefrihet, eller i kraft av en positiv rettsnorm av minst tilsvarende rangorden som forbudsnormen som tillater handlingen. En slik tilnærming innebærer at normeringshandlinger faller innenfor legalitetsprinsippet, mens faktiske handlinger faller utenfor med den følge at lovligheten må vurderes etter lex superior-prinsippet.³¹³ Tilnærmingen kan beskrives med følgende figur.³¹⁴



Figur 7

³¹¹ Se Graver 2015 s. 194.

³¹² Se Graver 2015 s. 193.

³¹³ Se Graver 2015 s. 195 hvor han også viser til at Eckhoff innehar tilsvarende syn.

³¹⁴ I denne sammenheng blir kun delen av figuren som beskriver faktiske handlinger omtalt.

Konstruksjon av en rettsnorm som forutsetter at det ikke kan oppstilles krav om lovhjemmel for faktiske handlinger må, slik *Graver* påpeker, bygge på et prinsipp om at også offentlig forvaltning må bedømmes med utgangspunkt i den alminnelige handlefrihet.³¹⁵ En konsekvens av dette er at en faktisk handling alltid vil være tillatt såfremt det ikke eksisterer et faktisk forbud mot handlingen. I den grad det foreligger en rettsnorm som forbyr handlingen, må forvaltningen kunne vise til en rettsnorm av minst tilsvarende trinnhøyde som tillater handlingen, jf. *lex superior*-prinsippet.

Som tidligere påpekt hviler denne konstruksjonen på én påviselig svakhet, idet den – i strid med folkesuverenitetsprinsippet – bygger på forutsetningen om at folket gjennom Stortinget som lovgivende forsamling positivt må angi hva det offentlige ikke kan gjøre av inngrep.

En gjennomgang av Høyesterettspraksis viser at sonderingen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger ikke tillegges rettslig relevans for spørsmålet om legalitetsprinsippets rekkevidde.

I kjennelsen inntatt i Rt. 1981 s. 21 tok Høyesterett stilling til om to personer kunne straffes for å ha nektet å etterkomme pålegg om å fjerne seg fra en anleggsvei i tilknytning til bygging av kraftstasjon i Alta-vassdraget. De tiltalte ble frifunnet av herredsretten under henvisning til dagjeldende bestemmelse om nødverge (strl. 1902, § 48) idet retten la til grunn at fortsatt veibygging på daværende tidspunkt var ulovlig. Høyesterett, som opphevet dommen på grunn av feil lovanvendelse, la til grunn at politiet ut fra situasjonen «den gang» hadde «rimelig og fornuftig grunn for» å pålegge de tiltalte å fjerne seg. Dette utløste en lydighetsplikt selv om det i ettertid skulle vise seg at pålegget bygget på uriktige faktiske forutsetninger, i dette tilfellet knyttet til spørsmålet om lovligheten av veibyggingen. I kjennelsen belyses kompleksiteten i den rettslige vurderingen av myndighetsutøvelsen. Spørsmålet om de tiltaltes manglende lydighet utgjorde en handling som tok sikte på å avverge «et rettsstridig angrep» kunne ikke vurderes i forhold til spørsmålet om veibyggingen var ulovlig, men måtte vurderes i forhold til spørsmålet om «det under de foreliggende forhold var rettstridig av politiet å gi de tiltalte pålegg om å fjerne seg fra stedet ...» Med andre ord, spørsmålet om det forelå rettstridig myndighetsutøvelse ble knyttet til politiets normeringshandling i

³¹⁵ Se *Graver* 2015 s. 198 flg.

form av pålegget om å fjerne seg, og ikke den etterfølgende operasjonalisering i form av at personene ble fjernet, som må sies å utgjøre en faktisk handling.

Høyesterett har ved flere avgjørelser lagt til grunn at legalitetsprinsippet utgjør en generell forbudsnorm som setter skranker for offentlige handlinger, se Hopsnes/Solberg s 92.

I Rt. 1984 s. 1076 tok Høyesterett stilling til spørsmål om etterforskning med provokasjonstilsnitt, ved at en polititjenesteperson opptrådte i den påtenkte kjøpers sted og på den måten bidro til at overføring av narkotikapartiet til Norge, var å anse som ulovlig ervervet bevis. Domfelte ble ikke hørt med at ekstraordinære etterforskningsmetoder krever lovhjemmel. Høyesterett påpekte at manglende lovregulering av metoden ikke kan tolkes som et forbud mot handlingen. Spørsmålet er om det enkelte etterforskningskritt «... representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel.»

I en avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 20 hadde Høyesterett til behandling en sak hvor en polititjenesteperson, som var ansvarlig for en uttransport av en person fra Gambia, besluttet å tvangsmedisinere vedkommende like før avgang. Formålet var å hindre at vedkommende på nytt forhindret effektivering av uttransporten ved å sette seg til motverge og lage bråk. Etter å ha konstatert at tvangsmedisineringen var uhjemlet og at en slik inngripende integritetskrenkelse faller utenfor de tradisjonelle politihandlinger, påpekte Høyesterett at «[l]egalitetsprinsippet tilsier at det må kreves hjemmel i lov for at en slik tjenestehandling skal være akseptabel.»

I HR-2010-902-A tok Høyesterett stilling til om et kommunalt sykehjem kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer mot pasientens vilje. Både flertallet og mindretallet i Høyesterett tok i sin avgjørelse utgangspunkt i at «det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner ...»

I en avgjørelse inntatt i HR-2016-1833-A hadde Høyesterett til behandling spørsmålet om strpl. § 157 hjemlet påtalemyndighetens adgang til ved tvang å bruke siktedes finger for å låse opp hans mobiltelefon med bruk av fingeravtrykk. Påtalemyndigheten mente at siktede hadde brukt mobiltelefonen til å filme voldshandlinger han var siktet for å ha utført. En myndighetshandling i form av å scanne siktedes finger ved bruk av tvang er en faktisk handling. Høyesterett, som forankret spørsmålet om det forelå tilstrekkelig hjemmel i legalitetsprinsippets krav om «klar lovhjemmel», kom fram til at den faktiske handling i form av å tvinge siktede til å scanne sin finger for å åpne mobiltelefonen, etter en naturlig forståelse av ordlyden språklig sett var noe annen enn en kroppslig undersøkelse som § 157 hjemler.

I forarbeidende til Grl. § 113 fremhever Menneskerettighetsutvalget at det er uten betydning om offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. I begge tilfeller trenger myndighetene hjemmel i lov for å gripe inn i

borgernes rettssfære.³¹⁶ Foruten solid forankring i Høyesterettspraksis, har Menneskerettighetsutvalgets valg av perspektiv – ved å forankre sitt lovforslag i det tradisjonelle legalitetsprinsippet – støtte i juridisk teori.³¹⁷

Den tidligere sondringen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger ved fastsettelse av legalitetsprinsippet rekkevidde synes dermed å ha mistet sin rettslige relevans. Når rettmessigheten av offentlig myndighetsutøvelse skal avklares, er det sikker rett at vurderingen skal forankres i legalitetsprinsippet krav om lovhjæmmel uavhengig av om handlingen rubriseres som en normeringshandling eller en faktisk handling.

5.5.3.2 Sondringens terminologiske dimensjon

Når den rettslige betydningen av sondringen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger synes avklart, gir det grunn til å stille spørsmål om det i den juridiske diskurs er hensiktsmessig å operere med et terminologisk skille.³¹⁸ En videreføring av det terminologiske skillet mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger bør i så fall dekke et bestemt formål for å fremstå som hensiktsmessig. Opprettholdelse av skillet kan tenkes forankret i et pedagogisk formål om å etablere begreper som forklarer og belyser ulike sider ved den offentlige myndighetsutøvelsen.³¹⁹ Det forutsetter imidlertid at det lar seg gjøre å kategorisere den offentlige myndighetsutøvelsen innenfor én av de to kategoriene «normeringshandlinger» eller «faktiske handlinger», uten at det oppstår tvilsomme grensdragningsproblemer.

Den terminologiske sondringen mellom normeringshandlinger og faktiske handlinger fremstår i utgangspunktet som uproblematisk. Mens *normeringshandlinger* er vedtak eller anvisninger som pålegger noen plikter i form av å gjøre, tåle eller unnlate noe, og dermed utgjør en innskrenking i den formelle frihet ved å angi hva som er ulovlig og

³¹⁶ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 249.

³¹⁷ Se Auglend 2016 s. 157. Graver 2015 s 197 flg. gir også uttrykk for at det har noe for seg å følge dagens praksis, utpenslet gjennom høyesterettspraksis, som legger til grunn at det trengs lovhjæmmel for å foreta inngripende handlinger.

³¹⁸ Se Hopsnes/Solberg s 98 som berører tilsvarende tema.

³¹⁹ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 359 som fremhever at valg av terminologi synes å ha begrenset betydning for resultatet. Det som er viktig er å forstå begrunnelsen for valg av terminologi.

lovlig adferd,³²⁰ er *faktiske handlinger* myndighetsutøvelse som materialiserer seg gjennom fysisk inngripende tiltak rettet mot person og/eller materielle goder. Effektuering av en normeringshandling kan skje på to måter. Virkemidlet kan enten være en rettslig normering eller en faktisk handling.³²¹ Vi kan tenke oss at politiet har formalisert beslutningen om å regulere ferdsel på et angitt sted gjennom en politimesterordre. Denne normeringshandlingen kan effektueres ved at politiet gir tilstedeværende personer pålegg om å forlate stedet, og i den grad pålegget ikke etterfølges kan det effektueres ved at politiet med hjemmel i pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd fjerner personene. En slik sontring fremstår i utgangspunktet som klargjørende.

Imidlertid gir sontringen oss noen utfordringer når vi søker å belyse begrepenes felles grensesnitt. Et pålegg fra politiet om å «rolig begi seg vekk fra stedet» er en klar og tydelig normeringshandling hvor de tilstedeværende pålegges en plikt til å gjøre noe i form av å «begi seg vekk fra stedet». Like klart og uproblematisk fremstår tiltaket å «fjerne» eller «anholde» de tilstedeværende, jf. pl. § 7 andre ledd som en faktisk handling. Det er først når normeringshandlingen og den faktiske handlingen «flyter over i hverandre» at sontringen blir utfordrende.

Dersom politiet velger å regulere ferdselen ved å sette opp gjerder som sperrer adgangen til området, eller gjennom å dirigere menneskene ved bruk av tegn og signaler, vil det kunne stilles spørsmål om politiets regulering av adferd er et resultat av en normeringshandling eller en faktisk handling. I begge tilfeller har politiet gjennom en faktisk handling (konkludent adferd) kommunisert en normering som inneholder et budskap om oppholdsforbud.

Ytterligere kompliserende blir det dersom vi tenker oss at politiet går til direkte aksjon og fjerner en person uten noen forutgående muntlig ordre om å forlate stedet.³²² I et slikt tilfelle har politiet vurdert det som maktpåliggende å fjerne vedkommende straks

³²⁰ Se Hopsnes/Solberg s 90.

³²¹ Se Auglend 2016 s 162.

³²² Se Auglend 2016 s 162 som reiser tilsvarende problemstilling.

og resolutt uten å kommunisere en normeringshandling. Tross dette er tjenestehandlingen ikke frikoblet fra en forutgående normeringshandling. Når tjenestepersonen går til det skritt å fjerne vedkommende, er det basert på en vurdering og beslutning om at det er nødvendig å straks fjerne vedkommende fra stedet. Med andre ord, tjenestehandlingen er forankret i en forutgående normering, men normeringshandlinger er kun kjent for polititjenestepersonen.

En kunne tenke seg en tilnærming hvor normeringshandlinger kjennetegnes ved at mottaker, gjennom egenaktivitet, oppfyller formålet med normeringen, eksempelvis ved «rolig å begi seg bort fra stedet», mens faktiske handlinger er myndighetenes fysiske inngripen for å effektivisere manglende etterlevelse av normeringshandlingen. En slik tilnærming vil ikke fange opp det ovenfor nevnte praktiske tilfellet hvor politiet velger å gå til fysisk inngripen uten å kommunisere sin normeringshandling. Her vil den faktisk tjenestehandling ikke ha som formål å effektivisere manglende etterlevelse av en normeringshandling. Tvert imot, den bygger på en normeringshandling som kun er kjent for polititjenestepersonen og som ikke forutsettes oppfylt gjennom egenaktivitet fra den normeringen retter seg mot.

En ytterligere kompliserende faktor for spørsmålet om hensiktsmessigheten knyttet til den terminologiske dimensjonen, er spørsmålet om hva en «handling» er. All myndighetsutøvelse materialiseres gjennom handlinger. Da oppstår spørsmålet om når myndighetsutøvelsen starter, i form av en handling, og når den kan sies å være avsluttet. Problemstillingen kan belyses med følgende praktiske eksempel:

Barnevernstjenesten har i medhold av barnevernloven § 4-6 andre ledd fattet vedtak om at et barn skal plasseres midlertidig i fosterhjem. Normeringshandlingen i form av et vedtak utgjør startpunktet for en bestemt myndighetsutøvelse som har som formål å effektivisere vedtaket om midlertidig plassering av barnet i fosterhjem. Grunnet i faren for at barnets biologiske foreldre vil motarbeide effektivisering av vedtaket, blir de ikke gjort kjent med vedtaket før representanter fra barnevernet møter opp på bopel for å hente barnet. Som fryktet motsetter foreldrene seg effektivisering av vedtaket ved å nekte barnevernstjenesten adgang til boligen. For å skaffe seg nødvendig tilgang til boligen,

retter barnevernstjenesten, i medhold av barnevernloven § 6-8, en formell henvendelse til politiet om bistand for å fullbyrde vedtaket om midlertidig plassering av barnet i fosterhjem. Bistandsanmodningen utgjør en selvstendig normeringshandling som retter seg til politiet og aktualiserer dermed politiets lovpålagte bistandsplikt, jf. pl. § 2 nr. 5 og pi. § 2-2 nr. 5.

Politiet må da på selvstendig grunnlag vurdere om barnevernstjenestens vedtak som utløser politiets bistandsplikt er rettmessig, jf. pi. § 13-4 andre ledd, se Auglend/Mæland 2016 s. 998 flg. Det er ikke krav om at politiet må foreta en fullstendig realitetsgjennomgang av vedtaket, herunder gjennomgang av fakta og subsumsjonen. Imidlertid har politiet, slik som påpekt av Høyesterett i Rt. 2004 s. 128, en selvstendig undersøkelsesplikt, herunder kontrollere at vedtaket er fattet av representant med vedtaksmyndighet, og at bistandsanmodningen er rettmessig fremsatt. Saken gjaldt spørsmålet om en person hadde gjort seg skyldig i å hindre politiet i sin tjenesteutøvelse ved å tilbakeføre hans 14 år gamle datter til en barnevernsinstitusjon. Både tingretten og lagmannsretten frifant mannen med begrunnelsen at det ikke forelå et barnevernsvedtak som kunne fullbyrdes. Et av ankepunktene var at vedtaket ikke var fattet av administrasjonens leder som var vedtakskompetent i saken. Lagmannsrettens dom ble opphevet grunnet mangelfulle domsgrunner.

I tillegg må det foretas en konkret vurdering av om bistandsanmodningen speiler at det er en saklig sammenheng mellom bistandsanmodningen og barnevernets virksomhet. Dernest må det fremstå som nødvendig og naturlig at politiet bistår, se Auglend/Mæland 2016 s. 978. Når politiet bistår annen myndighet er det en forutsetning om at primæransvarlig organ er tilstede.

Når politiet ankommer stedet, er det naturlig at representanter fra barnevernet, i politiets nærvær, retter en henvendelse til barnets foreldre om å åpne døren og overlate barnet i barnevernstjenestens varetekt. Da foreldrene nekter å åpne døren, vil politiet gjennom dialog først henstille foreldrene om å åpne døren, før de gir et pålegg om å åpne med en tilknyttet formaltrussel om at hvis så ikke skjer, vil politiet bryte opp døren. Da foreldrene fortsatt nekter å åpne døren, bryter politiet, med hjemmel i pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd, opp døren. På nytt henvender barnevernet seg til foreldrene med henstilling om å samarbeide. Nok en gang avviser de anmodningen med den følge at politiet må anholde foreldrene mens barnevernet henter barnet på barnerommet og frakter barnet til fosterhjemmet som må anses som avslutningen på myndighetsutøvelsen og handlingen.

Eksemplet over viser at en *tjenestehandling*, som i den terminologiske dimensjonen kan deles inn i en rekke ulike normerings- og faktiske handlinger, har en indre sammenheng og samlet utgjør myndighetsutøvelsen i form av én handling med et definert start- og avslutningspunkt. Den indre sammenhengen styrkes ytterligere ved at en faktisk handling alltid er uløselig knyttet til en forutgående normeringshandling. Dette viser at det også i den terminologiske dimensjonen ofte vil være vanskelig og tidvis tilnærmet umulig å bestemt kategorisere myndighetsutøvelsen under én av de to nevnte kategorier.³²³

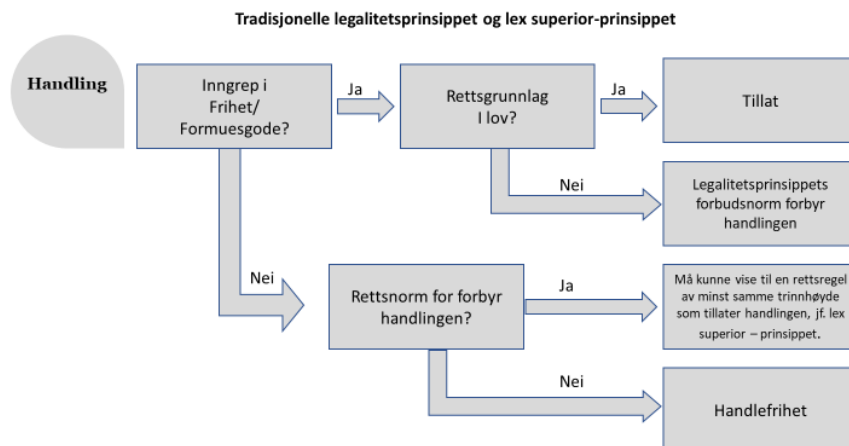
Vi står da ovenfor en situasjon hvor den terminologiske sondringen er beheftet med så mange tvilsomme grensedragnings spørsmål at det synes vanskelig å etablere et begrepsapparat som tydelig forklarer og belyser ulike sider ved offentlig myndighetsutøvelse. En videreføring kan dermed ikke forankres i et hensiktsmessig formål.

5.5.4 Oppsummering

Hva legalitetsprinsipper uttrykker er ikke bare et spørsmål av terminologisk karakter og akademiske interesse, men også et tema med påviselige rettslige implikasjoner. Som drøftelsene ovenfor viser, må det kunne legges til grunn at legalitetsprinsippet uttrykker en generell forbudsnorm som forbyr inngripende myndighetsutøvelse som ikke er tillatt ved lov, eller i medhold av lov. Likeledes er det pekt på en rekke momenter som taler for å oppgi både det rettslige og terminologiske skillet mellom normeringshandling og faktiske handlinger når legalitetsprinsippets rekkevidde skal avklares. Både i den rettslige og praktiske kontekst er det spørsmålet om myndighetsutøvelsen er eller var rettmessig, som har aktualitet. Legalitetsprinsippets generelle forbudsnorm mot uhjemlede inngripende tiltak bygger på de samme hensyn, uavhengig av om inngrepet er et resultat av en normeringshandling eller en faktisk handling. Når begrepene i den terminologiske dimensjonen ikke evner å bidra til etablering av et entydig

³²³ Som påpekt av Smith 1978 s. 657 kan skillet mellom normeringshandling og faktiske handlinger i forhold til legalitetsprinsippet fremstå som noe kunstig i situasjoner hvor rettslige og faktiske virkemidler kan være alternativer.

begrepsapparat, velger jeg å tilby følgende modell basert på det tradisjonelle legalitetsprinsippet i harmoni med lex superior-prinsippet:



Figur 8

Modellen, som tar utgangspunkt i at myndighetsutøvelse materialiseres gjennom en tjenestehandling, stiller det grunnleggende spørsmål om myndighetsutøvelsen utgjør et inngrep. For ikke-inngripende tiltak eksisterer det en handlefrihet såfremt det ikke kan vises til en rettsnorm som forbyr handlingen. I så fall må det i henhold til lex superior-prinsippet kunne vises til en rettsnorm av minst tilsvarende trinnhøyde som tillater handlingen. I tilfeller hvor myndighetsutøvelsen utgjør et inngrep, vil legalitetsprinsippet generelle forbudsnorm forby handlingen så lenge det ikke kan vises til en lovhjemmel som tillater handlingen.

5.6 Legalitetsprinsippet på strafferettens område

5.6.1 Innledende betraktninger

Høyesterett har i en avgjørelse av 2016 lagt til grunn at det hersker et strengere lovskrav på strafferettens område, jf. Grl. § 96, enn hva som kan utledes av det *generelle* legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113.³²⁴ Legalitetsprinsippets betydning på strafferettens område vil derfor utgjøre en sentral referanse når det polisiære legalitetsprinsippets innhold skal fastsettes. Jeg skal i den videre fremstilling se nærmere på hva det strafferettslige legalitetsprinsipp uttrykker.

Fremstillingen, som på ingen måte tar mål av seg å gi en selvstendig og uttømmende behandling av temaet, har som siktemål å kort redegjøre for tre av elementene som det strafferettslige legalitetsprinsippet tradisjonelt inndeles i, henholdsvis (1) *krav om hjemmel i lov*, (2) *forbud mot analogisk tolkning* og (3) *presisjonskravet*. Legalitetsprinsippets fjerde element, (4) *forbudet mot tilbakevirkende kraft*, vil ikke bli viet oppmerksomhet.³²⁵ Spørsmålet om en lov er gitt tilbakevirkende kraft vil ikke ha aktualitet, da politiets inngripende myndighetsutøvelse alltid skjer i «nåtid».

5.6.2 Lovskravet

Legalitetsprinsippet på strafferettens område har grunnlovsrang. Det følger av Grl. § 96 at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov ...» Grunnloven gir med dette uttrykk for prinsippets første element, *krav om hjemmel i lov*. Denne delen av legalitetsprinsippet blir i teorien også omtalt som *lovskravet* og *lex scripta-kravet*. Lovskravet fremgår også

³²⁴ Se HR-2016-1982-A avsnitt 35: «Ileggelse av tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven krever etter Grl. § 113 grunnlag i lov. Men fordi tilleggsavgift ikke er straff etter Grl. § 96, kommer det strengere lovskravet for å kunne straffe, ikke til anvendelse.»

³²⁵ Se Jacobsen 2009 s. 315 som operer med en tilsvarende inndeling. Tilsvarende i svensk rett, jf. Boucht 2011 s. 57. Se også Baumbach 2008 sin fremstilling av det strafferettslige legalitetsprinsipp i dansk rett. Motsetningsvis Frøberg 2015 s. 50 som uttaler at «[l]egalitetsprinsippet inneholder, [...], to hovedkomponenter: et klarhetskrav og et analogiforbud».

av straffeloven § 14: «Strafferettslige reaksjoner, jf. §§ 29 og 30, kan bare ilegges med hjemmel i lov.»³²⁶

HR-2016-1458-A illustrerer lovskravets innhold på strafferettens område. Saken omhandler tre personer som ble bøtelagt av Rogaland politidistrikt. For å ha utført persontransport mot vederlag uten løyve. Kontakten mellom sjåfør og passasjer var formidlet gjennom mobilapplikasjonen Haxi. Høyesterett la til grunn at vilkåret for løyveplikt i yrkestransportloven § 4 første ledd andre punktum – at tilbudet om transport «vert retta til ålmenta på offentlig plass» – ikke var oppfylt. Om lovskravet i strafferetten, jf. Grl. § 96 sa Høyesterett følgende (avsnitt 8): «Dette omfatter dels et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området, og dels en instruks om at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker. Jeg viser spesielt til Rt-2009-780 avsnitt 20-21 (derivat), Rt-2011-469 avsnitt 9 (mishandling av tidligere samboer), Rt-2012-313 avsnitt 29 (grov «selvvasking»), Rt-2012-752 avsnitt 26 (helikopterlanding), Rt-2012-1211 avsnitt 18 og 22 (internettblogg) og Rt-2014-238 avsnitt 15-19 (hønehauk). Den forståelsen av lovskravet som ligger til grunn for disse dommene, utelukker også straff per analogi – altså med den begrunnelse at det forholdet som er til pådømmelse, har så store likhetstrekk med det som omfattes av et straffebud, at det bør bedømmes likt.»

Når Grl. § 96 foreskriver at en straffedom må ha sitt grunnlag i «lov» forstås det som et krav om formell lovgivning vedtatt av Stortinget i samsvar med Grl. §§ 76-79, samt provisorisk anordning, jf. Grl. § 17.³²⁷ Kravet om skreven formell lov kan ikke forstås bokstavelig, men som et krav om at formell lov må utgjøre den primære rettskilde ved fastsettelse av rettsregelen.³²⁸

I NOU 1992: 23 er det uttalt at det var «godtatt i forhold til § 96 at innholdet i f.eks. de subjektive skyldkrav er blitt fastlagt i rettspraksis».³²⁹ Strandbakken omtaler i den forbindelse at «lovskravet har først og fremst betydning i forhold til den objektive

³²⁶ Legalitetsprinsippet kommer også til uttrykk i internasjonale konvensjoner. Som eksempel, kan nevnes EMK artikkel 7, *FNs menneskerettighetskonvensjon* artikkel 11 nr. 2, *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)* artikkel 15 (se menneskerettsloven vedlegg nr. 5). Når fremstillingen avgrenses mot en nærere fremstilling av hva legalitetsprinsippet uttrykker gjennom disse konvensjonene, har det sin begrunnelse i at legalitetsprinsippet – slik det kommer til uttrykk i Grl. § 96 – går lenger enn det som kan utledes av EMK og øvrige konvensjoner. Tilsvarende Strandbakken 2004, punkt 3.1.

³²⁷ Se Strandbakken 2004, punkt 3.2.

³²⁸ Se Jacobsen 2009 s. 317 som legger til grunn følgende: «... strafferegelen, den ferdige tolka rettsregelen som konstaterer at handling B kan straffast etter regel A, må ha lov som sin *primære rettsheimel*.» Om primær rettskilde, se 5.2.

³²⁹ Se NOU 1992: 23 s. 72.

gjerningsbeskrivelsen.»³³⁰ En slik tilnærming finner støtte i Rt. 2014 s. 238 hvor Høyesterett legger til grunn at det er «foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.»³³¹

En annen sentral problemstilling knyttet til lovskravet på strafferettens område, er lovgivers adgang til å delegere lovgivningsmyndighet. Temaet har i liten grad vært gjenstand for en bredt anlagt behandling. Det er i teori og praksis enighet om at Grunnloven ikke forbyr Stortinget å delegere kompetanse til å normere.³³² Dette gjelder også på strafferettens område. Med bakgrunn i legalitetsprinsippets krav om at den objektive gjerningsbeskrivelsen må fremgå av formell lov, kan det legges til grunn at lovskravet oppstiller et forbud mot å delegere kompetanse til å fastsette selve straffetrusselen.³³³ Utover dette er det vanskelig å utlede av Grl. § 96 noen klare grenser for delegasjonsadgangen.

Praksis viser at Stortinget, i en ikke ubetydelig utstrekning, har delegert kompetanse til forvaltningen å nærmere fastsette handlingsnormer ved forskrift. Som eksempel kan det vises til samfunnsområder som preges av rask utvikling, med tilhørende behov for rettslig regulering.³³⁴ Tilsvarende delegasjonspraksis finner vi på områder hvor lovgivningen preges av særlig fagkyndighet.³³⁵ Ytterligere har vi eksempler på at lovgivningskompetanse er delegert ut fra tanken om at lokale utfordringer krever lokalt tilpasset lovgivning.³³⁶

³³⁰ Se Strandbakken 2004, punkt 3.1. Se også Jacobsen 2009 s. 317 (med videre henvisninger) som uttaler at «Grl. § 96 tradisjonelt er forstått slik at av ansvarsvilkåra er det berre sjølve *gjerningsskildringa* som å vere nedfelt i lova. Andre straffevilkår, som skuldkravet, kan derimot byggje på ulovfesta rett.»

³³¹ Avgjørelsen er omhandlet nedenfor i 5.6.3.

³³² Se Opsahl 1965 s. 35 hvor han gir uttrykk for at det blant norske jurister er enighet om at delegasjon av lovgivningsmyndighet «langt på vei er forenelig med forfatningen». Se også Andenæs/Fliflet 2017 s. 286.

³³³ Se Strandbakken 2004, punkt 3.2.

³³⁴ Som eksempel kan det vises til lov om legemidler mv. (Lov 4.12.1992 nr. 132) § 22 hvor lovgiver har delegert til regjeringen (Kongen) å fastsette hva som til enhver tid anses som narkotika.

³³⁵ Som eksempel kan det vises til vtL § 13 hvor fastsettelse av krav til kjøretøy er delegert til departementet. Se forskrift 25. januar 1990 nr. 91 – forskrift om krav til kjøretøy.

³³⁶ Som eksempel kan det vises til pl. § 14 som gir den enkelte kommune, etter godkjenning av departementet, kompetanse til å fastsette lokale politivedtekter for orden og renhold på offentlig sted. Overtredelse av disse vedtekter er straffsankjonert, jf. pl. § 30 nr. 4. Ved F16.11.2000 nr. 1151 har Justis- og politidepartementet (Justis- og beredskapsdepartementet) med hjemmel i lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 14, § 16 tredje ledd, § 20 tredje ledd, § 22 andre ledd og § 29 delegert myndigheten til å stadfeste politivedtekter til Politidirektoratet. Nærmere om kommunale politivedtekter, se Auglend/Mæland 2016 s. 121 flg.

Vi lever i et samfunn som er under stadig utvikling og endring. Kompleksiteten øker med dertil behov for detaljregulering innenfor flere samfunnsområder. I en slik kontekst kan det ikke forventes at Stortinget, som lovgivende organ, skal drive med detaljregulering. Når Stortinget anvender sin delegasjonskompetanse på ovennevnte og tilsvarende samfunnsområder, er det for å dekke et reelt behov for å effektivisere lovgivningsprosessen. Stortinget, som lovgiver, vil i praksis ikke være i stand til å møte samfunnets behov for normeringer raskt nok.

I tilfeller hvor Stortinget velger å delegere normeringskompetanse til forvaltningen på strafferettens område, er det som hovedregel «Kongen og departementet» som får overdradd kompetansen.³³⁷ Imidlertid finnes det eksempler på at kompetansen er overdradd til kommuner og underliggende forvaltning. Politivedtektene er et eksempel på at kompetansen er overdradd til kommunen under vilkår om at vedtekten forelegges Politidirektoratet til godkjenning.³³⁸

I en drøftelse av grensen for adgangen til å delegere normeringskompetanse, herunder hvilke hensyn som kan gjøres gjeldende, vil maktfordelingsprinsippet utgjøre en sentral motvekt I 5.3 la jeg til grunn at maktfordelingsprinsippets funksjon som regulator mellom Stortinget og den utøvende makt har mistet mye av sin rettslige aktualitet, samtidig som Stortingets kontroll med regjeringens arbeidsutførelse har endret karakter. Som påpekt ovenfor er det mange legitime hensyn som kan begrunne behovet for delegasjon av normeringskompetanse. Uavhengig av hvilke hensyn som påberopes, er det maktpåliggende at delegasjonskompetansen utformes og utøves uten å gå på akkord med hensynet til demokratisk legitimitet og behovet for å kunne utøve effektiv kontroll med forvaltningen. *Om, og i så fall i hvilken grad* disse og andre hensyn er forenelig med det polisiære legalitetsprinsipp, vil bli behandlet senere i 5.7.

³³⁷ Se Andenæs/Fliflet 2017 s. 287.

³³⁸ Se RPOD-2018-2, punkt I.

5.6.3 Analogiforbudet

Legalitetsprinsippets andre element – forbud mot analogisk tolkning – kommer ikke direkte til uttrykk i Grunnloven, men utledes forutsetningsvis av prinsippets lovskrav. Uten et slikt forbud vil Grl. § 96 og dets lovskrav fremstå som illusorisk. For det første vil fravær av et analogiforbud rokke ved maktfordelingsprinsippet. Som Strandbakken uttrykker: «[u]ten en streng tolkning av straffebud, kunne Grl. § 96 få liten eller ingen betydning fordi man da kunne risikere at de øvrige statsmyndighetene traff bestemmelse om den rette fortolkning i det enkelte tilfelle.»³³⁹ Og for det andre, adgangen til analogi rokker ved de bærende hensyn som legalitetsprinsippet verner om, nemlig individets behov for til enhver tid å kunne forutberegne sin egen rettslige situasjon.

Juridisk teori på strafferettens område, har viet analogiforbudet stor oppmerksomhet.³⁴⁰ Av særlig interesse er analogiforbudets felles grenseflate mot *utvidende tolkning*. Det hersker en alminnelig oppfatning om at utvidende tolkning aksepteres, mens analogi er forbudt. Sondringen utvidende tolkning og analogi er av Jacobsen beskrevet som følgende:³⁴¹

«... ved utvidende tolkning er det framleis den aktuelle lovteksten som er det primære rettsgrunnlaget», mens konstruksjon av en regel gjennom analogi skjer «ved at ein legg avgjerande vekt på dei same reelle grunnane som har grunngeve straffebodet (som ein allerede har vurdert til å ha ein ordlyd som ikkje strekk til)».

Følgelig vil det i prinsippet være *reelle grunner* som utgjør det primære rettsgrunnlaget.

I hvilken grad utvidende tolkning kan aksepteres vil måtte bero på en konkret vurdering, hvor hensynet til individets behov for å kunne forutberegne sin rettslige posisjon vil veie tungt. En gjennomgang av eldre høyesterettspraksis gir, slik som Frøberg synes å gi uttrykk for, grunnlag for å hevde at Grl. § 96 i høyden har hatt en

³³⁹ Se Strandbakken 2004, punkt 3.4.2.

³⁴⁰ Se f.eks. Jacobsen 2009 s. 318 flg., Baumbach 2008 s. 109 flg., Gröning mfl. 2019 s. 68 flg. og Andenæs 2016 s. 112 flg.

³⁴¹ Se Jacobsen 2009 s. 318-319.

sterk symbolsk betydning idet den «... ikke har kunnet skilte med [...] en nevneverdig funksjon som skranke ved anvendelsen av straffelovgivningen i praksis.»³⁴²

Passbåtdommen – Rt. 1973 s. 433 – kan i så måte anvendes som eksempel idet det kan stilles spørsmål om retten la til grunn en analogisk tolkning, eller om de baserte sin avgjørelse på en for liberal utvidende tolkning. Saken gjaldt spørsmålet om føring av en 17 fots plastbåt påmontert en 115 hk motor var å anse som føring av «skip», jf. strl. (1902) § 422. I sin utlegning av forståelsen av «skip» i relasjon til § 422, fant retten støtte i forarbeidende til § 322 (Ot.prp. nr. 40 (1961-1962)) hvor straffelovrådet på s. 89 gav uttrykk for at «skip» måtte omfatte «alle fartøyer uansett størrelse, såfremt ikke noe annet fremgår av sammenhengen eller bestemmelsens formål. Bestemmelsene i § 314 vil da få anvendelse f.eks. på føreren av en fiskebåt eller et lystfartøy, selv om det er under 4 registertonn, da det her ikke er noe som taler for at slike mindre fartøyer skal være unntatt.»

Nyere rettspraksis gir grunnlag for å hevde at Høyesterett har inntatt en ny og mer restriktiv holdning til bruken av analogi og utvidende tolkning.³⁴³

I Rt. 2011 s. 469 tok Høyesterett stilling til om strl. (1902) § 219 – om mishandling i nære relasjon – også rammet vold begått overfor en tidligere samboer etter at samboerforholdet var opphørt. Etter å ha slått fast at samboer var omfattet av vilkåret «husstand», drøftet retten om samboerskap kunne likestilles med ekteskap slik at også tidligere samboer ble omfattet av bestemmelsen. Retten gav uttrykk for at, uavhengig av hvor straffverdig handlingen fremstår, vil en slik tolkning – forankret i bestemmelsens ordlyd – medføre en utvidelse av straffeansvaret, noe som krever hjemmel i lov, jf. Grl. § 96 og EMK artikkel 7. Dette gjelder også i tilfeller hvor det foreligger et uttalt ønske fra lovgiver om at bestemmelsen skal forstås slik (avsnitt 12).

Rt. 2012 s. 313 gjaldt spørsmål om bestemmelsen om *selvvasking*, strl. (1902) § 317 andre ledd, også kom til anvendelse i tilfeller hvor sikringshandlingen i tid utføres før primærlovbruddet. Av interesse i denne sammenheng er rettens uttalelser knyttet til legalitetsprinsippets stilling på strafferettens område (avsnitt 29): «Det er uansett ikke

³⁴² Se Frøberg 2015, punkt 1.

³⁴³ Se HR-1995-153-B hvor retten konkluderte med at lagmannsretten hadde foretatt feil lovanvendelse når de la til grunn at en 14 fots elvebåt med 4 hk motor var å regne som skip, jf. strl (1902) § 422.

avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovskravet i Grl. § 96 og i EMK artikkel 7 ... og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det.»

I Høsehaukdommen – HR-2014-238 – var en person var satt under tiltale, jf. naturmangfoldloven § 75 jr. § 15 for å ha skutt en totalfredet høsehauk som hadde angrepet én av hans høner. I den anledning tok Høyesterett stilling til om det kunne innfortolkes som vilkår for avlivingen at den var «påkrevd». Et slikt vilkår er inntatt i § 17 andre punktum, men ikke i bestemmelsens første punktum. Retten uttalte følgende om legalitetsprinsippet på strafferettens område (avsnitt 15): «Om det kan innfortolkes et slikt tilleggsvilkår, må vurderes på bakgrunn av kravet om at ingen kan straffes uten hjemmel i lov, slik dette er forankret i Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 7. Grunnloven § 96 har tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt på dette punkt. I nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.»

I HR-2016-1833-A (tidligere omtalt i 5.5.3.1) var siktede mistenkt for voldshandlinger og påtalemyndigheten mente hans telefon kunne vært brukt til å filme de voldshandlinger siktelsen gjaldt. Mobiltelefonen var låst, og siktede ønsket ikke å bidra til å oppheve låsen som var aktivert med bruk av fingeravtrykk. Politiet anvendte da tvang ved å bruke siktedes finger for å låse opp telefonen. Spørsmål som ble forelagt Høyesterett var om strpl. § 157 om «kroppslig undersøkelse» hjemlet politiets tvangsbruk. Retten konkluderte med, etter en naturlig forståelse av ordlyden, at lovskravet ikke var oppfylt (avsnitt 19 flg.). Retten avstår fra å gå nærmere inn på lovskravet innhold ved bruk av straffeprosessuelle midler.

Rettspraksis viser at Høyesterett har anlagt et strengt lovskrav på strafferettens område ved å – slik som uttalt i Rt. 2014 s. 238 – foreta «en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen». Dette gjelder både i forhold til spørsmål om straffeansvarets rekkevidde og fastsettelse av grensene for politiets adgang til bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler.

5.6.4 Presisjonskravet

Prinsippets tredje element – presisjonskravet (lex certa-kravet) – kommer ikke direkte til uttrykk i Grl. § 96, men det er likevel ikke tvilsomt at det utgjør en del av legalitetsprinsippet.³⁴⁴ Presisjonskravet, som må anses utledet av lovskravet,³⁴⁵ oppstiller kvalitative krav til lovteksten.³⁴⁶

Legalitetsprinsippets overordnede formål er å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse gjennom å stille krav *om* og *til* lovgivningen slik at individet gis muligheter til å forutberegne sin rettslige situasjon. Det innebærer at loven i sin ideelle form burde vært så presist formulert at individet får sikker kunnskaper om hva som er forbudt og straffbart ved kun å lese straffebestemmelsen.³⁴⁷ Tross det faktum at Grl. § 96 gir uttrykk for et skjerpet legalitetskrav på strafferettens område, er det ikke grunnlag for å anlegge et lovskrav basert på et slikt idealisert presisjonskrav. Som påpekt av Jacobsen kan en ikke «dyrke dette presisjonskravet til det ekstreme».³⁴⁸

Ved en nærmere fastsettelse av presisjonskravet, som skranke for utforming av lovteksten, må individets behov for forutberegnelighet balanseres opp mot samfunnets behov for en fleksibel og velfungerende straffelovgivning som rammer straffverdige handlinger.³⁴⁹ Dette har også vært tilnærmingen i tidligere teori som, med støtte i høyesterettspraksis,³⁵⁰ la til grunn at presisjonskravet oppstilte krav om at «straffebud skal utformes på en tilstrekkelig klar og tydelig måte.»³⁵¹ Praksisen har støtte i EMK. EMD har i flere avgjørelser gitt uttrykk for et mer liberalt syn på presisjonskravets innhold ved å blant annet gi uttrykk for at det heller ikke kan oppstilles et krav om at

³⁴⁴ Se Jacobsen 2009 s. 320.

³⁴⁵ Se Jacobsen 2009, s. 316 hvor det i modellen gis uttrykk for en slik tilnærming.

³⁴⁶ Se Strandbakken 2004, punkt 3.3.

³⁴⁷ Se Baumbach 2008 s. 157.

³⁴⁸ Se Jacobsen 2009 s. 323.

³⁴⁹ Se Strandbakken 2004, punkt 3.2.

³⁵⁰ Se blant annet Rt. 2002 s. 1722 hvor Høyesterett, i forbindelse med behandling av spørsmålet om illeggelse av foretaksstraff, jf. strl. (1902) § 48a, uttalte at «[e]tter mitt syn gir lovteksten til § 48a samanholden med førearbeida her tilstrekkeleg klar heimel for straff»

³⁵¹ Se Strandbakken 2004, punkt. 3.3. Se også Jacobsen 2009 s. 320 flg. som synes å anlegge en tilsvarende tilnærming for sin drøftelse av presisjonskravet.

rettsregelen (tolkningsproduktet) skal bidra til at individet med absolutt sikkerhet skulle kunne forutberegne sin rettslige situasjon.³⁵²

En nærmere fastsettelse av presisjonskravets innhold er utfordrende, og vil kreve dyptpløyende analyser som vil gå utenfor rammen av denne avhandlingen.³⁵³ Jeg vil derfor avgrense min videre fremstilling av temaet til kort å påpeke noen utfordringer knyttet fastsettelsen av presisjonskravets innhold, for så å peke på påviselige utviklingstrekk innen nasjonal rett før jeg oppsummerer ved å vise til hvordan lovskravet og presisjonskravet fungerer i en tolkningsprosess.

Formuleringen *tilstrekkelig klar og tydelig*, som uttrykk for presisjonskravets innhold, er i seg lite presis da det er vanskelig å fastsette grensen mot *uklar* og *utydelig*. Og i den grad det lar seg gjøre å utlede en presis grense, gjenstår det å avklare; hva er *tilstrekkelig*?³⁵⁴ Formuleringen gir derfor alene liten veiledning når presisjonskravets innhold skal fastsettes.

Det er uomtvistet at legalitetsprinsippets lovskrav generelt og presisjonskravet spesielt på strafferettens område er skjerpet i norsk rett. Dette kommer tydelig til uttrykk i høyesterettsavgjørelsene omhandlet ovenfor. I HR-2014-238 uttaler retten at «[i] nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen». Utover å fastslå at presisjonskravet er skjerpet, gir heller ikke denne formuleringen fullgod veiledning ved fastsettelse av presisjonskravet innhold. Til det er utgangspunktet for skjerpingen, formulert som et krav om «tilstrekkelig klar og tydelig», for vagt. Jeg velger derfor å støtte meg til Frøberg sin konklusjon hvor han legger til grunn at den

³⁵² Se blant annet *Sunday Times v. The United Kingdom*, punkt 49 hvor retten først la til grunn at «...a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct...» for så å fremheve at: «... Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty...»

³⁵³ Se Jacobsen 2009 s. 320 – 380 for en utførlig behandling av «presisjonskravet».

³⁵⁴ Se Frände 1989 s. 238 i sin behandling av det strafferettslige legalitetsprinsipp i finsk rett, som i innledningen til temaet «Obestämthetsförbudet» legger til grunn at «... regelns närmare innehåll [er] mer eller mindre öppen; obestämthet är något högst obestämt.»

viktigste praktiske konsekvensen av Høyesterett sin innskjerping av presisjonskravet er at:³⁵⁵

«... slaget i Høyesterett i enda større grad enn før står om forståelsen av ordlyden i lys av alminnelig språkbruk. Dersom adferden ikke dekkes av den språklige formuleringen i gjerningsbeskrivelsen, stanser Høyesterett nå gjennomgående opp ved denne konstateringen. Dette representerer en noe annen argumentasjonsmåte enn det man finner i en del eldre praksis, hvor vurderingen ofte fulgte en totrinnsmodell: (1) Ligger forholdet innenfor ordlyden? (2) Hvis nei, foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å tolke ordlyden utvidende?»

Det bør også legges til at et idealisert presisjonskrav, som knyttes til lovens ordlyd,³⁵⁶ ikke vil gi noen garanti for at straffebudet ikke vil kunne få et vagt innhold, og følgelig utfordre kravet til forutberegnelighet. Som eksempel kan det vises til pl. § 7 andre ledd: «Politiet kan i slike tilfeller blant annet regulere ferdsele, forby opphold i bestemte områder ...» I utgangspunktet er dette en setning som består av ord som hver for seg uttrykker et presist innhold. Til og med ordene *blant annet* kan gis et bestemt meningsinnhold. Tross dette ser vi at setningen som sådan formidler et vagt innhold. Bruken av *blant annet* gir uttrykk for at andre tiltak enn de som er nevnt i bestemmelsen også kan anvendes uten å angi hvilke. Videre gir bestemmelsen uttrykk for at politiet kan forby *opphold* uten nærmere å angi for hvilket tidsrom.

Jeg velger derfor en tilnærming hvor oppmerksomheten henledes til et av legalitetsprinsippets overordnede formål: å ivareta individets krav om å kunne forutberegne sin rettslige situasjon.

Som tidligere påpekt oppstiller det strafferettslige legalitetsprinsippet krav om at rettsregelen, som danner grunnlaget for en straffedom, må ha formell lov som sin primære rettskilde. I tolkningsprosessen, hvis formål er å fastsette rettsregelens innhold, kan det ikke av lovskravet utledes noe forbud mot å anvende andre rettskilder

³⁵⁵ Se Frøberg 2015, punkt 3.4.

³⁵⁶ Se Jacobsen 2009, s. 322 som beskriver dette som «semantiske problem» knyttet til en lovt tekst.

som tolkningsredskaper.³⁵⁷ Tvert imot, legalitetsprinsippets krav om å skape forutberegnelighet for individet, underbygger at andre tilgjengelige rettskilder anvendes som tolkningsredskaper.

I motsetning til presisjonskravet, fokuserer ikke forutberegnelighetskravet på lovens ordlyd, men retter fokus på tolkningsproduktet som fastsetter rettsregelens innhold.³⁵⁸ I en slik fortolkningsprosess utgjør presisjonskravet en sentral faktor som korrektiv ved kvalitetssikring av tolkningsproduktet.

5.6.5 Oppsummering

Rettspraksis viser at legalitetsprinsippet på strafferettens område har fått en mer fremtredende posisjon både som forbudsnorm og som tolkningsprinsipp. Som påpekt av Høyesterett, har det funnet sted en innskjerping av kravet om presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet. Dette kommer klart til uttrykk i nyere rettspraksis som også kan tas til inntekt for at det på strafferettens område nå eksisterer et reelt analogiforbud, samtidig som adgangen til utvidet tolkning er svært begrenset.³⁵⁹

Selv om det vanskelig lar seg gjøre å gi presisjonskravet et presist innhold, avstenger dette ikke for å gi kravet en sentral rolle som korrektiv ved kvalitetssikring av tolkningsproduktet. Dersom den påberopte rettsregelen, (tolkningsproduktet) som danner grunnlaget for straffedommen, uttrykker et innhold som vanskelig lar seg forene med en naturlig forståelse av straffebudets ordlyd, vil det – i lys av den påviselige innstramningen av lovskravet – kunne konstateres manglende hjemmel for å straffe.

³⁵⁷ Se Jacobsen 2009 s. 317 som legger til grunn at andre rettskilder kan inngå som tolkningsredskaper i prosessen.

³⁵⁸ Tilsvarende Baumbach 2008 s. 159 flg.

³⁵⁹ Se Frøberg 2015, punkt 3.4.

5.7 Konstruksjon av det polisiære legalitetsprinsippet

5.7.1 Innledende betraktninger

Som tidligere omtalt er både det *tradisjonelle legalitetsprinsipp*, også omtalt som det generelle og/eller forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp, og det strafferettslige legalitetsprinsipp av sentral betydning ved avklaring av det polisiære legalitetsprinsippet.

I dette punkt skal jeg søke å avklare hva legalitetsprinsippet uttrykker i forhold til den polisiære delen av politiets virksomhet – omtalt som det *polisiære legalitetsprinsipp*. Fremstillingen har som siktemål å blant annet avklare om det innenfor den polisiære virksomhet må oppstilles et tilsvarende strengt legalitetsprinsipp som på strafferettens område.

Ovenfor har jeg konkludert med at det *tradisjonelle legalitetsprinsipp* både utgjør en *forbudsnorm* og et *rettskildeprinsipp*. Som forbudsnorm, gjennom å oppstille krav om at inngrep fra det offentlige i borgernes rettssfære krever grunnlag i lov, setter prinsippet skranke for det offentliges handlefrihet.³⁶⁰ Det tradisjonelle legalitetsprinsippets betydning som *rettskildeprinsipp* – eller *tolkningsprinsipp* – kommer til uttrykk ved at det gir føringer med hensyn til hvordan man skal argumentere når man tar stilling til rettsspørsmål, og derigjennom stiller særlige krav til etablering av normer på legalitetsprinsippets område.³⁶¹

Tilsvarende gjelder også for det strafferettslige legalitetsprinsipp, hvor *forbudsnormen* uttrykkes gjennom et *lovskrav*. *Analogiforbudet* og *presisjonskravet* vil i så henseende

³⁶⁰ Tilsvarende Hopsnes/Solberg s. 86 og 126.

³⁶¹ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 209 og 301 som gir uttrykk for at tolkningsprinsipper utgjør en «undergruppe» rettskildeprinsipper. Rettskildeprinsipper beskrives (s. 209) som «normer for hvordan man skal argumentere når man tar stilling til rettsspørsmål.», samtidig som tolkningsprinsipper (s. 301) forklares slik: «... rettskildeprinsipper for *hvordan* juridiske tekster skal tolkes. Slike tolkningsprinsipper (min utheving) danner nokså faste retningslinjer for hvordan det kan, eller eventuelt skal, utledes argumenter fra rettskilder i rettsanvendelsesprosessen.»

fremstå som tolkningsprinsipper idet de gir anvisning *om* og eventuell *hvilke* argumenter som kan utledes av rettskildene i rettsanvendelsesprosessen.

Til tross for at analysen tar utgangspunkt i og anvender det tradisjonelle legalitetsprinsipp på strafferettens område som referanse, vil en nærmere avklaring av det polisiære legalitetsprinsippets rekkevidde og innhold kunne by på utfordringer.

Det generelle legalitetsprinsippet ble i utgangspunktet gitt konstitusjonell forankring på sedvanerettslig grunnlag. Det innebærer at det ikke foreligger autoritativ lovtekst som uttrykker dets innhold.³⁶² Selv om GrL § 113, som tidligere påpekt, ikke kan tas til inntekt for en kodifisering av det generelle legalitetsprinsippet, er det forsvarlig å legge til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for det polisiære legalitetsprinsippet så lenge politimyndighetsutøvelsen er rettet mot individet som rettssubjekt. Utover å bidra til å fastslå at legalitetsprinsippet får anvendelse for politiets inngripende polisiære tjenestehandlinger, gir lovteksten og dens forarbeid liten veiledning ved en nærmere klarlegging av det polisiære legalitetsprinsippets innhold.

Når den juridiske teori har beskrevet hva legalitetsprinsippet uttrykker utenfor strafferettens område, er det anvendt formuleringer som blant annet: «... det offentliges inngripen i borgernes rettssfære er betinget av hjemmel i Grunnlov, lov eller forskrift»,³⁶³ og «...det offentlige må ha særskilt hjemmel i lov for å kunne binde borgerne ved pålegg eller forbud, eller ved inngrep i formuesrettigheter».³⁶⁴ Disse og tilsvarende formuleringer kan ikke, gjennom en ordlydsfortolkning, danne grunnlag for arbeidet med å fastlegge prinsippets innhold og rekkevidde.³⁶⁵ Ovenfor har jeg vist til høyesterettspraksis som omhandler det polisiære legalitetsprinsipp. Utover å slå fast at politiets inngripende myndighetsutøvelse krever «klar hjemmel i lov», gir heller ikke rettspraksis særlig veiledning når det polisiære legalitetsprinsippets rekkevidde skal fastsettes. Den nærmere klarlegging av det polisiære legalitetsprinsippets innhold vil

³⁶² Se Monsen 2013 s 421.

³⁶³ Se Monsen 2013 s 420.

³⁶⁴ Se Bernt/Rasmussen 2003 s 65.

³⁶⁵ Se Monsen 2013 s 421 og 422.

derfor i stor grad måtte bygge på en avveining av de hensyn som prinsippet bygger på og rettsikkerhetsgarantier det søker å ivareta.³⁶⁶

Av sentrale hensyn som prinsippet bygger på, og rettsikkerhetsgarantier det søker å ivareta, kan bl.a. nevnes: sikre maktfordeling, bidra til demokratisk legitimitet, hindre vilkårlig myndighetsutøvelse, sikre forutberegnelighet og behov for kontroll med myndighetsutøvelsen samtidig som fleksibel og effektiv tjenesteutøvelse fremmes. Felles for alle disse hensyn er at de kan samles under fanen «rettsikkerhet».³⁶⁷

Rettsikkerhetsbegrepets kjerne i en politisær kontekst kan forstås som følgende: «Politiet skal sikre menneskerettighetene gjennom håndheving av lover, uten at noen lider overlast og utsettes for myndighetsmisbruk.». Se Robberstad 1999 s. 358 flg. hvor rettsikkerhetsbegrepet behandles.

5.7.2 Det politisære legalitetsprinsippets forbudsnorm

Det er i rettspraksis,³⁶⁸ forarbeidene til Grl. § 113³⁶⁹ og teori,³⁷⁰ lagt til grunn at legalitetsprinsippet gir uttrykk for en generell forbudsnorm som forbyr det offentlige å foreta inngripende handlinger uten hjemmel i formell lov (i den videre fremstilling brukes også uttrykksmåten «uten hjemmel i lov»), det være seg normeringshandling og/eller faktiske handlinger. I teori beskrives *lovskravet* som «...et krav om at inngrep i borgernes frihet og eiendomsrett og rettsfare ellers må ha hjemmel i formell lov fastsatt av Stortinget etter regler i Grunnloven».³⁷¹ Lex scripta-kravet inntar en tilsvarende tilnærming ved å gi uttrykk for et alminnelig krav om at det offentlige må ha hjemmel i formell lov for inngrep overfor privatpersoner.³⁷² Disse tre uttrykksmåter,

³⁶⁶ Se Monsen 2013 s 422.

³⁶⁷ Se Jacobsen 2009 s. 353.

³⁶⁸ Se bl.a. Rt. 2010 s 612.

³⁶⁹ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 249 hvor Menneskerettighetsutvalget, etter å ha fremhevet at formuleringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven bør ligge tett opp til den tradisjonelle forståelsen, begrunner sin tilnærming med at «... det er uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Myndighetene trenger uansett hjemmel i lov ...»

³⁷⁰ Se Auglend 2016 som på s. 162 begrunner hensiktsmessigheten av å behandle faktiske handlinger under legalitetsprinsippet. Hopsnes/Solberg s. 86 synes å begrense forbudsnormens rekkevidde til faktiske handlinger.

³⁷¹ Se Graver 2015 s 81.

³⁷² Se Auglend 2016 s 166.

som uttrykker prinsippets *formelle* dimensjon,³⁷³ har en felles kjerne ved at de adresserer et forbud for det offentlige til å foreta inngripende handlinger rettet mot individet uten etter hjemmel i lov. I den videre fremstillingen velger jeg å bruke *forbudsnorm* som uttrykk for denne delen av legalitetsprinsippet.

I motsetning til norsk politilov, inneholder svensk politilov en angivelse av legalitetsprinsippets forbudsnorm, jf. § 8 første ledd: «En polisman som har att verktälla en tjänsteuppgift skall under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ingripa på ett sätt som är ...». Nærmere om temaet, se Berggren/Munck 2019, kommentarer til § 8.

I tillegg bringer *lovskravet* inn en ekstra dimensjon idet prinsippet oppstiller formelle skranker for den lovgivende virksomhet. Denne delen av legalitetsprinsippet bygger på to sentrale hensyn, nemlig *maktfordelingsprinsippet* og *demokratisk legitimitet*. Etablering av maktstrukturer som skiller de sentrale statsmaktene – lovgivningsmyndighet, regjeringsmakt og den dømmende makt – i ulike selvstendige og uavhengige institusjoner, skal bidra til å forebygge maktmisbruk.³⁷⁴ Kravet om hjemmel i formell lov, vedtatt av Stortinget, for inngripende tiltak sikrer folkeviljen som øverste norm for det norske statsstyret, og bidrar til å gi inngripende handlinger demokratisk legitimitet.

Både det tradisjonelle og det strafferettslige legalitetsprinsippets betydning som forbudsnorm fremstår i denne sammenheng som en særskilt rettskilderegulering som suspenderer den alminnelige rettskildelærens noe mer frie holdning til rettskildespørsmål.³⁷⁵ Denne tilnærmingen danner et naturlig utgangspunkt når prinsippets betydning som forbudsnorm innenfor politiets polisiære virksomhet skal avklares.

Ved å oppstille krav om formell lov kan ikke rettskildefaktorer som bl.a. lovforarbeider, rettspraksis, rettsoppfatninger og reelle hensyn påberopes som

³⁷³ Den formelle dimensjonen retter seg først og fremst til Stortinget som det eneste organ som, gjennom formell lov, kan angi når det offentlige kan foreta inngripende handlinger i forhold til individet. Og i forlengelsen av dette, slik Auglend 2016 s 166 uttrykker det: «... eksistensen av en lovbestemmelse som hjemler organets inngrepskompetans er i seg selv tilstrekkelig for at kravet skal være tilfredsstillt.»

³⁷⁴ Temaet: *maktfordeling* er nærmere behandlet i 6.3.

³⁷⁵ Se Bernt 1983 s. 125. Motsetningsvis, se Hopsnes/Solberg s. 132 som gir uttrykk for at legalitetsprinsippets krav om primærgrunnlag i lovttekst ikke lenger kan opprettholdes.

selvstendig rettskildemessig grunnlag for inngripende tiltak.³⁷⁶ Det innebærer ikke at tolkningen av rettsregelen, som regulerer spørsmålet om politiet har kompetanse til å foreta inngripende handlinger, kun må forankres i formell lov som kilde. Prinsippet angir her at rettsregelen som danner grunnlag for myndighetsutøvelsen må ha formell lov som sin primære rettskilde,³⁷⁷ uavhengig av om inngrepet er stort eller lite. Legalitetsprinsippets forbudsnorm får dermed også betydning som tolkningsprinsipp da det på prinsippets område oppstiller en norm som fraviker fra det alminnelige utgangspunktet om at alle rettskildefaktorer alene kan utgjøre grunnlaget for en rettsnorm.³⁷⁸ Legalitetsprinsippets forbudsnorm retter seg med andre ord mot *tolkningsgjenstanden*, samtidig som det ikke utelukker at de øvrige rettskildefaktorer kan ha relevans som *tolkningsredskaper* når rettsregelens (*tolkningsproduktet*) nærmere innhold skal avklares.³⁷⁹

For den polisiære delen av politiets virksomhet innebærer dette at kompetansegrunnlaget for enhver inngripende handling må ha formell lov som primær rettskilde. Det blir i den anledning av sentral betydning å avklare legalitetsprinsippets andre element – betydningen som rettskildeprinsipp – innenfor politiets polisiære virksomhet.

5.7.3 Det polisiære legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp

Ovenfor har jeg lagt til grunn at legalitetsprinsippet innenfor den polisiære delen av politiets virksomhet, uttrykker et lovskrav, eller generell forbudsnorm, som oppstiller krav om at det offentlige må kunne vise til formell lov som primær rettskilde ved fastsettelse av rettsregelen som hjemler inngrepet. Et slikt formelt lovskrav gir kun mening dersom det virker sammen med nærmere angitte materielle krav til

³⁷⁶ Se Bernt/Doulet 1999 s. 184 flg. som viser til syv ulike kategorier rettskildefaktorer. Nærmere om disse se Eckhoff 1994 s. 17 flg.

³⁷⁷ Se Nygaard 2004 s. 100 flg. om «primær rettsheimel». Se også Jacobsen 2009 s. 317.

³⁷⁸ Se Hopsnes/Solberg s. 131 med videre henvisninger.

³⁷⁹ Se Jacobsen 2009 s. 317.

lovreguleringen. Det bringer oss over til prinsippets andre element; dets rolle som rettskildesprinsipp som stiller særlige krav til tolking og etablering av normer på prinsippets område.³⁸⁰ Denne fremstillingen vil fokusere på legalitetsprinsippet som rettskildesprinsipp vel vitende om at prinsippet bare er ett av mange momenter som inngår i rettsanvendelsesprosessen.³⁸¹

Rettskildesprinsippene, som gir oss anvisning på hvilke kilder som det er relevant å hente argumenter fra, og deres innbyrdes vekt ved løsning av retts spørsmål, kan beskrives i tre ulike faser: Først en *relevansvurdering* for å avgjøre hvilke kilder det er tillatt å hente argumenter fra. Derne st er *slutningsvurdering* hvor en tar stilling til hvilke rettslige relevante argumenter som kan trekkes ut av den enkelte rettskildefaktoren. I den tredje fasen foretas en *vektning* av de ulike argumentene. For en nærmere beskrivelse av prosessen, se Eckhoff 2001 s. 19–30.

Med utgangspunkt i forbudsnormens krav om hjemmel i lov, oppstiller legalitetsprinsippet som rettskildesprinsipp kvalitative krav til tolkningsprosessen hvis formål er å kartlegge rettsregelens rekkevidde.³⁸² Som tidligere nevnt, er denne delen av legalitetsprinsippet i teorien også omtalt som *et presisjonskrav*, eller *lex certa-kravet*, nemlig et krav om at lovbestemmelser som hjemler inngrepskompetanse overfor individet må være *klar og tydelige*.³⁸³ Denne siden av legalitetsprinsippet er ikke kommet til uttrykk i GrL. § 113s ordlyd, men det er sikker rett at det utgjør en del av legalitetsprinsippet.³⁸⁴

Også på politirettens område vil legalitetsprinsippet krav om klar og tydelig ordlyd møte på utfordringer med flertydighet og vaghet. Mens flertydighet knytter seg til lovtekstens språklige uttrykk eller utforming, er vaghet en egenskap ved betydningen, se Jacobsen 2009 s. 323. Vi ser her at klarhetskravet fokuserer på lovens ordlyd. Dette i motsetning til kravet om forutberegnelighet som retter fokus på tolkningsproduktet, dvs. rettsregelen som uttrykk for politiets kompetanse til å utøve inngripende myndighetsutøvelse.

Kravet om *klarhet* har Stortinget, i kraft av lovgiver, som adressat, så vel som regjeringen og forvaltningen som sådan i kraft av utøvelse av delegert

³⁸⁰ Se Hopsnes/Solberg s. 126.

³⁸¹ Se Hopsnes/Solberg s. 145. Nærmere om rettsanvendelsesprosessen, se Mæhle/Aarli 2017 s. 221 flg.

³⁸² Se Hopsnes/Solberg s. 127. Se også Mestad 2020 s. 83 som fremhever at legalitetsprinsippet, jf. GrL. § 113 «får betydning for lovtolkningen ved at det begrenser hvor fritt en rettsanvender kan stå forhold til ordlyden i en lovtekst.

³⁸³ Se Auglend 2016 s. 167 og Strandbakken 2004 s. 195 som for straffebud omtaler kravet som «...at straffebud skal utformes på en tilstrekkelig klar og tydelig måte».

³⁸⁴ Se Jacobsen 2009 s. 320 med videre henvisninger.

normeringsfullmakt og representant for den utøvende virksomhet. Ved å oppstille materielle krav til utforming av lover som hjemler inngripende myndighetsutøvelse, bidrar prinsippet til å forebygge både flertydighet og vaghet, og derigjennom ivareta forutberegnelighetskravet.

Rettspraksis viser at legalitetsprinsippets betydning som tolkningsprinsipp skal tolkes strengt. Som illustrasjon kan det vises til to høyesterettsavgjørelser som omhandler politiets bruk av staffeprosessuelle tvangsmidler.

I HR-2018-104-A tok retten stilling til rekkevidden av strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledds forbud mot å ta beslag hos en advokat i det som en klient har betrodd advokaten. I avsnitt 24 påpeker retten at i forhold til «lovtolkningsspørsmålet i saken har det imidlertid betydning at hjemmelskravet ikke etterlater nevneverdig rom for å begrense rekkevidden av beslagsforbudet i strpl. § 204 første ledd, jf. § 119 første ledd utover det som er forenlig med en alminnelig språklig forståelse av lovens ordlyd». Dette er senere gjentatt i HR-2018-699-A. Se også HR-2016-1833-A (tidligere omtalt i 5.5.3.1) hvor Høyesterett hadde til behandling spørsmålet om strpl. § 157 om kroppslig undersøkelse, gav politiet hjemmel – om nødvendig med tvang – til å bruke siktedes finger til å få tilgang til innholdet i hans mobiltelefon. Lagmannsretten tok utgangspunkt i lovens ordlyd som de mente var nokså vid (avsnitt 11 flg.). Videre la de vekt på at inngrepet «har betydelig likhetstrekk med undersøkelser som utvilsomt kan gjennomføres i medhold av bestemmelsen». Ytterligere la lagmannsretten vekt på at inngrepet som sådan var langt mindre inngripende enn en rekke tiltak som kan gjennomføres med hjemmel i strpl. § 157. Høyesterett delte ikke lagmannsrettens syn idet de mente at lovskravet ikke var oppfylt (20. avsnitt). Det ble i den forbindelse vist til tolkningsprinsippet om kvalitative krav til lovgivningen (15. avsnitt).

I en fremstilling av hvilke klarhetskrav legalitetsprinsippet oppstiller for den polisiære delen av politiets virksomhet, er det naturlig å ta utgangspunkt i det grunnleggende demokratiske og statsrettslige prinsipp om at politiske beslutninger fremstår som uttrykk for folkets vilje. Politiet er tillagt en rekke oppgaver hvor de enten opptrer som øvrighet, produsent av fellestjenester eller som apparat for å sikre grunnleggende velferd.³⁸⁵ Alle disse oppgavene har som formål å operasjonalisere politiske beslutninger. I så henseende ivaretar politietaten en viktig oppgave ved å sørge for at politiske beslutninger, som uttrykk for folkets vilje, operasjonaliseres gjennom etatens

³⁸⁵ Se Graver 2015 s. 47 som uttrykker tilsvarende i forhold til forvaltningen som sådan.

virksomhet. Dette grunnleggende utgangspunktet tilsier at det klarhetskrav som stilles til lover som hjemler politiets inngripende myndighetsutøvelse, i størst mulig grad bør søke å hensynta behovet for en fleksibel og effektiv forvaltningsvirksomhet.³⁸⁶

Dette *utgangspunkt* vil imidlertid måtte nyanseres i lys av en rekke grunnleggende hensyn som særlig gjør seg gjeldende ved fastsettelse av klarhetskravet.

Jeg har tidligere nevnt legalitetsprinsippets forbudsnorms betydning ved ivaretagelse av hensynet til maktfordeling og demokratisk legitimitet. Disse hensyn vil ikke i tilstrekkelig grad bli ivare tatt gjennom en ensidig og formell anlagt tilnærming hvor det kun oppstilles krav om skreven lov uten materielle krav til lovteksten. Eventuelt fravær av legalitetsprinsippets materielle dimensjon, uttrykt gjennom krav til klar og presis lovtekst, vil i realiteten innebære at kravet til skreven lov blir tilnærmet illusorisk.³⁸⁷ En annen konsekvens er at behovet for delegering av kompetanse og utstrakt bruk av skjønnsbasert myndighetsutøvelse vil øke. Følgelig vil en praksis hvor politiet, i økt utstrekning, fastsetter de nærmere grenser for egen kompetanse, svekke hensynet til demokratisk legitimitet.³⁸⁸ Muligheten for utøvelse av effektiv kontroll med politiets inngripende virksomhet vil også reduseres, samtidig som faren for vilkårlig myndighetsutøvelse, og i verste fall myndighetsmisbruk, vil øke. Den rettsskapende virksomhet vil da i realiteten skje av og hos politiet som forvaltningsorgan og materialisere seg gjennom «bransjepraksis», noe som isolert sett vil svekke prinsippets ivaretagelse av hensynet til individets behov for forutberegnelighet da politiets operative virksomhet i liten grad er gjenstand for rettslig prøving. Ytterligere er klarhetskravet av kritisk betydning for en effektiv kontroll med politiets inngripende myndighetsutøvelse.

³⁸⁶ Se bl.a. Hopsnes/Solberg s 142 og Auglend 2016 s. 165 som fremhever tilsvarende hensyn i forhold til forvaltningen generelt.

³⁸⁷ Se Auglend 2016 s 168.

³⁸⁸ Stortingets beslutning om å lovforankre den rettslige reguleringen av politiets bruk av skytevåpen, jf. pl. § 6b, har som formål å sikre demokratisk kontroll med materielle vilkår for bruk av skytevåpen, og kan i så måte ses på som en «motreaksjon» på langvarig praksis med delegering av normeringskompetanse for politiets inngripende myndighetsutøvelse.

Jeg legger derfor til grunn, som et rettslig utgangspunkt for den videre drøftelsen, at det polisiære legalitetsprinsippet gir uttrykk for et tilsvarende krav om *presis og klar* lovgivning som på strafferettens område. Den videre drøftelsen har som formål å utdype dette nærmere.

I teorien, med støtte i rettspraksis, er det tatt til orde for at legalitetsprinsippet, utenfor strafferettens område, gir uttrykk for et *relativisert* hjemmelskrav.³⁸⁹

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1995 s. 530 synes å bygge på et relativisert legalitetsprinsipp. I avgjørelsen tok Høyesterett stilling til spørsmålet om det forelå tilstrekkelig hjemmel for Fiskeoppdretternes Salgslag AL sitt vedtak om en avgift ved førstehåndsomsetning av fersk laks til finansiering av fryseordning for laks for å opprettholde balansen mellom tilbud og etterspørsel i markedet. Etter å ha påpekt at «... det må kreves en 'klar og uomtvistelig' hjemmel i lov ...», uttalte førstvoterende:

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmelen må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn».

Et relativisert hjemmelskrav innebærer at krav til lovens klarhet varierer avhengig av faktorer som blant annet samfunnets interesse i at tiltaket gjennomføres, hvor tyngende tiltaket isolert er for individet og om relativiteten knytter seg til lovens vilkårs- eller virkningsdel.

Høyesteretts tolking av legalitetsprinsippets stilling innenfor helse- og omsorgstjenesten viser at ulike kryssende hensyn gjøres gjeldende ved fastsettelse av lex certa-kravets innhold på angjeldende rettsområde. Se NOU 2019: 14, punkt 14.2.2.2. hvor det blant annet vises til at Høyesterett i Rt. 2010 s. 612 (sårsteldommen) synes å ha akseptert bruk av tvang uten lovhjemmel.

³⁸⁹ Se Graver 2015 s 85.

5.7.4 Relativitetsdimensjon – tiltakets samfunnsnytte/ samfunnshensyn

Relativitetsdimensjonen vil kunne gjøre seg gjeldende i flere henseender. En tilnærming er å koble spørsmålet om det kan oppstilles et relativt klarhetskrav, opp mot hensynet til forvaltningens effektivitet. I en slik kontekst vil krav om klarhet avta proporsjonalt med hvor samfunnsviktig tiltaket er.³⁹⁰

I forhold til politiets inngripende myndighetsutøvelse, som i all hovedsak utgjør inngrep i individets integritet og frihet, fremstår en slik tilnærming som betenkelig. Politiets inngripende myndighetsutøvelse, herunder utøvelse av makt, er aldri et selvstendig mål i seg selv, men kun et virkemiddel eller en fremgangsmåte som anvendes for å nå bestemte mål med tjenesteutøvelsen.³⁹¹

Normeringer som angir politiets inngrepskompetanse gir ikke alene svar på hvor tyngende et polisiært inngrep kan bli. Om en anholdelse med hjemmel i pl. § 7 første jf. andre ledd kan effektueres ved at vedkommende geleides rolig til politibilen og kjøres til politistasjonen, eller om det er nødvendig å anvende skytevåpen med potensielt dødelig utgang, vil alene bero på de faktiske omstendigheter som danner grunnlaget for politiets vurderinger av hvilke inngripende tiltak som må iverksettes.

Det faktum at det ikke lar seg gjøre å forhåndsavklare hvor tyngende et polisiæret inngrep vil kunne være, tilsier alene at det polisiære legalitetsprinsippets klarhetskrav ikke kan tillegges en relativitetsdimensjon basert på en vurdering av samfunnsnyttene med tiltaket.

En annen tilnærming er å anlegge en relativitetsdimensjon som, i tillegg til å bygge på et samfunnsnytteperspektiv, også trekker inn vektige samfunnshensyn i form av grunnleggende rettsgoder som er akutt truet.³⁹² Tanken er at i tilfeller hvor vektige samfunnshensyn gjør seg gjeldende, idet grunnleggende rettsgoder er akutt truet, kan

³⁹⁰ Se Smith 1982 s. 228.

³⁹¹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 664.

³⁹² Se Auglend 2016 s. 164–165.

det være behov for å «strekke hjemmelen» for politiets kompetansehjemmel lenger enn hva tilfellet er under mindre dramatiske omstendigheter.³⁹³

Å «legge hjemmelen på strekk» kan gjøres på flere måter. Det kan anlegges en utvidende tolkning av kompetansehjemmelen, eller en innskrenkende fortolkning av eventuell rettsregel som forbyr den aktuelle myndighetsutøvelsen. En annen tilnærming er å tillegge «reelle hensyn» større vekt som rettskilde, samtidig som andre «motstridende» rettskilder tones ned.

En slik innfallsvinkel fremstår umiddelbart som fruktbar, men har sine påviselige betenkeligheter. For det første, dersom det oppstår en akutt fare for grunnleggende rettsgoder, foreligger det i realiteten en nødverge- eller nødrettssituasjon. Nødverge eller nødrett som hjemmelsgrunnlag for politiets myndighetsutøvelse er imidlertid beheftet med en rekke betenkeligheter, uavhengig av om den utøves i repressivt eller preventivt øyemed.³⁹⁴ For det andre, fremstår det som ukomplisert for lovgiver å fastsette hva som regnes som *grunnleggende rettsgoder* og definere den uønskede adferd. Av den grunn bør det forventes at lovgiver forbyr den uønskede adferd med formål å beskytte de grunnleggende rettsgoder. Terrorhendelser og andre ugjerninger, hvor en gjerningsperson truer andre personers liv og helse, vil utvilsomt falle inn under *trussel mot grunnleggende rettsgoder*. Mer problematisk blir det når vi beveger oss mot begrepets randsone hvor vi kan konstatere at det er et *retts gode* som er truet, men mer usikkert om det er å anse som *grunnleggende*.

All den tid tilnærmingen forutsettes anvendt ved *akutte farer*, vil den måtte bygge på en praksis hvor det overlates til justisforvaltningen, ja den enkelte polititjenesteperson, å vurdere i det enkelte tilfellet om det er et *grunnleggende retts gode* som er truet.

En slik praksis vil ikke være forenelig med de hensyn som legalitetsprinsipper bygger på og er vokter av. En praksis hvor det overlates til polititjenestepersonen både å vurdere om «grunnleggende rettsgoder» er truet og eventuelt behovet for å «strekke hjemmelen» vil utvilsomt fremme politiets behov for fleksibilitet og effektivitet, men

³⁹³ Se Auglend 2016 s. 164 - 165.

³⁹⁴ Nødverge som polisiært hjemmelsgrunnlag behandles i kapittel 13.

ordningen vil savne demokratisk legitimitet samtidig som den vil kunne føre til vilkårlig tjenesteutøvelse. Dessuten vil en slik ordning gå på akkord med individets behov for *forutsigbarhet* og undergrave behovet for effektiv kontroll med politiet. En ytterligere betenkelighet er at prinsippets hovedregel om klar og presis lovgivning tenkes fraveket i tilfeller hvor det presumtivt er behov for å foreta de mest inngripende tiltak for å verne om viktige samfunnsinteresser.

Det er derfor forbundet med store betenkeligheter å tillegge det polisiære legalitetsprinsipp en relativitetsdimensjon basert på samfunnsnyttens av tiltaket.

5.7.5 Relativitetsdimensjon: vilkår – virkning

Kravet om klarhet og presisjon er en forutsetning for å kunne forutberegne sin rettsstilling. Det gjelder både rettsnormens vilkårsdel, som angir grunnlaget for inngripende handlinger, og dens virkningsdel som bebuder inngrepets innhold og virkning.

Med begrepene «vilkårsdel» og «virkningsdel» siktes det til to elementer i et lovbud. I strafferetten er det vanlig å omtale disse to elementer som *atferdsnormen* og *straffetrusselen*, se Mæland 2012 s. 55, eller *handlingsnorm* og *reaksjonsnorm*, se Grøning m.fl. 2019 s. 11. Mens atferdsnormen eller handlingsnormen beskriver de materielle vilkår for å ilegge straff utformet som et forbud eller et påbud, angir straffetrusselen de materielle regler for virkningen av normbruddet. Innenfor straffeprosesslovgivningen er de materielle vilkår for å pågripe en person som er mistenkt for en straffbar handling, nærmere angitt i strpl. § 171. Virkningen for den pågrepne kan være alt fra løslatelse etter en kort frihetsberøvelse, til lengere frihetsberøvelse i form av varetektsfengsel, jf. strpl. kapitel 14.

I teori er det tatt til orde for at det, i forhold til det polisiære legalitetsprinsipp, generelt sett må oppstilles et strengere presisjonskrav hva angår normens vilkårsdel enn hva tilfellet er for dens virkningsdel.³⁹⁵ Det er grunn til å stille spørsmål om legalitetsprinsippets som rettskildeprensipp kan gis et slikt innhold for den polisiære delen av politiets virksomhet.

³⁹⁵ Se Auglend 2016 s. 166 som viser til pl. § 7 første ledd som angir vilkårsdelen og pl. § 7 andre ledd som angir virkningsdelen.

Som nærmere omtalt i 4.4 vil hjemmelen for politiets inngripende handlinger ikke kunne utledes ensidig av pl. § 6 eller andre lovbestemmelser i politiloven. Når en tar stilling til spørsmålet om politiet har eller hadde hjemmel til å foreta konkrete inngripende handlinger, må det skje på grunnlag av en tolkningsprosess som involverer en rekke normeringer som samlet utgjør en hjemmelskjede. Tolkningsprosessen, viss formål er å avklare rettsregelens vilkårsdel, vil også definere virkningsdelen i form av en rammeangivelse av hva som vil være en akseptabel virkning sett i lys av effektueringsprinsippene, jf. pl. § 6 andre og tredje ledd. Problemstillingen kan belyses med følgende eksempel: Politiet kan om nødvendig gripe inn for å stanse en pågående forstyrrelse av offentlig ro og orden, om nødvendig ved bruk av makt, jf. pl. § 7 første ledd, sammenholdt med § 6 fjerde ledd. Disse bestemmelsene angir, sammen med effektueringsprinsippene i pl. § 6 andre og tredje ledd, vilkårsdelen av den rettsregelen som danner fundamentet for politiets inngripende tiltak. Utfallet av politiets inngripen, i dette tilfellet beskrevet som virkningen, er nærmere regulert i blant annet pl. § 7 andre ledd som foreskriver hvilke fremgangsmåter og tiltak som kan anvendes i konkrete tilfeller.³⁹⁶

Politolven § 7 første ledd har en klar angivelse av i hvilke tilfeller politiet kan gripe inn, beskrevet gjennom ulike vilkår. Det innebærer at personer som forstyrrer den offentlige ro og orden, og dermed står i fare for å bli utsatt for inngripende tiltak fra politiet, er gitt anledning til å forutberegne sin rettslige stilling idet bestemmelsen angir at politiet kan «... gripe inn ... for å stanse forstyrrelser av den offentlige ro og orden ...», jf. pl. § 7 første ledd nr. 1.

Langt mer utfordrende er det å forutberegne rettsstillingen i forhold til virkningen av politiets inngripen. Eller sagt på en annen måte, forutberegne eller forutse hvor langt politiet kan gå i sitt forehavende, som vil materialiseres gjennom tiltakets virkning. Virkningsdelen er nærmere regulert i blant annet pl. § 7 andre ledd, jf. formuleringen:

³⁹⁶ Se Auglend 2016 s. 582.

«Politiet kan i slike tilfeller blant annet regulere ferdsel ... anholde personer ...» (min utheving). Bruken av formuleringen «blant annet» tilkjennegir at det ikke var meningen at bestemmelsen skulle gi en uttømmende angivelse av hvilke fremgangsmåter eller midler politiet kan benytte seg av.³⁹⁷ Det er ikke mulig, verken for individet som står i fare for å bli utsatt for et inngripende tiltak fra politiet eller den enkelte polititjenesteperson som planlegger å foreta inngrepet, å skaffe seg informasjon om hvilke virkninger inngrepet kan få ved kun å se på pl. § 7 andre ledd.

For det første gir ikke bestemmelsen en fullstendig oversikt over hvilke tiltak politiet kan ta i bruk. Dernest inneholder den ingen informasjon om hvilken taktisk og metodisk tilnærming politiet kan velge, herunder bruk av maktmidler. Denne type informasjon er vanskelig tilgjengelig idet den rettslige regulering av bruken av ulike maktmidler, er beskrevet i ulike normeringer, alt fra politiloven, våpeninstruks, politiinstruks, interne direktiver og rundskriv, for å nevne noen.

For det tredje, og av størst betydning, effektueringsprinsippene gir uttrykk for generelle og allmenngyldige effektueringsdirektiver for politiets myndighetsutøvelse uavhengig av saksområde, valg av virkemiddel og metodisk og taktisk fremgangsmåte.³⁹⁸ Ved å oppstille skranker for myndighetsutøvelsen, foretar effektueringsprinsippene en kobling mellom normeringens vilkårsdel og dens virkning. Jeg betrakter derfor effektueringsprinsippene som materiellrettslige regler som oppstiller vilkår for *om*, og i så fall, *hvordan* politiet kan gripe inn. Politiloven § 6 andre ledd andre setning angir forholdsmessighetsprinsippets krav om at «... midler som anvendes må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor ...» Det innebærer at eventuelle virkninger i form av valg av taktisk tilnærming, utstyr og konsekvenser for den tiltaket retter seg mot, samt tredjeperson, må vurderes i forkant av inngrepet, og vil kunne ha direkte betydning for spørsmålet om det er adgang til å foreta handlingen. Med andre

³⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 58 (2001-2002) s. 19. Tilsvarende Auglend/Mæland 2016 s 742.

³⁹⁸ Se Auglend/Mæland 2016 s 622 flg.

ord, virkningsdelen av det rettslige fundament for inngrepet har betydning for om vilkårene for inngrep er oppfylt.

Vi ser her at virkningsdelen av normeringen er avgjørende for å kunne ta stilling til om et ufravikelig vilkår i form av krav om forholdsmessighet er oppfylt. Dette tilsier isolert sett at det i forhold til den polisiære delen av politirettens virksomhet ikke kan opereres med et relativt legalitetsprinsipp basert på en sontring mellom *vilkår* og *virkning*.

Et annet argument som taler mot å tillegge det polisiære legalitetsprinsippet en relativitetsdimensjon, hvor det sondres mellom vilkår og virkning, knytter seg til polititjenestepersonens rettsstilling. Som nevnt i 5.2 vil legalitetsprinsippet både som forbudsnorm og tolkningsprinsipp henvende seg til polititjenestepersonen som rettighetssubjekt hvor vedkommende har et særlig behov for forutberegnelighet rundt sin rettsstilling. I kraft av politiets alminnelige handleplikt vil vedkommende ha behov for forutsigbarhet knyttet til angivelse av det rettslige fundamentet for tjenestehandlingen, eller handlingspliktens rettslige rammer.³⁹⁹ Dersom tjenestepersonen som følge av uklar rettslig normering feilaktig legger til grunn at han ikke har en handlingsplikt og/eller han velger en metode, middel og fremgangsmåte som gjør at virkningen av hans inngrep overskrider fastsatte effektueringsnormer, står han i fare for å bli underkastet strafforfølgning.

Et ytterligere argument som taler mot å tillegge legalitetsprinsippet en relativitetsdimensjon, hvor det sondres mellom vilkår for inngrep og dets virkning, er individets behov for å kunne vurdere sin lovbestemte rett til å utøve nødverge mot ulovlig myndighetsutøvelse. Straffeloven § 18 tredje ledd gir den som utsettes for ulovlig myndighetsutøvelse adgang til å utøve nødverge dersom polititjenestepersonen opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt. Med andre ord, behovet for å kunne forutse om antatt virkning faller utenfor hva som anses som lovlig tjenesteutøvelse har like stor

³⁹⁹ Se Auglend 2016 for en utførlig fremstilling av polititjenestepersonens handleplikt.

betydning som å kunne forutse hvilke materielle vilkår rettsregelen oppstiller for å kunne foreta inngrepet.

Det er ikke uvanlig at politiet under sin tjenesteutøvelse enten er i villfarelse om de faktiske omstendighetene som ligger til grunn for tjenestehandlingen, eller i rettslig villfarelse med den følge at det legges til grunn en feil forståelse av det rettslige fundament for tjenestehandlingen. I begge tilfeller vil tjenestehandlinger objektivt sett fremstå som ulovlig. Det avgjørende for spørsmål om tjenestehandlingen kan møtes med nødverge, er dermed polititjenestepersonens «opptreden». Nærmere om temaet, se NOU 1992: 23 pkt. 7.3 hvor det gjøres rede for gjeldende rett, herunder eksempler på ulovlige handlinger som i gitte situasjoner kan bebreides som uaktsomme. Utfordringen i denne sammenheng er ikke spørsmålet om tjenestehandlingen var ulovlig, men om det er grunnlag for å rette tilstrekkelig med bebreidelser mot politiet for valg av fremgangsmåte, metode og maktmidler med den følge at tjenestehandlingen er uforholdsmessig tatt i betraktning det formål en ønsker å oppnå med handlingen. Se Rt. 2007 s. 940 med videre henvisning til Rt. 1979 s. 760 som gir uttrykk for at en «... feilaktighet fra politiet i faktisk eller rettslig henseende ikke kunne gi adgang til nødverge mot en pågrepelse fra politiets side med mindre denne fremstår som et ‘klart overgrep’».

5.7.6 Relativitetsdimensjon: hvor tyngende inngrepet er

Den siste relativitetsdimensjonen jeg skal behandle i tilknytning til det polisiære legalitetsprinsippet, er en vurdering basert på hvor tyngende inngrepet fremstår. Ved avgjørelse om den påberopte hjemmel for handlingen er tilstrekkelig klar og presis vil spørsmål om hvor tyngende inngrepet er for individet, få betydning for hvilke krav som stilles til hjemmelskravets utforming.⁴⁰⁰ Desto mer inngripende tiltaket fremstår, jo større krav stilles til klar og presis utforming av lovteksten.⁴⁰¹

Tilsvarende relativitetsdimensjon synes lagt til grunn på generelt grunnlag i dansk og svensk rett. Ifølge Gammeltoft-Hansen 2007 s. 141 er det innenfor dansk rett «en utbredt opfattelse i den nyere forvaltningsretlige litteratur og praksis at jo mere intensivt et indgreb er, des større krav må der stilles til dets hjemmelsmessige grundlag». Boucht 2019 s. 31 gir uttrykk for at «[ä]ven om legalitetsprincipen uppfattas som central på många rättsområden, så kan dess innebörd, och framförallt behovet för stringens i dess efterlevnad, variera från

⁴⁰⁰ Se Smith 1982 s. 228 og Smith 2015 s. 231.

⁴⁰¹ Se Auglend 2016 s. 158 som i sin tilnærming til legalitetsprinsippets forbudsnorm sonderer mellom faktiske handlinger og rettslige inngrep i motsetning til undertegnede som vurderer inngripende tjenestehandlinger som sådan uten en tilsvarende sondering.

rättsromåde til rättsområde. Dette beror på att olika rättsområden materiellt kan träffa olika sidor av enskildas rättighetssfär ...» Samtidig påpeker han (s. 32) i tilfeller hvor myndighetene har kompetanse til «(djupgående) påtvingade ingrepp» bør legalitetsprinsippet tolkes strengere og opprettholdes mest konsekvent. Se også Boucht 2011 s. 51.

Vurderingen søker å balansere forvaltningens behov for å få gjennomført tiltaket, opp mot hensynet til den eller de som rammes.⁴⁰²

Et inngrep kan beskrives gjennom komponentene *art* og *grad*. I juridisk teori uttrykkes inngrepets *art* gjerne gjennom en angivelse og sonndring mellom ulike rettsområder og type tiltak, men inngrepets *grad* uttrykker ulike virkninger.

At legalitetsprinsippet, på generelt grunnlag, stiller strengere krav til normeringen innenfor strafferettens område enn hva som er tilfellet for forvaltningsretten, er uomtvistet. Men når det er sagt, kan det vises til en rekke eksempler på inngrep innenfor forvaltningens virksomhet som er minst like, og om mulig mer, inngripende enn straff. Politiets beslutning om å pågripe en bevæpnet person ved å skyte vedkommende, kan i ytterste konsekvens ha døden til følge. Det kan derfor ikke reservasjonsløst trekkes den slutning at *arten* inngrep i form av straff alltid er mer inngripende enn *arten* inngrep som utføres av politiet. Det er myndighetsutøvelsens inngripende karakter som er av betydning. Det er derfor mer fruktbart å operere med en tilnærming som vurderer handlingens karakter av inngrep i den enkeltes grunnleggende rettigheter uavhengig av rettsområder.⁴⁰³

I politiretten har *politimyndighet* tradisjonelt vært definert som den «samlede myndighet til å gi påbud og foreta inngrep overfor publikum, om nødvendig med makt, som er særegen for politiet».⁴⁰⁴ Mens *påbud* referer til ethvert *pålegg* eller *forbud* om å gjøre, tåle eller unnlate noe, er *inngrep* brukt i betydning enhver faktisk handling.⁴⁰⁵

⁴⁰² Se Auglend/Mæland 2016 s. 162 flg.

⁴⁰³ Tilsvarende, se Boucht 2011 s. 61 med videre henvisning til *Gunnar Bramstång* (se fotnote 93).

⁴⁰⁴ *Politimyndighet* er nærmere behandlet i 11.3.2. Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) s. 38 og Prop 79 L (2014–2015) pkt. 5.3.1 s. 16 og Auglend/Mæland 2016 s. 463.

⁴⁰⁵ Nærmere om begrepsbruken, se 11.3.

Denne definisjon av *politimyndighet* gir en grovmasket inndeling av arten inngrep. For å ta stilling til spørsmålet, er det nødvendig å foreta en nærmere inndeling av ulike arter inngrep.⁴⁰⁶

Når en skal foreta en sonndring av hvor tyngende et inngrep er, herunder handlingens karakter av inngrep i den enkeltes grunnleggende rettigheter, er det flere alternative tilnæringer som kan anlegges. En fremgangsmåte kan være å ta utgangspunkt i en gradering av type maktmiddel som anvendes basert på middelets skadepotensiale. Følgelig vil maktmidlene kunne innbyrdes rangeres fra det mildeste i form av muntlig pålegg, polititjenestepersonens fysiske styrke, etterfulgt av ulike typer håndjern, bendsler, slagvåpen og gass, for så å ende opp med de skarpeste maktmidler i form av tjenestehund og skytevåpen.⁴⁰⁷

Tradisjonelt blir politisjære maktmidler fremstilt og innbyrdes rangert i en *makt(middel)pyramide*. Maktpyramiden er en internrettslig normering i politiet. Maktmiddelpyramiden som uttrykk for behovsprinsippets subsidiaritetskrav, blir nærmere behandlet i 12.3.3.

En annen fruktbar tilnærming er å dele inn tjenestehandlingene etter ulike tiltak som har som formål å regulere individets adferd, eller håndtere en faktisk situasjon.⁴⁰⁸ De mest sentrale politisjære inngrepsalternativer, som er nærmere regulert i politiloven kapittel II og strpl. § 222 a, spenner vidt og omfatter alt fra ferdselsregulering, oppholdsforbud, fjerne eller anholde personer, visitere og innbringe, for å nevne noen.⁴⁰⁹ En ytterligere alternativ tilnærming er å inndele tjenestehandlingene i følgende grupperinger: henstillinger, pålegg, og pålegg som forutsettes effektuert ved bruk av makt dersom de ikke etterkommes, og makt som sådan.

Dernest kan det sondres mellom repressive og preventive tiltak og virkemidler. Politiets inngrep i forebyggende øyemed fremstår i utgangspunktet som mer

⁴⁰⁶ *Makt* er nærmere omtalt og behandlet i 11.3.4. I den anledning har jeg anlagt en videre forståelse av begrepet til grunn enn hva som tradisjonelt er tilfellet ved at *makt* også omhandler pålegg alene, og pålegg sammen med en formaltrussel om faktisk inngripen. I denne delen av avhandlingen vil sonndringen mellom pålegg og makt, ha selvstendig betydning som to grupper ulike maktmidler, henholdsvis maktutøvelse uten fysisk inngripen og maktutøvelse med fysisk inngripen.

⁴⁰⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 679 for nærmere fremstilling av ulike maktmidler.

⁴⁰⁸ Se Auglend/Mæland 2016 s 754.

⁴⁰⁹ Nærmere om ulike politisjære tiltak, se Auglend/Mæland 2016 s. 754 flg.

inngripende og byrdefullt all den tid myndighetsutøvelsen rettes mot person(er) som befinner seg på det straffrie området basert på en prognosebasert antakelse om at noe «er under oppseiling».

Felles for de tre førstnevnte alternative tilnærminger er at de fokuserer på virkningen av tiltaket ved å vurdere hvor tyngende inngrepet fremstår. Den fjerde fokuserer mer på omstendighetene eller de faktiske forutsetninger rundt inngrepshandlingen, og da nærmere knyttet til det faktum at handlingen gjør inngrep i individets handlefrihet, for å forebygge uønsket adferd.

Politiet har en ustrakt adgang til å anvende *pålegg* som virkemiddel ved utførelse av en tjenestehandling, jf. pl. § 7 andre til fjerde ledd. *Pålegg* er i norsk politirett, i motsetning til svensk rett,⁴¹⁰ et selvstendig inngripende tiltak som forutsettes anvendt før en vurderer bruk av sterkere tiltak, jf. pl. §§ 6 andre ledd sammenholdt med første ledd.

I den daglige tjenesteutøvelsen er det vanlig at politiet retter en *henstilling* til personer. Det som kjennetegner en *henstilling* er at den er en anmodning om å gjøre, tåle eller unnlate noe uten noen pretensjon om at det foreligger en rettslig plikt til å følge den. Med andre ord, for å løse et konkret forhold appellerer politiet til partenes sunne fornuft og forstand med formål å løse saken i minnelighet. Når *henstillinger* nevnes i denne sammenheng er det fordi den lett kan forveksles og oppfattes som et *pålegg*. Det er derfor viktig at det fremgår av politiets kommunikasjon at det nettopp er en *henstilling* uten rettslig forpliktelse til å følge.

Manglende etterlevelse av *pålegg*, som er nevnt i pl. § 5, er straffesanksjonert jf. § 30 nr. 1. Det taler isolert sett for at det for *pålegg* må stilles tilsvarende krav til klarhet og presisjon, hva angår lovhjemmel, som på strafferettens område.

Hva gjelder *pålegg* som virkemiddel vil kravet om klar og presis angivelse av normering ikke bare rette seg mot det rettslige fundament som tillater politiet å gi pålegg. Tilsvarende krav vil også måtte stilles til politiets utforming av det konkrete

⁴¹⁰ Se 11.3.3.

pålegg som vil utgjøre en selvstendig normering. Med andre ord, politiets pålegg om å tale, gjøre eller unnlate noe må utformes – enten muntlig eller skriftlig – så klart og presist at den eller de det retter seg mot har mulighet for å forutberegne sin rettsstilstand, samt foreta legalitetskontroll av påleggets innhold.

Med utgangspunkt i at manglende etterlevelse av pålegg kan straffesanksjoneres og om nødvendig effektueres ved bruk av makt, er det naturlig å stille spørsmål om det er grunnlag for å sondre mellom inngrep i form av pålegg og makt som handlinger av ulik karakter ved avgjørelse av hvor tyngende inngrepet fremstår. Begrepet *makt* favner over en rekke virkemidler.⁴¹¹

Umiddelbart synes det forstandig å legge til grunn at *pålegg* generelt vil utgjøre et mindre tyngende inngrep enn bruk av makt. Mens *pålegg* forutsettes oppfylt av den det retter seg mot ved at vedkommende gjør som han har fått beskjed om, er bruk av makt et middel som individet ikke kan påvirke. Dette taler for at det er grunnlag for å foreta en sontring hvor pålegg generelt sett utgjør et mindre tyngende inngrep enn bruk av makt med den følge at det kan stilles lempeligere krav til klar og presis lovhjemmel for *pålegg*. En slik tilnærming vil imidlertid stå i fare for å bygge på en logisk brist.

Valg av virkemiddel, i form av enten *pålegg* eller *makt*, vil hvile på det samme rettslige fundament da de begge utgjør alternative virkemidler for å effektuere tiltak som nevnt i pl. § 7 andre ledd. Videre er det en forutsetning for å kunne gi et pålegg at den ønskede virkning fremstår som nødvendig og forholdsmessig, jf. pl. § 6 andre og fjerde ledd. All den tid det oppstilles et krav om at den ønskede virkning skal vurderes som nødvendig, er det som den store hovedregel en implisitt forutsetning at politiet mener det er behov for å fjerne den som gis pålegg om å forlate et nærmere angitt sted. Den logiske slutning blir derfor at politiet også vurderer bruk av makt for å effektuere manglende etterlevelse av pålegget, forutsatt at alternativ bruk av makt oppfyller effektueringsprinsippene. Dette taler isolert sett for at det må oppstilles tilsvarende krav til presis og klar lovhjemmel, uavhengig av om inngrepet har karakter av pålegg, pålegg

⁴¹¹ Begrepet makt er nærmere behandlet i 11.3.4.

med en formaltrussel om bruk av makt eller ren maktbruk for å effektivere manglende etterlevelse av pålegget.

5.7.7 Avsluttende merknader til det polisiære legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp

Politiets tjenestehandlinger er strengt formålsregulert. Dette fremgår av blant annet pl. § 2 som foreskriver hvilke oppgaver politiet *skal* ivareta, sammenholdt med angivelse av hvilke tiltak og virkemidler som *kan* anvendes, jf. pl. § 7 første og andre ledd. Virkemidlene som tas i bruk må være *nødvendig* og understøtte formålet med tjenestehandlingen, jf. pl. § 6. Som tidligere påpekt, politiets inngripende myndighetsutøvelse er aldri et selvstendig mål eller tiltak, men kun et virkemiddel eller fremgangsmåte som anvendes for å nå bestemte mål med tjenestehandlingen.⁴¹² Som tiltak har inngrep i form av polisiær maktbruk flere likehetstrekk med straffeprosessuelle inngrep ved at begge kan gi seg utslag i frihetsberøvelse eller krenkelse av privatlivets fred.⁴¹³

Det er imidlertid flere særegne trekk ved den polisiære maktbruken som på selvstendig grunnlag taler for et skjerpet krav til klar og presis normering av inngrepskompetansen.

For det første, politiets inngripende myndighetsutøvelse kjennetegnes ved stort innslag av heteronom kompetanse som er tillagt den enkelte polititjenesteperson. I sin daglige tjenesteutførelse forvalter den enkelte tjenesteperson et stort register av fullmakter som gir adgang til å iverksette en rekke inngripende tiltak hvor valg av tilnærming i stor grad er basert på individuell skjønnsutøvelse. I forlengelsen av dette kjennetegnes selve myndighetsutøvelsen ved at den som hovedregel utføres uten direkte tilsyn av en overordnet leder. Samfunnet som sådan og politiet spesielt har av den grunn behov for

⁴¹² Se Auglend/Mæland 2016 s. 664.

⁴¹³ Et eksempel på tiltak som kan anvendes både i den polisiære og straffeprosessuelle virksomhet, er spaning hvor formålet er å systematisk innhente informasjon. Som tiltak er virksomhet verken lovregulert i straffeprosesslovgivningen eller politilovgivningen. Se Bruce/Haugland 2018 s. kapittel 3 som i et straffeprosessuelt perspektiv påpeker utfordringene ved manglende lovregulering. De samme utfordringene vil gjøre seg gjeldende i et polisiært perspektiv.

gode mekanismer knyttet til kontroll av tjenesteutøvelse som representerer inngripende myndighetsutøvelse.⁴¹⁴ For det tredje er den inngripende myndighetsutøvelsen, om nødvendig ved bruk av makt, ensidig og vertikalt anlagt hvor den som maktbruken retter seg mot ikke har formelle muligheter til å motsette seg inngrepet, men må innrette seg og avfinne seg med situasjonen.⁴¹⁵ Som tiltak er bruk av makt irreversibelt med den følge at den ikke kan påklages med det formål å suspendere eller gjenopprette rettstilstanden. Maktutøvelse uten tilstrekkelig rettslig fundament kan i forvaltningssporet bare beklages.

Forankret i ovennevnte er det grunnlag for å hevde at det polisiære legalitetsprinsippet gir uttrykk for minst tilsvarende krav om *presis og klar* lovgivning som på strafferettens område.⁴¹⁶

5.8 Oppsummering

Politiets polisiære virksomhet retter seg i det alt vesentlige mot individer som rettssubjekter. Gjennom vedtakelse av Grl. § 113 ble sentrale deler av det generelle legalitetsprinsippet kodifisert. Bestemmelsen utgjør dermed den sentrale rettslige skranken for politiets polisiære myndighetsutøvelse. Vedtakelsen av Grl. § 113 har ytterligere bidratt til å klargjøre legalitetsprinsippetets rolle som generell forbudsnorm som forbyr det offentlige, inklusiv politiet, å foreta enhver inngripende handling, det være seg normeringshandlinger og/eller faktiske handlinger uten grunnlag i formell lov.

Ifølge Boucht legges det til grunn i svensk rett at formuleringen «under lagarna», jf. *Regeringsformen* 1 kap. § 1 tredje avsnitt, også omfatter sedvanerett. Uskreven rett som har oppstått på grunnlag av fast praksis over tid

⁴¹⁴ Se Hopsnes/Solberg s. 144 som påpeker at «[j]o større valgfrihet kompetansenormen gir, jo større gjennomslagskraft bør legalitetsprinsippet gis». Tilsvarende Auglend 2016 s 164.

⁴¹⁵ Tilsvarende, se Auglend 2016 s. 163.

⁴¹⁶ Sml. Skoghøy 2018 s. 54 – 58 som i sin fremstilling av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp legger til grunn at Høyesterett i fremtiden vil anlegge en strengere håndheving av prinsippet. Og Grunnloven § 113 har gjenreist legalitetsprinsippet «som en grunnleggende, materiell rettsikkerhetsgaranti for borgerne».

«accepteras som rättslig grund för offentlig maktutövning i vissa fall, förutsatt att det inte innefattar kroppsliga ingrepp», se Boucht 2019. s. 33. Tilsvarende, se Norée 2000 s. 67. Se også Berggren/Munck 2019 kommentarer til polislav § 8.

Denne tilnærmingen synes lagt til grunn i høyesterettspraksis og har bred tilslutning i juridisk teori. I mangel av andre autoritative lovtekster enn GrL § 113, og sparsomt med rettspraksis, må det polisiære legalitetsprinsippet i stor utstrekning forankres i de grunnleggende hensyn som legalitetsprinsippet bygger på og er vokter av.

Det polisiære legalitetsprinsippet uttrykker et lovskrav eller generell forbudsnorm, tilsvarende som på strafferettens område. Videre kan det utledes et rettskildepriusippet som innenfor legalitetsprinsippet område oppstiller særlige kvalitative krav til tolkningsprosessen som har som formål å kartlegge rettsreglers rekkevidde.

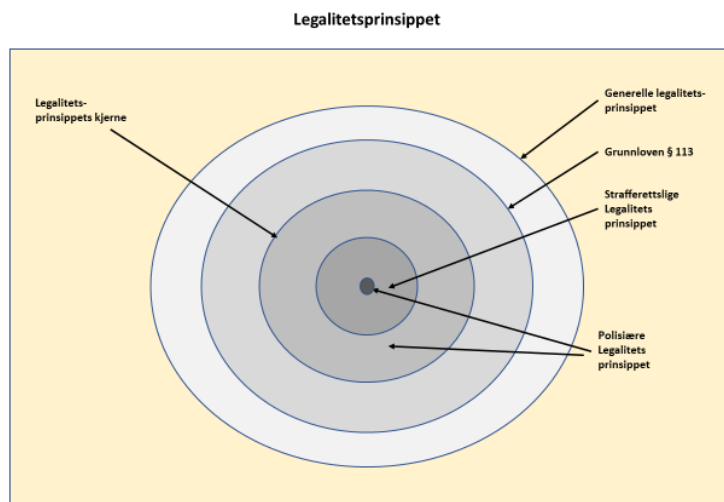
Det innebærer for det første at prinsippet oppstiller krav om at politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse må utledes av klar og tydelig hjemmel. Følgelig innskrenkes muligheten til å påberope andre tradisjonelle rettskilders som primære rettskilder tilsvarende.

For det andre, kan det ikke trekkes den slutning at *arten* inngrep i form av straff alltid er mer inngripende enn *arten* inngrep som utføres av forvaltningen. Det er myndighetsutøvelsens inngripende karakter som er av betydning. Det er derfor uhenksommessig å operere med en tilnærming hvor legalitetsprinsippet krav til normeringer differensieres basert på inngrepets *art* hvor det sondres mellom ulike rettsområder. Politiets *anholdelse*, jf. pl. § 7 første og andre ledd, kan – avhengig av valg av taktisk tilnærming, metode og maktmiddel – i ytterste konsekvens ha døden til følge, en virkning som er irreversibel. Følgelig fremstår myndighetsutøvelsen som langt mer inngripende enn hva som er tilfellet innenfor strafferettens område.

Det må derfor, som beskrevet på figuren under, kunne legges til grunn at politiets inngripende myndighetsutøvelse som medfører bruk av makt ligger i kjernen av legalitetsprinsippet nedslagsfelt med den konsekvens at det må stilles strengere krav

til normeringer som regulerer politiets kompetanse til å foreta inngripende myndighetsutøvelse, enn hva tilfellet er innenfor strafferettens område.

Tilnærmingen kan beskrives med følgende figur:



Figur 9

Det innebærer at vurderingen av legalitetsprinsippets innhold og betydning må forankres i en tilnærming hvor handlingens karakter av inngrep i den enkeltes grunnleggende rettigheter vurderes uavhengig av rettsområder.⁴¹⁷ Med andre ord, vurdering av prøvelsesintensiteten må forankres i inngrepets *grad* og ikke dets *art*.⁴¹⁸

For det tredje, med utgangspunkt i de grunnleggende hensyn som legalitetsprinsippet bygger på og vokter om, må det – på lik linje med i strafferetten – legges til grunn at det polisiære legalitetsprinsipp ikke gir uttrykk for et generelt relativisert hjemmelskrav. Dette gjelder uavhengig av om relativiseringen forankres i en *vilkår – virkning*-tilnærming, eller baseres på en vurdering av hvor tyngende inngrepet

⁴¹⁷ Tilsvarende, se Boucht 2011 s. 61 med videre henvisning.

⁴¹⁸ Se Hopsnes/Solberg s 143.

fremstår. Da politiets inngripende tjenesteutøvelse i stor grad baseres på utøvelse av skjønn, vil en relativisert tilnærming til hva legalitetsprinsippet uttrykker kunne føre til at lovskravet blir tilnærmet illusorisk. En praksis hvor det i stor grad skapes rom for at politiet fastsetter grenser for egen kompetanse vil i ytterste konsekvens kunne bidra til etablering av «lov om politiets forgodtbefinnende». En slik tilnærming vil på kort sikt bidra til fleksibel og effektiv tjenesteutøvelse, men på lang sikt gi den motsatte effekt. Etatens demokratiske legitimitet svekkes, maktfordelingsprinsippet utfordres, individets mulighet til å kunne forutberegne sin rettsstilling reduseres og samfunnets mulighet til å drive effektiv kontroll med politiets polisiære virksomhet reduseres.

6. Menneskerettighetene som konstitusjonell skranke for inngripende myndighetsutøvelse

6.1 Innledning

I forrige kapittel – «*Det polisiære legalitetsprinsippet*» – konkluderte jeg med at det må legges til grunn at legalitetsprinsippet, innenfor den polisiære delen av politiets virksomhet, uttrykker et tilsvarende strengt lovskrav som på strafferettens område. Følgelig må formell lov utgjøre den primære rettskilden ved fastsettelse av rettsregler som påberopes som hjemmel for politiets inngripende tiltak. Krav om formell lov sikrer at den primære rettskilden for politiets inngripende tiltak vedtas av Stortinget, jf. GrL § 76 flg., og innebærer i realiteten at det stilles kvalitative krav til prosessen som har som formål å etablere normeringer som gir politiet adgang til å utføre inngripende tiltak. Det er imidlertid grunnlag for å hevde at legalitetsprinsippets lovskrav, i et rettssikkerhetsperspektiv, kun gir anvisning på prosessuell rettssikkerhet. Hverken legalitetsprinsippets lovskrav eller Grunnlovens regler om den lovgivende makt, angir kvalitative krav til normeringens materielle innhold. Med andre ord, legalitetsprinsippets lovskrav kan i høyden bidra med å avklare *om* den påberopte rettsregel har tilstrekkelig forankring i formell lov, herunder om klarhets- og forutberegnelighetskravet er ivaretatt gjennom å angi *hvilke* inngrep politiet kan foreta.

Ensidig fokus på prosessuell rettssikkerhet vil derfor ikke motvirke utilbørlig og vilkårlig tjenesteutøvelse. Ivaretagelse av individets rettssikkerhet krever at det i tillegg oppstilles kvalitative krav til normeringen som beskriver de rettslige rammer for den legitime tjenestehandling, med hensyn til *hvordan* inngrepet skal foretas, herunder valg og bruk av maktmidler. Dette leder oss over til avhandlingens andre deltema som behandles i dette kapittel; *menneskerettighetenes krav til normering av, og som rettslig skranke for, politiets adgang til å foreta inngripende tiltak, om nødvendig ved bruk av makt.*

Ved å etablere et «helhetlig bilde av det menneskerettighetsvern som faktisk eksisterer i norsk lovgivning»,⁴¹⁹ har grunnlovsreformen bidratt til å «ytterligere styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.⁴²⁰ Et av reformens bærende formål var å kodifisere «de sentrale menneskerettighetene som ligger til grunn for de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene som Norge har sluttet seg til».

Grunnloven av 1814 har både hatt symbolsk, politisk og rettslig betydning i flere henseender. For det første etablerte den et skille mellom den utøvende, lovgivende og dømmende makt, dernest avskaffet Grunnloven den eneveldige kongemakten og for det tredje gjennomførte den folkesuverenitetsideen gjennom å etablere Stortinget som den lovgivende forsamling. Ytterligere satte den noen absolutte skranke for myndighetenes maktutøvelse. I tiden før grunnlovsreformen var Grunnlovens menneskerettighetsvern fragmentarisk, se Innst. 169 S (2012-2013) s. 2. Og betydningen som grunnlovsvern var beskjedent, se Aall 2018, s. 24.

Et av de bærende formål med grunnlovsrevisjonen var å etablere en grunnlov som i større grad synliggjorde og sikret statens allmenne verdigrunnlag; demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene, se Innst. 169 S (2012-2013) s. 6. Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 er sentrale menneskerettigheter «løftet frem» og gitt en sentral betydning. Dette har bidratt til å sikre at individets frihet, likhet og menneskeverd blir ivaretatt i fremtidige beslutningsprosesser, se Innst. 169 S (2012-2013) s. 7. Grunnlovens betydning på menneskerettighetenes område har endret karakter fra normering av symbolsk karakter til å få en rettslig betydning idet dens rolle som absolutt skranke for myndighetenes maktutøvelse er mer fremtredende.

Grunnlovens kodifisering av sentrale menneskerettigheter synes ikke å ha hatt som målsetting å bidra til en ytterligere styrking av menneskerettighetene utover det minimumsvernet som bl.a. EMK uttrykker.⁴²¹

Individets menneskerettigheter reguleres av flere ulike menneskerettighetskonvensjoner, hvor noen gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2.⁴²² Når den videre fremstillingen av menneskerettighetene begrenses til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, jf. Grl. del E, og Den

⁴¹⁹ Se Dok 16 (2011-2012), pkt.1.1.

⁴²⁰ Se Bårdsen 2017 s. 1.

⁴²¹ Se Dok 16 (2011-2012), pkt.1.1.

⁴²² Se L21.05.1999 nr. 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter kalt menneskerettsloven).

europiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK),⁴²³ er det fordi disse gir uttrykk for rettigheter som i all hovedsak er sammenfallende med de øvrige konvensjoner. I tillegg finnes det en rikholdig praksis fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) knyttet til den enkelte bestemmelsen.⁴²⁴

Den videre fremstillingen vil konsentreres rundt GrL §§ 92, 93 og 102 med korresponderende bestemmelser i EMK, henholdsvis artiklene 2, 3, 5 og 8. Avgrensing av fremstillingen til disse bestemmelsene er ikke et uttrykk for en rangering av de ulike menneskerettigheters betydning, men bygger på det faktum at praksis viser at nevnte bestemmelser har særlig betydning for politiets polisiære virksomhet.

EMK gir i seg selv ingen hjemmel for politiets inngrep. Når EMKs betydning som rettslig skranke for politiets polisiære virksomhet likevel vies stor oppmerksomhet i denne avhandlingen, skyldes det flere forhold. Som tidligere nevnt har staten gjennom ratifisering av EMK, etterfølgende inkorporering av rettighetene ved vedtakelse og ikrafttredelse av menneskerettsloven og reformering av Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter, forpliktet seg til å sikre og respektere menneskerettighetene. Som samfunnets sivile maktorgan er politiet gitt en sentral rolle i ivaretagelse av statens menneskerettighetsforpliktelser.

Politiets plikt til å *sikre og respektere* menneskerettigheter vil i den praktiske myndighetsutøvelsen innebære vekting av motstridende interesser. Politiets streben etter å forebygge alvorlig kriminalitet og annen adferd som truer den offentlige ro, orden og sikkerhet (sikringsplikten), vil aktualisere tiltak som står i fare for å krenke enkeltindivider eller grupper (plikten til å respektere). Som eksempel kan det vises til *Gäfgen-saken* som er nærmere omtalt i 6.7.4.

Forebyggende tiltak, som har som formål å *sikre* rettigheter til allmennheten, har den egenskap at de også representerer innskrenkninger i allmennhetens og individets rettigheter, og dermed står i fare for å svekke allmennhetens rettsikkerhet. Politiets tiltak for å sikre menneskerettigheter vil som regel rettes mot enkelt personer eller grupper av individer, basert på forhåndsdefinerte kriterier for hva som kjennetegner uønsket eller risiko adferd. Slike kriterier vil erfaringsvis bygge på hva det enkelte lands kultur, inkludert rettskultur, definerer som «anti-social behavior» (temaet er omtalt i 7.5).

⁴²³ Se menneskerettsloven, vedlegg nr. 1.

⁴²⁴ Tilsvarende tilnærming, se Høgberg/Høstmælingen 2010, punkt 2.1.

I den grad politiet anlegger en generalisert forestilling om en bestemt gruppe mennesker (stereotypi), står en i fare for at sikringstiltakene de facto «rammer» noen få – et mindretall – for å fremme flertallets interesser. For å unngå at noen få «ofres på fellesskapets alter» (sml. Robberstad 1999 s. 366 som fremmer tilsvarende syn i sin drøftelse av rettssikkerhet i straffeprosessen) må politiet evne å sikre menneskerettighetene gjennom håndheving av lover hvor myndighetsutøvelsen har fokus på menneskeverd slik at ingen utsettes for myndigetsmisbruk og vilkårlighet. Det innebærer at politiet, som rettsanvender, må tolke sine inngrepshjemler i tråd med dette.

Videre, statens plikt til å sikre menneskerettighetene knytter seg ikke bare til en positiv plikt til å blant annet etablere lovgivning som straffesanksjoner krenkelser av retten til livet. Plikten omfatter også etablering av normering som gir anvisning på hva som anses som legitim krenkelse av rettighetene. Denne delen av sikringsplikten leder oss over til statens plikt til å respektere menneskerettighetene. Staten skal selv avstå fra handlinger som krenker disse rettighetene. Det er derfor av sentral betydning at normeringer som uttrykker legitime unntak fra rettighetene er av en slik kvalitet at de skaper forutberegnelighet og kan danne grunnlag for effektiv legalitetskontroll av den faktiske tjenesteutøvelsen. Dernest vil en nærmere angivelse av individets rettigheter være av betydning for vurdering av om den nasjonale normering og innretning av den polisiære virksomhet reflekterer statens dobbeltsidige plikt.

6.2 Den videre fremstillingen

Formålet med den videre drøftelsen er to-delt. For det første vil jeg belyse Grl. §§ 92, 93 og 102 med korresponderende bestemmelser i EMK, henholdsvis artiklene 2, 3, 5, og 8 sin betydning som rettslige skranker for den polisiære virksomhet. Og for det andre avklare, *om*, og i *hvilken* grad disse bestemmelsene – sammenholdt med statens generelle plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene – oppstiller krav til etablering av nasjonale normeringer som angir kvalitative krav til tjenesteutøvelsen ved

å uttrykke hva som kjennetegner den legitime inngripende polititjenestehandlingen.⁴²⁵ Krav *om* og *til* nasjonal lovgivning utledes av Grl. § 113,⁴²⁶ og EMKs lovskrav, som oppstiller krav om hjemmel i snever forstand.⁴²⁷ Videre må den nasjonale normeringen, som legitimerer inngripende myndighetsutøvelse, oppfylle formålskravet gjennom å understøtte de unntak som er nevnt i EMK.

Normeringer som legitimerer inngripende myndighetsutøvelse gir, som tidligere nevnt, i seg selv ikke svar på hvilke krav om kvalitativ minstestandard som stilles til tjenesteutøvelsen. Det foreligger svært lite høyesterettspraksis som omhandler den polisiære virksomhetsutøvelsen. Derfor blir EMD-praksis en viktig argumentasjonsressurs når eventuelle kvalitative krav til den polisiære inngripende myndighetsutøvelsen skal avklares. I EMD-praksis blir kravet om kvalitativ tjenesteutøvelse, utledet av *nødvendighetskravet*, artikulert gjennom krav og forventninger til innretning, organisering, planlegging, kommando og kontroll av tjenesteutførelsen.

EMK artikkel 2 nr. 2 oppstiller som krav at myndighetsutøvelse, hvor potensielt dødelig makt utøves, må fremstå som «absolutt nødvendig», mens artiklene 8 nr. 2, 9 nr. 2, 10 nr. 2 og 11 nr. 2 krever at inngripende tiltak må fremstå som «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Disse forventninger utgjør da en norm for legitim tjenesteutøvelse, og danner utgangspunkt og målestokk for de polisiære utfordringene politiet står overfor i en konkret sak. Der vil være en glidende overgang fra EMKs *nødvendighetskrav* til kravet om at tjenesteutøvelsen må være *forholdsmessig*.⁴²⁸ Lovskravet, sammen med kravet til formålsbestemt tjenesteutøvelse, *nødvendighetskravet* og *forholdsmessighetskravet* vil bli nærmere behandlet i 6.4.

⁴²⁵ Se Eskeland 1989, s. 63 som reiser spørsmålet om det bør stilles opp som et rettsikkerhetskrav at forvaltningsavgjørelser bør tilfredsstille visse kvalitetskrav, omtalt som kvalitativ minstestandard.

⁴²⁶ Vårt nasjonale lovskrav, jf. Grl. § 113 er behandlet i kapittel 5.

⁴²⁷ Lovskravet vil ikke isolert sett utgjøre en rettesnor for hva som anses for å være legitim tjenesteutøvelse. Se Aall 2018 s. 150 som synes å innta en tilsvarende tilnærming

⁴²⁸ EMKs *nødvendighetskrav* uttrykker også et integrert krav om *forholdsmessig myndighetsutøvelse*. Nærmere om dette, se 6.4.4 og 12.3.2.

Ved å belyse disse normeringene – som samlet artikulere en aktsomhetsnorm – vil jeg forsøke å avklare hvilke kvalitative krav, utledet av EMK, som kan stilles til ulike sider av politiets polisiære virksomhet. Fremstillingen vil fokusere på politiets polisiære beredskap, forstått som polisiære tjenestehandlinger som har som formål å forebygge, begrense eller håndtere kriser og andre uønskede hendelser.⁴²⁹ Den polisiære beredskap kan, som vist på figuren under, forklares ut fra fire definerte stadier, henholdsvis *etterretning, forebygging, håndheving og redning*.

Polisiær beredskap



Figur 10

Politiets tjenestehandlinger kan, som tidligere nevnt, kategoriseres i to grupper, henholdsvis forebyggende, også omtalt som proaktiv virksomhet, og repressiv eller håndhevende virksomhet. Den forebyggende virksomhet har fokus på å intervensere i forkant av at risikoen materialiserer seg. Beslutningen om å intervensere og valg av metodisk tilnærming bygger på kunnskaper om risikoen. Dette i motsetning til politiets repressive virksomhet som kan inndeles i henholdsvis håndhevende virksomhet og redningstjenesten. Her vil

⁴²⁹ Se NOU 2000: 24, pkt. 2.3.3 hvor det anlegges et tilsvarende «generelt» begrep om *beredskap*.

beslutningen om å intervenere bygge på kunnskaper om at en risiko har materialisert seg.

Det ligger i etterretningsvirksomhetens natur å skaffe tilveie etterretningsprodukter som danner grunnlag for fremtidig beslutningstaking.⁴³⁰ Etterretningsarbeidet i sin ideelle form vil dermed være uløselig knyttet til, og utgjøre en integrert del av, politiets forebyggende arbeid, samtidig som den også bidrar til å redusere usikkerhet innenfor den repressive delen av politiets operative beredskap.⁴³¹ Fremstillingen vil derfor ikke ha som målsetting å foreta en differensiert drøftelse av den polisiære virksomhets fire definerte stadier, men behandle den som en enhetlig funksjon. Før jeg går i gang med dette, må prinsipper for tolking av Grl. og EMK vies oppmerksomhet.

6.3 Prinsipper for tolking av Grl. og EMK⁴³²

Det er kun domstolen, representert ved Høyesterett, som gjennom sin rettskapende virksomhet autoritativt kan fastslå hva Grunnlovens bestemmelser uttrykker. Tilsvarende rolle har EMD i forhold til tolking av EMK.⁴³³

Som den klare hovedregel er EMD tilbakeholden med hensyn til prøving av den enkelte stats myndigheters tolkning av nasjonal lovgivning. EMDs prøvelsesintensitet er begrenset av prinsippet om at det i utgangspunktet er en oppgave for nasjonale myndigheter, først og fremst domstolen, å tolke og anvende nasjonal lov. Se *Lukanov v. Bulgaria*, punkt 41: «the scope of its task in this connection, however, is subject to limits inherent in the logic of the European system of protection, since it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law».

Som jeg vil komme tilbake til viser praksis at spørsmålet om norsk politis polisiære frihetsberøvelse er i samsvar med nasjonal lovgivning sjelden er gjenstand for domstolsprøving/-kontroll.

Ved enhver lovtolking er det naturlig å ta utgangspunkt i lovens ordlyd. Dette tolkningsprinsipp gjelder også ved fastsettelse av innholdet i den enkelte

⁴³⁰ Se NOU 2009: 12, punkt 12.2.1 hvor politiets arbeid beskrives som kunnskapsbasert, det vil si: «systematisk og metodisk innhenting av relevant informasjon og kunnskap som analyseres med formålet å kunne treffe strategiske og operative beslutninger om forebyggende og bekjempende tiltak».

⁴³¹ Se Etterretningsdoktrinen for politiet, s. 18.

⁴³² For en mer utførlig gjennomgang av temaet, se Høgberg/Høgberg 2019 s. 239–258 og Aall 2018 kapittel 2.

⁴³³ Se Aall 2018 s. 44. Sml. Robberstad 1999 s. 49 som gir uttrykk for at «[s]lutninger ut fra [...] forarbeidene bør som regel tillegges større vekt enn avgjørelser fra Høyesterett.»

grunnlovsbestemmelse.⁴³⁴ Etter grunnlovsreformen er Grunnloven ikledd en mer moderne språkdrakt, noe som isolert sett taler for at lovens ordlyd skal tillegges stor vekt ved fastsettelse av den enkelte bestemmelses innhold.⁴³⁵ Men som påpekt av *Bårdsen*; «tilblivelsesmåten må tas i betraktning».⁴³⁶ Ifølge Grl. § 121 første ledd har Stortinget kun anledning til enten å vedta eller forkaste forslag til revidering av Grunnloven.⁴³⁷ Da Stortinget ikke har fullmakt til å gjøre tekstlige endringer i forslag til fremsatte endringer, er det enkelte forslag avskåret fra en tekstlig kvalitetsprosess tilsvarende annen lovgivning.⁴³⁸ Derfor vil Grunnlovsreformens forarbeider utgjøre sentrale argumentasjonsressurser i lovens initiale livsfase,⁴³⁹ men tape sin betydning med tiden.⁴⁴⁰

I en fremstilling som både bygger på Grl. og EMK, er det naturlig å stille spørsmål om grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser gir uttrykk for tilsvarende normeringer som korresponderende EMK bestemmelser.⁴⁴¹ Uttrykker Grl. § 102 samme rettslige innhold som EMK artikkel 8?⁴⁴² Menneskerettighetsutvalget problematiserte dette temaet i rapportens kapittel 15 – Tolkning av rettighetsbestemmelsene i Grunnloven – og fremhevet det alminnelige presumsjonsprinsippets betydning ved at «rettighete[ne] ikke gis et dårligere vern etter Grunnloven enn etter konvensjonene, ved å sørge for at konvensjonenes minimumsrettigheter ivaretas ved tolkningen av Grunnloven».⁴⁴³

⁴³⁴ Se Aall 2018 s. 36.

⁴³⁵ Se Helland 2013, kapittel 8 for en mer utførlig fremstilling av grunnlovstekstens betydning ved fastsettelse av forfatningens rekkevidde. Se også Høgberg/Høgberg 2019 s. 242 som gir uttrykk for å nedtone grunnlovstekstens betydning på grunn av dens alder. Tross språklig modernisering, preges Grunnloven av blant annet at den er skrevet under andre samfunnsforhold. Følgelig har Grunnloven «et meningsinnhold som ikke i seg selv, og alene, ligger i teksten.»

⁴³⁶ Se Bårdsen 2017 s. 7.

⁴³⁷ Dette utledes av Grl. § 121 første ledds formulering: «å bestemme om den foreslåtte forandring bør finne sted eller ei».

⁴³⁸ Tilsvarende, se Bårdsen 2017 s. 7.

⁴³⁹ Se Dok. 16 (2011-2012), Innst. 186 S (2013-2014) og Innst. 263 S (2014-2015).

⁴⁴⁰ Se Aall 2018 s. 37.

⁴⁴¹ Se HR-2016-2554-P hvor Høyesterett legger til grunn at «Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett».

⁴⁴² Se Bårdsen 2017 s. 9 som reiser tilsvarende problemstilling.

⁴⁴³ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 89. Nærmere om tolking av grunnlovens menneskerettsbestemmelser, se Bårdsen 2017 s. 7 flg.

Høyesterett synes å ha fulgt opp denne tilnærmingen. I avgjørelse inntatt i HR-2014-2472-A opphevet Høyesterett lagmannsrettens dom og ankeforhandlinger. Saken omhandlet en person som ble domfelt for promillekjøring. Domfelte gjorde gjeldende at han selv ikke hadde kjørt bilen, og at han ikke kunne huske hvem som kjørte. Lagmannsretten gav uttrykk for å pålegge domfelte en undersøkelsesplikt da han selv kunne og burde funnet ut av dette. Høyesterett uttalte da følgende:⁴⁴⁴

«Lønning-utvalget, som utarbeidet det samlede forslaget til grunnlovsreformen, fremholdt at § 96 andre ledd befester «et særlig viktig rettsstatsprinsipp», jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 130. Og Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at § 96 andre ledd 'grunnlovsfester innholdet i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 2 og EMK artikkel 6 nr. 2', jf. HR-2014-2364-A avsnitt 29. Innholdet og rekkevidden må da fastlegges i lys av disse internasjonale parallelle, jf. også Grunnloven § 92».

Når internasjonal tolkningspraksis anvendes ved tolking av Grunnloven, eksisterer det et prinsipielt skille mellom tiden før og etter grunnlovsreformen av 2014.⁴⁴⁵ Det innebærer at Grunnloven som det naturlige utgangspunkt må tolkes i lys av det materialet som forelå før vedtakelsestidspunktet. Dette prinsippet er også fremhevet av Høyesterett i en dom/kjennelse av 2015.⁴⁴⁶

Saken omhandlet en kenyansk kvinne som oppholdt seg ulovlig i Norge etter å ha fått avslag på asylsøknad, og ble besluttet utvist av UNE. Samtidig fikk hun avslag på søknad om oppholdstillatelse for familielegjenforening med datteren på fem år, som er norsk statsborger. I søksmål fra mor og datter kjente Høyesterett begge vedtak ugyldige og avsa fastsettelsesdom for at vedtakene var i strid med EMK artikkel 8.

Når retten tar stilling til om UNE sitt vedtak var i strid med Grl. § 102, slås det fast at bestemmelsen bygger blant annet på «FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 og EMK artikkel 8.», og at Grl. § 102 derfor må tolkes i lys av disse folkerettslige bestemmelser. Men som Høyesterett påpeker:

⁴⁴⁴ Se HR-2014-2472-A, avsnitt 14.

⁴⁴⁵ Se Bårdsen 2017 s. 11.

⁴⁴⁶ Se HR-2015-206-A, særlig avsnitt 57.

«[F]remtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene [vil] ikke ha samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.»

Selv om Grunnloven er lex superior EMK, og det ikke eksisterer et underordningsforhold mellom EMD og Høyesterett, er det vanskelig å se for seg at Høyesterett i fremtiden vil tillegge Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser et innhold som ikke er forenelig med menneskerettighetskonvensjonens uttrykk for minimumsrettigheter på angjeldende områder. Det er derfor naturlig at fremtidig autoritativt materiale, herunder EMD-avgjørelser, som gir uttrykk for Norges internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, også i fremtiden vil spille en sentral rolle som argumentasjonsressurs både ved fastsettelse av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser og andre nasjonale bestemmelser som søker å ivareta menneskerettigheter.⁴⁴⁷ En slik tilnærming kan også utledes av Grl. § 92 som i denne sammenheng fremstår som en tolkningsbestemmelse.⁴⁴⁸

Når det i forarbeidene gis uttrykk for at fastsettelsen av den enkelte grunnlovsbestemmelse nærmere innhold må tolkes i lys av parallelle bestemmelser i EMK,⁴⁴⁹ refererer dette etter min vurdering ikke bare til tidligere, men også fremtidig materiale. En slik forståelse og tilnærming kan begrunnes av flere årsaker.

For det første fremstår dette som en naturlig løsning da staten Norge, gjennom ratifisering av EMK, og senere inkorporering av rettighetene ved vedtakelse og ikrafttredelse av menneskerettsloven, har forpliktet seg til å sikre og respektere menneskerettighetene. Menneskerettsloven § 1 fastslår at lovens formål er å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.»⁴⁵⁰ Dernest kan en slik tilnærming utledes

⁴⁴⁷ Se Aall 2018 s. 44 flg.

⁴⁴⁸ Se Aall 2018 s. 46.

⁴⁴⁹ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 106. hvor dette eksplisitt nevnes at en grunnlovsbestemmelse om retten til liv naturligvis må tolkes i lys av EMK artikkel 2.

⁴⁵⁰ Lovens formål er nærmere presisert i Ot.prp nr. 3 (1998-1999) pkt. 5.

av Grl. § 92 som også gir uttrykk for statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene. For det tredje fremstår parallelle bestemmelser i EMK som mer utførlige, samtidig som de gjennom rikholdig EMD-praksis i større grad tydeliggjør rettsregelens innhold.⁴⁵¹

Gjennom ratifisering av EMK har staten forpliktet seg til å sikre og respektere menneskerettighetene. Grunnlovsrevisjonen har bidratt til at denne forpliktelsen er blitt mer fremtredende og tydelig idet Grunnloven på menneskerettighetens område i større grad har en rettslig betydning som uttrykk for en absolutt skranke for statens inngripende myndighetsutøvelse generelt, og utøvelse av makt spesielt. Det innebærer at ethvert myndighetsorgan, privat aktør og/eller enkeltperson som handler etter fullmakt fra staten som sådan eller noen av dens myndighetsorganer, har en tilsvarende utledet plikt til å utføre sine tjenestehandlinger på en slik måte at disse rettighetene ivaretas. Ved eventuelle krenkelse av menneskerettighetene vil staten kunne bli identifisert med noen som handler på dens vegne. For politiets vedkommende blir knytningen og identifiseringen ekstra sterk da etaten, i kraft av rollen som samfunnet sivile maktapparat, er satt til å håndheve lovlydighet, om nødvendig ved bruk av makt. Det innebærer at politiet i gitte situasjoner vil måtte krenke noens rettigheter for å ivareta andres rettigheter.

Av ovennevnte grunner fremstår det som forsvarlig at de senere drøftelser i det vesentlige bygger på EMK med korresponderende EMD-avgjørelser som argumentasjonsressurser. Som ytterligere argumentasjon for en slik tilnærming kan det tilføyes at det finnes sparsomt med høyesterettspraksis knyttet til angjeldende bestemmelser som omhandler politiets utøvelse av inngripende polisiær myndighetsutøvelse. Videre er EMK generelt og angjeldende bestemmelser spesielt, sammenholdt med EMD-praksis, mer gjennomarbeidet, og uttrykker dermed et vern som i større grad binder statens myndighetsutøvelse enn hva tilfellet er for Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. På sikt vil imidlertid Grunnlovens betydning styrkes etter hvert som det etableres nasjonal rettspraksis som bygger på den reviderte Grunnloven.⁴⁵²

EMD-avgjørelser viser at EMKs innhold og rekkevidde stadig er i utvikling. Dette fordrer, slik Bårdsen påpeker,⁴⁵³ at også Grunnloven i fremtiden er gjenstand for en

⁴⁵¹ Tilsvarende, se Aall 2018 s. 36.

⁴⁵² Tilsvarende, se Aall 2018, s. 24.

⁴⁵³ Se Bårdsen 2017 s. 8.

«avklarende og utviklende tolkningsstil». Følgelig tilligger det Høyesterett å tolke, avklare og utvikle Grunnloven, innenfor blant annet EMKs rammer.

Det følger av menneskerettsloven § 2 at EMK er inkorporert i norsk rett.⁴⁵⁴ Spørsmålet om hvordan eventuell motstrid mellom konvensjonene og intern lovgivning skal løses, er regulert i menneskerettsloven § 3 som fastsetter at ved motstrid går bestemmelsene i konvensjonene foran annen lovgivning. For å avgjøre om det i det enkelte tilfellet foreligger motstrid, må den/de aktuelle konvensjonsbestemmelsenes innhold nærmere avklares. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er tydelig på at den i sin dømmende virksomhet «should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties ...»⁴⁵⁵

Wien-konvensjonens artikkel 31, pkt. 1 foreskriver at konvensjoner skal tolkes i samsvar med vanlig ordlydsforståelse i lys av konteksten og formålet.⁴⁵⁶ Forarbeider og omstendigheter rundt inngåelsen av traktaten er gitt en sekundær betydning som rettskilde, jf. artikkel 32,⁴⁵⁷ og kan bare påberopes som kilde for å bekrefte en tolkning som allerede er utledet av de primære tolkningsfaktorer, eller dersom de primære tolkningsfaktorer gir et tvetydig eller uklart resultat.⁴⁵⁸

Da EMK står sentralt i avhandlingen, vil den videre fremstillingen av rettskildeprinsipper og tolkningsregler knyttes opp mot tolking av EMK. Som allerede nevnt står ordlyden sentralt ved tolking av enhver konvensjonstekst. Dette gjelder også ved tolking av EMK.⁴⁵⁹

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen utgjør ingen bindende forpliktelse mellom statene som sådan, men er, ifølge artikkel 1, en konstruksjon hvor stater

⁴⁵⁴ Tilsvarende gjelder for den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter med protokoller (SP), FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller og konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med protokoll.

⁴⁵⁵ Se *Golder v. The United Kingdom*, pkt. 29.

⁴⁵⁶ Autentisk engelsk tekst: «A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».

⁴⁵⁷ Jf. Møse 2004 s. 101.

⁴⁵⁸ Se Helmersen 2015 s. 38.

⁴⁵⁹ Se Kjølbrot 2017 s 21.

gjensidig forplikter seg til å sikre enhver som befinner seg på statens myndighetsområde de rettigheter og friheter som er nevnt i konvensjonens del I.⁴⁶⁰

Ved fastsettelse av EMKs nærmere innhold vil det faktum at konvensjonen gir rettigheter til individer og ikke til stater begrunne enkelte særtrekk ved tolkingen.⁴⁶¹ Av disse er det tre særtrekk som gjør seg særlig gjeldende.⁴⁶² Det første særtrekk ved tolking av EMK er at det legges til grunn et *prinsipp om dynamisk tolkning* ved fastsettelse av rettighetenes innhold.⁴⁶³

Ved ratifisering av EMK har den enkelte stat i utgangspunktet forpliktet seg i henhold til det meningsinnhold som ordlyden gav uttrykk for på ratifikasjonstidspunktet. Ord og uttrykk er ofte generiske med den følge at meningsinnholdet utvikler seg over tid. Det vil da kunne oppstå spørsmål om hvilken forståelse som skal legges til grunn. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen inneholder i utgangspunktet en rekke generiske begreper. Som eksempel kan nevnes *umenneskelig eller nedverdiggende behandling* (artikkel 3), *sikkerhet, frihetsberøvelse* (artikkel 5) og *respekt for sitt privatliv* (artikkel 8). Felles for disse uttrykkene, som på tidspunktet for traktatinngåelsen gav uttrykk for et bestemt meningsinnhold, er at de innehar evnen til å endre meningsinnhold over tid. Følgelig kan uttrykk, som utgjør sentrale materielle vilkår, tas til inntekt for i alle fall to ulike meningsinnhold – ett på tidspunktet for traktatinngåelse, og ett på tolkningstidspunktet.

Prinsippet om dynamisk tolkning skal bidra til at konvensjonens bestemmelser gis et innhold, og dermed gir uttrykk for rettigheter, som speiler en global og universal utvikling som fanger opp endringer i blant annet samfunnsutviklingen, herunder teknologisk utvikling, og holdninger, verdier og moralske oppfatninger.⁴⁶⁴ Imidlertid går det en grense for bruk av dynamisk tolking. Som fremhevet i *Johnston-saken* kan

⁴⁶⁰ Autentisk tekst: «shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.»

⁴⁶¹ Nærmere om disse særtrekkene, se Strand og Larsen 2016 s. 65 flg.

⁴⁶² Se Strand og Larsen 2016 s. 66. Se også Kjølbro 2017 s. 21 flg.

⁴⁶³ Se *Tyrer v. The United Kingdom*, punkt 31, andre avsnitt, hvor retten påpeker «that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.» Se Harris mfl. 2014 s. 8-9. Se også Helmersen 2015 s. 34.

⁴⁶⁴ Se Schabas 2017 s 48 hvor det fremheves at «the Convention must be interpreted in a manner that bears in mind changing conditions and an emerging consensus as to the the appropriate standards.» Se også Strand og Larsen 2016 s. 68–69 som gir uttrykk for at det dynamiske tolkningsprinsipp synes å legge til grunn at tolkningen skal skje med sikte på å gi stadig mer omfattende rettigheter.

det ikke ved dynamisk tolking utledes rettigheter som bestemmelsen ikke gav uttrykk for på ratifikasjonstidspunktet.⁴⁶⁵

Da EMK ikke regulerer forholdet mellom stater, men har som formål å sikre at kontraherende stater ivaretar individets grunnleggende rettigheter, bidrar prinsippet om dynamisk tolkning til at det er større rom for at konvensjonen «står på egne bein» når dens til enhver tids meningsinnhold skal fastsettes. Det gjør at generiske uttrykk og begreper er autonome og dermed utvikler et meningsinnhold uavhengig av den enkelte stats nasjonale rettssystem.⁴⁶⁶

Tyrer v. The United Kingdom (punkt 31) kan anvendes som eksempel på at fastsettelsen av rettighetene som kan utledes av EMK skal skje uavhengig av befolkningens oppfatning i den enkelte stat. Myndighetene fremhevet at administrativ avstraffelse ikke kunne anses som nedverdiggende behandling etter EMK artikkel 3, da majoriteten av befolkningen på Isle of Man hadde en positiv holdning til praksisen. Retten var tydelig på at det faktum at flertallet i en befolkning vurderer et inngrep som akseptabel ikke kunne tillegges relevans da en av grunnene til at de vurderer straffen som et effektivt middel for å forebygge kriminalitet, nettopp er dens element av nedverdiggende behandling.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol skal gjennom sine rettslige bindende avgjørelser, jf. EMk artikkel 32, sikre at de forpliktelser som de kontraherende stater har påtatt seg, jf. EMk artikkel 19, overholdes. I så henseende skal den gjennom sin praksis tolke og utvikle konvensjonen slik at sentrale vilkår gis et meningsinnhold som fanger opp menneskerettighetenes stadige utvikling i lys av konvensjonens formål.

Selv om befolkningens oppfatning i den enkelte stat ikke tillegges nevneverdig betydning, vil trender og oppfatninger som går på tvers av statene spille en sentral rolle i utviklingen av menneskerettighetene. Saken *Jalloh v. Germany* er i så måte et eksempel på hvordan EMD praktiserer prinsippet om dynamisk tolkning ved fastsettelse av rettighetene som kan utledes av EMK. I *Jalloh-saken* (se særlig avsnitt 53-55) tok retten stiling til om politiets bruk av brekkmiddel, som ble tilført Jalloh med tvang for å få han til å kaste opp mindre menger med narkotika som han hadde svelget, var i strid med EMK artikkel 3.

⁴⁶⁵ Se *Johnston and Others v. Ireland*, Saken gjaldt spørsmål om retten til å inngå ekteskap, jf. artikkel 12, også inkluderte retten til å kunne skilles. I punkt 53 gav retten uttrykk for følgende: «It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the above-mentioned Marckx judgment, Series A no. 31, p. 26, § 58). However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset.»

⁴⁶⁶ Se Møse 2004 s. 101.

Saken anskueliggjør at eventuelle endringer i det enkelte medlemslands holdning til bruk av en inngripende metode påvirker/har betydning for EMD sin vurdering om det i den konkrete saken foreligger en krenkelse. Det er naturlig at moralsk oppfatning uttrykt gjennom holdninger spiller en sentral rolle i vurderingen. Nye kunnskaper sammen med den teknologiske utvikling bidrar til at det utvikles nye metoder som gjør det mulig å nå målsettingen med inngrepet ved bruk av mindre inngripende tiltak, noe som igjen påvirker den enkelte stats holdninger til metodebruken. I andre tilfeller kan det, i lys av behovet for å forebygge og bekjempe nye samfunnsutfordringer, være grunn til å stille spørsmål om etablerte og vel anerkjente metoder lever opp til rådende verdi- og moralsk oppfatning i det internasjonale samfunn. Som eksempel kan nevnes behovet for å bekjempe terrorisme. Dersom dagens metoder og taktiske tilnærming gir et klart inntrykk av at personer som anholdes/pågripes mistenkt for terrorisme, i det vesentlige blir skutt og drept, gir det i seg selv grunn til å vurdere behovet for utvikling av nye metoder som reflekterer respekten for menneskeverd.

For å sikre at EMK til enhver tid gir uttrykk for reelle rettigheter, er det en grunnleggende forutsetning at den enkelte stat etablerer systemer og prosedyrer som gir en reell mulighet til å få fremmet og behandlet eventuell sak om påstand om brudd på rettigheter. Det leder oss over til det andre særtrekk, som er *effektivitetsprinsippet*. Dette prinsippet skal sikre at konvensjonens bestemmelser, gjennom tolking, tillegges et innhold som bidrar til at rettighetene er praktiske og effektive.⁴⁶⁷

For politiets vedkommende har dette særlig relevans i forhold til anklager om brudd på rettigheter enten i form av at politiet gjennom aktiv tjenestehandling har krenket rettigheter (mangel på respekt), eller har unnlatt å iverksette tiltak for å forhindre brudd (sikre). I begge tilfeller er det spørsmål om etablering av kontrollmekanismer som gir reell mulighet til å ettergå politiets tjenestehandlinger og om nødvendig sanksjonere brudd.

I dag kan klager anmelde forholdet til spesialenheten som vurderer om det har funnet sted straffbar myndighetsutøvelse. Konstatering av at det ikke har skjedd noe straffbart behøver ikke å representere en avklaring om det foreligger brudd på EMK. Vedkommende kan også klage til politiet. Klagen, som behandles av politiet, kan bl.a. resultere i en beklagelse. I motsetning til Spesialenhetens saksbehandling, tar politiets klagebehandling utgangspunkt i hva som er *god og riktig* tjenesteutøvelse, som vil være korrekt målestokk for hva individet må *tåle* av legitim myndighetsutøvelse. Imidlertid vil klagebehandlingen ikke fremme klageordningens legitimitet.

Det tredje og siste særtrekk ved tolking av EMK som trekkes frem i denne sammenheng, er *prinsippet om formålsrettet tolking* som gir uttrykk for at

⁴⁶⁷ Se Schabas 2017 s. 49-50. Se også Rui 2009a s. 43.

konvensjonsteksten skal tolkes og gis et meningsinnhold som fremmer dens formål.⁴⁶⁸ Prinsippet fremgår direkte av Wien-konvensjonens artikkel 31, pkt. 1: «A treaty shall be interpreted [...] in the light of its object and purpose. » En slik tilnærming vil i ytterste konsekvens åpne for at konvensjonens bestemmelser tillegges et meningsinnhold som fraviker den enkelte artikkels ordlyd.⁴⁶⁹ I praksis har dette gitt seg utslag i eksempler hvor EMD har tolket unntak fra rettighetsbestemmelser innskrenkende med den følge at rettighetsbestemmelsens innhold er gitt et videre innhold enn hva ordlyden skulle tilsi.⁴⁷⁰ Imidlertid kan ikke en formålsrettet tolking gå så langt at den i realiteten etablerer en ny rettighet.⁴⁷¹

6.4 Gjennomgående krav til innskrenkinger i menneskerettighetene

6.4.1 Innledende bemerkninger

EMK oppstiller en plikt for den enkelte stat til å respektere og sikre individet nærmere bestemte minimumsrettigheter. Vernet er ikke absolutt, men varierer avhengig av rettighetens karakter.⁴⁷² Mens EMK artikkel 3 knesetter et absolutt forbud mot tortur eller annen nedverdiggende behandling, gir andre bestemmelser en eksplisitt oppstilling av legitime unntak.⁴⁷³ Videre inneholder EMK en egen derogasjonsbestemmelse, jf. artikkel 15 første ledd som i krigs- eller krisetilstander som truer nasjonens liv, legitimerer unntak fra konvensjonens rettigheter, dog med de begrensninger som fremgår av artikkelens andre ledd.

⁴⁶⁸ Se Rui 2009a s. 41 flg. Særlig s. 43 hvor det fremheves at «formålet med konvensjonen er å skape et felles minstevern for de grunnleggende rettighetene som er en del av statenes felles kultur og rettsorden.»

⁴⁶⁹ Tilsvarende, se Strand og Larsen 2016 s. 70.

⁴⁷⁰ For nærmere om dette, se Aall 2018 s 37 flg. med videre henvisninger til EMD-praksis.

⁴⁷¹ Se *Cruz Varas and Others v. Sweden*, pkt. 100: «...but not to create new rights and obligations which were not included in the Convention at the outset. »

⁴⁷² Se Dok 16 (2011-2012) s. 29–30.

⁴⁷³ Se for eksempel artikkel 2 og 8.

Oppsummeringsvis kan det legges til grunn at konvensjonen, gjennom å vekte ulike interesser, angir hvilke bestemmelser som kan fravikes på nærmere bestemte vilkår. Uavhengig av den enkelte bestemmelse, oppstiller EMK tre gjennomgående og kumulative vilkår for at stater skal kunne fravike konvensjonens fastsatte rettigheter. For det første må konvensjonens lovskrav være oppfylt.⁴⁷⁴ Dernest må den inngripende myndighetsutøvelsen være formålsbestemt. Det tredje gjennomgående kravet som kan utledes av konvensjonen, er at inngrepet må fremstå som nødvendig, og herunder forholdsmessig.

Den videre fremstilling har derfor som siktemål å gi en generell fremstilling av hva disse vilkår uttrykker i en polisiær kontekst. Senere, under behandling av EMK artikkel 2, 3, 5 og 8, vil kravenes betydning som rettslig skranke for politiets tjenesteutøvelse behandles nærmere.

6.4.2 Lovskravet

Ovenfor i kapittel 5 har jeg redegjort for vårt nasjonale lovskrav, jf. GrL § 113, og hva det uttrykker. Her konkluderte jeg med at det må legges til grunn et tilsvarende strengt lovskrav for politiets polisiære virksomhet, som på strafferettens område.

I den videre drøftelse foretas det en to-delt fremstilling av lovskravet utledet av EMK. Her i 6.4.2 gis det først en generell fremstilling av temaet, før jeg i 6.8.2 ser nærmere på lovskravet og dets funksjon som materiell skranke ved vurdering av hva som anses som legitim frihetsberøvelse, jf. artikkel 5. Når jeg har valgt en slik tilnærming til temaet, beror det på et sammensatt årsaksbilde. I 6.8, foretar jeg en analyse av EMK artikkel 5s uttømmende oppstilling av når en frihetsberøvelse kan finne sted. Disse unntakene angir situasjonskriterier som beskriver hvilke formål som legitimerer bruk av frihetsberøvelse. Som jeg vil komme nærmere tilbake til under kapittel 8 har politiet i Norge i tiden før 1995 lang tradisjon for å utlede materielle hjemler for inngripende myndighetsutøvelse ut fra bestemmelser som kun angav formålet med

⁴⁷⁴ Lovskravet er kommet til uttrykk i flere av konvensjonens bestemmelser, blant annet artikkel 2; «provided by law», artikkel 5; «prescribed by law», artikkel 6; «according to law» og artikkel 8; «accordance with the law».

myndighetsutøvelsen. Forankret i en slik rettstradisjon må en alltid være bevisst faren for at politiet i sin myndighetsutøvelse vier lovgivningens angivelse av legitime formål for stor oppmerksomhet på bekostning av lovskravet. I 6.8.2 fokuserer fremstillingen på lovskravets betydning når myndighetene bevisst eller ubevisst «legger hjemmelen på strekk».

EMK inneholder ingen tilsvarende bestemmelser som på generelt grunnlag oppstiller et lovskrav, eller legalitetskrav. Lovskravet er i de enkelte konvensjonsbestemmelsene ulikt formulert,⁴⁷⁵ men det er sikker rett at de ulike uttrykksformer skal tillegges samme meningsinnhold.⁴⁷⁶ EMKs lovskrav oppstiller krav om at myndighetenes inngrep må ha hjemmel i nasjonale normer,⁴⁷⁷ og gjennomføring av inngrepet må, i henhold til materielle og prosessuelle regler, skje på foreskrevne måte.⁴⁷⁸ EMD-praksis viser at normeringens formelle trinnhøyde, og sonderingen skreven eller uskreven lov, ikke tillegges vekt. Når EMD sidestiller enhver normering, uavhengig av om den er skreven eller uskreven, er det et utslag av konvensjonsstatenes ulike praksis. I tillegg til kravet om normering, oppstiller konvensjonen også visse kvalitative krav til normeringen.⁴⁷⁹ I *The Sunday Times v. The United Kingdom* la EMD grunnlaget for dagens forståelse av EMKs lovskrav.⁴⁸⁰ Avisen *The Sunday Times* mente at det forelå en krenkelse av blant annet EMK artikkel 10 da britiske domstoler hadde nektet dem å publisere en artikkel som omhandlet «Thalidomide children» og kompensasjonsavtalen. Retten tok

⁴⁷⁵ Artikkel 2 nr. 1 anvender formuleringen «provided by law», mens artikkel 5 nr. 1 og artikkel 8 nr. 2 anvender henholdsvis «prescribed by law» og «in accordance with the law».

⁴⁷⁶ Se *Silver and Others v. The United Kingdom*, punkt 85 med videre henvisning til *The Sunday Times v. The United Kingdom*.

⁴⁷⁷ Se *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, punkt 44: «The expression ‘in accordance with the law’ requires, firstly, that the impugned measure should have some basis in domestic law». For nærmere redegjørelse av når «indgrep har hjemmel i national ret», se Kjølbrot 2017 s. 755 -757. Se også Harris mfl. 2014 s. 204 flg.

⁴⁷⁸ Se Kjølbrot 2017, s. 755.

⁴⁷⁹ Se *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, punkt 44: «The expression ‘in accordance with the law’ ... secondly,[...] refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and that it is compatible with the rule of law». Se også Aall 2018 s. 116.

⁴⁸⁰ Lovforståelsen er senere videreført. Se blant annet *Bernt Larsen Holding AS and Others v. Norway*, punkt 123 - 125 hvor det redegjøres for gjeldende rett.

stilling til om adgangen til å nekte avisen å offentliggjøre artikkelen var «prescribed by law»:⁴⁸¹

«In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.»

Kravet om at normen skal være «adequately accessible» for individet skal ikke forstås som et krav om at den angjeldende normen må ha vært publisert i et offisielt tidsskrift for å oppfylle kravet.⁴⁸² I *Roman Zakharov v. Russia* aksepterte EMD at en normering om «hemmelig overvåkning» var tilgjengelig på en privat administrert internettbasert database og var publisert «in an official ministerial magazine».⁴⁸³ Kravet om tilgjengelighet uttrykker imidlertid noe mer enn bare faktisk tilgjengelighet. Normeringen må, for å skape forutberegnelighet, i tillegg være «formulated with sufficient precision» slik at individet gis tilstrekkelig informasjon for å kunne innrette seg i forhold til gjeldende rett, herunder om og under hvilke omstendigheter myndighetene har kompetanse til å påføre individet ulike inngripende tiltak.⁴⁸⁴

Formuleringen: «formulated with sufficient precision» uttrykker et krav som i seg selv er vagt. Det kan derfor ikke angis eksakte og gjennomgående hva som kan utledes av

⁴⁸¹ Se *The Sunday Times v. The United Kingdom*, punkt 49 flg.

⁴⁸² Se Kjølbros s. 757.

⁴⁸³ Se *Roman Zakharov v. Russia*, punkt 242.

⁴⁸⁴ Se *Roman Zakharov v. Russia*, punkt 243: «by giving citizens an adequate indication as to the circumstances in which public authorities are empowered to resort to such measures – in particular by clearly setting out the nature of the offences which may give rise to an interception order and a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped.»

formuleringen. Ved fastsettelse av presisjonskravets innhold må dets innhold også reflektere prosessøkonomiske hensyn. Rigide krav til presisjon vil føre til at normeringen blir statisk og uten evne til å fange opp samfunnsutviklingen. For å sikre at gjeldende normeringer evner å «... keep pace with changing circumstances» må presisjonskravet modereres, noe som innebærer at ikke enhver av normens konsekvenser behøver å være «foreseeable with absolute certainty».⁴⁸⁵ EMD gir her, på generelt grunnlag, uttrykk for at kravet om presis utforming av nasjonale normer aldri vil kunne sikre at normeringer favner over alle eventualiteter.

Om presisjonskravet er ivaretatt, vil bero på en samlet vurdering av normeringens innhold, angjeldende rettsområde og antall personer som normeringen retter seg mot, og deres status.⁴⁸⁶ Videre vil inngrepets karakter og intensitet få betydning for vurderingen,⁴⁸⁷ med den følge at presisjonskravet skjerpes når tiltaket representerer et inngrep i grunnleggende menneskerettigheter.⁴⁸⁸ Det stilles imidlertid ikke krav om at normeringen skal skape forutberegnelighet om *når* myndighetene vil iverksette inngrepet.⁴⁸⁹

Det er ikke uvanlig at vilkår for myndighetenes inngripende tiltak uttrykkes gjennom bruk av rettslige standarder.⁴⁹⁰ Rettslige standarder har som formål å fange opp samfunnets til enhver tids oppfatning av begrepet innhold, noe som i praksis fører til at lovens vilkår er vage. En normering som bygger på bruk av rettslige standarder, vil derfor kunne stride mot lovskravet dersom det ikke eksisterer kilder som gir anvisning

⁴⁸⁵ Se *The Sunday Times v. The United Kingdom*, punkt 49.

⁴⁸⁶ Se *Karácsony and Others v. Hungary*, punkt 125. Se også Kjølbros 2017 s. 759.

⁴⁸⁷ Se Kjølbros s. 763.

⁴⁸⁸ Se *Karademirci and Others v. Turkey*, punkt 40. Klagerne opplevde å bli straffeforfulgt for å ha lest opp «a statement». Myndighetene hevdet at «the applicants had not been convicted for making a statement to the press but for failing to comply with a 'formal procedure'». Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til myndighetenes anførsel idet de la vekt på at i tilfeller hvor manglende overholdelse av prosedyrer leder til straffefølgning «the law must clearly define the circumstances in which it will apply.»

⁴⁸⁹ Se *Weber and Saravia v. Germany*, punkt 93-95: «... foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly».

⁴⁹⁰ Som eksempel, se pl. § 7 første ledd nr. 1 «forstyrrelser av den offentlige ro og orden» og «når omstendighetene gir grunn til frykt».

om hvordan begrepene skal forstås. I norsk rett utgjør rettspraksis den sentrale kilden, men på politirettens område finnes det, som tidligere nevnt, lite rettspraksis som gir anvisning på hvordan rettslige standarder skal forstås. En annen sentral kilde er myndighetenes praksis. I den daglige tjenesten vil politiet kunne bidra til å etablere en enhetlig forståelse av sentrale vilkår for inngrep, men det forutsetter imidlertid at myndighetsutøvelsen er likeartet og gjort kjent for borgerne. Divergerende forståelse av begrepers innhold innad i etaten, og/eller blant ulike myndighetsorganer, kan svekke myndighetspraksis som kilde.⁴⁹¹ Politiets faktiske og taktiske tilnærming under tjenesteutøvelsen vil også kunne bidra til å skape forutberegnelighet for individet.⁴⁹² Individets innrettelsesbehov er ikke til hinder for at inngripende myndighetsutøvelse er fundert på opportunistisk skjønnsutøvelse,⁴⁹³ så lenge beslutningen om, og myndighetsutøvelsen – gjennom formålsbasert, nødvendig, forholdsmessig og enhetlig tjenesteutøvelse – gir garantier mot vilkårlighet.

Det er vanskelig å angi hvilke krav til presis lovgivning som kan utledes av EMKs lovskrav. Kravet vil variere i takt med individets innrettelsesbehov. Med andre ord, presisjonskravet skjerpes proporsjonalt med normeringens inngripende karakter.⁴⁹⁴

En annen tilnærming er å stille spørsmål om hvor generelt og vagt en norm kan formuleres uten å krenke lovskravet. Generalklausuler som, etter en ordlydsfortolkning, oppstiller en vid og ubegrenset kompetanse til å iverksette inngripende tiltak med formål å blant annet forebygge forstyrrelser av offentlig ro og orden, utfordrer EMK lovskrav.⁴⁹⁵ Tilsvarende vil gjøre seg gjeldende i forhold til bruk

⁴⁹¹ Se Kjølbros 2017 s. 758 med videre henvisning til *Goussev and Marenk v. Finland*.

⁴⁹² Når politiet, under en bevæpnet aksjon, anroper mistenkte: «dette er bevæpnet politi, slipp våpenet eller vi skyter», bidrar det til å skape forutberegnelighet. Individet informeres om at politiet er av den oppfatning at situasjonen gir de anledning til å anvende våpen med dødelig utgang dersom vedkommende ikke følger pålegg.

⁴⁹³ I nasjonal politirett gir opportunitetsprinsippet uttrykk for at «offentlige organer selv kan avgjøre om og på hvilken måte tjenestehandlingen skal utføres når de rettslige forutsetningene er oppfylt», se Auglend og Mæland 2016 s. 657.

⁴⁹⁴ Se Aall 2018 s. 109 flg. Tilsvarende lagt til grunn i norsk rett, se Rt. 1954 s. 96. Saken omhandlet spørsmålet om Råfiskloven av 18. juni 1938 gav kompetanse til å kreve avgift av trålefanget fisk som var brakt i land i saltet tilstand. Etter å ha gjennomgått lovens § 1, og om hjemmelsgrunnlaget i Råfisklaget oppstilte en slik kompetanse, uttalte retten: «Når det gjelder en avgift av den karakter som det er tale om, finner jeg at det er riktig å stille strenge krav til at lovhjemmelen er klar og uomtvistelig». Se også Rt. 1995 s. 530 hvor retten nyanserer lovskravet rettslige utgangspunkt: «Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmelen må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.»

⁴⁹⁵ Tilsvarende, se Aall 2018 s. 134 flg. Politiloven § 7 første ledd nr. 1, jf. andre ledd er ett eksempel på en slik generalklausul.

av generalklausuler i straffebud som kriminaliserer den forberedende handling.⁴⁹⁶ I tillegg til å utvide myndighetenes kompetanse til å straffesanksjonere forberedende handlinger, vil slike straffebud også gi politiet ytterligere kompetanse til å intervensere på det straffri forberedende stadiet av en begivenhetsrekkefølge for å avverge og forebygge lovbrudd. Desto tidligere i en begivenhetsrekke politiet agerer før tidspunktet for fullbyrdet handling, desto større fare er det for objektive tjenestefeil som for det enkelte individ oppleves som en krenkelse.⁴⁹⁷ Et annet forhold som kan rokke ved kravet til presis lovgivning, er tilfeller hvor i utgangspunktet ulike presise normeringer gir ulik veiledning om kompetansenormens innhold, og derigjennom skaper vaghet.⁴⁹⁸ I EMD-praksis med støtte i teori, er det påpekt at det innen strafferetten, ved vurdering av lovtekstens klarhet, også må tas i betraktning om lovteksten synes å ligge innenfor straffebudets vesensinnhold.⁴⁹⁹

I likhet med vårt nasjonale legalitetsprinsipp, oppstiller EMKs lovskrav skranker for adgangen til å tolke en inngrepsbestemmelse utvidende eller analogisk til individets ugunst. Som et naturlig utgangspunkt bør inngreps hjemler tolkes snevert.⁵⁰⁰ Utstrakt adgang til delegasjon av lovgivningen alene eller sammenholdt med en normeringsteknikk som fragmenterer kompetanseregler, vil også kunne rokke ved presisjonskravet, og individets mulighet til forutse sin rettsituasjon.⁵⁰¹ Adgangen til delegasjon er imidlertid nødvendig i et moderne demokratisk samfunn,⁵⁰² og utfordrer isolert sett ikke individets behov for forutberegnelighet så lenge normeringene, som utgjør hjemmelskjeden for inngripende tiltak, gir et konsistent bilde av rettsregelens

⁴⁹⁶ Se Husabø 2018 s 71 flg. som drøfter strl. § 131 tredje ledds kriminalisering av den forberedende handling. Bestemmelsens ordlyd, «... foretar handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen ...» kan betraktes som en generalklausul da ordlyden favner over enhver tenkelig hverdagslig handling.

⁴⁹⁷ Se pl. § 7 første ledd nr. 3, jf. andre ledd som gir politiet kompetanse til å gripe inn «for å avverge ... lovbrudd».

⁴⁹⁸ Spørsmålet om tolking av politiets kompetanse til å innbringe berusede personer som vurderes å volde fare for seg selv, jf. pl. § 9 første ledd, må sammenholdes med blant annet helsepersonelloven. Dette vil bli nærmere behandlet i 14.3.3.

⁴⁹⁹ Se Aall 2018 s. 137-138 med videre henvisninger til relevant EMD-praksis. Når det gjelder tolking av politiets kompetanse, jf. blant annet pl. § 7, vil bestemmelsens første ledd uttrykke kompetansenormens «vesensinnhold». I en politiar kontekst vil en slik tilnærming alene gi vide inngrepsfullmakter.

⁵⁰⁰ Om tolking av straffebud, se Gröning mfl. 2019 s. 122 flg. og Eskeland 2017 s. 100 flg. Se også Aall 2018 s. 140.

⁵⁰¹ I 10.3 behandles praksis knyttet til delegasjon av normeringskompetanse og dens betydning for politilovens demokratiske legitimitet.

⁵⁰² Se Aall 2018 s. 139 flg.

innhold. Innretningsbehovet utfordres først når normeringene bygger på internt utarbeide dokumenter som ikke er tilgjengelig for individet, samtidig som dets utforming skaper uklarheter med hensyn til inngrepshjemmelens rekkevidde. Utfordringen knyttet til vaghet blir ytterligere forsterket dersom politiet, gjennom sin skjønnsbaserte tjenesteutøvelse, tillegger inngrepsnormeringer ulikt innhold.⁵⁰³

Krav om forutberegnelighet setter absolutte skranke for adgangen til å ilegge straff ved å gi bestemmelser tilbakevirkende kraft, jf. EMK artikkel 7 nr. 1.⁵⁰⁴ I en politisær kontekst har forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft i praksis liten relevans. Politiets politisære virksomhet kjennetegnes som nevnt ved at det inngripende tiltak utøves i «sanntid» med formål å påvirke/endre individets adferd.⁵⁰⁵ Om handlingen var legitim vil derfor forankres i spørsmålet om det på handlingstidspunktet forelå en normering som hjemlet politiets inngripende tiltak.

En sammenstilling av EMKs lovskrav med vårt nasjonale legalitetsprinsipp, viser at vårt nasjonale lovskrav stiller ytterligere krav til normeringer som gir politiet kompetanse til å foreta inngripende tiltak.

Vårt nasjonale legalitetskrav ivaretar to sentrale hensyn (se kapittel 5). For det første skal det, gjennom å forhindre maktkonsentrasjon og maktmisbruk, fremme og befeste den maktfordeling som vårt demokratiske samfunn bygger på, se Aall 2018 s. 115. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom regler som stiller prosessuelle krav for etablering av normer. For det andre skal lovskravet, gjennom å oppstille kvalitative krav til normeringen, fremme individets rettssikkerhet.

Legalitetsprinsippet adresserer et tydelig krav til lovgiver med formaliserte krav til kompetansenormene. Videre er det grunn til å hevde at vårt nasjonale lovskrav i større grad ivaretar individets innrettelsesbehov gjennom å blant annet utelukke uskrevne normeringer, herunder sedvane som inngrepshjemler.

⁵⁰³ Politiets praktisering av delegert normeringskompetanse og dens kvalitet vil være tema i del III, se særlig kapittel 12.

⁵⁰⁴ Se GrL § 97 som uttrykker et generelt forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft.

⁵⁰⁵ «Tilbakevirkingsforbudet» kan ha aktualitet i de tilfeller hvor politiet opptrer som bistandsorgan med formål å effektivere annen myndighets vedtak. I slike tilfeller vil vedtaket omhandle forhold som i tid ligger forut for politiets myndighetsutøvelse.

6.4.3 Krav om formålsbestemt myndighetsutøvelse

Isolert sett utgjør lovskravet en hjemmelskontroll i snever forstand da det kun tar stilling til om påberopte normeringer regulerer det foreliggende forhold, herunder om den er av en slik kvalitet at den sikrer individets innrettelsesbehov og forhindrer vilkårlig myndighetsutøvelse.⁵⁰⁶ En slik hjemmelskontroll er alene ikke tilstrekkelig for å ta stilling til om myndighetsutøvelsen er legitim. Det må i tillegg vurderes om myndighetsutøvelsen har som siktemål å fremme nærmere bestemte formål som rettsordenen som sådan og/eller den påberopte normering, søker å ivareta.⁵⁰⁷ Uten krav om angivelse av myndighetsutøvelsens formål er det vanskelig å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse.⁵⁰⁸

Krav om formålsrettet myndighetsutøvelse kommer som regel til uttrykk ved at normeringen angir generelle eller spesifikke situasjonskriterier som gir anvisning om i hvilke situasjoner myndighet kan iverksette inngripende tiltak, og/eller legitimt fravike nærmere angitte menneskerettigheter. Politiloven § 7 kan i så måte tjene som eksempel. Ifølge bestemmelsens første ledd kan politiet gripe inn for å «stanset forstyrrelser av den offentlige ro og orden eller når omstendighetene gir grunn til frykt for slike forstyrrelser», «for å ivareta enkeltpersoners eller allmennhetens sikkerhet» og «for å avverge eller stanse lovbrudd.» På denne måten angir bestemmelsen konkret hvilke formål som legitimerer myndighetsutøvelsen.

Grunnloven inneholder ingen bestemmelser om derogasjon. En slik bestemmelse ble foreslått av Menneskerettighetsutvalget,⁵⁰⁹ men ikke fulgt opp i den videre behandling av lovforslaget. Vi har da en situasjon hvor Grunnloven ikke angir generelle eller spesifikke situasjonskriterier (formålsangivelse) som bestemmer når myndighetene legitimt kan fravike individets rett til livet, frihet og privatliv, jf. §§ 93, 94 og 102. Riktignok foreskriver § 94 første ledd at fengsling eller annen frihetsberøvelse kun kan finne sted «i lovbestemte tilfeller og på den måten som lovene foreskriver». Denne

⁵⁰⁶ Se Aall 2018 s. 150.

⁵⁰⁷ Lovformålet og dets betydning for tolking og anvendelse av kompetansenormer, se Mæhle/Aarli s. 336 flg.

⁵⁰⁸ Formålsprinsippet i en nasjonal kontekst er behandlet i 12.2.

⁵⁰⁹ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 98.

formuleringen gir kun uttrykk for lovskravet uten å angi i hvilke situasjoner staten ved lov kan foreskrive at frihetsberøvelse er legitimt.

Stortinget har derved overlatt til Høyesterett å nærmere avklare hva som anses som legitime unntak fra angjeldende rettigheter. En slik tilnærming er uheldig av mange grunner. For det første er Grunnlovsteksten lite pedagogisk tilfredsstillende idet den for flere sentrale bestemmelser gir inntrykk av at rettighetene er absolutte. Dernest er valg av løsning lite egnet til å fremme Stortingets konstitusjonelle rolle.⁵¹⁰ Videre fremstår det som uheldig at spørsmålet om staten, ved politiet, legitimt kan fravike retten til livet, ikke fremgår direkte av Grunnloven, jf. Grl. § 93 første ledd. Vedtaket av ny pl. § 6 b representerer riktignok en styrking av individets menneskerettighetsvern idet reguleringen av politiets bruk av skytevåpen nå er forankret i formell lov. Dette bidrar til at den rettslige regulering av politiets bruk av potensielt dødelig makt underlegges demokratisk kontroll.⁵¹¹ Tross dette vil strl. § 18 om nødverge sammenholdt med våpeninstruksens regulering av bruk av skytevåpen utgjøre sentrale argumentasjonsressurser som er bestemmende for når det er legitimt å foreta unntak fra retten til livet, jf. Grl. § 93 første ledd.⁵¹² Relevante avveiningskriterier med hensyn til når det kan foretas legitime unntak fra skjønnsbaserte rettigheter, må derfor søkes i EMK og EMD-praksis.⁵¹³

Hva som anses for å være legitime formål i EMK-forstand, fremgår av den enkelte bestemmelse, som angir en uttømmende oppregning av legitime formål.⁵¹⁴ Som eksempel kan det vises til artikkel 2 som gir myndighetene adgang til å gjøre inngrep i retten til liv dersom formålet er å «forsvare en person mot ulovlig vold» og «foreta en lovlig pågripelse». Artikkel 8 nevner blant annet den «nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd» som legitime formål, mens artikkel 9 blant

⁵¹⁰ Tilsvarende, se Aall 2018 s. 149.

⁵¹¹ Ny pl. § 6 b er tidligere omtalt i 4.3.3.4, og blir senere behandlet i 12.3.

⁵¹² *Våpeninstruksen* som rettslig normering er nærmere behandlet i 12.4.3.4.

⁵¹³ Se Aall 2018 s. 149 som gir uttrykk for tilsvarende syn.

⁵¹⁴ Se Kjølbrot 2017 s. 765.

annet fremhever «helse eller moral», eller for å beskytte «andres rettigheter og friheter».

Angivelse av konvensjonens formålsbetraktninger kan grupperes på ulike måter.⁵¹⁵ I en polisiær kontekst, og da i et overordnet perspektiv, kan formålene deles inn i tre hovedkategorier.⁵¹⁶ Den første kategori er myndighetsutøvelse som retter seg mot individet for å fremme samfunnets interesser. Som eksempel kan det vises til EMK artikkel 5 nr. 1 f) som gir staten adgang til å pågripe og frihetsberøve personer for å forhindre at noen kommer inn i landet uten tillatelse. Den andre kategorien er myndighetsutøvelse som retter seg mot et individ for å fremme et annet individs interesser. Som eksempel kan det vises til EMK artikkel 2 nr. 2 a) som gir staten kompetanse til å berøve et individs liv med formål å forsvare en person mot ulovlig vold. Den tredje og siste kategorien er myndighetsutøvelse hvor staten påberoper at tiltaket har som formål å ivareta interessene til den som myndighetsutøvelsen retter seg mot. Som eksempel kan det vises til EMK artikkel 5 nr. 1 e) som åpner for at staten lovlig kan pågripe og frihetsberøve personer som vurderes som sinnslidende, alkoholister, narkomaner eller løsgjengere. Bestemmelsen tilkjennevir at staten kan påføre et individ meget inngripende tiltak ut fra et motiv om å fremme individets interesser mot vedkommende sin uttrykte vilje. Myndighetsutøvelsen har her karakter av umyndiggjøring.⁵¹⁷

Det eksisterer en sømløs overgang fra vurderingen av om myndighetsutøvelsen understøtter inngrepsnormen eller rettsordenens som sådan uttalte formål, til spørsmålet om den faktiske tjenestehandlingen var nødvendig.⁵¹⁸ Det innebærer at avgjørelsen av om myndighetsutøvelsen understøtter et legitimt formål vanskelig kan

⁵¹⁵ Nærmere om ulike grupperinger, se Aall 2018 s. 150 flg. og Auglend 2016 s. 229 flg.

⁵¹⁶ Se Auglend 2016 s. 230 som operer med to hovedkategorier; samfunnsmessige hensyn og individorienterte hensyn. I 6.7.2 vil den samme inndeling i tre kategorier legges til grunn ved drøftelse av temaet «balansering av rettigheter ved konflikt».

⁵¹⁷ Individets autonomi som skranke for inngripende myndighetsutøvelse berøres i 14.3 og 14.4 uten pretensjon om å behandle temaet i sin fulle bredde.

⁵¹⁸ Se Auglend og Mæland 2016 s. 631 flg. hvor nødvendighetskravet splittes opp i tre kumulative vilkår; subsidiaritetskrav, krav om tilstrekkelighet og adekvanskrav, hvor sistnevnte knyttes til spørsmålet om tiltaket er egnet til å fremme målet eller formålet med myndighetsutøvelsen.

avgjøres løsrevet fra spørsmålet om tiltaket er nødvendig.⁵¹⁹ Ethvert av myndighetenes inngripende tiltak som anses som nødvendig vil også understøtte et angitt formål, men enhver tjenestehandling som understøtter en angitt formål behøver ikke å være nødvendig. Det samme vil gjøre seg gjeldende i vurderingen av om det er tilstrekkelig forholdsmessighet mellom det inngripende tiltak og det mål som ønskes oppnådd med tjenestehandlingen. Kjernen i kravet om nødvendighet og forholdsmessighet kan, som påpekt av *Aall*, uttrykkes gjennom spørsmålet: «er samfunnsinteressen vesentlig nok til å oppveie eller overstyre individets?»⁵²⁰

6.4.4 Nødvendighets- og forholdsmessighetskravet

EMD-praksis viser at det er en glidende overgang fra EMKs nødvendighetskrav til forholdsmessighetskravet.⁵²¹ I motsetning til hva som er tilfellet innenfor den norske politiretten,⁵²² synes EMK å innta en tilnærming hvor forholdsmessighetsvurderingen utgjør en integrert del av nødvendighetsvilkåret.⁵²³

Ovenfor har jeg vist at EMKs lovskrav oppstiller kvalitative krav til normeringene. Nødvendighetskravet går ett skritt videre idet det angir kvalitative krav til innretning og utførelse av tjenesten som forutsetter bruk av inngripende tiltak.

⁵¹⁹ Se *Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan*, punkt 55–65. Klager hadde sammen med andre, mot politiets uttrykkelige ordre om å flytte arrangementet til en mer avsidesliggende lokasjon, avholdt en demonstrasjon i sentrum av Kabu. Politiet intervenerte og stanset demonstrasjonen, dette til tross for at den var fredfull. Klager ble pågrepet og innbragt til en politistasjon. Når retten tar stilling til om myndighetsutøvelsen var forankret i et formål angitt i EMK artikkel 11, knyttet retten denne vurderingen til spørsmålet om myndighetsutøvelsen var nødvendig i et demokratisk samfunn. Begrunnelsen for denne tilnærmingen var at avgjørelsen av om tiltaket var nødvendig i et demokratisk samfunn også angikk spørsmålet om myndighetsutøvelsen hadde et legitimt formål.

⁵²⁰ Se *Aall* 2018 s. 151.

⁵²¹ Se *Kjølbro* 2017 s. 767 som i relasjon til EMK artikkel 8 gir uttrykk for at «nødvendig i et demokratisk samfund» også gir uttrykk for krav om proporsjonalitet. Se også *Aall* 2018 s. 151 som fremhever at det vil være en glidende overgang mellom formåls- og forholdsmessighetsvurderingen. Se også *Fause* 2014.

⁵²² Det nasjonale behovs- og forholdsmessighetsprinsippet i en politisier kontekst utgjør to selvstendige og kumulative prinsipper. Temaet er behandlet i 12.3 og 12.4. Se *Auglend og Mæland* 2016 s. 628 – 645. Se også f.eks. *Kjølbro* 2017 s. 768 som beskriver forholdsmessighetsprinsippet (krav om proporsjonalitet) som en «vurdering [...] af [...] om de anvendte foranstaltninger er rimelige og egnede til at opnå det legitime formål.» Sistnevnte kriterie; «egnete til at oppnå et legitimt formål» vil i en nasjonal politisier kontekst uttrykke krav om adekvans som utgjør et element i nødvendighetsvurderingen.

⁵²³ Se *Schabas* 2017 s. 122 hvor det fremgår at «The Grand Chamber has spoken of ‘the principle of strict proportionality inherent in Article 2’». Se også *Harris mfl.* 2014 s. 227 med videre henvisning til *McCann v UK* hvor det fremheves at «[f]or it’s absolutely necessary only if it is ‘strictly proportionate to the achievement of a permitted purpose.’». Se også *Fause* 2014 som gir uttrykk for at «[k]ravet til proporsjonalitet følger indirekte av konvensjonen ...» Nærmere om forholdsmessighetsvurderinger i EMK, se *Strand og Larsen* 2016 s. 78 flg. Se også *Kjølbro* 2017 s. 767 flg. og s. 979 flg.

Nødvendighetskravet er gitt ulik utforming og betydning i EMK. Mens artikkel 2 nr. 2 oppstiller krav om at bruk av makt ikke må gå lenger enn «absolutt nødvendig», uttrykker artiklene 8 nr. 2, 9 nr. 2, 10 nr. 2 og 11 nr. 2, at inngrepet må være «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Med formuleringen «absolutt nødvendig», jf. EMK artikkel 2 tilkjennegir konvensjonen et strengere nødvendighetskrav enn det som uttrykkes gjennom formuleringen «nødvendig i et demokratisk samfunn»,⁵²⁴ jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Som påpekt av Harris mfl.⁵²⁵

«In this respect, Article 2(2) imposes a more rigorous test of necessity than that which applies under paragraphs (2) of Articles 8-11 of the Convention where the requirement is simply one of proportionality.»

Vurderingen av om maktbruken fremstår som «absolutely necessary», jf. EMK artikkel 2 knyttes både til myndighetenes beslutning om bruk av potensielt dødelig makt, og den faktiske bruk av makt.⁵²⁶ Vurderingen skjer med andre ord i to trinn. Først tas det stilling til, slik som i *Mc Cann-saken*, om det er absolutt nødvendig å beslutte tiltaket iverksatt. Denne vurderingen innbefatter også spørsmålet om det foreligger mildere alternative tiltak.⁵²⁷ Kravet om mildere tiltak er ikke absolutt, men må vurderes i lys av den konkrete situasjonen, herunder om myndighetenes vurdering fremstår som

⁵²⁴ Se *McCann and Others v. The United Kingdom* (1995), punkt 149 hvor EMD uttaler at maktbruk i relasjon til EMK artikkel 2 « must be strictly proportionate to the achievement of the aims ». Se også *Huohvanainen v. Finland*, punkt 93: «Any use of force must be no more than ‘absolutely necessary’ for the achievement of one or more of the purposes set out in subparagraphs (a) to (c). This term indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is ‘necessary in a democratic society’ under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention. »

⁵²⁵ Se Harris mfl. 2014 s. 227.

⁵²⁶ Se *McCann v. The United Kingdom* (1995), punkt 200, hvor retten aksepterte at den faktiske maktbruken var absolutt nødvendig, mens beslutningen om bruk av makt med potensielt dødelig utgang ikke ble vurdert som absolutt nødvendig da myndighetene alternativt kunne stoppet de mistenkte på grensen til Gibraltar, jf. punkt 213. Se også *Finogenov and Others v. Russia* (2011), punkt 217 – 236. I et forsøk på å frigi hundrevis av gisler som ble holdt innesperret i Dubrovka-teateret i Moskva, besluttet politiet å gasse bygningen før de stormet den. Retten vurderer her både beslutningen om å anvende potensielt dødelig makt, og den faktiske maktbruken i lys av vilkåret «absolutt nødvendig».

⁵²⁷ Se *Şimşek and Others v. Turkey* (2005), punkt 108. Flere personer hadde samlet seg for å demonstrere mot politiet. Det ble kastet stein og mynter mot politiet, som valgte å bruke skytevåpen. Retten uttalte i den forbindelse at «the use of force may be justified under Article 2 § 2 (c), in cases where the action is taken for the purpose of quelling a riot or insurrection. However, in the instant case ... officers shot directly at the demonstrators without first having recourse to less life-threatening methods, such as tear gas, water cannons or rubber bullets. »

velbegrunnet.⁵²⁸ Dernest må det, i tilknytning til den faktiske utøvelse av myndighet, finne sted en ny selvstendig vurdering av om det fremstår som absolutt nødvendig å utøve makt med potensielt dødelig utgang.⁵²⁹ Maktbruk med potensielt dødelig utgang må i utgangspunktet fremstå som uunngåelig for å nå formålet.⁵³⁰

EMD-praksis viser at hvilken konvensjonrettighet som er fraveket, er av betydning for hvilken skjønnsmargin som overlates til den enkelte stat, se Fause 2014. Se også *Nada v. Switzerland*, punkt 181 flg. (særlig 184) som gjaldt spørsmålet om krenkelse av EMK artikkel 8. Etter å ha gitt uttrykk for at «[a] margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this connection», påpekte retten at skjønnsmarginens rekkevidde ble innskrenket proporsjonalt med tiltakets inngripende karakter: «The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference.» I praksis stiller retten her opp skjerpede krav til forholdsmessighet mellom mål og middel.

Tross dette, finnes det eksempler på at EMD har akseptert avvik fra denne strenge standarden. I *Finogenov-saken* uttalte retten at:⁵³¹

«the Court may occasionally depart from that rigorous standard of “absolute necessity” [...] where the authorities had to act under tremendous time pressure and where their control of the situation was minimal.»

Avvik må avgrenses til beslutningen om iverksettelse av tiltaket, og ikke til den faktiske maktutøvelsen. Tilnærmingen aksepteres i tilfeller hvor myndighetenes maktbruk er knyttet til en akutt hendelse som ikke kunne forutses. Ved hendelser hvor det er rom for å planlegge hele eller deler av aksjonen, er tidspresset fraværende med den følge at myndighetene har større mulighet til å skaffe seg oversikt og kontroll over situasjonen.⁵³²

⁵²⁸ Se Kjølbrot 2017 s. 222 med henvisning til relevant EMD-praksis.

⁵²⁹ En tilsvarende todelt nødvendighetsvurdering anlegges også i politiloven. Se 11.3.4 hvor temaet er omhandlet.

⁵³⁰ Tilsvarende Aall 2018 s. 166 som uttrykker krav om at «tiltaket er uomgjengelig for å nå formålet».

⁵³¹ Se *Finogenov and Others v. Russia* (2011), punkt 211.

⁵³² Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 243 hvor retten indirekte gir uttrykk for en slik sondering. Mens retten i forhold til den politisære delen av operasjonen aksepterte et avvik fra den strenge standarden for nødvendighetsvurdering, ble den delen av operasjonen som knyttet seg til det etterfølgende redningsarbeid vurdert annerledes: «The Court notes, first of all, that the rescue operation was not spontaneous: the authorities had about two days to reflect on the situation and make specific preparations. Second, in this area (evacuation and medical assistance) the authorities should have been in a position to rely on some generally prepared emergency plan, not related to this particular crisis. Third, they had some control of the situation outside the building, where most of the rescue efforts took place...»

Ved formuleringen «good reason to» oppstiller EMD et prognosekrav hva angår informasjonen som myndighetene legger til grunn for sine beslutninger. Prognosekravet gjelder både beslutningen om å iverksette spesifikke tiltak, og den faktiske myndighetsutøvelsen. I praksis er det naturlig å stille ulikt krav til kunnskaper om de faktiske omstendigheter som disse to beslutningene bygger på. Beslutningen om å iverksette tiltaket vil alltid baseres på tynnere og mindre pålitelig informasjonsgrunnlag enn beslutningen knyttet til den faktiske myndighetsutøvelse som alltid vil inkludere informasjon ervervet umiddelbart forut for myndighetsutøvelsen.

Det er derfor naturlig å innta en tilnærming hvor det, i forhold til beslutningen om å løse oppdraget ved bruk av potensielt dødelig makt, kreves at faktum rundt risikoen som underbygger beslutningen, fremstår som sannsynlig.⁵³³ Tilsvarende vil det i forhold til beslutningen om faktisk bruk av makt med potensielt dødelig utgang oppstilles et sterkere sannsynlighetskrav for at det eksisterer en umiddelbar og reell risiko som underbygger den faktiske bruk av makt.⁵³⁴

Vurderingen av om nødvendighetskravet er oppfylt, skal ikke forankres i den objektive sannhet, men ta utgangspunkt i om myndighetenes maktutøvelsen «is based on an honest belief which is perceived for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken.»⁵³⁵ Om myndighetene hadde «good reason» til å tro at maktutøvelsen var «absolutely necessary», skal forankres i en subjektiv vurdering, jf. formuleringen «honest belief».⁵³⁶ Av vilkåret «based on an honest belief» kan det ytterligere innfortolkes kvalitative krav til informasjonsinnhenting, idet det

⁵³³ Se prognosekravet for å bevæpne polititjenestepersoner uttrykt *vi.* § 3-2 første ledd, punkt a: «når omstendighetene gir grunn til å tro».

⁵³⁴ Se pl. § 6 b. og *vi.* § 4-3 første ledds prognosekrav for bruk av tjenestevåpen: «trues med eller utsettes for en grov voldshandling ... og bruk av våpen fremstår som nødvendig».

⁵³⁵ Se *Harris mfl.* s. 228. Se også *McCann and Others v. The United Kingdom*, punkt 200: «The Court accepts that the soldiers honestly believed, in the light of the information that they had been given, as set out above, that it was necessary to shoot the suspects in order to prevent them from detonating a bomb and causing serious loss of life (see paragraph 195 above). The actions which they took, in obedience to superior orders, were thus perceived by them as absolutely necessary in order to safeguard innocent lives.»

⁵³⁶ Se også Kjølbrot 2017 s. 222.

kan utledes av EMD-praksis et krav om at myndighetenes subjektive oppfatning forankres i objektiv og verifiserbar informasjon, ervervet gjennom en formålsstyrt og systematisk prosess hvor informasjon innhentes og bearbeides for å skaffe kunnskaper om de faktiske omstendigheter.⁵³⁷

I tilfeller hvor det ikke er etablert ordninger for innhenting og bearbeiding av informasjon, som kan understøtte beslutningen om bruk av dødelig makt, vil dette kunne lede til at myndighetene ikke blir hørt med at beslutningen var forankret i det situasjonsbildet som de ærlig og oppriktig la til grunn som gyldig når beslutningen ble tatt.

I forlengelsen av kravet om kvalitative prosesser for innhenting av informasjon som igjen danner grunnlag for myndighetsutøvelsen, oppstiller EMK også kvalitative krav til myndighetsutøvelsen hva angår organisering, planlegging, kommando og kontroll.⁵³⁸ Konkret innebærer dette at myndighetene må sørge for at organer som er gitt fullmakt til å utøve inngripende tiltak, har nødvendig utstyr for hånden som gjør de i stand til å velge lempeligere alternativ fremgangsmåte. I forhold til bruk av skytevåpen som maktmiddel vil som hovedregel bruk av gass, politihund, vannkanon og gummikuler fremstå som lempeligere alternative maktmidler.⁵³⁹ Dersom det kan konstateres at situasjonen kunne vært løst med bruk av lempeligere maktmidler, men hvor politiet enten ikke er utstyrt med maktmidlet eller det ikke var gripbart i situasjonen, vil myndighetene ikke kunne høres med at tjenestepersonenes bruk av tjenestevåpen var det eneste alternative maktmiddel. Kvalitative krav til myndighetsutøvelsen fordrer at staten innretter tjenesten slik at bruk av lempeligere maktmidler fremstår som et reelt valg i enhver sammenheng. Tilsvarende vil kravet om kvalitativ tjenestutøvelse oppstille forutsetning om at tjenestepersoner som er satt til å utøve inngripende tjeneste, er gitt nødvendig kompetanse og kunnskap.

⁵³⁷ Se *Finogenov and Others v. Russia* punkt 219. Avgjørelsen blir nærmere omtalt i 6.6.3.2.

⁵³⁸ Se *Huohvanainen v. Finland* punkt 93: «...taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the actions under consideration.»

⁵³⁹ Se *Şims and Others v. Turkey* (2005), punkt 108 hvor retten vurderer politiets bruk av skytevåpen i lys av nevnte maktmidler.

Vurderingen av om den faktiske bruk av potensielt dødelig makt var absolutt nødvendig, tar utgangspunkt i hvordan tjenestepersonen oppfattet situasjonen «der og da» under utøvelsen av makt. Etter EMK artikkel 2 blir spørsmålet da om vedkommende tjenesteperson «honestly believed» at maktbruken fremstod som absolutt nødvendig for å oppnå en av de i bestemmelsens angitte formål. Det betyr at utøvelse av potensielt dødelig makt kan begrunnes i informasjon som senere viser seg å være feilaktig, dersom polititjenestepersonen og/eller politiet som sådan hadde gode grunner for å legge informasjon til grunn som korrekt.⁵⁴⁰ Som påpekt av EMD i en rekke avgjørelser: «To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and the lives of others».⁵⁴¹ Tilnærmingen synes forstandig idet retten ikke kan «substitute its own assessment of the situation for that of an officer who was required to react in the heat of the moment to avert an honestly perceived danger to his life or the lives of others».⁵⁴²

Retten gir med dette uttrykk for at politiet har en vid adgang til å anvende potensielt dødelig makt alene basert på polititjenestepersonens subjektive oppfatning av situasjonen. Rettspraksis fra EMD viser imidlertid at domstolen nyanserer dette inntrykket ved å oppstille en rekke kvalitative krav til den faktiske tjenesteutøvelsen. I tilfeller hvor tjenestepersoners utøvelse av potensielt dødelig makt ikke er et resultat av en villet handling, men er en følge av et hendelig uhell, vil det likevel konstateres krenkelse av EMK artikkel 2 dersom handlingen avviker fra anerkjente normer for forsvarlig opptreden.

Dette var situasjonen i *Leonidis v Greece* (punkt 58 flg). Under en «rutinekontroll» av identiteten til to unge gutter, opplevde politiet at guttene løp fra stedet. Politiet som var sivilt kledd og bevæpnet tok opp forfølgelsen. Den ene politimannen hadde trukket sitt våpen som han hadde fremme under pågripelsen og påsettelsen av håndjernene. Våpenet gikk av og skuddet traff

⁵⁴⁰ Se *Huohvanainen v. Finland* punkt 96. Se også Harris mfl. 2014 s. 228.

⁵⁴¹ Se *Huohvanainen v. Finland*, punkt 96.

⁵⁴² Se *Huohvanainen v. Finland*, punkt 97.

gutten, som døde. Retten la til grunn at «the fatal shot was triggered not by any deliberate action on the part of police officer G.A. but by the sudden reaction of the victim.» Tross dette fant retten at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 2. Konklusjonen bygger på det faktum at politimannen «had no reason to keep hold of his weapon, especially with his finger on the trigger. In fact, in the Court's view, the police officer should have put his weapon in its holster before handcuffing Nikolaos Leonidis who was not holding a weapon and was not in any way threatening the police officer's life or limb.» Med andre ord, selv om den faktiske bruk av våpenet kan unnskyldes, klandres tjenestemannen for sin forutgående beslutning om å ha våpenet tilgjengelig.

Videre vil kvalitetskravet til den faktiske tjenesteutøvelsen avskjære mulighet til å påberope «god tro», dersom myndighetene kan klandres for å ha forårsaket situasjonen som begrunner og danner grunnlag for bruk av potensielt dødelig makt.

Dette var situasjonen i *Haász and Szabó v. Hungary*, (punkt 57-59). Etter å ha mottatt melding om en mistenkelig bil som kjørte frem og tilbake i området ved den lokale grønnsakhandleren, rykket to politimenn ut på eget initiativ for å undersøke saken. De var begge sivilt kledd og kjørte en sivil bil. Den ene hadde tatt med sitt tjenestevåpen. Det aktuelle området ble undersøkt uten at det ble funnet spor av at det var begått straffbare handlinger. Senere på natten påtraff de bilen parkert i et boligområde. Sammen løp de mot bilen bakfra. I bilen satt det et par som hadde bestemt seg for å overnatte i sin bil etter å ha vært på utflukt i området. De observerte to menn løpende mot bilen, og oppfattet situasjonen som truende og bestemte seg derfor for å rømme stedet. Den eneste fluktmuligheten var å kjøre mot de to personene. Politimannen, som var bevæpnet, trakk sitt våpen og avfyrte skudd mot bilen for å stanse denne da han oppfattet at hans kollegas liv og helse var truet.

Retten aksepterte at, ut fra politimannens subjektive oppfatning av situasjonen, var det nødvendig å intervenere «in order to stop the applicants' car that had, in his perception, created a danger for his associate of being run over – which danger he deemed warranted the use of potentially lethal force.» Når retten, tross dette utgangspunkt, konkluderte med at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 2, var det basert på en samlet vurdering av om «the operation, viewed in its entirety, was conducted in such a manner as to minimise, to the greatest extent possible, the risk created by the use of potentially lethal force by the discharge of the firearm.» For det første la retten vekt på at: «The entire incident took place largely as a result of the officer's own conduct.» For det andre, kan avgjørelsen tas til inntekt for at retten har nedtonet betydningen av politimannens subjektive oppfatning da politiet, gjennom sine taktiske vurderinger og handlinger, kan klandres for å ha forårsaket klagers risikofylte handlinger som igjen dannet grunnlaget for politiets bruk av potensielt dødelig makt. Og for det tredje oppstilte retten tilsvarende kvalitative krav til en polititjenestepersons beslutninger og tiltak, som til «the planning and control of police operations.»

6.5 Sondringen «plikt til å sikre» og «plikten til å respektere» menneskerettighetene, i et polisært perspektiv

6.5.1 Innledende betraktninger

Det primære formålet med EMK er å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse fra staten.⁵⁴³ De enkelte konvensjonsbestemmelsene gir i varierende grad uttrykk for statens plikt til å sikre rettighetene. Imidlertid fastslår EMK artikkel 1, som uttrykker konvensjonens bindende karakter,⁵⁴⁴ en generell plikt for staten til å «sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter» som er fastlagt i konvensjonen.⁵⁴⁵ Dette er også lagt til grunn i EMD-praksis. Videre har EMD utviklet en rikholdig rettspraksis som fremhever statens positive plikt til å sikre rettigheter som kan utledes av EMK.⁵⁴⁶ Etter grunnlovsrevisjonen av 2014 er nå statens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene nedfelt i Grl. § 92: «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Grunnloven § 92 gir uttrykk for en to-sidig plikt for statens myndigheter, jf. ordlyden «respektere og sikre». Tilsvarende plikt følger også av EMK artikkel 1.⁵⁴⁷ Den tosidige plikten for statens myndigheter kan i en polisært kontekst illustreres med følgende figur:

⁵⁴³ Se Kjølbrot 2017 s. 796 som uttrykker tilsvarende i tilknytning til EMK artikkel 8.

⁵⁴⁴ Se Kjølbrot 2017. s. 35.

⁵⁴⁵ Se *Ireland v. the United Kingdom*, punkt 239: «By substituting the words 'shall secure' for the words 'undertake to secure' in the text of Article 1 (art. 1), the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States». Se også Schabas 2017 s. 90.

⁵⁴⁶ Se Larsen 2015 punkt 4.3 med videre henvisninger, hvor det vises til EMD utvikling av statens positive plikt til å sikre menneskerettigheter utledet av artikkel 2 og 3. Og s. 11 hvor det fremheves at: «Positive obligations have now been recognised under practically all provisions in the ECHR, and the duties that are imposed on States are quite far-reaching.»

⁵⁴⁷ Se Schabas 2017 s. 91: «The obligation to respect human rights has both negative and positive dimension ...»



Figur 11

Den enkelte medlemstat skal unnlate å gjøre inngrep i de rettigheter som konvensjonen verner om, heretter omtalt som «plikten til å respektere». Det fordrer at statens myndigheter innretter og utøver virksomhetene slik at den ikke griper forstyrrende inn i de rettigheter som konvensjonen verner om.⁵⁴⁸ All den tid EMK har staten og dens myndigheter som adressat, vil en ensidig plikt til «å respektere» menneskerettighetene alene ikke gi individet ett fullgodt vern mot inngrep. Uten rettslige normer som uttrykkelig forbyr andre individer å krenke menneskerettighetene, sammen med ordninger for håndhevelse og sanksjonering av krenkelser, vil rettighetene fremstå som illusoriske. Av den grunn ledsages statens plikt til å respektere menneskerettighetene (den negative plikt) av en korresponderende «plikten til å sikre» disse rettigheter (den positive plikt).⁵⁴⁹ Den positive plikt forutsetter at staten, gjennom aktiv myndighetsutøvelse, iverksetter tiltak for å sikre at individer uforstyrret kan leve sitt liv i pakt med disse rettighetene.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Se Harris mfl. 2014 s. 504.

⁵⁴⁹ Statens negative plikt til å respektere menneskerettighetene blir heretter omtalt som «plikten til å respektere», og statens positive plikt til å sikre menneskerettighetene blir omtalt som «plikten til å sikre».

⁵⁵⁰ Tilsvarende, se Kjølbros 2017, s. 44. Se også *Kontrova v. Slovakia*, punkt 49 hvor retten uttalte følgende om statens sikringsplikt: «This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law

I en politisær kontekst vil krenkelser av menneskerettighetene i praksis materialiseres gjennom enten faktiske tjenestehandlinger som mangler tilstrekkelig rettsgrunnlag, eller begrunnes i at myndighetene unnlot å iverksette aktive tiltak til tross for at det forelå rettslig grunnlag for myndighetsutøvelsen. I førstnevnte tilfelle vil det konstateres ansvar for krenkelser begrunnet i at statens myndigheter ikke har overholdt sin plikt til «å respektere» menneskerettighetene. I det andre tilfellet vil staten kunne holdes ansvarlig for ikke å ha overholdt sin plikt til «å sikre» idet den forstod eller burde ha forstått at risikoen ville bli realisert.⁵⁵¹

Som illustrert ovenfor ved figur 11 vil «plikten til å sikre» gi seg utslag i plikter av generell og spesiell karakter. På det *generelle plan* vil pliktene omfatte krav og forventninger om at staten etablerer normeringer som verner om rettigheter nevnt i EMK. Det forutsetter for det første at myndighetene etablerer normeringer som regulerer forholdet mellom de enkelte individer,⁵⁵² og for det andre at det finnes normeringer som har politiet som adressat og som angir skranker for myndighetsutøvelsen. Videre kan det utledes et krav om etablering av effektiv etterforskning og irettføring ved krenkelser av rettigheter.⁵⁵³

På det *spesielle plan* kan plikten «til å sikre» inndeles i henholdsvis en forventning om nærvær av effektive beredskapsordninger, herunder politi (passiv), og forventning om aktiv myndighetsutøvelse i tilfeller hvor staten «forstår eller burde forstå» (aktiv).⁵⁵⁴

provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual».

⁵⁵¹ Se Aall 2018 s. 58 og 61.

⁵⁵² Se *Botta v. Italy* (1998), punkt. 33: «...These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves».

⁵⁵³ Nærmere om sontringen mellom plikten til å sikre og plikten til å respektere, se Aall 2018 s. 58 flg. Se også Harris 2014 mfl. s 524 om sontringens betydning i forhold til artikkel 8.

⁵⁵⁴ Se *Osman v. The United Kingdom* (1998), punkt 11: «It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions.»

Plikten til å sikre menneskerettighetene adresseres til staten som sådan. I en norsk politisær kontekst gir dette seg utslag ved at det politiske nivå utøver sitt ansvar gjennom etablering av nødvendige rammebetingelser for ivaretagelse av plikten, og det politifaglige nivå sørger for organisering, innretning og drift av virksomheten med formål å faktisk ivareta statens menneskerettighetsansvar. I forlengelsen av sistnevnte kan det utledes krav og forventninger om at politiet responderer på risikofaktorer, basert på at staten «forstod eller burde ha forstått» (*aktiv*).⁵⁵⁵

Når den aktive tjenesteutøvelse vurderes i forhold til plikten til å «respektere», skjer det en prøving av myndighetsutøvelsen basert på positivt angitte betingelser for legitim tjenesteutøvelse. En tilsvarende vurdering kan vanskelig gjennomføres ved tilfeller av unnlattelse av å handle. Plikten til «å respektere» innebærer at statens myndigheter må «la være» å foreta inngripende myndighetsutøvelse utover de i konvensjonen bestemte unntak. Konstateres det krenkelse av konvensjonsbestemte rettigheter i form av mangel på respekt, skyldes det gjerne at statens tiltak er i strid med ett eller flere av de gjennomgående krav som EMK stiller til inngripende myndighetsutøvelse.⁵⁵⁶ Vurderingen av om staten har oppfylt sin positive plikt til å sikre menneskerettighetene forankres i en prøving av om myndighetene, innenfor sine fullmakter, kan klandres for ikke å ha iverksatt forventede tiltak for å unngå risikoen for krenkelser.⁵⁵⁷

Denne noe skjematisk fremstillingen av sontringen mellom plikten til henholdsvis å «sikre» og «respektere» menneskerettighetene gir tilsynelatende inntrykk av at det eksisterer et klart skille mellom disse to kategorier av plikter. Så er ikke tilfellet. Som påpekt av EMD i *Evans-saken*, «[t]he boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition.»⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 115: «It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.»

⁵⁵⁶ Nærmere om gjennomgående krav for unntak fra EMK, henholdsvis lovskravet, formålsbestemt myndighetsutøvelse og nødvendighetskrav/forholdsmessighet, se 6.4.

⁵⁵⁷ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116.

⁵⁵⁸ Se *Evans v. The United Kingdom*, punkt 75.

I en rettslig kontekst vil unnlattelse av å handle i mange sammenhenger fremstå som like klanderverdig som faktiske handlinger. Det er derfor av interesse å se nærmere på situasjoner hvor manglende handling fra politiet (unnlattelseshandling) er den direkte eller medvirkende årsak til at risikoen realiseres.⁵⁵⁹

Vurderingen av om statens manglende inngripen (unnlattelse av å handle) kan ha forårsaket den tilstanden som utgjør en krenkelse av individets menneskerettigheter vil måtte bygge på en hypotese om at det er en faktisk sammenheng mellom unnlattelsen av å handle og den krenkende handling. Myndighetenes manglende handling har «forårsaket» den konkrete krenkelsen. Tilnærmingen bygger på at det eksisterer en hindringssammenheng mellom krenkelsen og statens unnlattelse av å handle.

Testing av hypotesen tar utgangspunkt i at det har skjedd endringer i en tilstand. En tilstandsending kan for eksempel være en landsby som på grunn av et jordras, forvandles fra et pulserende lokalsamfunn til et katastrofeområde med mange døde og sårede. Eller fru Olsen, mor til tre barn, blir drept av sin tidligere ektemann. Det sentrale temaet i testing av hypotesen er om statens myndigheter kan klandres for mangel på tiltak for å forebygge, forhindre, avverge eller stanse endringen i tilstanden. Forventning om handling må bygge på det faktum at staten «forstod, eller burde ha forstått» at det var en fare for at risikoen kunne materialiseres.⁵⁶⁰ Det må dermed kunne konstateres at myndighetene hadde kjennskap til, eller forutsetning for å skaffe seg kunnskaper om risikoen og det faktiske hendelsesforløpet som stod i fare for å bli materialisert. Kunnskaper om, eller muligheten for å skaffe seg slik kunnskap, om risikoen er en nødvendig betingelse, men alene ikke tilstrekkelig for å kunne konstatere krenkelse. I tillegg må det kunne pekes på handling(er) som det kunne forventes at myndighetene iverksatte. For å kunne bebreide staten for manglende handling må det med andre ord kunne pekes på en aktiv handling som hadde evne til å nøytralisere en

⁵⁵⁹ For nærmere fremstilling av årsakuttrykket, se Grønning mfl. 2019, s. 163 flg., Andenæs 2016 s. 125 flg. og Eskeland 2017 s. 196-197.

⁵⁶⁰ Se *Milanovic v. Serbia* (2010), punkt 84.

årsaksfaktor med den følge at det faktiske hendelsesforløpet hadde blitt brutt. Hvis så er tilfellet eksister det en hindringssammenheng.⁵⁶¹

I tilfeller hvor politiet har unnlatt å handle, og det kan stilles spørsmål ved beslutningen, skal vurderingen av om politiet «forstod eller burde ha forstått» at det forelå en risiko - og dermed en handleplikt - vurderes i lys av «plikten til å sikre», eller ut fra «plikten til å respektere»?

Problemstillingen kan illustreres med følgende figur:



Figur 12

I en politisær kontekst er det av særlig interesse å avklare sontringens eventuelle rettslige betydning for fastsettelse av blant annet hvilke kvalitative krav som kan stilles til organisering og innretning av politiet, og utøvelse av politimyndigheten.

⁵⁶¹ Fremstillingen inntar samme tilnærming til straffelovens årsaksuttrykk ved unnlatelser, se Gröning mfl. 2019, s. 170

6.5.2 Nærmere om sontringen

I teori,⁵⁶² med støtte i rettspraksis,⁵⁶³ er det lagt til grunn at sontringens betydning ikke må overdrives, da de prinsipper som anvendes for å avgjøre om de foreligger en krenkelse i det vesentlige er de samme uavhengig av om myndighetsutøvelsen – eller mangel på sådan – kategoriseres som «mangel på respekt» eller «manglende plikt til å sikre». EMD synes her å nedtone sontringens rettslige betydning.⁵⁶⁴ Tross dette klare rettslige utgangspunkt, er det flere faktorer som gir grunn til å stille spørsmål om tilnærmingen de facto er korrekt.⁵⁶⁵

Konstatering av en positiv plikt til å sikre menneskerettigheter forutsetter, slik som påpekt i *Milanović v. Serbia*, at:⁵⁶⁶

«... the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk of ill-treatment of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.»

Formuleringen viser at det innrømmes «a wide margin of appreciation» når EMD tar stilling til om myndighetenes unnlattelse av å handle utgjør en krenkelse i lys av statens positive plikt til å sikre menneskerettighetene.⁵⁶⁷ Skjønnsadgangen synes ytterligere utvidet i saker som reiser sensitive moralske og etiske temaer hvor det ikke hersker rettsenhet blant medlemsstatene.⁵⁶⁸

⁵⁶² Se Kjølbros 2017 s. 797.

⁵⁶³ Se *Powell and Rayner v. The United Kingdom*, punkt 41: «Whether the present case be analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) or in terms of an «interference by a public authority» to be justified in accordance with paragraph 2 (art. 8-2), the applicable principles are broadly similar.» Se også *Hämäläinen v. Finland*, punkt 65: «The principles applicable to assessing a State's positive and negative obligations under the Convention are similar.»

⁵⁶⁴ Se også *Dickson v. the United Kingdom*, punkt 70 hvor EMD i forhold til EMK artikkel 8 uttaler følgende: «The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition.»

⁵⁶⁵ Se Schabas 2017 s. 91 som gir uttrykk for følgende: «However, in some cases, there is considerable debate about whether or not to characterize the alleged infringement as being related to a negative or a positive obligation.»

⁵⁶⁶ Se *Milanović v. Serbia*, punkt 84.

⁵⁶⁷ Se *Johnston and Others v. Ireland*, punkt 55.

⁵⁶⁸ Se *Hämäläinen v. Finland* (2014), punkt 75 hvor dette ble særlig vektlagt.

Tilsvarende rom for skjønn innrømmes ikke når retten tar stilling til om det foreligger mangel på respekt fordi den faktiske myndighetsutøvelse var i strid med ett eller flere av de gjennomgående krav som EMK stiller til inngripende myndighetsutøvelse.⁵⁶⁹ Vurderingen av myndighetenes unnlattelse av å handle – i lys av statens positive plikt – vil gi rom for vektlegging av andre hensyn enn de som er nevnt i den enkelte av konvensjonsbestemmelsene. Det er ikke uvanlig at retten vekter motstridende hensyn, hvor individets krav på vern mot krenkelser vurderes i lys av samfunnets og andre individers behov og ressurser.⁵⁷⁰

Når myndighetene, for eksempel, avstår fra enten å etablere beredskapsordninger basert på statistisk og kjent risiko, eller avstår fra å intervensere i forhold til konkret risiko, kan det være et utslag av prioriteringer, herunder et spørsmål om ressurser. EMD har ved flere anledninger uttalt at staten i en viss grad innrømmes adgang til å forankre sine beslutninger om å unnlate å handle, «in terms of priorities and resources».⁵⁷¹ Rettens vurdering av om staten har overholdt sin positive plikt til å sikre menneskerettighetene vil med andre ord ha som målestokk at forpliktelsene ikke må utgjøre «an impossible or disproportionate burden on the authorities.»⁵⁷² Følgelig vil unnlattelse av å handle bygge på helt andre og oftest motstridende hensyn og interesser, enn de som legitimerer statens positive adgang til å fravike menneskerettighetene. Tilsvarende mulighet innrømmes ikke når saken vurderes i lys av mangel på respekt. Da er vurderingstemaet om den faktiske myndighetsutøvelsen er forankret i bestemmelsens angitte formålkrav.

Er statens negative forpliktelser, utledet av EMK, gitt en form for «forrang» på bekostning av de positive forpliktelsene?⁵⁷³ Dette gjelder i tilfeller hvor statens

⁵⁶⁹ Sml. Bovik 2011 som gir uttrykk for at det er «meningslaust å halde fast på formuleringa om at skjønnsmarginen er vid i saker om positive plikter», dersom «ein først aksepterer at det ikkje er mogleg å sondre skarpt mellom negative og positive plikter, og at det i begge situasjonar er eit spørsmål om å finne ein rimeleg balanse mellom dei kolliderande rettane».

⁵⁷⁰ Se *Johnston and Others v. Ireland* (1986), punkt 55: «the needs and resources of the community and of individuals».

⁵⁷¹ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116.

⁵⁷² Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116 og *Kontrova v. Slovakia*, punkt 50.

⁵⁷³ Se Larsen 2015 punkt 4.3 hvor spørsmålet er om EMD har etablert et norm-hierarki hvor negative forpliktelser er gitt forrang i forhold til positive forpliktelser, samtidig som det poengteres at det hersker en alminnelig oppfatning om at så ikke er tilfellet.

myndigheter aktivt må foreta inngripende myndighetsutøvelse rettet mot et individ for å sikre rettighetene til et annet. Dette spørsmålet skal ikke forfølges videre i denne sammenheng utover å konstatere, som påpekt i *Milanovic-saken*, at politiets myndighetsutøvelse, som et ledd i ivaretagelse av statens positive plikt til å sikre menneskerettighetene, må utøves «within the scope of their powers». ⁵⁷⁴ Med andre ord, krenkelse av statens negative forpliktelser utledet av EMK er «... simply not an option which is ‘within the scope of the powers’ of the state». ⁵⁷⁵

I forlengelsen av dette er det grunn til å stille spørsmål om det faktum at statens plikt til å respektere menneskerettighetene (plikdens negative side) utgjør en begrensende faktor i myndighetenes mulighet til å sikre menneskerettighetene (plikdens positive side), i seg selv rettferdiggjør at statens innrømmes en vid skjønnsmargin i forhold til ivaretagelsen av de positive forpliktelsene? En slik tilnærming har under alle omstendigheter en trygg forankring i prinsippet om *rettsstat*. Den motsatte tilnærming vil de facto utgjøre en sentral komponent i en *politistat*.

Gjennomgangen av relevante EMD-avgjørelser viser at rettens stillingtagende til om den konkrete sak skal vurderes i lys av manglende respekt for menneskerettighetene (den negative forpliktelse), eller som et brudd på statens plikt til å sikre menneskerettighetene (den positive forpliktelse) har betydning for sakens utfall, og dermed rettslig relevans.

Saken *Hämäläinen v. Finland* synes å støtte en slik konklusjon. Klager mente at retten til privatliv, jf. artikkel 8 var krenket idet hun etter en kjønnskifteoperasjon ble nektet å endre personnummer med den følge at hun ifølge ID-kort og pass var hankjønn. The Chamber konkluderte med at det forelå en krenkelse av klagers rett til respekt (den negative forpliktelse) for privatliv og familieliv ved å hindre henne i å få et nytt ID-nummer. Etter anmodning fra klager ble saken oversendt The Grand Chamber for

⁵⁷⁴ Se *Milanović v. Serbia*, punkt 84.

⁵⁷⁵ Se Larsen 2015 punkt 4.3.

behandling. The Grand Chamber mente det ikke forelå en krenkelse. Klagen ble her vurdert i lys av statens positive plikt til å sikre rettighetene som artikkel 8 uttrykker.⁵⁷⁶

EMD har ikke utviklet teorier som på generelt grunnlag beskriver omfanget av statens plikt til å sikre menneskerettighetene.⁵⁷⁷ Sikringsplikts innhold og omfang må vurderes konkret i forhold til den enkelte rettighet.⁵⁷⁸ Spørsmålet om det kan oppstilles en sikringsplikt, herunder dens innhold, vil da bero på en konkret og samlet vurdering av flere faktorer, noe som gjør at sikringsplikts innhold vil variere fra saksområde til saksområde.⁵⁷⁹ På generelt grunnlag kan det, utledet at sikringsplikten, oppstilles tre overordnede krav.⁵⁸⁰ For det første er staten forpliktet til å iverksette tiltak som sikrer at rettighetene som uttrykkes i EMK er tilstrekkelig effektive. Som påpekt i 6.5.1, gir dette kravet seg utslag på det «generelle plan» gjennom å oppstille en plikt til å etablere normeringer som beskytter rettighetene, samt ordninger for håndhevelse og sanksjonering ved eventuelle krenkelser. Normeringer alene gir, som tidligere påpekt, ikke et reelt vern. Det leder oss over til det andre krav som kan utledes av sikringsplikten, nemlig statens plikt til å sikre at disse rettighetene ikke krenkes av andre individer. Vi beveger oss her over på det «spesielle plan» (passiv). I en polisiær kontekst er dette kravet av særlig interesse da det er bestemmende for hvilke kvalitative krav som kan stilles til organisering, innretning og drift av operative beredskapsordninger som har som formål å forebygge, og ved behov respondere, når rettighetene krenkes av andre individer. Det tredje krav til statens positive sikringsplikt (aktiv) er forventning om aktiv handling med formål å sikre individets rettigheter mot krenkelser fra andre individer.

Som eksempel på sistnevnte krav er etablering av ordninger som forbyr, håndhever og sanksjonerer slaveri, jf. EMK artikkel 4. Tilsvarende pålegger artikkel 12 staten å etablere ordninger som verner individet mot tvangsekteskap

⁵⁷⁶ Se *Hämäläinen v. Finland*, punkt 64.

⁵⁷⁷ Se *Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. Switzerland* (2001), punkt 46: «The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals inter se.»

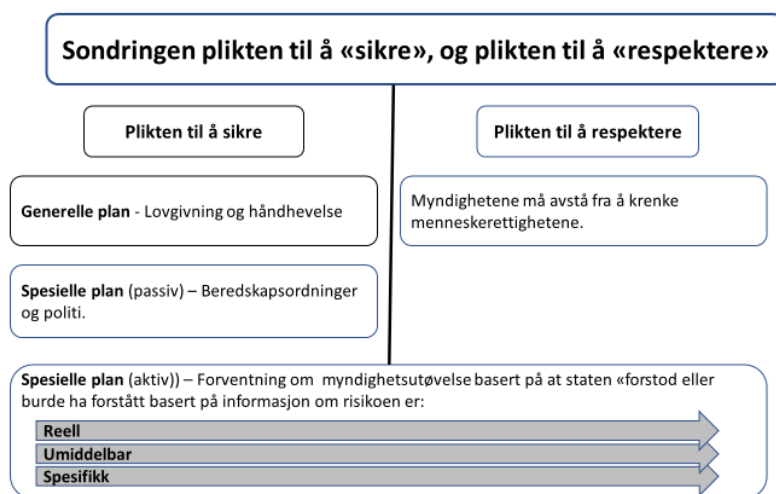
⁵⁷⁸ Se Harris mfl. 2014 s. 504.

⁵⁷⁹ Se Kjølbrot 2017 s. 798 i forhold til artikkel 8. Tilsvarende vil nok gjøre seg gjeldende i forhold til andre rettighetsbestemmelser hvor staten er gitt anledning til å foreta legitime unntak.

⁵⁸⁰ Se Harris mfl. 2014 s. 504 hvor kravet er beskrevet i tilknytning til statens positive plikt til å sikre rettigheter utledet av artiklene 8 – 11. Kravene vurderes å ha generell overføringsverdi.

og derigjennom sikrer retten å inngå ekteskap. Denne delen av kravet til statens positive sikringsplikt har i en polisiær kontekst liten relevans, og vil derfor ikke bli nærmere behandlet.

I den grad EMDs uttalte tilnærming til den rettslige sondringen mellom «plikten til å sikre» og «plikten til å respektere» skal kunne gis et meningsfylt innhold, må domstolens praksis, etter min vurdering, reflektere det faktum at det eksisterer en glidende overgang fra tilfeller hvor myndighetenes mangel på tiltak skal vurderes i lys av «plikten til å sikre», og tilfeller hvor unnlåtelsen av å handle må vurderes i lys av «plikten til å respektere». Vurderingen må, som vist i figuren under, forankres i tre sentrale kriterier, henholdsvis hvor *reell*, *umiddelbar* og *spesifikk* risikoen fremstår.



Figur 13

Avgjørelsen av om en risiko er *reell* og *umiddelbar* kan baseres på statistisk informasjon. Statistisk vil det alltid skje jord- og snøras i Norge, og erfaringsvis vil det med jevne mellomrom begås drap. Med andre ord, faren for ras og drap er rettslig sett både *reell* og *umiddelbar*. Men all den tid generell og statistisk informasjon om henholdsvis risikoen for ras og drap ikke gir kunnskaper om *når* hendelsen vil inntreffe

og *hvem* som står i fare for å rammes, må vurderingen av statens ansvar forankres i spørsmål om myndighetene har overhold sin «plikt til å sikre» (se figur ovenfor). Tilsvarende vil gjøre seg gjeldende i forhold til enhver rettighet som EMK verner om i tilfeller hvor det ikke foreligger spesifikk informasjon om risikoen. Krav og forventninger om aktive sikringstiltak fra statens side, må i en slik kontekst forankres i prinsippet om at plikten ikke må utgjøre «an impossible og disproportionate burden» for staten.⁵⁸¹ Noe annet vil innebære at staten fratras en reell mulighet til å prioritere ressursbruken i en større samfunnskontekst, da en plikt til å iverksette tiltak for å forebygge og forhindre enhver statistisk kjent risiko – hvor spesifikk informasjon om risikoen, mangler – vil være altomfattende.

Pliktens innhold og omfang i forhold til statistisk basert risiko ligger derfor på det «generelle plan» og det «spesielle plan» (passiv) (se figur ovenfor), og gir seg utslag i krav og forventninger om henholdsvis etablering av effektivt vern i form av normeringer, håndhevelse, og om nødvendig sanksjonering av krenkelser, og etablering av beredskapsordninger som gir muligheter for å respondere ved krenkelser.

I tilfeller hvor myndighetene har mulighet til å skaffe seg kunnskaper om en konkret risiko, gjennom systematisk innhenting og bearbeidelse av informasjon, er situasjonen og de krav og forventninger som kan stilles til statens aktive sikringsplikt annerledes. I slike tilfeller vil vurderingen av om risikoen er *reell* og *umiddelbar* forankres i *spesifikk* informasjon. Vi har da, ved vurdering av hvilke krav som kan stilles til statens «plikt til å sikre» menneskerettighetene, beveget oss over på det «spesielle plan». Spesifikk informasjon om risikoen kan blant annet knyttes til trusselen/trusselutøver, objektet som er truet, og nærmere tid og sted. Dette er informasjon som bidrar til å kartlegge trusselutøvers vilje og evne til å realisere trusselen (*reell*) og risikoenes nærhet i tid (*umiddelbar*). Med andre ord, myndighetene erverver kunnskaper om sannsynligheten for at risikoen vil realiseres. Informasjonen bidrar dermed til å innsnevre og definere den konkrete rettighet og rettighetshaver som står i fare for å bli

⁵⁸¹ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116.

krenket. Jo mer reell, umiddelbar og spesifikk risikoen er, desto større mulighet har myndighetene til å iverksette konkrete tiltak rettet mot enten trusselen eller den eller de som står i fare for å bli krenket.⁵⁸²

Det vil også kunne oppstilles en plikt for staten til å iverksette tiltak for å sikre retten til livet, jf. EMK artikkel 2 selv om det ikke foreligger informasjon om at spesifikke individer er truet. Det er tilstrekkelig å konstatere at risikoen truer «noens liv». Dette var situasjonen omhandlet i *Kotilainen and Others v. Finland* hvor EMD konstaterte brudd på artikkel 2. En ungdom hadde postet en film på internett hvor han «poserte» med skytevåpen, noe som gav grunnlag for bekymring. Vedkommende ble innkalt til samtale hos politiet, som ikke fant grunnlag for å inndra våpenet. Kort tid etter gjennomførte ungdommen en «skoleskyting» hvor flere elever ble drept.

Finske myndigheter anfører (se avsnitt 58 flg.) at selv om polititjenestepersonen, som hadde samtale med ungdommen, kan klandres for ikke å ha inndratt våpenet, forelå det ikke opplysninger som gav myndighetene grunn til å tro at han planlagde å gjennomføre en skoleskyting: «... the Detective Chief Inspector had had no concrete grounds for suspecting that the perpetrator's conduct had amounted to anything more than arousing fear and concern. According to the court, the Detective Chief Inspector had not considered it possible that the perpetrator would commit a school shooting. The Government stressed that the perpetrator had not shown any particular interest in the victims before the shooting had taken place». EMD, som ikke tok anførselene til følge, uttalte følgende om krav til konkretisering av risikoen (avsnitt 69): «In order to engage this positive obligation, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time, of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals (min uthevelse) from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk ». Se også avsnitt 82.

Vi ser da at de generelle utfordringene som er forbundet med å forutse konkret risiko knyttet til menneskelig atferd og naturskapte hendelser, ikke gjør seg gjeldende all den tid det foreligger informasjon som gjør myndighetene i stand til å identifisere kilden til risikoen. Videre vil myndighetenes mulighet til å iverksette spesifikt innrettede tiltak mot enten trusselen eller den som står i fare for å bli krenket, øke proporsjonalt med

⁵⁸² Se *Kornova v. Slovakia* (særlig punkt 49 – 55) hvor retten konstaterte krenkelse av EMK artikkel 2 – retten til livet. Til tross for at staten ved politiet hadde konkret informasjon som tilsa at klagers ektemann utgjorde en konkret fare for henne og barna, evnet de ikke å iverksette nødvendige tiltak for å redusere eller eliminere risikoen. Se også *Opuz v. Turkey* (særlig punkt 133 flg.)

hvor reell, umiddelbar og spesifikk risikoen er. Hensynet til statens behov for å vurdere innretning og dimensjonering av operasjonell beredskap i lys av overordnede prioriteringer og ressurser vil også svekkes. I en slik kontekst vil mangel på tiltak – unnlattelse av å handle – på et gitt tidspunkt fremstå som like klanderverdig som den faktiske myndighetsutøvelsen som, på grunn av fravær av rettslig forankring, gjenspeiler mangel av respekt for menneskerettighetene.

Saken *Osman v. The United Kingdom* kan i så måte tjene som eksempel. Nå konkluderte riktignok retten med at det ikke forelå krenkelse av retten til livet, jf. artikkel 2 (punkt 122), eller brudd på statens sikringsplikt, jf. EMK 8 (punkt 125). Spørsmålet av interesse i denne sammenheng er om den informasjonen som forelå om risikoen, og som myndighetene hadde kunnskaper om, var så *reell, umiddelbar* og ikke minst så *spesifikk* at manglende/mangelfull intervensjon (unnlattelsen) burde sidestilles med en aktiv krenkelse, vurdert etter ovennevnte kriterier.

Mrs Osman og hennes sønn Ahmet Osman anklaget Storbritannia for å ha krenket deres rettigheter, jf. EMK artikkel 2 og 8, idet de hadde unnlatt å iverksette rimelige og nødvendige tiltak for å sikre livet til Ahmet og hans far Ali Osman fra en reell og kjent fare. I mars 1988 skjøt mr Paget-Lewis fire personer, deriblant Ali Osman og Ahmet Osman. Ahmet ble skadet mens faren Ali døde. En inspektør ved skolen ble også drept, og hans sønn ble skadet.

Paget-Lewis var lærer ved en skole hvor Ahmet Osman og hans kamerat Leslie Green var elever. I 1986 ble rektor oppmerksom på at Paget-Lewis, over en ettårs periode, hadde utviklet et følelsesmessig forhold til Osman. Videre var han sjalu på Green og anklaget han for å forsøke å ødelegge forholdet. Foreldrene til både Osman og Green levte inn klage til skolen. I perioden mars 1987 og frem til mars 1988 var Paget-Lewis knyttet til en rekke hendelser av betydning for vurdering av statens ansvar. Ved en anledning konfronterte han Green med sin opplevelse av at han forsøkte å ødelegge forholdet, og satte ut rykter om Green av seksuell karakter. Videre innrømmet han å ha fulgt etter Green og tatt opphold utenfor hans bopel i 45 minutter for å markere at han ikke lot seg skremme vekk. Paget-Lewis hadde gitt Osman penger og gaver, samt tatt bilde av han. Paget-Lewis innrømmet videre at han hadde oppsøkt Osmans tidligere bopel og snakket med naboene, og at han hadde uttalt til Osman at han ville finne han dersom han forlot skolen. Familien Osman opplevde ved en rekke anledninger at det ble utøvet skadeverk både på bilen og boligen. Skolen ble tilgriset med graffiti hvor Green ble utsatt for trakassering av seksuell karakter. Green opplevde at Paget-Lewis forsettlig kjørte på en bil som han var passasjer i. Flere uavhengige personer, inklusiv føreren av bilen som Paget-Lewis kjørte på, gav informasjon til politiet om at Paget-Lewis hadde kommet med uttalelser som gav grunn til å frykte at han ville ta liv.

Det hører med til historien at Paget-Lewis endret navn ved å inkorporere Ahmet Osmans navn inn i sitt eget. Politiet besluttet å pågripe Paget-Lewis for skadeverk, men fulgte ikke opp saken. Paget-Lewis ble observert av flere

personer ved flere anledninger i perioden 1. til 7. mars på utsiden av Osmans bolig uten at politiet agerte. I perioden 3. mars til 4. mai 1987 hadde skolen fire møter for å informere om sin bekymring for Paget-lewis oppførsel overfor Ahmet Osman, og en rekke hendelser som han kunne knyttes til.

I lys av kriteriene som er nevnt ovenfor vil det, etter min vurdering, i tilfeller hvor myndighetene har vist tilnærmet totalt manglende evne til å intervensere, være naturlig å bedømme saken i forhold til «plikten til å respektere», og ikke som et spørsmål om staten har oppfylt sin «plikt til å sikre». Når myndighetene, som i *Osman-saken*, over et lengre tidsrom erverver en mengde informasjon som tegner et klart bilde av en reell, nærliggende og spesifikk trussel som Osman var utsatt for, er det grunn til å stille spørsmål om unnlattelse av å handle burde vurderes i forhold til «manglende respekt».⁵⁸³

Foruten tilfeller hvor staten har vist tilnærmet totalt manglende evne til å iverksette adekvate tiltak, er det vanskelig å oppstille konkrete retningslinjer, som gir veiledning om når en sak skal vurderes på basis av «manglende respekt», eller som «brudd på sikringsplikten».

Høyesteretts avgjørelse inntatt i HR-2013-881-A, kan tjene som eksempel på en sak hvor staten, på lik linje med *Osman-saken*, var i besittelse av en mengde informasjon som konkretiserte en reell og umiddelbar trussel rettet mot en kvinne. I motsetning til *Osman-saken* hadde norsk politi og påtalemyndighet gjort mye for å beskytte kvinnen, men ikke tilstrekkelig til å oppfylle sin sikringsplikt.

Saken omhandler en mann som var dømt for grov vold mot en kvinne han hadde et kortvarig forhold til. Etter soning brøt han en rekke ganger nedlagt besøks- og kontaktforbud. Videre hadde han over lang tid utsatt kvinnen for truende, skremmende forfølgelse som hadde karakter av psykisk trakassering og terrorisering, noe som førte til at kvinnens livskvalitet ble vesentlig forringet.

Når retten konkluderte med at staten ikke hadde oppfylt sikringsplikten, jf. EMK artikkel 8, ble det lagt avgjørende vekt på at (avsnitt 63):

⁵⁸³ Se Harris mfl. 2014 s. 209-210 hvor *Osman-saken* omtales.

«ut fra kunnskapen om A og hans handlingsmønster og intensitet, og om belastningen og risikoen for NN og hennes barn over meget lang tid, burde politiet og påtalemyndigheten fulgt opp informasjonen om stadige brudd på besøksforbudet atskillig bedre. Særlig skulle muligheten for pågrepelse og varetektsfengsling vært nøye vurdert, og bruddene burde fortløpende vært irtetteført som selvstendige straffbare forhold. Den utilfredsstillende etterforskningen av drapstruslene i 1999 forsterker inntrykket av utilstrekkelig beskyttelse mot fortsatt forfølgelse og nye – potensielt meget alvorlige – integritetskrenkninger.»

All den tid myndighetenes innsats var mangelfull og ikke manglende, er jeg enig med Høyesterett i at forholdet ble vurdert i lys av sikringsplikten. Men i *Osman-saken* gjorde myndighetene lite for å møte risikoen til tross for at det rettslig sett kan oppstilles en minst like stor forventning om handling som i angjeldende høyesterettsavgjørelse.

Det fremstår derfor som uforklarlig at EMD i *Osman-saken* ikke konkluderte med krenkelse. I lys av angjeldende faktum burde EMD, på lik linje med Høyesterett, oppstilt større krav og forventninger om at myndighetene, gjennom aktive tiltak, søkte å forebygge eller stanse trusselen mot Osmans rettigheter uten at «plikt til å sikre» ville utgjort «an impossible og disproportionate burden» for staten.⁵⁸⁴ Med andre ord: det overordnede hensyn til statens behov, for å kunne vurdere sine menneskerettslige forpliktelser i en romslig kontekst, gjorde seg ikke gjeldende.

6.6 Retten til liv – Grl. § 93 og EMK artikkel 2

6.6.1 Om Grl. § 93 og EMK artikkel 2

Grunnlovens § 93 første ledd fastslår at «[e]thvert menneske har rett til liv. Ingen kan dømmes til døden». Retten til liv er ingen absolutt rettighet. Myndighetene har i årtider anvendt inngripende myndighetsutøvelse med dødelig utgang. Som påpekt i 6.4.3 inneholder ikke Grl. § 93 første ledd – i motsetning til EMK artikkel 2 – noen angivelse

⁵⁸⁴ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116 hvor staten, ved ivaretagelse av «plikten til å sikre» menneskerettighetene, innrømmes et stort rom for skjønn begrunnet i disse hensyn.

av formålskriterier (situasjonskriterier) som gir anvisning om når myndighetene legitimt kan krenke retten til liv. Spørsmålet om bestemmelsen burde inneholde en angivelse «av former for maktanvendelse som ikke krenker retten til liv» ble drøftet av Menneskerettighetsutvalget, som uten noe nærmere begrunnelse konkluderte med at det ikke behøvdes. Utvalget falt ned på at det var:⁵⁸⁵

«bedre å innfortolke disse naturlige presiseringene i en grunnlovsbestemmelse om retten til liv. Presiseringene vil uansett fremgå av menneskerettsloven, gjennom EMK artikkel 2 nr. 2, og en grunnlovsbestemmelse om rett til liv vil naturlig måtte tolkes i lys av denne bestemmelsen».

Da det ikke foreligger høyesterettsavgjørelser som omhandler Grl. § 93 i en polisiær kontekst, er man overlatt til å tolke bestemmelsen i lys av EMK artikkel 2.

EMK artikkel 2, som omhandler retten til liv, er plassert først i konvensjonens del I om «Rettigheter og friheter». På den måten bidrar EMK til å fremheve retten til liv som den grunnleggende menneskerettighet, og som en forutsetning for de øvrige menneskerettighetene.⁵⁸⁶

Mens artikkel 2 nr. 1, første setning foreskriver en generell plikt for staten til å sikre enhvers rett til livet ved lov,⁵⁸⁷ oppstiller andre setning et forbud mot å ta liv. Bestemmelsen oppstiller et dobbeltsidig vern.⁵⁸⁸ På den ene siden skal staten, gjennom positive tiltak – herunder lovgivning – sikre livet, samtidig som den må respektere livet ved å selv å avstå fra å ta liv.⁵⁸⁹

For å konstatere krenkelse av retten til livet, jf. EMK artikkel 2, er det ikke noe krav om at den krenkede faktisk har avgått med døden. Det er som påpekt av EMD i *Krivova v. Ukraine*, punkt 45 tilstrekkelig at omstendighetene tilsier at den krenkedes liv var i alvorlig fare: «The Court begins by noting that although the applicant's daughter survived, given the number of casualties of the accident of 30 November 1998, the fatal outcome thereof, the seriousness of the injuries

⁵⁸⁵ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 106.

⁵⁸⁶ Se Harris mfl. 2014 s. 203. Se også Møse 2004, s. 189. Og Aall 2018 s. 164.

⁵⁸⁷ «Law» er gitt en videre betydning og innhold enn det norske uttrykket «formell lov» idet det blant annet også omfatter rettspraksis og ulovfestet rett. Nærmere om temaet, se Aall 2018 s. 115.

⁵⁸⁸ Se Harris mfl. 2014 s. 203-204.

⁵⁸⁹ Sondringen «plikt til å respektere» og «plikten til å sikre» er behandlet ovenfor i 6.5.

inflicted on the applicant's daughter and, in particular, that she was in a coma for two months, it takes the view that the life of the applicant's daughter was at serious risk and the fact that she survived is fortuitous. It is of the opinion that Article 2 of the Convention is applicable in the instant case».

Videre vil det kunne konstateres krenkelse av retten til livet selv om myndighetspersoner ikke har handlet forsettlig. Retten til liv etter artikkel 2 omfatter også beskyttelse mot uaktsom forvoldelse av døden, se *McKerr v. the United Kingdom*, punkt 110: «The text of Article 2, read as a whole, demonstrates that it covers not only intentional killing but also situations where it is permitted to “use force” which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life.»

Fra statens plikt til å respektere retten til liv gir imidlertid bestemmelsen uttømmende uttrykk for ett unntak,⁵⁹⁰ og tre presiseringer hvor det i fredstid kan være legitimt for staten å ta liv.⁵⁹¹ Unntaket fremgår av bestemmelsens nr. 1, andre setning som gir staten adgang til å etablere dødsstraff.⁵⁹² For Norges vedkommende oppstiller GrL § 93, første ledd, andre setning forbud mot innføring av dødsstraff. Presiseringene fremgår av nr. 2 bokstav a–c, som tilkjenner gir at staten legitimt kan krenke retten til livet dersom handlingen ikke går lengre enn hva som er *absolutt nødvendig*,⁵⁹³ og har som formål å enten «forsvare en person mot ulovlig vold», utføres «for å foreta en lovlig pågrepelse eller for å hindre en person som holdes i lovlig forvaring i å flykte» eller *for* «å slå ned opptøyer eller opprør på lovlig måte.»

Mens dødsstraff er en handling hvor staten med hensikt tar liv, idet den er et resultat av en overlegning, kjennetegnes de tre nevnte presiseringene av at døden fremstår som en utilsiktet følge av lovlig maktanvendelse.⁵⁹⁴ Sistnevnte kan utledes direkte av ordlyden i artikkel 2 nr. 2 som beskriver primærmålsetningen med maktutøvelsen som «for å forsvare», «for å foreta en lovlig pågrepelse» og «å slå ned opptøyer eller opprør».

⁵⁹⁰ Se Schabas 2017 s. 122: «Paragraph 1 contemplates the death penalty as the sole exception to the principles that it sets out. Paragraph 2 lists three additional exceptions to the first sentence of article 2(1).» I teori beskrives legitime unntak fra retten til liv også som fire unntak, se for eksempel Harris mfl. 2014 s. 225 flg.

⁵⁹¹ Adgangen til å gjøre unntak (derogasjon) fra retten til liv er svært begrenset, jf. artikkel 15. Bestemmelsen andre ledd gir kun adgang til å krenke retten til liv som følge av lovlige krigshandlinger.

⁵⁹² Ifølge sjette tilleggsprotokoll av 28. april 1983, artikkel 1 forplikter stater som har undertegnet protokollen til å oppheve eventuell dødsstraff og for fremtiden unnlate å idømme dødsstraff. Mer om dette, se Aall 2018 s. 170 flg.

⁵⁹³ Se Aall 2018 s. 166 som bruker betegnelsen «unntakssituasjoner».

⁵⁹⁴ Se Aall 2018 s. 166.

En faktisk tjenestehandling vil utgjøre produktet av polititjenestepersonens forståelse av situasjonen, og vurderinger av hvordan han gjennom ulike handlingsalternativer kan påvirke denne.⁵⁹⁵ Tjenestepersonens overlegninger med hensyn til utfallet av ulike handlingsalternativer kan omfatte alt fra tilfeller hvor en eventuell dødsfølge fremstår som et hendelig uhell, til situasjoner hvor politiet nødvendigvis må møte trusselen ved bruk av makt hvor en eventuell dødsfølge fremstår som sikker eller overveiende sannsynlig. I slike situasjoner vil formålet med politiets inngripen være å forhindre at gjerningspersonen realiserer en alvorlig trussel rettet mot politiet eller andre.

Det er derfor av interesse å undersøke nærmere om EMK artikkel 2 nr. 2 også legitimerer bruk av makt hvor dødsfølgen fremstår som forsettlig, eventuelt om bestemmelsen oppstiller noen absolutte rettslige skranker for en slik tilnærming.

Det er på det rene at EMK artikkel 2 nr. 2 åpner for bruk av makt hvor det er høy sannsynlighet for at dødsfølgen vil inntre. Dette ble lagt til grunn i *Kelly vs. The United Kingdom*. Saken omhandlet en 17 år gammel gutt som sammen med andre ungdommer kjørte rundt i en stjålet bil i Belfast. I et forsøk på å stikke fra kontrollposten kjørte ungdommene på noen soldater. Soldatene avfyrte 14 – 15 skudd mot bilen med den følge at én av ungdommene ble truffet og døde. Kommisjonen utalte i den forbindelse:⁵⁹⁶

«The Commission notes that the High Court judge commented that there was a high probability that shots fired at the driver would kill him or inflict serious injury.»

Videre la kommisjonen til grunn at makt hvor dødsfølgen fremstår som overveiende sannsynlig også kan aksepteres for å forebygge fremtidige handlinger som setter andres liv i fare:⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Tilsvarende, se Gröning mfl. 2019, s. 219.

⁵⁹⁶ Se *Kelly vs. The United Kingdom* s. 7.

⁵⁹⁷ Se *Kelly vs. The United Kingdom* s. 7.

«Commission recalls the judge's comments that, although the risk of harm to the occupants of the car was high, the kind of harm to be averted (as the soldiers reasonably thought) by preventing their escape was even greater, namely the freedom of terrorists to resume their dealing in death and destruction.»

En polititjenesteperson anses å ha handlet forsettlig dersom han med hensikt utøver dødelig makt. Hensiktsforsett er nærmere regulert i straffeloven § 22 bokstav a. Hensiktsforsett foreligger når noen anstrenger seg for å nå et bestemt mål som han ser for seg at han skal klare å realisere.⁵⁹⁸ Det vil foreligge hensiktsforsett med hensyn til dødsfølgen når det handles ut fra det bestemte mål om å ta liv. Vedkommende har i en slik situasjon, gjennom et bevisst mentalt fokus, handlet målrettet med det for øyet å ta liv.⁵⁹⁹ Hensiktsforsett vil også foreligge dersom dødsfølgen anses nødvendig for at en annen hensikt skal oppnås.⁶⁰⁰ Dette i motsetning til sannsynlighetsforsett hvor dødsfølgen fremstod som sikker eller overveiende sannsynlig på gjerningstidspunktet, jf. straffeloven § 22 bokstav b.⁶⁰¹

I teorien er det gitt uttrykk for at EMK artikkel 2 nr. 2 også tillater at makt anvendes med den hensikt å krenke retten til livet.⁶⁰² Det foreligger etter min vurdering flere grunner som med styrke taler for at bestemmelsen ikke reservasjonsløst kan tillegges en slik forståelse.

For det første, når en leser EMK artikkel 2 nr. 1, andre setning: *«Ingen må med hensikt bli berøvet livet unntatt ved fullbyrdelse av en dom avsagt av en domstol ...»*, og tolker dens ordlyd i sammenheng med bestemmelsens øvrige ordlyd, gir den uttrykk for at det kun er ved fullbyrding av dødsstraff at staten med hensikt kan krenke retten til livet.

Noen vil kunne hevde at påberopelse av bestemmelsens ordlyd ved fastsettelse av rettighetens innhold vil måtte tillegges liten vekt i lys av prinsippet om *dynamisk tolkning*, som et særtrekk ved tolkning av EMK (tidligere omhandlet i 6.3). Wien-konvensjonens artikkel 31, pkt. 1 foreskriver at: «A treaty shall be

⁵⁹⁸ Se Gröning mfl. 2019 s. 227.

⁵⁹⁹ Se Gröning mfl. 2019 s. 227.

⁶⁰⁰ Se Norsk lovkommentar til straffeloven § 22.

⁶⁰¹ Se Gröning mfl. 2019 s. 228.

⁶⁰² Se Aall 2018 s. 166, pkt. 9.2.2 hvor det gis uttrykk for at: «Det strenge forholdsmessighetskrav som nødvendigvis må gjelde ved inngrep i denne mest fundamentale rettighet ... og som teksten formulerer ved ordene «absolutely necessary», skjerpes m.a.o. ytterligere hvor drapshensikt foreligger.» Tilsvarende, se Auglend 2016, s. 238 og 241–242.

interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». All den tid det er snakk om å fastlegge hva artikkel 2 uttrykker i forhold til statens plikt til å sikre og respektere retten til livet, vil formålsbetraktninger som rettskildeprinsipp dermed stå sentralt. Nærmere om formålsbetraktningers betydning for tolkning av EMK, se Aall 2018, s. 37 flg. I lys av hvilke verdier bestemmelsen søker å ivareta – retten til livet – vil formålsbetraktninger i denne sammenheng understøtte ordlydens betydning som rettskilde ved fastsettelse av hva bestemmelsen uttrykker.

Til støtte for et slikt syn kan det for det første anføres at artikkel 2, nr. 2 ikke kan tolkes som en unntaksregel som gir staten anledning til å krenke retten til livet når nærmere bestemte vilkår foreligger.⁶⁰³ Som påpekt må nr. 2 forstås som en presisering av statens plikt til å beskytte retten til livet, som er grunntanken i artikkel 2.⁶⁰⁴ For det andre, og i lys av vår nasjonalrettslige forståelse av hensiktsforsett som skyldform i strafferetten, vil en praksis hvor politiet kan handle ut fra et bestemt mål om å ta liv, ikke reflektere den grad av respekt for menneskerettighetene som kreves. En tolkning av artikkel 2, andre ledd som åpner for at det er legitimt å handle ut fra et bestemt mål om å ta liv, vil stå i sterk kontrast til det faktum at politiets maktbruk aldri er et mål i seg selv, men et middel for å oppnå et nærmere bestemt formål. Dette syn er også lagt til grunn i teorien med henvisning til avgjørelsen i *McCann and Others. v. The United Kingdom* hvor følgende ble uttalt:⁶⁰⁵

«...the text of Article 2 (art. 2), read as a whole, demonstrates that paragraph 2 (art. 2-2) does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to “use force” which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life.»

Retten gir her uttrykk for at bestemmelsens hovedsiktemål er å beskrive situasjoner hvor det er tillatt å anvende makt hvor berøvelsen av livet er et utilsiktet utfall av maktutøvelsen.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Motsetningsvis, se Auglend 2016 s. 238 som her gir uttrykk for EMK artikkel 2 andre ledd angir unntak fra statens plikt til å sikre og respektere retten til livet, jf. artikkelens første ledd. Tilsvarende, se Kjølbrot 2017 s. 213.

⁶⁰⁴ Se Ehlers Bertelsen 2011 s. 63.

⁶⁰⁵ Se *McCann and Others v. The United Kingdom*, punkt. 148. Se også *Stewart v. The United Kingdom*, punkt 15.

⁶⁰⁶ Se *Chrawshaw/Holmström* 2006 s. 58 som synes å gi uttrykk for en tilsvarende forståelse.

I den grad det kan tas til orde for at EMK artikkel 2 åpner for at staten med hensikt kan krenke retten til livet, må fullmakten avgrenses til tilfeller hvor dødsfølgen ikke er primærformålet ved maktutøvelsen, men fremstår som en uunngåelig og en, nødvendig sidefølge for å oppnå et annet formål med tjenestehandlingen. På den måten artikulerer bestemmelsen et innhold hvor maktutøvelse, basert på et ønske eller motiv om å fremkalle dødsfølgen, ikke aksepteres.

Problemstillingen og dens rettslige implikasjoner kan illustreres med følgende eksempel: Politiet rykker ut til en bolig hvor en kvinne har tatt naboen som gissel og truer med å skyte han. Politiet vurderer at kvinnen har både vilje og evne til å drepe gisselet, og at det foreligger en umiddelbar fare for at hun vil realisere trusselen. I lys av situasjonen anser politiet det som nødvendig å skyte kvinnen i hodet for å forhindre henne i å avfyre pistolen som hun har rettet mot gisselets hode. Når politiet skyter kvinnen i hodet, er det ikke med det formål å drepe henne, men for å forhindre at den dødelige trusselen som er rettet mot gisselet materialiserer seg. Selv om politiet legger til grunn at det beror på rent hell om kvinnen vil overleve et målrettet skudd mot hodet, fremstår det som unaturlig å hevde at kvinnens dødsfølge er nødvendig for politiets målrettede formål om å forhindre at trusselen mot gisselets liv materialiserer seg. Politiet handler her med hensikt om å forhindre at trusselen materialiserer seg, og skyter med bevissthet om at dødsfølgen sikkert eller overveiende sannsynlig vil inntre.

Noen vil kunne hevde at problemstillingen fremstår som oppkonstruert og kunstig idet et målrettet skudd mot hodet, som beskrevet i dette eksempelet, er en veloverveid viljehandling hvor det beror på et rent hell at døden ikke blir følgen. Staten og dens representanter – i dette tilfellet politiet – kan ikke under noen omstendigheter utøve makt med den hensikt å påføre individet en bestemt integritetskrenkende følge. En slik tilnærming vil stride mot statens plikt til å respektere menneskerettighetene. Statens bruk av makt må aldri bli et mål i seg selv, men kun et nødvendig middel for å oppnå et annet formål.

Nedenfor vil jeg, i en polisiær kontekst, se nærmere på statens plikt til både å respektere livet og beskytte det ved lov. Når det gjelder sistnevnte tema – statens plikt til å beskytte

livet ved lov, jf. EMK artikkel 2 nr. 1, første setning – fremstår plikten som to-delt. For det første gir bestemmelsen uttrykk for plikten til å beskytte det enkelte individ mot overgrep fra andre individer gjennom etablering av effektiv lovgivning som forbyr og straffesanksjonerer drap.⁶⁰⁷ Dette temaet vil ikke bli nærmere behandlet da det har lovgiver som adressat og derved faller utenfor den polisiære kontekst. Det er imidlertid grunn til å nevne at denne delen av sikringsplikten synes vel ivaretatt gjennom etablering av bestemmelsene i straffelovgivningen som både forbyr og straffesanksjonerer forsettlige og uaktsomme drap.

Av større interesse og aktualitet for avhandlingen er den andre siden av statens plikt til å sikre retten til livet gjennom lov, og som kan defineres som et spørsmål *om*, og eventuell i hvilken *grad*, EMK artikkel 2 oppstiller en plikt for staten til å etablere effektive normeringer som, gjennom å fremme kvalitative krav – kvalitativ minstestandard – til den polisiære tjenesteutøvelsen, setter rammer for statens legitime adgang til å fravike retten til livet, jf. EMK artikkel 2 nr. 2. I en slik kontekst vil et rettssikkerhetskrav i form av kvalitativ minstestandard rette seg mot både den faktiske inngripende myndighetsutøvelse som har potensiale til å krenke retten til livet, og normeringen av denne.

De rettslige spørsmål som denne delen av sikringsplikten reiser har klare paralleller til legalitetsprinsippets lovskrav. Begge ivaretar individuelle rettigheter ved å virke begrensende eller regulerende på myndighetenes adgang til å gjennomføre inngripende tiltak, samtidig som de ivaretar klart definerte, men ulike formål.

I tilfeller hvor politiets tjenestehandlinger har i seg potensiale til å krenke retten til livet, er handlingene å betrakte som et inngrep. Følgelig oppstilles det et krav om at inngrepet må være hjemlet i formell lov, jf. Grunnloven § 113. Lovskravet oppstiller formelle krav til normering av adgangen til å foreta inngripende tiltak, herunder blant annet krav om skriftlighet og klarhet med det formål å skape forutberegnelighet for individet. Krav om og til normering – utledet av EMK artikkel 2 – har også som formål å angi klare grenser for akseptabel adferd i forhold til maktutøvelse som har potensiale til å krenke retten til livet. Følgelig vil normeringen i hovedsak ha myndigheter som er satt

⁶⁰⁷ Se Schabas 2017 s. 126 flg. Se også Strand og Larsen 2016 s. 124.

til å utføre inngripende myndighetsutøvelse, fortrinnsvis politiet, som primæradressat, med det formål å utgjøre et korrektiv for myndighetsutøvelsen.

Normering som uttrykker rettslige skranker for maktutøvelse vil, som tidligere nevnt, også være en sentral forutsetning for at det kan utøves effektiv kontroll med myndighetsutøvelsen, og har dermed også ulike kontrollorganer som adressat. Når jeg gir uttrykk for at politiet er primæradressat for normeringen er det fordi normeringens primære formål er å angi grenser for akseptabel adferd i forhold til selve maktutøvelsen.

Tross forskjellen i formålsinnretning av legalitetsprinsippets lovskrav og statens sikringsplikt etter EMK generelt og artikkel 2 spesielt, fremstår bestemmelsene på et sentralt punkt som komplimenterende. Mens vårt nasjonale legalitetsprinsipp oppstiller et strengt krav om formell lovforankring av politiets inngripende tiltak, gir EMK anvisning på visse kvalitative krav til selve normeringen, og til den faktiske tjenesteutøvelsen. Kvalitative krav til den faktiske tjenesteutøvelsen er en sentral komponent i statens plikt til å *respekt* retten til livet, og kommer blant annet til uttrykk gjennom krav og forventning om at staten avstår fra illegitime krenkelser av livet. Som jeg vil komme tilbake til, materialiseres kravet ved at det oppstilles krav om at planlegging, organisering og gjennomføring av tjenesteutøvelsen reflekterer den nødvendige grad av respekt for livet.

En fremstilling av EMK artikkel 2, og da særlig bestemmelsens randsone, vil nødvendigvis aktualisere flere felles berøringsflater mot henholdsvis artikkel 3 og 8. Dersom en person i forbindelse med en pågripelse eller anholdelse utsettes for makt som har potensiale til å krenke retten til livet, vil det være naturlig å vurdere om handlingen også innebærer en krenkelse av artikkel 3 i form av tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.⁶⁰⁸ Likeledes kan virksomhet hvor individet utsettes for langvarig skadelig eksponering med døden til følge anses som en krenkelse av artikkel 8 med den følge at staten blir holdt ansvarlig.⁶⁰⁹ Da formålet med fremstillingen er å belyse den enkelte konvensjonsbestemmelsens funksjon som rettslig skranke for politiets politisære virksomhet gjennom å avklare hva de uttrykker, vil fremstillingen ikke ha som mål å belyse bestemmelsenes felles grensesnitt.

⁶⁰⁸ Se Kjølbros 2017 s. 219 med videre henvisninger til relevante EMD-avgjørelser.

⁶⁰⁹ Se *Vilnes and others v. Norway*, punkt 234 hvor retten la til grunn at klagerne ikke var blitt utsatt for en «life-threatening experiences as a result of any shortcomings on the part of the respondent State. Since the core problem relates to the long-term effects on human health...» I en politisær kontekst har denne problemstillingen liten relevans da operativ tjenesteutøvelse, herunder bruk av makt, aldri er av en slik art og intensitet at den vil utsette enkeltpersoner for langvarig eksponering.

6.6.2 Kvalitative krav til normering av den polisiære virksomhet som har potensiale til å krenke retten til livet

Statens plikt til å sikre livet, gjennom etablering av effektive normeringer som beskriver vilkår og stiller kvalitative betingelser til myndighetenes legitime adgang til å fravike retten til livet, er lite tvilsom. En slik plikt kan utledes av EMK artikkel 2, nr. 1, første setning sammenholdt med det generelle forbudet mot vilkårlig krenkelse av livet, jf. artikkelens nr. 2, andre setning. Tilsvarende synes også lagt til grunn av EMD i *Makaratzis v. Greece*, hvor retten uttalte følgende:⁶¹⁰

«Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force.»

Avgjørelsen kan på dette punkt tas til inntekt for at domstolen presiserer rettighetens innhold ved å gi uttrykk for at politiets valg av struktur, planlegging og gjennomføring av operasjoner – som har potensiale til å krenke retten til livet – skal understøttes av effektive normeringer som forhindrer vilkårlig tjenesteutøvelse og misbruk av makt. Retten anlegger her et syn som er i tråd med tidligere uttalelser i blant annet *İlhan v. Turkey* hvor det ble gitt uttrykk for at statens plikt til å sikre retten til liv gjennom lovgivning ikke bare omfatter vern mot forsettlig krenkelser, men også omfatter uforsettlig krenkelser av retten til liv.⁶¹¹ En forutsetning for å kunne vurdere om en tjenestehandling hvor dødsfølgen er uforsettlig, utgjør en krenkelse, er at det eksisterer normeringer som angir kvalitative krav til den legitime tjenesteutøvelsen. Plikten til å sikre livet gjennom etablering av normeringer som angir kvalitative krav til tjenesteutøvelsen styrkes ytterligere av at EMK artikkel 2 – som tidligere påpekt – ikke

⁶¹⁰ Se *Makaratzis v. Greece*, punkt 58. Senere også lagt til grunn i *Finogenov and Others v. Russia*, punkt. 207. Se også *Nachova and Others v. Bulgaria* (punkt 93 flg.) hvor EMD la til grunn at gjeldende regelverk ikke svarte opp til de kvalitative krav som kan utledes av EMK artikkel 2. Det ble konstatert krenkelse idet nasjonale normeringer tillot militærpolitiet å anvende dødelig makt ved gjennomføring av pågrepelser av militært personell for mindre alvorlige lovbrudd. Ifølge gjeldende normeringer var det tillatt å skyte mistenkte som ignorerte varselsskudd ved å forsøke å flykte.

⁶¹¹ Se Schabas 2017 s. 125.

bare omfatter maktutøvelse som har medført døden, men også tjenestehandlinger som har hatt potensiale til å krenke retten til livet. I *Makaratzis v. Greece* uttalte domstolen i så henseende:⁶¹²

«In the present case, the force used against the applicant was not in the event lethal. This, however, does not exclude in principle an examination of the applicant's complaints under Article 2, the text of which, read as a whole, demonstrates that it covers not only intentional killing but also situations where it is permitted to use force which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life.»

Uten en slik sikringsplikt vil en viktig forutsetning for etablering av tilstrekkelige og effektive garantier mot vilkårlighet og maktmisbruk mangle, med den følge at retten til livet vil fremstå som tilnærmet illusorisk. En effektiv beskyttelse krever at staten etablerer mekanismer som fremmer legalitetskontroll av politiets maktbruk, herunder bruk av makt som har potensiale til å krenke retten til livet. Effektive kontrollmekanismer er igjen avhengig av at det eksisterer normeringer som oppstiller materielle og prosessuelle vilkår for *når* og *hvordan* politiet kan utøve makt som har potensiale til å krenke retten til livet.⁶¹³

Som tidligere påpekt utgjør administrative normeringer en sentral komponent i den rettslige regulering av politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av makt. Som påpekt i kapittel 6, oppstiller det nasjonale lovskravet, jf. Grunnloven § 113 et tilsvarende strengt lovskrav innenfor politiets politisiære virksomhet som på strafferettens område. I avhandlingens del III drøfter jeg om den faktiske normering av politiets adgang til å foreta inngripende tiltak oppfyller vårt nasjonale lovskrav. I den sammenheng vil administrative retningslinjer for politiets tjenesteutøvelse inngå som relevante normeringer ved vurdering av om legalitetsprinsippets krav til rettslig regulering av politiets adgang til å foreta inngripende tiltak er overholdt. Også i dette kapitlet vil administrative retningslinjer

⁶¹² Se også *İlhan v. Turkey*, pkt. 75 med videre henvisning til tre tidligere avgjørelser.

⁶¹³ Resonnementet bygger på EMD uttalelser i *McCann and Others v. The United Kingdom*, pkt. 161 som fremhever den indre sammenhengen mellom effektiv lovgivning og gode kontrollmekanismer sin betydning for retten til liv: «...that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities.»

som tema stå i fokus, men med EMK artikkel 2 som kontekst. Spørsmål av relevans i denne sammenheng er *om* og *i hvilken grad* det kan utledes av EMK artikkel 2 en plikt for staten til å etablere administrative retningslinjer for politiets polisierne tjenesteutøvelse.

Administrative normeringer skal i denne sammenheng forstås som interne anvisninger som gis innad og nedad i politiets organisasjon av en overordnet⁶¹⁴ til en underordnet i form av ordrer/befalinger, instruksjoner, direktiver, retningslinjer og rundskriv,⁶¹⁵ og har – gjennom utfyllende og avklarende tekst – som formål å presisere politiets hjemmelsgrunnlag for inngripende tiltak. I en slik kontekst gir administrative normeringer veiledning ved å angi hva som anses som god og riktig tjenesteutøvelse.

Administrative normeringer vil som hovedregel kommuniseres nedad og innad i en organisasjon, og har derfor liten eller ingen relevans og vekt ved vurdering av om staten, ved inngripende myndighetsutøvelse, har overholdt legalitetsprinsippet klarhetskrav ovenfor tredjeperson.⁶¹⁶ Men i forhold til den enkelte polititjenesteperson, som er adressat for normeringen, er situasjonen en annen. Normeringene, som har som formål å gi anvisninger om tjenesteplikt, bidrar til å oppfylle lovskravets krav om presis normering som grunnlag for inngripende tiltak,⁶¹⁷ i dette tilfellet spørsmål om tjenesteansvar for manglende eller mangelfull tjenesteutøvelse.

Spørsmålet om det er tilstrekkelig at myndighetene, gjennom nasjonal lovgivning hjemler politiets maktbruk som har potensiale til å krenke retten til livet, eller om det i tillegg kreves at politiets tjenesteutøvelse nærmere reguleres i forhold til angitte kvalitative minstestandarder, var oppe til behandling i *Makaratzis v. Greece*. I

⁶¹⁴ Se Eckhoff/Smith 2014, s. 142 hvor overordnet er forklart som «det samme som å ha kompetanse til å gi bestemmelser om organisering av og plikter for de 'underordnede' i forvaltningen.»

⁶¹⁵ Nærmere om administrative normeringer, se 4.3.4.1.

⁶¹⁶ Se Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland, punkt 58 hvor retten konkluderte med brudd på EMK artikkel 5 første ledd. I avgjørelsen la de blant annet vekt på at «...the duration of the relevant type of detention, the scope and the manner of exercise of the police's discretion were governed by administrative practice alone and, in the absence of precise statutory provisions or case-law, lacked the necessary regulatory framework.» Og: «Moreover the Court is not convinced that the more detailed provisions contained in the above-mentioned instructions had been made accessible to the public.»

⁶¹⁷ For enn mer utførlig fremstilling av politiets handleplikt, vises det til Auglend 2016, s. 282 flg.

september 1995 nektet en bilfører å stoppe på signal fra politiet etter å ha kjørt mot rødt lys i sentrum av Athen. Under politiets jakt, hvor flere politienheter deltok, kolliderte gjerningspersonen med andre biler med den følge at andre bilførere ble skadet. Etter at gjerningspersonen hadde forsert fem stopposter startet politiet å skyte mot bilen. Ifølge myndighetene ble det skutt mot bilens dekk. Til slutt stanset bilen ved en bensinstasjon. Da gjerningspersonen ikke kom ut av bilen, løsnet politiet igjen skudd. Myndighetene anførte at det ble skutt i luften. Senere undersøkelser avdekket totalt 16 skuddhull i bilen som hadde innslagspunkt og retning i høyde med fører, som ble truffet og såret. I vurdering av om politiets handlemåte representerte en krenkelse av retten til livet påpeker EMD at EMK artikkel 2 nr. 1, første setning forplikter staten, ikke bare til å avstå fra ulovlig krenkelse av livet, men også sikre retten til livet gjennom etablering av positiv lovgivning som straffesanksjonerer og -forfølger slike handlinger.⁶¹⁸

Kravet og forventningen om positiv lovgivning som straffesanksjonerer og sikrer straffeforfølgning ved krenkelser, sikter ikke bare til tilfeller hvor det er en annen borger som utgjør trusselen. Dersom EMK artikkel 2 skal ivareta formålet med bestemmelsen, blant annet medvirke til at staten og dens representanter avstår fra ulovlig krenkelser, må det, i tråd med EMDs syn i *Makaratzis v. Greece*, etableres administrative normeringer som beskytter retten til livet ved å gi anvisninger innad og nedad i politiet med formål å regulere maktbruk som har potensiale til å krenke retten til livet. Som påpekt av EMD: artikkel 2 gir ikke myndighetene «*carte blanche*»-fullmakter.

Uregulert og vilkårlig tjenesteutøvelse er ikke forenelig med en effektiv respekt for menneskerettighetene. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at myndighetene, gjennom nasjonal lovgivning hjemler politiets maktbruk som har potensiale til å krenke retten til livet. Det kreves i tillegg at politiets tjenesteutøvelse reguleres slik at den utøves innenfor rettslige rammer som gir tilstrekkelig garantier mot mishandling,

⁶¹⁸ Se *Makaratzis v. Greece*, punkt 57.

vilkårlig tjenesteutøvelse og unødige ulykker.⁶¹⁹ Domstolen oppstiller herved et krav om etablering av normeringer som ikke bare hjemler bruk av makt, men som også gir anvisning om hvordan makt skal anvendes innenfor rammene av blant annet EMK artikkel 2.⁶²⁰ Videre fremhevet retten at tjenstepersoner, under utøvelse av tjeneste, som har potensiale til å krenke livet, ikke skal oppleve å måtte handle i et rettslig vakuum. Uavhengig av om politiet utfører en forhåndsplanlagt aksjon eller en operasjon av spontan karakter, er det krav om at det eksisterer rettslig regler og administrative normeringer som regulerer grensene for politiets maktbruk generelt og våpenbruk spesielt.⁶²¹ Når retten konkluderte med at politiets tjenestehandlinger representerte en krenkelse av retten til livet, jf. EMK artikkel 2, ble det påpekt at den rettslige regulering av politiets våpenbruk, som var fra 1943, ikke var i henhold til internasjonal standard, og dermed ikke gav tilstrekkelig beskyttelse, «by law», av retten til livet som kreves i dagens demokratiske samfunn i Europa.⁶²² Den rettslige reguleringen og administrative normeringen gav ikke tjenstepersonene tilstrekkelig veiledning i bruk av makt i fredstid.

Makaratzis v. Greece viser at myndighetenes sikringsplikt, jf. EMK artikkel 2 strekker seg lengre enn bare rettslig å regulere politiets adgang til å anvende makt. I tillegg forventes det at utøvelse av tjeneste, som har potensiale til å krenke retten til livet, også underkastes en administrativ normering med formål å gi veiledning i spørsmålet om og eventuelt *hvordan* tjenesten skal gjennomføres. Avgjørelsen viser at domstolen oppstiller konkrete kvalitative krav til normering av tjenestehandlingen. Avgjørelsen

⁶¹⁹ Se *Makaratzis v. Greece*, punkt 58 autentisk tekst: «Nonetheless, Article 2 does not grant a carte blanche. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force (...), and even against avoidable accident.»

⁶²⁰ Se *Giuliani and Gaggio v. Italy*, punkt 209: «The primary duty on the State to secure the right to life entails, in particular, putting in place an appropriate legal and administrative framework defining the limited circumstances in which law enforcement officials may use force and firearms, in the light of the relevant international standards [...] Furthermore, the national law regulating policing operations must secure a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force and even against avoidable accident.»

⁶²¹ Se *Makaratzis v. Greece*, punkt 59: «...police officers should not be left in a vacuum when performing their duties, whether in the context of a prepared operation or a spontaneous chase of a person perceived to be dangerous: a legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms...»

⁶²² Se *Makaratzis v. Greece* punkt 62.

kan også tas til inntekt for at disse kvalitative krav til politiets polisiære virksomhet gjelder i alle tilfeller hvor myndighetsutøvelsen har potensiale til å krenke menneskerettigheter som er vernet i EMK.

Se også *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*. Avgjørelsen var en 5-4 avgjørelse, og kan tas til inntekt for at det oppstilles kvalitative krav til tjenesteutøvelsen. Saken omhandlet en situasjon hvor en mann hadde tatt sin samboer som gissel. Han var bevæpnet og truende. Under politiets storming av leiligheten, i et forsøk på å frigi kvinnen, ble begge skutt og drept av politiets spesialstyrker. Når EMD tok stilling til om myndighetenes håndtering av saken utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 2, vurderte de myndighetenes planlegging og kontroll av aksjonen. Retten anerkjente (punkt 180) at, i lys av de rådende forhold, herunder krisen som utviklet seg utover dagen, var noen av feilene som politiet gjorde forståelige. Men det å sende en enhet trent for å skyte for å drepe i en sak hvor de sto overfor en trussel, var fundamentalt feil. Retten var også kritisk til den måten forhandlingene med gisseltaker ble utført på. Politiet brukte en person som ikke hadde erfaring med forhandlinger, og forhindret ikke at tredjepersoner kom i kontakt med gisseltaker.

Som påpekt av retten i *Makaratzis v. Greece*, er uregulert og vilkårlig tjenesteutøvelse ikke forenelig med kravet om effektiv respekt for menneskerettighetene. Imidlertid må kravet til rettslig regulering og normering av den polisiære virksomhet fastsettes slik at statens sikringsplikt ikke blir uforholdsmessig byrdefull. I *Finogenov and Others v. Russia*,⁶²³ påpekte EMD at selv om russisk anti-terrorlovgivning fremstår som vag, betyr ikke det nødvendigvis at myndighetene i enhver sammenheng har feilet i sin plikt til å ivareta klagers rett til livet. Videre må det anerkjennes at myndighetene i gitte ad-hoc-situasjoner kan anvende maktmidler som ikke er regulert gjennom rettslige eller administrative normeringer.⁶²⁴

6.6.3 Aktsomhetsnorm – vurdering av forsvarlig handling

6.6.3.1 Innledende betraktninger

Statens plikt til å sikre og respektere retten til livet vil kunne gi seg utslag i ulike henseender. Jeg har overfor pekt på plikten til å etablere normering som angir kvalitative krav til tjenesteutøvelsen. Normering som angir kvalitative krav vil igjen

⁶²³ I 6.6.3.3 blir det gjort nærmere rede for *Finogenov and Others v. Russia*.

⁶²⁴ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 230.

være en rettesnor for hva som er legitim tjenesteutøvelse. På den måten vil normeringen speile krav om kvalitativ minstestandard til tjenesteutøvelsen. Om tjenesteutøvelsen representerer en krenkelse av EMK artikkel 2, eller om aktsomhetsnormen er overtrådt, vil i denne sammenheng utgjøre to sider av samme vurdering. Uavhengig av hvilke deler av virksomheten som gjøres til gjenstand for vurdering, med hensyn til om det foreligger en krenkelse, kan det ikke – som påpekt ovenfor i 6.5 – utledes en plikt til å hindre enhver mulig risiko. Statens sikringsplikt hviler med andre ord ikke på et objektivt ansvar. Aktsomhetsnormen vil i denne sammenheng speile hvilke krav som stilles til legitim tjenesteutøvelse.⁶²⁵

Vurderingen av om staten på et gitt kritisk tidspunkt, anses for å ha opptrådt uforsvarlig, må forankres i forventning om at det ble gjennomført en alternativ handling som reduserte eller forhindret faren for at risikoen ble materialisert. Risikoen for krenkelse av individets rett til livet er mangeartet og ulikeartet, og har derfor varierende evne til å materialisere seg i form av en uønsket hendelse.⁶²⁶ I en forsvarlighetsvurdering vil *risikograden*, det vil si sannsynligheten for at risikoen materialiserer seg, utgjøre et viktig moment.⁶²⁷

EMD har, som jeg vil komme tilbake til senere, ved vurdering av sannsynlighet stilt spørsmål om risikoen har fremstått som «reell». En annen sentral komponent i aktsomhetsvurderingen er risikoens *nærhet i tid*, uttrykt av EMD som et spørsmål om faren for at risikoen materialiserte seg var «umiddelbar». Den tredje komponenten er *risikoens faktor* som i relasjon til EMK artikkel 2, vurdert i en polisier ansvarskontekst, kan omfatte en rekke hendelser og omstendigheter hvor det kan stilles spørsmål til politiets faktiske handling, eller mangel på handling.⁶²⁸ Når betydningen av *risikoens*

⁶²⁵ Se Pierot mfl. 2014 s. 12 flg. som beskriver hvordan farebegrepet har utviklet fra et «objektiv farebegrep» til et «subjektiv farebegrep» som grunnlag for moderne tysk politirett.

⁶²⁶ Sml. Nygaard 2007 s. 189 som fremhever at «[r]isikoen kan ha ulike kvalitetar, som gjer at den har *varierende evne til å skapa reaksjon*».

⁶²⁷ Se Nygaard 2007 s. 189.

⁶²⁸ Se 6.5.2 hvor faktorene *reell*, *umiddelbar* og *spesifikk* er behandlet i forbindelse med sontringen «plikt til å respektere» - «sikringsplikt».

art ikke blir gjort til gjenstand for behandling skyldes det at risikoens art i forhold til EMK artikkel 2 er avgrenset til *retten til livet*, og vil derfor ikke gi veiledning ved fastsettelse av aktsomhetsnormen. I de tilfeller hvor EMD konstaterer at myndighetene har krenket rett til livet, jf. EMK artikkel 2, bygger avgjørelsen på at staten – i dette tilfellet politiet – hadde et handlingsalternativ som ville forebygget eller redusert skaden. Ved vurdering av om staten har oppfylt sin sikringsplikt må det, slik som påpekt i 6.5.2, anlegges en aktsomhetsvurdering, eller standard for forsvarlig opptreden, som ikke pålegger myndighetene en *umulig eller uforholdsmessig byrde*.⁶²⁹ Med denne prinsipielle tilnærmingen som bakteppe synes EMD å legge til grunn et grunnvilkår som forutsetning for å konstatere ansvar, nemlig at staten – på det aktuelle tidspunkt – *forstod eller burde har forstått* at det eksisterte en risikofaktor som representerte en reell og umiddelbar fare for livet til et individ.⁶³⁰

I juridisk teori er det tatt til orde for at EMD-praksis oppstiller en høy terskel for å godtgjøre at myndighetene kjente til eller burde kjent til en konkret risiko, og at staten i den forbindelse ikke gjorde tilstrekkelig for å beskytte individet gjennom forebyggende tiltak.⁶³¹

Av en rekke faktorer som kan være kilde til risiko som truer individet, viser praksis at menneskelig adferd og naturhendinger i størst grad aktualiserer politiets øyeblikkelige inn gripen for å forebygge, stanse eller redusere skaden ved en eventuell hendelse eller handling.⁶³² En mer sjelden risikofaktor, men likevel særdeles relevant, er politiets egne vurderinger og opptreden knyttet til den faktiske tjenesteutøvelsen, eller mangel på sådan.

⁶²⁹ Se også *Keenan v. The United Kingdom*, punkt 90 hvor retten uttalte følgende: «...the scope of the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.»

⁶³⁰ Se *Keenan v. The United Kingdom*, punkt 90: «... For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual...»

⁶³¹ Se Kjølbros 2017 s. 248.

⁶³² Statens sikringsplikt utledet av EMK artikkel 2 omfatter også enhver aktivitet. Når fremstillingen avgrenses mot aktiviteter som årsaksfaktor skyldes det to forhold. For det første, risikoen ved aktiviteter «gror» erfaringsvis frem over tid, og når de materialiserer seg vil de – utover den akutte redningsfasen – ikke kreve øyeblikkelig respons fra politiets side. For det andre er som regel slike aktiviteter underlagt andre kontrollmekanismer i form av ulike tilsyn, noe som gjør det lite relevant å vurdere de i en politisk kontekst.

Basert på en gjennomgang av EMD-praksis vil jeg i den videre fremstilling søke å avklare, eller presisere, aktsomhetsnormen som ligger til grunn for statens plikt til å sikre og respektere individets rett til livet.

Dette fordrer at det er mulig å identifisere eventuelle konkrete krav som stilles til innrettelsen av, og utøvelsen av politiets polisiære virksomhet som har som formål å forebygge at risiko materialiseres, og eventuelle krav til adekvat respons i situasjoner hvor risikoen er materialisert uavhengig av om det er menneskelig adferd eller naturhendinger som har forårsaket risikoen.

6.6.3.2 Etterretningsvirksomhet

Polisiær beredskap



Figur 14

Når EMD formulerer aktsomhetsnormen som et spørsmål om staten «*forstod, eller burde ha forstått*» at en risikofaktor representerte en fare for livet, gis det til kjenne en forventning om at myndighetene aktivt søker å tilegne seg kunnskaper om

risikofaktorer. Dette synes å være lagt til grunn i *Budaveva and Others v. Russia*. I juli 2000 inntraff et jordras i byen Tyrnauz med den følge at flere døde. I sin avgjørelse påpekte retten at en nødvendig forutsetning for at det kan oppstilles en forventning om forebyggende tiltak fra myndighetenes side er at det foreligger informasjon eller omstendigheter som er av en slik art at de forstod eller burde ha forstått at det var en reell risiko for en hendelse som truet livet til noen.

Myndighetene ble ikke hørt med sin anførsel om at hendelsen var en «guds handling» som var vanskelig å forutse eller påvirke. Retten vektla her at myndighetene, på ulike nivåer, hadde informasjon om risikoen.⁶³³ Domstolen synes her å anlegge en streng aktsomhetsnorm basert på det faktum at myndighetene samlet var i besittelse av informasjon som kunne danne grunnlag for kunnskaper om risikoen for jordskred. Også i *Finogenov and Others v. Russia*, var spørsmålet om hvilken informasjon som var tilgjengelig sentralt.⁶³⁴ Retten formulerte her problemstillingen som et spørsmål om hvilken informasjon som var «*available to the authorities at the time of the events*». Tilnærmingen kan forstås som et uttrykk for at vurderingen alene ikke knytter seg til den informasjon myndighetene faktisk hadde, men også omfatter informasjon som kunne erverves gjennom målrettet og effektiv etterretningsvirksomhet. Domstolen synes med dette også å stille kvalitative krav til etablering av ordninger, omtalt som *etterretning* eller *etterretningsvirksomhet*,⁶³⁵ for innhenting av relevant informasjon slik at det etableres et større beslutningsgrunnlag som gir mulighet til å anvende alternativt lempeligere maktmidler. Etterretningsvirksomhet er en viktig komponent i politiets polisiære beredskap. En kvalitativ etterretningsfunksjon er en forutsetning for å oppnå god kvalitet på den operative virksomhet. Som påpekt av EMD kan naturhendinger som risikofaktor i mange sammenhenger kartlegges. Risiko- og sårbarhetsanalyser basert på erfaringer fra tidligere hendelser og generelle

⁶³³ Se *Budaveva and others v. Russia* punkt 149 hvor retten uttalte følgende: «It follows that the authorities of the KBR at various levels were aware that any mudslide, regardless of its scale, was capable of causing devastating consequences...»

⁶³⁴ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 219 hvor retten uttalte følgende: «the Court must take into account the information available to the authorities at the time of the events.»

⁶³⁵ Se *Etterretningsdoktrinen for politiet*, kapittel 2 hvor *etterretning* er definert som følgende: «En styrt prosess bestående av systematisk innsamling, analyse og vurdering av informasjon om personer, grupper og fenomener for å danne grunnlag for beslutninger.»

naturvitenskapelige kunnskaper vil kunne gi informasjon som igjen vil danne grunnlaget for iverksettelse av risikoreducerende tiltak.

Ved fastsettelse av aktsomhetskravet knyttet til etterretningsvirksomhet, hvor menneskelig adferd utgjør risikofaktoren, legger EMD til grunn en absolutt skranke idet EMK, som påpekt av domstolen, oppstiller en forventning om at myndighetenes etterretningsvirksomhet alltid må begrenses slik at utøvelsen av aktiviteten reflekterer nødvendig grad av respekt for menneskerettighetene. Med andre ord, etterretningsvirksomheten må innrettes slik at den i seg selv ikke krenker menneskerettighetene. Det innebærer at politiet, som påpekt i *Osman v. The United Kingdom*, i sin streben etter å skaffe seg kunnskaper om risiko og ved iverksettelse av forebyggende tiltak må,⁶³⁶

«exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention.»

Videre foretar retten en noe mer nyansert vurdering ved å ta utgangspunkt i utfordringene forbundet med utføring av operativt politiarbeid i et moderne samfunn,⁶³⁷ og at menneskets adferd er uforutsigbar.⁶³⁸ Vekting av menneskelig adferds uforutsigbarhet kan i et konkret tilfelle gi seg utslag i to henseender. I tilfeller hvor den som utgjør trusselen eller risikoen – for egen eller andres helse eller liv – ikke er underlagt myndighetenes varetekt eller omsorg skal det mer til for å kunne klandre staten for ikke å ha forutsett faren. I slike tilfeller vil EMK sette klare begrensninger i krav til innretningen av etterretningsvirksomheten. Dette i motsetning til situasjoner hvor risikoutøveren eller den risikoutsatte er i myndighetenes varetekt og omsorg. Her vil vedkommende befinne seg i en sårbar situasjon. I en slik kontekst vil adferd som

⁶³⁶ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116.

⁶³⁷ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116: «...the difficulties involved in policing modern societies»

⁶³⁸ Se *Furdik v. Slovakia*, s. 14 hvor retten på generelt grunnlag fremhever «... the unpredictability of human conduct ...» som en av flere omstendigheter som må vektlegges ved fastsetting av sikringsplikten.

ellers anses som uforutsigbart, i lys av situasjonen og personens sårbarhet, kunne fremstå som forutsigbar med den følge at uforutsigbarheten de facto skjerper aktsomhetskravet.⁶³⁹ Dersom noen som er i statens varetekt eller omsorg er kommet til skade,⁶⁴⁰ eller staten på annen måte må anses å ha hatt kontroll over situasjonen,⁶⁴¹ skjerpes aktsomhetskravet ytterligere. I disse tilfeller oppstilles det en omvendt bevisbyrde idet mangel på plausible årsaksforklaringer fra statens representanter med tyngde taler for at det foreligger en krenkelse.

6.6.3.3 *Krav om etablering av beredskapsordninger*

Jeg har ovenfor påpekt at det kan utledes av EMK en plikt for den enkelte stat til å etablere ordninger for innhenting av etterretningsinformasjon til bruk i den politisære virksomhet. Den politisære etterretningsvirksomhet og den operative tjenesten, her omtalt som *politiberedskap*, har et felles grensesnitt. I det ene øyeblikket er det produktet fra etterretningsvirksomheten som danner grunnlaget for innretning av politiberedskapen, samtidig som aktivitet knyttet til politiberedskapen bidrar med data og informasjon til bruk i etterretningsvirksomheten. Denne dualismen vil også reflekteres i den videre fremstillingen.

Politiberedskap som en samlebetegnelse på politiets forebyggende virksomhet, håndhevende virksomhet og redningstjenesten – illustrert med figur 14 ovenfor – *har* som formål å forebygge, begrense eller håndtere kriser og andre uønskede hendelser.⁶⁴²

Som tidligere påpekt i 3.4 og 6.2 kan politiets tjenestehandlinger kategoriseres i to grupper, henholdsvis *forebyggende*, også omtalt som proaktiv virksomhet, og *repressiv*

⁶³⁹ Se *Salman v. Turkey*, punkt 99 hvor retten uttalte følgende: «...taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances. Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them.» Tilsvarende, se *Keenan v. The United Kingdom*, punkt 91.

⁶⁴⁰ Se *Makharadze and Sikharulidze v. Georgia*, punkt 72 hvor retten uttalte følgende om opphold på helseinstitusjon: «Thus, where a detainee dies as a result of a health problem, the State must offer a reasonable explanation as to the cause of death and the treatment administered to the person concerned prior to his or her death.» Uttalelsene fremstår som et prinsipp av generell karakter uavhengig av hvilken myndighet som forestår forvaringen eller omsorgen.

⁶⁴¹ Se *Finogenov and others v. Russia*, punkt 237 hvor retten uttalte følgende: «The Court further reiterates that 'in the situation where persons are found injured or dead ... in an area within the exclusive control of the authorities of the State and there is prima facie evidence that the State may be involved, the burden of proof may also shift to the Government since the events in issue may lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities.»

⁶⁴² Se NOU 2000: 24, pkt. 2.3.3 hvor det anlegges et tilsvarende «generelt» begrep om *beredskap*.

eller håndhevende virksomhet. Den *forebyggende* virksomhet har fokus på å intervensere i forkant av at risikoen materialiseres. Beslutningen om å intervensere og valg av metodisk tilnærming bygger på kunnskaper om risikoen. Dette i motsetning til politiets repressive virksomhet som kan inndeles i henholdsvis håndhevende virksomhet og redningstjenesten. Her vil beslutningen om å intervensere bygge på kunnskaper om at en risiko har materialisert seg.

Uavhengig av valg av tilnærming til politiets polisiære virksomhet, aktualiseres spørsmålet om hvilke kvalitative krav som kan utledes av EMK artikkel 2 med hensyn til etablering av formaliserte beredskapsordninger som sikrer adekvat respons. Denne problemstillingen var til behandling i *Furdik v. Slovakia*, hvor retten tok stilling til statens repressive beredskap i forbindelse med en ulykke hvor en 27 år gammel kvinne under klatring i et fjell opplevde at en stein løsnet. Kvinnen falt og ble hengende opp ned i fjellsiden, og døde av skadene. Innledningsvis påpekte retten at statens positive forpliktelser til å sikre livet, utledet av EMK artikkel 2, gjelder innenfor en rekke samfunnsområder uavhengig av om det er offentlig eller privat virksomhet. Plikten omfatter etablering av beredskapstjenester som responderer når myndighetene mottar melding om at en persons liv eller helse er i fare som følge av ulykke, og avhengig av situasjonen vil plikten også omfatte etablering av beredskapsressurser med særlig kompetanse og utstyr for å utføre operasjoner fra luft og sjø.⁶⁴³ Videre omfatter statens sikringsplikt etablering av hensiktsmessige rammebetingelser for å redde personer i nød, samt sikre at beredskapen fungerer effektivt.⁶⁴⁴ Retten påpekte imidlertid at kravene til hensiktsmessige rammebetingelser ikke kan være av en slik art at de pålegger myndighetene en uforholdsmessig byrde. Etter å ha konstaterte at nasjonale

⁶⁴³ Se *Furdik v. Slovakia*: «...the State's duty to safeguard the right to life must also be considered to extend to the provision of emergency services where it has been brought to the notice of the authorities that the life or health of an individual is at risk on account of injuries sustained as a result of an accident. Depending on the circumstances, this duty may go beyond the provision of essential emergency services such as fire-brigades and ambulances and, of relevance to the instant case, include the provision of air-mountain or air-sea rescue facilities to assist those in distress.»

⁶⁴⁴ Se *Furdik v. Slovakia*, hvor retten uttalte følgende: «...the Court considers that the State's duty in this context also involves the setting up of an appropriate regulatory framework for rescuing persons in distress and ensuring the effective functioning of such a framework.»

regler krevde at helsepersonell til enhver tid er i stand til å gi en forulykket nødvendig medisinsk hjelp uten forsinkelser, påpekte retten at statens positive forpliktelser til å sikre livet, jf. EMK artikkel 2, ikke omfattet krav om å etablere nasjonale minimumsfrister for respons fra redningsenheter.

I *Furdik v. Slovakia* tok retten også stilling til hvilke krav som kan utledes av EMK artikkel 2 til etablering av repressive beredskapsordninger innen redningstjenesten. I tilfeller hvor individet, gjennom utøvelse av en aktivitet oppsøker risiko, fremstår det som naturlig å lempe på krav til statens evne til å respondere. Her vil staten, utover å informere om kjent risiko, ha begrensede muligheter for å regulere menneskelig adferd. Fastsettelse av sikringspliktens innhold og omfang vil i slike situasjoner i høyden kunne oppstille krav og forventning om handling i form av redningsaksjoner hvor formålet ikke er å forhindre at risikoen materialiserer seg, men redusere skadeomfanget av hendelsen.

Politiets forebyggende virksomhet har, som tidligere nevnt, som mål «å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig», jf. pl. § 1, andre ledd. Ved risiko og faresituasjoner forårsaket av mennesker må, som tidligere påpekt, vurderingen ta utgangspunkt i utfordringene forbundet med utføring av operativt politiarbeid i et moderne samfunn,⁶⁴⁵ og menneskets uforutsigbare oppførsel.⁶⁴⁶

Om politiet kan klandres for ikke å ha iverksatt forebyggende tiltak, må avgjøres på grunnlag av en bredt anlagt aktsomhetsvurdering. Tema for vurderingen er nødvendigvis ikke om staten er ansvarlig fordi de forstod eller burde ha forstått at gjerningspersonen utgjorde en fare for livet til den eller de som faktisk ble krenket. Aktsomhetsvurderingen må også avklare om staten forstod eller burde ha forstått at gjerningspersonen representerte en fare for individer generelt i samfunnet.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116: «...the difficulties involved in policing modern societies».

⁶⁴⁶ Se *Furdik v. Slovakia* s. 14: «... the unpredictability of human conduct...»

⁶⁴⁷ Se *Bljakaj mfl. v. Croatia*, punkt 121 hvor retten uttaler følgende: «What is at issue in the present case is the obligation to afford general protection to society against potential violent acts of an apparently mentally disturbed person...». Se også *Kotilainen and Others v. Finland*.

Vurderingen kan ikke forankres i en abstrakt risiko, men må baseres på objektiv og verifiserbar informasjon som kan kaste lys over spørsmålet om det på et gitt tidspunkt var en reell, umiddelbar og spesifikk⁶⁴⁸ fare for at risikoen skulle materialisere seg.⁶⁴⁹ Dette i motsetning til situasjoner hvor den risikoutsatte har vært i politiets varetekt, eller i andre situasjoner hvor staten må anses og hatt kontroll over situasjonen og de involverte.⁶⁵⁰ Som påpekt ovenfor vil adferd som ellers anses som uforutsigbart, i lys av situasjonen og personens sårbarhet, kunne fremstå som forutsigbar med den følge at uforutsigbarheten de facto skjerper aktsomhetskravet.⁶⁵¹ EMD synes å ytterligere skjerpe aktsomhetskravet dersom statens representanter ikke kan oppstille en plausibel årsaksforklaring i forhold til mulig krenkelse.

Statens plikt til å iverksette forebyggende tiltak for å beskytte et individs liv inntre også i tilfeller hvor faren som truer livet skyldes den truedes egne handlinger eller adferd.⁶⁵² Dette ble lagt til grunn i *Keenan v. The United Kingdom*.⁶⁵³ Sikringsplikten gjelder også i tilfeller hvor individets risiko for eget liv ikke kan knyttes til vilje om å ta eget liv.⁶⁵⁴

⁶⁴⁸ Nærmere om dette, se 6.5.

⁶⁴⁹ Se *Bljakaj and Others v. Croatia*, punkt 106 hvor retten uttalte følgende: «Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. A positive obligation will arise, the Court has held, where it has been established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk...» (min uthevning).

⁶⁵⁰ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 237 hvor retten uttalte følgende: «The Court further reiterates that 'in the situation where persons are found injured or dead ... in an area within the exclusive control of the authorities of the State and there is *prima facie* evidence that the State may be involved, the burden of proof may also shift to the Government since the events in issue may lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities.»

⁶⁵¹ Se *Salman v Turkey*, punkt 99 hvor retten uttalte følgende: «...taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances. Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them.» Tilsvarende, se *Keenan v. The United Kingdom*, punkt 91.

⁶⁵² Se *Furdik v. Slovakia* s. 13; «In certain circumstances positive obligations may attach to a State to protect individuals from risk to their lives resulting from their own action or behavior.»

⁶⁵³ Se *Keenan v. The United Kingdom* punkt 93 flg. Under soning av en dom begikk Keenan selvmord. Han hadde en forhistorie med psykiske lidelser og hadde tidligere forsøkt å ta sitt eget liv. Kommisjonen la til grunn at myndighetene var kjent med at Keenan sin mentale helse utgjorde en risiko for at han ville ta sitt liv (avsnitt 95), men fant at fengselsmyndighetene hadde gjort alt hva som kan forventes for å forebygge hendelsen (avsnitt 99).

⁶⁵⁴ Se *Dodov v. Bulgaria*. Saken omhandlet en demens kvinne som, under sitt opphold på et sykehjem, ble overlatt til seg selv uten tilsyn med den følgen at hun forsvant. Hun ble meldt savnet, men aldri funnet. Retten uttalte på generelt grunnlag (se punkt 80): «... States are required to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.»

Jeg har tidligere slått fast at statens sikringsplikt, jf. EMK artikkel 2 ikke hviler på et objektivt ansvar, men er et spørsmål om myndighetene forstod eller burde ha forstått at det forelå en reell og umiddelbar fare for noen liv. Jeg har videre påpekt at sikringsplikten ikke må gis et materielt innhold som pålegger myndighetene en umulig eller uforholdsmessig byrde. Det leder oss over til spørsmålet om krav til kvalitativ minstestandard for politiets polisære virksomhet må vurderes og harmoniseres i lys av det til enhver tid angitte prioriteringsregime og de tildelte ressurser.

I *Bljakai and Others v. Croatia* (med videre henvisning til *Osman v. The United Kingdom*) la retten, på generelt grunnlag til grunn at:⁶⁵⁵

«...the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materializing. »

Umiddelbart synes retten å anlegge en tilnærming hvor politiets operative vurderinger og valg må vurderes innenfor rammene av prioriteringer og ressurser. Imidlertid nyanseres dette ved at retten påpeker at ikke enhver påstått risiko for et individs liv utløser et krav om at myndighetene skal treffe operative tiltak for å forhindre at risikoen materialiseres. Det retten her gir uttrykk for er i realiteten en negasjon til aktsomhetsnormen – *forstod, eller burde ha forstått*. Statens sikringsplikt utledet av EMK artikkel 2 forutsetter ikke at staten skal treffe operative tiltak for å forhindre at enhver risiko for et individs liv materialiseres. Det er kun i de tilfeller hvor staten *forstod, eller burde ha forstått* at det eksisterte en reell, umiddelbar og spesifikk risiko for et individs liv, at det kan oppstilles konvensjonskrav om iverksettelse av operative tiltak for å forebygge eller redusere risikoen.

Når det er sagt, vil politiets faktiske forutsetning for å kunne ivareta statens forpliktelser, utledet av EMK artikkel 2, påvirkes av politiets til enhver tid definerte

⁶⁵⁵ Se *Bljakai mfl. v. Croatia*, punkt 105 (med videre henvisning til *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116).

ansvar, mål og oppgaver, jf. pl. §§ 1 og 2, sammenholdt med tildelte bevilgninger og gjeldende prioriteringsregime. Innenfor disse rammeforutsetninger skal politiet, som voktere av menneskerettighetene, gjøre sine strategiske, operative og taktiske valg for å ivareta sitt samfunnsmandat. Utledet av statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene generelt, og retten til livet spesielt, kan det oppstilles en forventning om at prioriteringsregimer og ressursallokeringer reflekterer disse forpliktelsene. Utledet av EMK artikkel 2, må det derfor kunne legges til grunn at retten til livet, uavhengig av hvilken oppgaveportefølje politiet har, skal gis den høyeste prioritet.

Det innebærer at utfordringer knyttet til prioriteringer i praksis ikke får nevneverdig relevans all den tid retten til liv anses som en av de fundamentale og bærende rettigheter i en demokratisk rettsstat.

Vi står da igjen med spørsmålet om i hvilken grad den til enhver tid gjeldende ressursituasjon influerer på politiets ivaretagelse av sikringsplikten. Ressursituasjonens betydning må vurderes både i forhold til forventning om etablering av etterretningstjeneste, for innhenting av relevant informasjon, samt dimensjonering og organisering av den operative styrken som har i oppgave å respondere på reell og umiddelbar risiko som står i fare for å krenke retten til livet.

Om, og i hvilken grad ressursituasjon kan påberopes vil måtte gi ulikt svar avhengig av om vurderingstemaet er «*om staten burde ha forstått*», eller om «*staten forstod*» at det forelå en risiko for krenkelse av livet.

Når det konstateres at *staten forstod* at det forelå en risiko har staten i utgangspunktet tilstrekkelig med informasjon for å skaffe seg kunnskaper om fenomenet som utgjør risikoen, men av ulike årsaker ledsages ikke informasjonen av konkrete tiltak fra politiets side. Dette kan skyldes at informasjonen, som følge av manglende systematisk bearbeidelse, er fragmentarisk. Dernest kan årsaken knyttes til manglende operasjonalisering av informasjonen fordi den tolkes uriktig eller risikoen overses.

Ytterligere kan det også tenkes at risikoen er kjent, men den neglisjeres eller nedprioriteres.

Om staten «burde ha forstått» vil ha klare paralleller til spørsmålet om hvilke krav og forventninger som kan oppstilles til de ordninger politiet etablerer for å skaffe seg kunnskaper om fenomener som utgjør en risiko for å krenke retten til livet. I tilfeller hvor staten burde ha forstått, kan manglende adekvat respons skyldes manglende eller mangelfull etablering av ordninger for innhenting og bearbeiding av informasjon for å skaffe seg kunnskaper med den følge at politiet overser risikoen.

Retten til livet er den bærende verdien i vårt samfunn, og forebygging av slike krenkelser vil derfor alltid ha høyeste prioritet. Dette underbygger en forventning om at den overordnede ressurstildelingen sammen med den interne ressursallokeringen i politiet til enhver tid reflekterer et prioriteringsregime som, med utgangspunkt i en dimensjonerende hendelse bygd på et scenario hvor retten til livet er krenket, er styrende for valg av organisering.

En slik tilnærming forutsetter at etterretningsvirksomheten reflekterer funksjonens høyeste prioriterte oppgave, nemlig å tilegne etaten kunnskaper om situasjoner eller fenomener som utgjør en reell og umiddelbar risiko for noens rett til livet. En annen begrensende faktor i forhold til spørsmålet om myndighetene «burde ha forstått» er, slik som tidligere nevnt, det faktum at andre menneskerettigheter vil utgjøre en begrensende skranke for politiets mulighet til å iverksette forebyggende tiltak. Statens plikt til å verne om retten til livet innebærer at det må iverksettes så vel forebyggende som repressive tiltak. Disse tiltak vil som hovedregel rettes direkte eller indirekte mot individer. I den grad tiltakene utgjør et inngrep, oppstiller legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113, som tidligere nevnt et krav om hjemmel i formell lov.

Legalitetsprinsippet vil alene og sammen med andre sider ved menneskerettighetene utgjøre en begrensende skranke for hvilke tiltak politiet kan iverksette i sitt forehavende om å ivareta statens sikringsplikt utledet av EMK artikkel 2. Det er ikke slik at «målet helliger midlet». Som det blir gitt uttrykk for i *Osman v. The United*

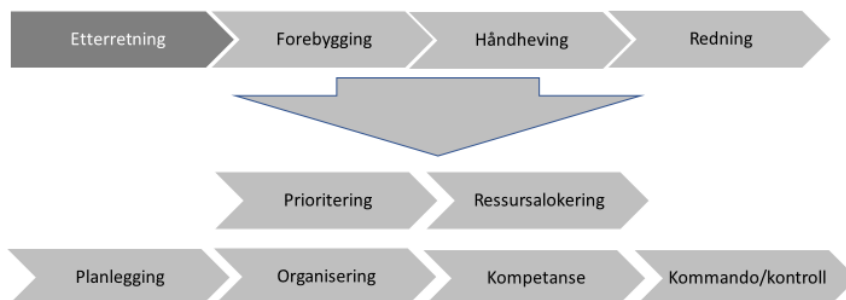
Kingdom, må politiets tjenestehandlinger til enhver tid fullt ut respektere andre menneskerettigheter som nevnt i artikkel 5 og 8.⁶⁵⁶

Når det, i en konkret sak, legges til grunn at myndighetene «forstod» at det forelå en reell og umiddelbar risiko for krenkelse av noens liv, viser EMD-praksis at anførsler knyttet til ressurs- og prioriteringshensyn gis liten eller ingen gjennomslagskraft. I slike tilfeller har staten tilstrekkelig med informasjon til å skaffe seg kunnskaper om fenomenet som utgjør risikoen, men har av ulike årsaker innrettet virksomheten slik at det ikke skjer. Da kan staten vanskelig høres med at manglende adekvat respons fra operative styrker skyldes manglende prioriteringer eller ressurser.

I den videre drøftelsen skal jeg, utledet av EMK artikkel 2, se nærmere på hvilke kvalitative krav som kan stilles til operasjonalisering av politiberedskapen, her uttrykt gjennom *planlegging, organisering, kompetanse* og *kommando/kontroll*. Disse funksjonene, som er illustrert i figuren under, kan i denne sammenheng, betraktes som operative og taktiske rammebetingelser for politiberedskapen, mens overordnede prioriteringer og ressursallokeringer utgjør de strategiske rammebetingelser.

⁶⁵⁶ Se *Osman v. The United Kingdom*, punkt 116: «Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention.»

Operasjonalisering av politiberedskap



Figur 15

I EMK kan det også innfortolkes et krav om at innretning av politiets beredskap må være av en kvalitet som reflekterer statens plikt til å respektere menneskerettighetene. Dette ble lagt til grunn i *Makaratzis v. Greece*.⁶⁵⁷ Uavhengig av det faktum at den rettslige reguleringen og administrative normeringen av tjenesteutøvelsen ikke gav tjenestepersonene tilstrekkelig veiledning i bruk av makt i fredstid, var retten overrasket over at politiets våpenbruk var preget av kaos. I lys av at et stort antall polititjenestepersoner deltok i en uorganisert og ukontrollert jakt, hvor det ble avfyrt et stort antall skudd, fant retten grunn til å stille spørsmål ved gjennomføringen og organiseringen av operasjonen. Noen tjenestepersoner ble gitt instruksjoner fra operasjonssentralen, mens andre opererte på egenhånd uten nærmere instruksjoner. På dette grunnlag konkluderte retten med at fravær av klar kommandolinje var en faktor som økte risikoen for bruk av skytevåpen, og at uregulert og vilkårlig tjenesteutøvelse ikke er forenelig med en effektiv respekt for menneskerettighetene.

⁶⁵⁷ Se *Makaratzis v. Greece* punkt 68 flg.

Dette synes også å ha vært rettens tilnærming i *Rehbock v. Slovenia*.⁶⁵⁸ Her ble klager, sammen med to andre personer, pågrepet i september 1995 etter å ha passert grensen mellom Østerrike og Slovenia. Etter pågripelsen ble det konstatert at klager var påført betydelige skader. Retten konstaterte at det forelå krenkelse av artikkel 3 idet myndighetene ikke kunne gi en overbevisende forklaring på hvordan og hvorfor klager var påført skader. Når avgjørelsen kan tas til inntekt for at EMD synes å oppstille krav om kvalitativ tjenesteutøvelse på generelt grunnlag, er det utledet av det faktum at retten ikke avgrenset sin avgjørelse til kun å vise til prinsippet om omvendt bevisbyrde når noen som er i myndighetenes varetekt er påført skade. Retten synes å ha lagt til grunn at krenkelsen av artikkel 3 skyldes manglende/mangelfull planlegging, gjennomføring og organisering idet de i tillegg fant det oppportunt å vise til at klager var pågrepet i en forhåndsplanlagt aksjon hvor politiet hadde tilstrekkelig med tid til å vurdere mulige risikoer ved operasjonen og derigjennom iverksette nødvendige tiltak for å gjennomføre arrestasjonen. Dette i motsetning til en ad hoc aksjon hvor operasjonen i større grad kan få en uventet utvikling, og hvor politiet har mindre muligheter til å forberede aksjonen.

Jeg har allerede, gjennom henvisning til *Makaratzis v. Greece* og *Rehbock v. Slovenia*, vist at EMD, i avgjørelse av om tjenesteutøvelsen var forenelig med en effektiv respekt for menneskerettighetene, knytter vurderingen til spørsmålet om organisasjonen som sådan oppfyller kvalitative krav hva angår planlegging, gjennomføring og organisering. I *Finogenov and Others v. Russia* synes retten å presisere eller skjerpe dette ansvaret gjennom to sentrale uttalelser.

For det første påpeker retten at det sentrale utgangspunktet i statens plikt til å respektere retten til livet, forutsetter at myndighetene i sin legitime anvendelse av makt tilstreber

⁶⁵⁸ Se *Rehbock v. Slovenia*, punkt 72.

at maktbruken reduseres til det absolutt nødvendige. Når retten tok stilling til om det forelå en krenkelse av artikkel 2 ble det reist spørsmål om:

«the policete operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and human losses, and whether all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation were taken.»

For det andre synes retten å ytterligere skjerpe krav til kvalitativ tjenesteutøvelse ved å se nærmere på politiets valg av maktmidler og metoder («means and methods») som delkomponenter i planlegging og gjennomføring av operasjonen.⁶⁵⁹

I *Finogenov and Others v. Russia* foretar retten en bredt anlagt gjennomgang av operasjonen ved å drøfte kvalitative krav knyttet til operasjonalisering av beredskapen. Saken omhandler en politioperasjon som fant sted i oktober 2002 i forbindelse med at en gruppe terrorister stormet Dubrovka-teateret i Moskva, og tok ca. 900 personer som gisler. Hele teateret ble dekket av bombefeller, og 18 selvmordsbombere som plasserte seg sammen med gislene. Som en del av en plan for å befri gislene, ble det sprøytet gass inn i bygningen for å passivisere terroristene. Gislene ble også eksponert for gassen med den følge at 129 av dem døde. Retten anerkjente at myndighetene måtte handle under enormt tidspress og at de hadde minimal kontroll over situasjonen inne i teateret, og at stormingen av teateret måtte gjøres raskt. Uavhengig av dette fant retten grunn til å se nærmere på deler av operasjonen hvor myndighetenes handlingsrom ikke i tilsvarende grad var preget av tidspress og mangel på kontroll. Retten tok utgangspunkt i at myndighetenes mål med aksjonen blant annet var å redde livet til gislene, og stilte spørsmål om dette målet kunne vært nådd ved bruk av mindre drastiske metoder.⁶⁶⁰ Vurderingen av hvilke handlingsalternativer myndighetene hadde, ble på generelt grunnlag knyttet til spørsmålet om hvilke informasjon som var tilgjengelig for myndighetene på det tidspunktet det ble besluttet å storme teateret.⁶⁶¹ I

⁶⁵⁹ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 208.

⁶⁶⁰ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 219 hvor retten uttalte følgende: «The question is whether those aims could have been attained by other, less drastic, means.»

⁶⁶¹ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 219 hvor retten uttalte følgende: «the Court must take into account the information available to the authorities at the time of the events.»

lys av situasjonen og de krav som ble fremsatt av terroristene, konkluderte EMD med at beslutningen om å storme teateret, for å gjøre en slutt på gisselsituasjonen, isolert sett ikke utgjorde et brudd på artikkel 2.

Retten vurderer deretter om valg av maktmiddel og metode i form av å sprøyte gass inn i teateret fremstod som en adekvat fremgangsmåte.⁶⁶² I denne vurderingen viser retten forståelse for at politiets metoder i en viss utstrekning bør være hemmelig, og at opplysninger om gassens beskaffenhet derfor forblir ukjent for retten.

Retten går så over til å behandle den alvorligste anklagen, nemlig at staten benyttet et dødelig våpen – i dette tilfellet gass – som også rammet gislene. På prinsipielt grunnlag la retten til grunn at:⁶⁶³

«the massive use of indiscriminate weapons ... cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation involving use of lethal force by State agents».

Når retten la til grunn at dette prinsippet ikke kom til anvendelse var det fordi bruk av gassen ikke var ment å ha dødelig utgang, og ikke ble anvendt ukritisk da den gav gislene stor sannsynlighet for å overleve under forutsetning av at myndighetene umiddelbart etter bruken iverksatte en effektiv redningsoperasjon.⁶⁶⁴ På dette grunnlag konkluderte retten med at krav og forventning knyttet til planlegging og gjennomføring av den initiale delen av operasjonen som omfattet bruk av gass ikke representerte en krenkelse av artikkel 2.

Det neste temaet retten tok stilling til var om den avsluttende delen av operasjonen, som kan karakteriseres som en redningsoperasjon, hvor fokus var å redusere individenes eksponering fra gassen og gi etterfølgende medisinsk hjelp, var planlagt og gjennomført i henhold til myndighetenes positive forpliktelse, jf. EMK artikkel 2.⁶⁶⁵

⁶⁶² Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 227.

⁶⁶³ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 231 og *Isayeva v. Russia*, punkt 191.

⁶⁶⁴ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 232.

⁶⁶⁵ Se *Finogenov and Others v. Russia*, punkt 243 flg.

I en samlet vurdering konkluderte retten med at det forelå en krenkelse, jf. EMK artikkel 2. Retten la i den forbindelse vekt på at myndighetene hadde hatt tid til å planlegge en etterfølgende redningsoperasjon. Videre burde myndighetene ha utarbeidet generelle redningsplaner. Ytterligere ble det fremhevet at myndighetene hadde kontroll på området utenfor teateret. Endelig påpekte retten at jo mer forutsigbare en fare er, desto større er myndighetenes plikt til å beskytte individet mot den. Til tross for at det var iverksatt en rekke forberedende tiltak, var redningsaksjonen preget av blant annet manglende koordinering og informasjon mellom innsatsstyrkene på stedet.

Ved avgjørelse av om myndighetene har overholdt sin plikt til å respektere menneskerettighetene, er det naturlig at prøvingen tar utgangspunkt i den polisiære tjenestehandlingen. Imidlertid vil ensidig fokus på selve tjenestehandlingen, hvor det søkes etter tjenestefeil som årsaksfaktorer, kunne føre til en tilsløring av det faktum at individuelle tjenestefeil i realiteten er symptomer på større og mer grunnleggende årsaksfaktorer. En slik tilnærming vil på ingen måte reflektere summen av statens plikt til å respektere menneskerettighetene. Som påpekt ovenfor viser EMD-praksis at domstolen i større grad også fokuserer på den andre dimensjonen ved ansvaret, nemlig om rammebetingelsene for tjenesteutøvelsen, herunder planlegging, organisering, og kommando og kontroll under gjennomføring er av en slik kvalitet at de reflekterer plikten til å respektere menneskerettighetene. På denne måten vil statens ansvar for krenkelse av retten til livet, jf. EMK artikkel 2 kunne påvises både som individuelle tjenestefeil og organisatoriske årsaksfaktorer.

For å illustrere sontringen mellom individuelle tjenestefeil og organisatoriske faktorer som to adskilte relevante årsaksfaktorer ved vurdering av om aktsomhetsnormen er overholdt, er det naturlig å vise til avgjørelsen i *McCann and Others v. The United Kingdom*. I tiden før 4. mars 1988 startet myndighetene i Storbritannia og Spania spaning rettet mot tre personer som var mistenkt for å planlegge og gjennomføre en terroraksjon på Gibraltar. Ifølge etterretningsopplysninger skulle de sprengte en bilbombe under vaktskiftet ved Ince's Hall.

Myndighetene utarbeidet detaljerte planer for operasjonen. Soldater og polititjenestepersoner som deltok i operasjonen ble på forhånd brifet. Bruk av skytevåpen var særlig regulert. Som hovedregel skulle de mistenkte anropes før det

eventuelt ble avfyrt varselskudd. Kravet om anrop og varselskudd før målrettet skudd ble avfyrt, kunne fravikes dersom;

«any delay in firing could lead to death or injury to you or them or any other person, or if the giving of a warning is clearly impracticable.»

De skrevne instruksjoner om bruk av makt generelt og skytevåpen spesielt var tekstlig utformet slik at de reflekterte de rettslige rammer for statens adgang til å anvende makt som har potensiale til å krenke retten til livet, jf. EMK artikkel 2, andre ledd.

Som et ledd i brifgingen ble tjenestepersonene informert om at det var sannsynlig at terroristene ville anvende en fjernutløser for å sprengte bomben. Flere av de deltakende tjenestepersonene karakteriserte derfor handlingen, som de mistenkte angivelig planla, som en «button job». Videre ble de informert om at de mistenkte var bevæpnet og farlig, og at de ved en konfrontasjon sannsynligvis ville utløse bomben og motsette seg pågripelse.

Politiet, som hadde foto av de mistenkte og kjente deres identitet, valgte å ikke gjennomføre en pågripelse før eller ved grenseovergangen til Gibraltar. Beslutningen ble begrunnet i at en for tidlig pågripelse ville frata myndighetene muligheten til å fremskaffe tilstrekkelig med bevis for bruk i en rettssak. De mistenkte ble derfor påspanet under passering av grenseovergangen og fotfulgt i Gibraltar. Planen var å pågripe de mistenkte når de forlot området etter å ha parkert bilen med bomben. Én bil, som politiet satte i forbindelse med de mistenkte, ble undersøkt visuelt av en tjenesteperson som hverken var spesialist på sprengstoff eller fjernutløsermekanismer. Vedkommende gjorde ingen observasjoner som bekreftet mistanken om bombe, men konkluderte med «suspect car bomb» ut fra det faktum at «... that it could not be said that it was not a car bomb.» Det ble gitt pågripelsesordre. Samtlige tjenestepersoner som deltok i operasjonen handlet ut fra den forståelse at de mistenkte hadde plassert en bilbombe ved målet som de ville utløse ved bruk av en fjernkontrollutløser.

Soldatene, som foretok pågripelsen, skjøt og drepte de mistenkte på kloss hold da de observerte bevegelser som ble oppfattet som forsøk på å «trykke på utløserknappen».

De mistenkte ble senere ransaket uten at det ble funnet våpen eller utløsermekanisme. Det ble heller ikke funnet en bombe i bilen. De involverte soldater forklarte at de skjøt for å drepe og at det var nødvendig å avfyre skudd inntil de mistenkte ikke var i stand til å utløse en fjernkontroll.

Forankret i dette faktum fant retten det bevist at de involverte soldatene, på bakgrunn av den informasjonen de hadde fått, hadde grunn til å tro at det var nødvendig å skyte de mistenkte for å forhindre at de utløste en fjernstyrt bombe og derved forårsake tap av liv. Deres handlinger utgjorde dermed isolert sett ikke brudd på artikkel 2. Etter å ha konkludert med at det ikke kunne konstateres krenkelse av EMK artikkel 2 på grunnlag av individuelle tjenestefeil, stilte de spørsmål om politioperasjonen som sådan:⁶⁶⁶

«...was controlled and organized in a manner which respected the requirements of Article 2 (art. 2) and whether the information and instructions given to the soldiers which, in effect, rendered inevitable the use of lethal force, took adequately into consideration the right to life of the three suspects. »

Før jeg går nærmere inn på flertallets vurderinger finner jeg grunn til å knytte noen kommentarer til mindretallets anførsler, som etter min vurdering synes å innta en tilnærming som utfordrer grunnleggende menneskerettigheter i form av retten til livet. For det første anførte mindretallet at staten som hovedregel aldri besitter informasjon som gir et fullstendig bilde av gjerningspersoners intensjoner. For det andre synes mindretallet å anlegge en tilnærming som bygger på at den rettslige vurderingen av statens ansvar bør reflektere en form for kompensasjon idet gjerningspersonene har en taktisk fordel av at staten må operere innenfor rammen av lovgivningen, mens de har som hensikt å operere utenfor. En slik tilnærming, ved vurdering av om ansvarsnormen er overholdt, er etter min vurdering rettslig uholdbar. Mindretallets standpunkt om at beslutningen om å ikke pågripe de mistenkte før grensepassering var legitim, er i liten grad drøftet i lys av det grunnleggende spørsmål som flertallet problematiserer.

Flertallet synes å ha forankret sin vurdering av om politiets operasjon som en helhet utgjorde en krenkelse av retten til livet, jf. EMK artikkel 2, i følgende problemformulering: *Var politiets vurderinger og beslutninger knyttet til planlegging,*

⁶⁶⁶ Se *McCann and Others v. The United Kingdom*, punkt 200.

organisering og gjennomføring av operasjonen – som hadde til formål å pågripe personer som var mistenkt for å planlegge og gjennomføre alvorlig kriminalitet – av en slik kvalitet at den reflekterte nødvendig grad av respekt for menneskerettighetene, herunder retten til livet?

Sakens faktum viser at myndighetene hadde en to-delt målsetting med operasjonen. Foruten å pågripe de mistenkte, og derved forhindre at trusselen ble realisert, viste planlegging og gjennomføringen at det var en viktig målsetting å skaffe tilveie tilstrekkelig med bevis for en senere domfellelse. Den sistnevnte målsettingen var bestemmende for beslutningen om ikke å pågripe de mistenkte før de krysset grensen til Gibraltar, men i stedet iverksette pågripelsen etter at gjerningspersonene hadde plassert den angivelige bilbomben. Rettens flertall fokuserer på det faktiske hendelsesforløpet, og peker på en rekke årsaksfaktorer som samlet var bestemmende for operasjonens utfall. Felles for disse årsaksfaktorene er at de alle lå innenfor myndighetenes kontrollsfære. Med andre ord, staten kan klandres for ikke å ha handlet annerledes i forhold til hver enkelt faktor med den følge at de blir stilt ansvarlig for operasjonens utfall.

For det første synes flertallet å legge til grunn at planlegging, organisering og gjennomføring av operasjonen var forankret i en hypotese som var utarbeidet på grunnlag av ensidig og mangelfull etterretningsinformasjon. Det er derfor grunnlag for å tro at politiets hypotesebygging i en tidlig fase ble snevret inn og konsentrert rundt et scenario som la til grunn at de tre mistenkte var bevæpnet, farlige, og hadde til hensikt å plassere en stor bilbombe i Gibraltar som sannsynligvis skulle utløses ved bruk av fjernutløser. Videre ble det lagt til grunn at de mistenkte ved en konfrontasjon ville motsette seg arrest og utløse bomben.

Soldatene, som var gitt i oppdrag å effektivere pågripelsen, manglet tilstrekkelige ferdigheter i bruk av skytevåpen som forventes av politimyndighetene i et demokratisk

samfunn.⁶⁶⁷ I lys av ovennevnte scenario var utfallet av politiets aksjon allerede gitt på planleggingsstadiet. Som de involverte soldatene forklarte, ble pågripelsen gjennomført som en «shot to kill - aksjon», hvor det var nødvendig å avfyre skudd inntil de mistenkte ikke var i stand til å utløse en eventuell fjernkontroll.

I lys av scenariet som dannet grunnlaget for planlegging, organisering og gjennomføring av operasjonen ble, som påpekt av rettens flertall, beslutningen om ikke å stoppe de tre mistenkte før de krysset grensen til Gibraltar, en sentral faktor. Det må også tas i betraktning at myndighetene anvendte tjenestepersoner med kompetanse og ferdigheter som synes å ha forsterket utfallet av denne beslutningen.

Sakens faktum viser at myndighetenes vurderinger og beslutninger hva angår planlegging, organisering og gjennomføring i realiteten gjorde det umulig for involverte tjenestepersoner å foreta en pågrep uten å anvende dødelig makt hvor dødsfølgen fremstod som en nødvendig, men uunngåelig følge.⁶⁶⁸

I en slik kontekst er ønsket og målet om å skaffe til veie tilstrekkelig bevis til bruk i en eventuell senere rettssak ikke et mål som legitimerer valg av en taktisk tilnærming hvor de mistenkte utsettes for inngrep som med sikkerhet vil føre til døden. Myndighetene skulle derfor handlet annerledes ved å stanse de mistenkte før de krysset grensen til Gibraltar.

Dommen er riktig og viktig av særlig to grunner. For det første, ved å etablere krav og forventninger til politiets planlegging, organisering og gjennomføring av tjenesten, oppstilles det i realiteten kvalitative krav til tjenesteutøvelsen. I tillegg aktualiserer dommen en bredere anlagt tilnærming til spørsmålet *om* og *i hvilken grad* politiet kan utsette intervensjon, når de har kunnskaper om at alvorlig kriminalitet er under planlegging, med det formål å utsette pågripelsen til handlingen i tid og utførelse har

⁶⁶⁷ Se *McCann and Others v. The United Kingdom* punkt 211 og 212.

⁶⁶⁸ Se *Crawshaw/Holmström* 2006 s. 59 som også fremhever at retten konstaterte krenkelse ene og alene på grunn av myndighetenes manglende kontroll og organisering, og ikke på grunn av de involverte tjenestepersonenes handlinger.

tilstrekkelig nærhet til fullbyrdelse slik at det kan føres bevis for forsøk på overtredelse.⁶⁶⁹

6.7 Forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling – Grl. § 93 andre ledd og EMK artikkel 3

6.7.1 Om Grl. § 93 andre ledd og EMK artikkel 3

Før grunnlovsreformen av 2014 inneholdt ikke Grunnloven en egen bestemmelse som gav individet et fullverdig vern mot tortur og annen nedverdiggende behandling. Grunnloven § 96 andre punktum – som hadde følgende ordlyd: «Pinlig Forhør maa ikke finde Sted.» – gav riktignok uttrykk for forbud mot tortur, men forbudet var begrenset til avhørssituasjoner.⁶⁷⁰ I tråd med Menneskerettighetsutvalgets forslag ble det vedtatt en egen bestemmelse, Grl. § 93 andre ledd:

«Ingen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.»

Per dags dato finnes det ikke høyesterettspraksis som omhandler Grl. § 93 andre ledd eller tidligere § 96 andre punktum, i en polisiær kontekst. En nærmere avklaring av bestemmelsens innhold må derfor, i tråd med Menneskerettsutvalget, ta utgangspunkt i EMK artikkel 3.⁶⁷¹

EMK artikkel 3, har følgende ordlyd:

«No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.»

⁶⁶⁹ Denne problemstillingen vil bli behandlet i en nasjonal kontekst i 13.4.7.

⁶⁷⁰ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 107.

⁶⁷¹ Se Dok. 16 (2011-2012) s 109: «En utvidelse av torturforbudet i Grunnloven vil ikke endre den materielle rettstilstanden på området, all den tid et tilsvarende forbud i dag følger av både menneskerettsloven, straffeloven og straffeprosessloven.»

Bestemmelsen verner mot bestemte integritetskrenkelser hvor de alvorligste er omtalt som *tortur*, etterfulgt av *umenneskelig behandling* eller *straff*, og den minst alvorlige uttrykt som *nedverdiggende behandling* eller *straff*. Disse typer integritetskrenkelser benevnes ofte under samlebegrepet *mishandling*.⁶⁷²

Ved fastsettelse av rettighetene, utledet av artikkel 3, gir bestemmelsens ordlyd alene, eller sett i sammenheng med øvrige bestemmelser i EMK, liten veiledning. EMD legger til grunn at artikkel 3 gir uttrykk for en terskelverdi med hensyn til hvilke handlinger som utgjør en krenkelse,⁶⁷³ men har avstått fra å gi en definisjon av begrepenes innhold.⁶⁷⁴ Umiddelbart kan en få inntrykk av at det eksisterer et skarpt skille mellom bestemmelsens angivelse av ulike typer mishandlinger. Imidlertid må det ved fastsettelse av begrepenes innhold vises forsiktighet ved vektlegging av disse grensdragningene. Faktorer som objektiv og subjektiv grovhet er, slik den videre fremstilling vil vise, ingen faste størrelser. Dette sammenholdt med at konvensjonen til stadighet er gjenstand for en dynamisk tolkning,⁶⁷⁵ har medført at EMD har inntatt en skjerpet holdning til mishandling med den følge at hva som tidligere ble vurdert som umenneskelig behandling, nå er å anse som tortur.⁶⁷⁶

Begrepet *tortur* er nærmere definert i FNs torturkonvensjon, artikkel 1:

⁶⁷² Se Ehlers Bertelsen 2011 s. 66 og Kjølbrot 2017 s. 257.

⁶⁷³ Se *V. v. The United Kingdom*, punkt 70 hvor retten uttalte følgende: «Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3.»

⁶⁷⁴ Se *Mose* 2004 s. 208. Jeg har valgt å benevne terskelverdien som «den relativiserte minimumsterskel».

⁶⁷⁵ Se *Tyrer v. The United Kingdom*, punkt 31 hvor prinsippet om dynamisk tolkning fremheves.

⁶⁷⁶ Se *Harris mfl. 2014* s. 233 og s. 237 med henvisning til relevant rettspraksis. Se også Aall 2018 s. 186 med videre henvisning til *Selmouni v. France*, punkt 101 hvor retten uttalte følgende: «...the Court considers that certain acts which were classified in the past as 'inhuman and degrading treatment' as opposed to 'torture' could be classified differently in future.»

«For the purposes of this Convention, the term «torture» means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions. »

Selv om FNs torturkonvensjon positivt avgrenser definisjonen «*for the purpose of this Convention*», er det lagt til grunn at den også har gyldighet i relasjon til EMK artikkel 3.⁶⁷⁷ Med utgangspunkt i FN-konvensjonens definisjon av *tortur* omfattes enhver handling utført av noen som handler på vegne av staten, i den hensikt å oppnå et nærmere bestemt formål, påfører en person alvorlig smerte eller lidelse av enten fysisk eller psykisk art.

I saken *Ireland v. The United Kingdom* tok retten stilling til om fem spesifikke avhørsteknikker var i strid med artikkel 3.⁶⁷⁸ Retten la til grunn at selv om klagerne ikke var blitt påført fysiske skader, representerte behandlingen, som foregikk over timer i strekk, en intens fysisk og psykisk påkjenning med den følge at den avhørte ble satt i en psykisk forstyrret tilstand.⁶⁷⁹ Behandlingen sett i sammenheng med tilstandene de frembragte, representerte en krenkelse av artikkel 3 i form av umenneskelig behandling. Retten slo også fast at avhørsteknikkene utgjorde nedverdiggende behandling da de frembragte følelsen av *frykt, angst og mindreverdighet* hos den involverte og derigjennom virket *ydmykkende* og var egnet til å *bryte ned* den avhørtes

⁶⁷⁷ Se Cameron 2014 s. 86. Se også Aall 2018 s. 184.

⁶⁷⁸ Se *Ireland v. The United Kingdom*, punkt 96 hvor avhørsmetodene «wall-standing», «hooding», «subject to noise», «deprivation of sleep» og «deprivation of food and drink» er nærmere beskrevet.

⁶⁷⁹ Tilsvarende, se *Kudla v. Polen*, punkt 92 hvor domstolen anså det som umenneskelig behandling fordi «it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical or mental suffering.»

fysiske og moralske motstandskraft.⁶⁸⁰ Når retten vek tilbake fra å karakterisere behandlingen som *tortur*, skyldes det at bestemmelsen nedfeller et klart skille mellom tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling. I så måte representerer artikkel 3, i sin beskrivelse av ulike arter mishandling, en differensiering i alvorlighetsgrad hva angår påførte lidelser.⁶⁸¹ Retten vektla videre formålet med sondringen mellom *tortur* og *umenneskelig og nedverdiggende behandling*, som var å knytte et spesielt stigma til handlinger som ble utført med hensikt å påføre mennesket alvorlige og grusomme lidelser.⁶⁸² Tilnærmingen som her er valgt gir uttrykk for at torturbegrepet omfatter de alvorligste integritetskrenkelsene hvor formålet er å påføre individet alvorlig og grusomme lidelser.⁶⁸³

Bestemmelsens nedre grense i form av nedverdiggende behandlet må, som tidligere nevnt, utgjøre et minimum av alvorlighetsgrad for å falle innenfor rammene av bestemmelsen.⁶⁸⁴ Enhver form for inngrep i individets friheter vil kunne oppleves som nedverdiggende. En person som pågripes på offentlig sted eller i nærvær av familie og venner vil kunne føle seg ydmyket og nedverdiget. Det samme gjelder andre situasjoner hvor staten anvender makt og tvangsmidler. Det må derfor foretas en avgrensning mot påførte lidelser og ydmykelser som er en direkte og uunngåelig følge av effektivering av lovlige myndighetsutøvelse.⁶⁸⁵ Vurderingen av om artikkel 3s nedre terskel, i form av nedverdiggende behandling er overtrådt, beror på en konkret vurdering av alle sakens omstendigheter, herunder blant annet varighet av behandlingen og dens fysiske og psykiske effekter. Videre er det i noen tilfeller naturlig å vektlegge offerets kjønn, alder og helse. Dernest må man se hen til om formålet har vært å ydmyke og fornede

⁶⁸⁰ Se *Ireland v. The United Kingdom*, punkt 167. Se også *Kudla v. Poland*, punkt 92 hvor retten uttalte følgende: «Treatment is degrading if it is such as to arouse in the victim's feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them».

⁶⁸¹ Se *Ireland v. The United Kingdom*, punkt 167: «In the Court's view, this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.»

⁶⁸² Se autentisk ordlyd: «with its distinction between «torture» and «inhuman or degrading treatment», should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.»

⁶⁸³ Tilsvarende, se Harris mfl. 2014 s. 238. Se også Aall 2018 s. 184 og Møse 2004. s. 209.

⁶⁸⁴ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 41. Se også Harris mfl. 2014 s. 236.

⁶⁸⁵ Se Harris mfl. 2014 s. 236. Se også Aall 2018 s. 185.

vedkommende og behandlingen derigjennom har påvirket hans personlighet på en måte som er uforenelig med artikkel 3.⁶⁸⁶

Det er imidlertid viktig å påpeke at fraværet av et slikt formål i seg selv ikke utelukker at det foreligger brudd på artikkel 3.⁶⁸⁷ Når retten, slik som i *Peers v. Greece*, gir uttrykk for at spørsmålet om det foreligger en krenkelse av artikkel 3 beror «på en konkret vurdering», gis det uttrykk for at det ikke er mulig å vurdere en handlings objektive og subjektive grovhet, med formål å kategorisere typer av handlinger som per definisjon utgjør en krenkelse av artikkel 3, løsrevet fra en kontekst. Det innebærer at artikkel 3s terskelverdi ikke er en absolutt størrelse, men må betraktes som en *relativisert minimumsterskel*.

6.7.2 Balansering av rettigheter ved konflikt

Både i en nasjonal og internasjonal kontekst søker lovgiver, gjennom rettslig regulering, å ivareta eller fremme ulike rettigheter. I et komplekst og velregulert samfunn vil det stadig inntreffe situasjoner hvor to eller flere rettsregler knytter rettsfølger til samme fakta. I strafferetten er det utviklet egne regler for samordning av straffebud, omtalt som «læren om konkurrans». ⁶⁸⁸ I andre tilfeller blir samordningsutfordringene satt mer på spissen, noe som er tilfellet når to ulike rettsregler etter sin ordlyd knytter motstridende rettsfølger til samme fakta. ⁶⁸⁹ Som illustrasjon kan det vises til EMK artikkel 2. Bestemmelsen oppstiller både en rett og plikt for politiet til å iverksette tiltak for å verne om individets rett til livet. Samtidig uttrykker EMK artikkel 3, jf. artikkel 15 andre ledd et forbud mot å utføre visse handlinger – med formål å redde liv – selv om handlingen isolert sett fremstår som absolutt nødvendig og proporsjonal.

⁶⁸⁶ Se *Peers v. Greece*, punkt 67 og 68, *V. v. The United Kingdom*, punkt 70 og *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 41.

⁶⁸⁷ Se *Peers v. Greece*, punkt 74.

⁶⁸⁸ Om læren om konkurrans, se Grønning mfl. 2019, kapittel 26, Andenæs 2016, kapittel 35 og Eskeland 2017 s. 242 flg.

⁶⁸⁹ Se Eckhoff 2001 s. 334.

Ved tilfeller av motstrid er det behov for å harmonisere rettsreglene.⁶⁹⁰ Harmonisering ved interessekonflikt kan løses på ulike måter.⁶⁹¹ En tilnærming er å gi den ene interessen forrang gjennom å oppstille et derogasjonsforbud. En annen metode, som har aktualitet uavhengig av et eventuelt forbud mot derogasjon, er å løse en interessekonflikt mellom rettsregler av samme rang ved å foreta en innskrenkende ordlydsfortolkning av den ene bestemmelsen forankret i en formåls- og konsekvensvurdering. Begge disse tilnærmingene aktualiseres når rekkevidden av artikkel 3 skal avklares.

Dersom derogasjonsforbudet, jf. EMK artikkel 15 andre ledd er absolutt, vil forbudets rekkevidde være sammenfallende med de rettigheter som artikkel 3 til enhver tid søker å verne om. Derogasjonsforbudet utgjør derfor i enhver sammenheng en reell og absolutt skranke for politiets polisiære virksomhet. I utgangspunktet virker dette avklarende for fastsettelse av artikkel 3 sin betydning som rettslig skranke for politiets myndighetsutøvelse, men så er ikke tilfellet. Da derogasjonsforbudet kun angir at det innenfor artikkel 3s skranke hersker et absolutt forbud mot å gjøre unntak, er det uten betydning for fastsettelse av artikkel 3's innhold og rekkevidde. I motsetning til derogasjonsforbudet er den relativiserte minimumsterskelen bestemmende for fastsettelse av hvilke rettigheter artikkel 3 til enhver verner om. Dette kommer til uttrykket ved at det i hvert enkelt tilfelle skal foretas en konkret vurdering av om terskelen for umenneskelig og nedverdiggende behandling er overtrådt. Her kan det tenkes tilfeller hvor bestemmelsens vilkår blir gjort til gjenstand for en «presiserende tolkning» med den følge at det legges til grunn en innskrenkende forståelse av hva som i den konkrete sak anses for umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Som eksempel på harmonisering av rettigheter og den relativiserte minimumsterskels betydning ved vurdering av om myndighetsutøvelsen utgjør en krenkelse av EMK artikkel 3, kan det vises til Harris mfl. 2014 s. 267. Her gis det uttrykk for at det ikke kan utledes av EMK artikkel 3 en plikt til å gi medisinsk behandling til en person, som er i statens varetekt, mot hans vilje.

⁶⁹⁰ Det finnes en rekke mekanismer og prinsipper for å eliminere motstrid. For en nærmere redegjørelse av temaet, se Eckhoff 2001, kapittel 13, IV.

⁶⁹¹ Nærmere om samordning for å skape én rettsregel, se Mæhle/Aarli 2017 s. 322 flg.

Samtidig vil tvangsbehandling, når dette fremstår som nødvendig og er i pasientens interesse og utføres i tråd med medisinske prinsipper for behandling, ikke anses som krenkelse av EMK artikkel 3. Se også *Jalloh v. Germany* punkt 75 flg.

Da den relativiserte minimumsterskelen uttrykker artikkel 3s innhold og rekkevidde, er den dermed også bestemmende for derogasjonsforbudets rekkevidde.

Både nasjonale og internasjonale domstoler har lang tradisjon for å avveie ulike interesser og rettigheter opp mot hverandre. Dette gjelder også for EMD, som i sin balansering av kolliderende interesser synes å ha inntatt en ny tilnærming. Ved balansering av rettigheter la EMD tidligere til grunn en praksis hvor konvensjonsrettighet som ble påberopt av klager fikk status som hovedregel, mens den kolliderende rettighet ble sett på som ett potensielt inngrep. Denne praksis er nå endret ved at kolliderende rettigheter likestilles,⁶⁹² noe som er uttrykkelig fremhevet i *Von Hannover v. Germany (no.2)*. Saken omhandler en klager som anførte at retten til privatliv, jf. EMK artikkel 8 var krenket ved offentliggjøring av en rekke foto, mens motparten hevdet at offentliggjøring av bildene var beskyttet av ytringsfriheten, jf. EMK artikkel 10. På generelt grunnlag uttalte EMD at:⁶⁹³

«In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect.»

Avgjørelsen gir uttrykk for at det skal finne sted en balansering av kolliderende rettigheter, og at prosessen skal ta utgangspunktet i at rettighetene gis likeverdig respekt. Sistnevnte innebærer ikke at rettighetene skal gis samme vektning i balanseringsprosessen.

⁶⁹² Nærmere om EMDs tilnærming ved balansering av kolliderende interesser, se Bekkedal 2017, s. 294 flg.

⁶⁹³ Se *Von Hannover v. Germany (no.2)*, punkt 106.

Det interessante spørsmål i denne sammenheng er om avgjørelsen kan tas til inntekt for at det på generelt grunnlag kan oppstilles et prinsipp om at det, slik som anført av den franske stat i *Tomasi v. France*, skal foretas en avveining mellom kolliderende interesser. I så fall, er dette et uttrykk for at det kan gjøres unntak fra artikkel 3 med den følge at derogasjonsforbudet, jf. EMK artikkel 15 andre ledd, ikke er absolutt. Eller må et prinsipp om avveining mellom kolliderende interesser forankres i artikkel 3s relativiserte minimumsterskel?

Problemstillingen har, i en polisiær kontekst, stor relevans da politiet under utøvelse av operativ tjeneste, de facto ofte vil måtte gjøre inngrep i et individs menneskerettigheter for å verne om andre rettigheter. I så måte utgjør artikkel 3 en sentral rettslig skranke for statens adgang til å foreta inngripende handlinger. Fastsettelse av normeringens innhold har derfor stor betydning for politiets polisiære virksomhet. I slike tilfeller er det behov for normeringer som gir anvisning på hvordan ivaretagelse av kolliderende interesser skal håndteres. Et eksempel på en normering som gir en slik anvisning er EMK artikkel 2 andre ledd som åpner for at politiet kan anvende makt som har potensiale til å berøve noens liv når formålet er å forsvare en annen person mot ulovlig vold, så lenge maktbruken ikke går lenger enn absolutt nødvendig.

Den videre fremstilling skal, med utgangspunkt i behovet for å harmonisere rettsregler ved interessekonflikt, se nærmere på derogasjonsregelen og *den relativiserte minimumsterskelens* innhold og betydning for fastsettelse av rettighetene som søkes uttrykt i artikkel 3.

Det er en presumsjon for at statens myndighetsutøvelse alltid er forankret i et motiv. I tilfeller hvor politiet ikke kan gi en troverdig forklaring som sannsynliggjør at myndighetsutøvelsen springer ut av et polisiært forankret formål, vil EMD, som den store hovedregel, konstatere krenkelse av artikkel 3. Dette var tilfellet i *Bouyid v. Belgium*. Bouyid og et annet familiemedlem, som bodde i Saint-Jose-ten-Noode i Belgia, hevdet at de ved to anledninger rundt årsskiftet 2003/04 ble «klappet» i ansiktet («slapped in the face») mens de var i det lokale politiets forvaring. Det hersket et

anspent forhold mellom familien og det lokale politiet. Mens familien opplevde at politiet uten grunn kontrollerte familiens medlemmer, var politiet av den oppfatning at klager og andre familiemedlemmer var provokative i sin fremferd og viste mangel på respekt. Den belgiske stat anførte at det ikke kunne bevises at klager var blitt klapset i ansiktet av politiet. Forankret i det faktum at det forelå legeerklæringen som beskrev funn av merker i klagers ansikt kort tid etter at han ble løslatt, sammenholdt med prinsippet om omvendt bevisbyrde, la retten til grunn som bevist at klager var blitt klapset i ansiktet mens han var i politiets forvaring. På generelt grunnlag uttalte retten at i tilfeller hvor et individ fratras sin frihet, eller blir utsatt for rettshåndhevelse i form av fysisk makt som ikke er absolutt nødvendig som følge av vedkommendes egen oppførsel, reduseres den menneskelige verdighet. Rettshåndhevelsen representerer dermed i prinsippet brudd på rettigheter fastsatt av artikkel 3.⁶⁹⁴ Retten la derfor til grunn at:⁶⁹⁵

«In any event [...] a slap inflicted by a law-enforcement officer on an individual who is entirely under his control constitutes a serious attack on the individual's dignity.»

Uavhengig av om klapset var en følge av at tjenestepersonen ble irritert av klagers respektløse eller provoserende oppførsel, finnes det ingen unnskyldningsgrunner. Retten synes å stille strenge krav til den enkelte tjenestepersons selvbeherskelse og statens ansvar for å sikre at tjenesten utøves i henhold til forventet standard.⁶⁹⁶

⁶⁹⁴ Se *Bouyid v. Belgium*, punkt 100.

⁶⁹⁵ Se *Bouyid v. Belgium*, punkt 103.

⁶⁹⁶ Se *Bouyid v. Belgium*, punkt 108.

« [...] even under the most difficult circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned [...]. In a democratic society ill-treatment is never an appropriate response to problems facing the authorities. The police, specifically, must 'not inflict, instigate or tolerate any act of torture or inhuman or degrading treatment or punishment under any circumstances' [...]. Furthermore, Article 3 of the Convention establishes a positive obligation on the State to train its law-enforcement officials in such a manner as to ensure their high level of competence in their professional conduct so that no one is subjected to torture or treatment that runs counter to that provision [...].»

I andre tilfeller, der staten kan vise til et aktverdig motiv, hvor tjenestehandlingen er forankret i et polisært tjenstlig formål, kan myndighetshandlinger – som tidligere påpekt i 6.4.3 – inndeles i tre hovedkategorier (av formål). Den første omfatter tilfeller hvor statens myndighetsutøvelse har til formål å fremme offentlige interesser på bekostning av individets rettigheter. Den andre hovedkategorien er tilfeller hvor myndighetsutøvelsen har som formål å gjøre inngrep i ett individs rettigheter for å fremme andre individers interesser av presumtivt høyere verdi. Den tredje og siste kategorien kjennetegnes ved at statens myndighetsutøvelse, i én og samme handling presumtivt både krenker og fremmer det samme individs rettigheter.

Som eksempel kan nevnes innføring av fullstendigstendig isolasjon ved varetektsfengsling, jf. strpl. §§ 186 og 186a. Bestemmelsene gir domstolen adgang til, i alvorlige straffesaker, å holde den siktede fullstendig avskåret fra fellesskap med andre innsatte, eller motta besøk, brev eller annen sending, samt fratas tilgangen til media og internett. En slik behandling vil isolert sett fremstå som umenneskelig, men i lys av statens behov for å benytte inngrepet for å fremme formålet med etterforskningen, og så lenge den er forholdsmessig, anses det ikke som en krenkelse av EMK artikkel 3.

Med utgangspunkt i disse tre hovedkategorier av formålsforankret myndighetsutøvelse, gjennom en presentasjon av relevante EMD-avgjørelser, har den videre fremstilling som siktemål å gi en redegjørelse for derogasjonsforbudets innhold og uttrykk. Videre presenteres den relativiserte minimumsterskelen og dens betydning for fastsettelse av rettighetene som uttrykkes i artikkel 3. Alt med det formål å vise den rettslige sammenhengen mellom artikkel 3 som uttrykk for absolutte rettigheter, det korresponderende derogasjonsforbudet, jf. artikkel 15 andre ledd og den relativiserte

minimumsterskels betydning for fastsettelse av hvilke rettigheter som i den konkrete sak kan utledes av EMK artikkel 3. Avslutningsvis vil jeg drøfte om det absolutte derogasjonsforbudet er hensiktsmessig.

6.7.3 Staten søker å fremme offentlige interesser på bekostning av individets rettigheter

Denne kategorien omfatter tilfeller hvor staten begrunner sin handling med et ønske om å fremme offentlige interesser ved å gjøre inngrep i individets rettigheter utledet av artikkel 3. Tilnærmingen har klare likhetstrekk med ekspropriasjon da myndighetenes vurderinger bygger på at den offentlige interesse utgjør en større verdi enn den interesse klager må gi avkall på gjennom å tåle virkningen av tjenestehandlingen. Til forskjell fra ekspropriasjon, betales det ikke erstatning.

I *Tomasi v. France* tok den franske stat til orde for at artikkel 15 andre ledd ikke kan forstås som en absolutt regel som i enhver sammenheng avskjærer muligheten til å fravike artikkel 3. Tomasi, som ble pågrepet og holdt i varetekt mistenkt for å ha tatt del i terrorhandlinger, anførte at han hadde blitt utsatt for behandling som representerte krenkelse av artikkel 3. Franske myndigheter gav uttrykk for at kommisjonens tolking av artikkel 3 var basert på feil forståelse av bestemmelsens formål, og anførte i den forbindelse at vurderingen av om det forelå en krenkelse også måtte forankres i de interesser som tjenestehandlingen søkte å fremme, nemlig det offentlige behov for å fremskaffe opplysninger gjennom etterforskning for å oppklare alvorlig kriminalitet. For å fremheve at etterforskningshensyn som formål hadde relevans, og at den faktiske behandling som Tomasi ble utsatt for under avhøret ikke utgjorde en krenkelse, ble det påpekt at han var ved god helse og at 14 timers avhør var å betrakte som moderat varighet. Videre måtte retten se hen til de utfordrende omstendighetene som på den tiden rådet i Corsica. Ytterligere var det av betydning at Tomasi var mistenkt for deltakelse i terrorhandlinger som hadde tatt livet av én person, og skadet to andre.⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ Se *Tomasi v. France*, punkt 114.

Retten, som avviste den franske stats anførsler, gav utrykk for at krav knyttet til etterforskning, og myndighetenes utfordringer i kampen mot alvorlig kriminalitet generelt, og terrorisme spesielt, ikke kan rettferdiggjøre at det blir foretatt innskrenkninger i individets rett til vern av fysisk integritet.⁶⁹⁸

I *Saadi v. Italy* ble en annen og presumtivt mer aktverdig interesse løftet frem som begrunnelse for statens behov for å iverksette tiltak som krenket individets rett etter artikkel 3. Her var formålet med myndighetsutøvelsen mer fremadskuende da staten påberopte seg behovet for å kunne iverksette tiltaket for å avverge og forebygge hendelser som krenker den offentlige sikkerhet eller individers liv og helse. Italienske myndigheter mistenkte at Saadi tilhørte en terrororganisasjon, og ønsket derfor å utvise han til Tunis. Saadi påberopte at utvisningen ville representere brudd på EMK artikkel 3 fordi det var allment kjent at personer mistenkt for terrorisme ble torturert i Tunis.

Den italienske stat og Storbritannia (tredjepartsintervensjon) repliserte på generelt grunnlag at risikoen for at Saadi i fremtiden ville utføre handlinger i Italia som kunne krenke retten til livet, jf. EMK artikkel 2 var av høyere interesse enn en mulig fare for at han ville bli utsatt for mishandling, jf. EMK artikkel 3, dersom han ble utvist til Tunisia. Det måtte derfor foretas en forholdsmessighetsvurdering hvor risikoen for krenkelse av klagers rettigheter etter artikkel 3 måtte veies opp mot den italienske statens og dens borgeres rett til å beskytte seg mot personer som utgjorde en terrortrussel.

Det er uklart om myndighetene her argumenterer for at derogasjonsforbudet i artikkel 15 andre ledd ikke er absolutt, eller om anførslene bygger på den relativiserte minimumsterskelen. Retten tok ikke stilling til om forholdet ville falle utenfor artikkel 3 basert på den relativiserte minimumsterskelen. Etter å ha vist forståelse for at statens behov for å beskytte samfunnet mot terrorisme skapte store vanskeligheter og at

⁶⁹⁸ Se *Tomasi v. France*, punkt 115: «The requirements of the investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime, particularly with regard to terrorism, cannot result in limits being placed on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals.»

terrorisme som problem ikke måtte undervurderes, var domstolen klar i sin tilnærming om at vernet etter artikkel 3 er absolutt, og at det derfor ikke kan gjøres unntak fra forbudet mot derogasjon.⁶⁹⁹

I avgjørelsen *Selmouni v. France* ble resultatet det samme. Selmouni ble sammen med andre pågrepet, mistenkt for narkotikalovbrudd. Selmouni anførte at han i varetektsperioden ble utsatt for flere tilfeller av «ill-treatment», noe som representerte en krenkelse av artikkel 3. Retten, som ikke aksepterte statens anførsler om at etterforskningsbehov i alvorlige straffesaker måtte vektes ved avgjørelse av om det forelå en krenkelse av artikkel 3, begrenset seg ikke til kun å ta stilling til om det forelå en krenkelse i den foreliggende sak. På generelt grunnlag uttalte retten at ikke engang det faktum at statens sikkerhet er truet gir grunnlag for derogasjon.⁷⁰⁰

«The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.»

Foruten kort å avvise adgangen til derogasjon, samt fastslå at derogasjonsforbudet er absolutt idet det også gjør seg gjeldende i tilfeller hvor konkurrerende rettigheter representerer en trussel mot nasjonen som sådan, drøfter ikke EMD de konkrete saksforhold i lys av den relativiserte minimumsterskelen.

Avgjørelsene ovenfor gir samlet sett et klart inntrykk av at det ikke er adgang til å gjøre unntak fra EMK artikkel 3 for å fremme offentlige interesser. Avgjørelsene er imidlertid beheftet med påviselige svakheter. All den tid EMD har konstatert krenkelse av EMK artikkel 3 har de vurdert det konkrete saksforhold i lys av den relativiserte

⁶⁹⁹ Se *Saadi v. Italy*, punkt 137 og 138.

⁷⁰⁰ Se *Selmouni v. France*, punkt 95.

minimumsterskelen som artikkel 3 uttrykker, men uten å drøfte og gi en nærmere begrunnelse for sitt standpunkt.

Uavhengig av hva retten har lagt vekt på, i sin vurdering av alle sakens omstendigheter, kan vi på bakgrunn av rettens konklusjoner konstatere at myndighetenes uttalte formål om å oppklare og forebygge alvorlig kriminalitet i form av terrorisme, har liten eller ingen relevans som kriterium ved anvendelse av den relativiserte minimumsterskelen for å avklare om det foreligger en krenkelse av artikkel 3.

Dette inntrykket står imidlertid i sterk kontrast til EMDs avgjørelse i *Wainwright v. The United Kingdom*. I et interessekonfliktperspektiv omfatter saken det offentliges interesse og behov for å kunne iverksette inngripende tiltak for å forebygge smugling av narkotika inn i et fengsel med dertil ulovlig salg og bruk. Saken har klare likhetstrekk med *Saadi v. Italy*. I begge saker gjennomførte staten inngrep av preventiv karakter med formål å forebygge straffbare handlinger. På et punkt er imidlertid forskjellene store. Mens saksforholdet i *Saadi v. Italy* viser at myndighetene motiv var å forebygge meget alvorlig kriminalitet basert på et mistankegrunnlag, aktualiserer *Wainwright-saken* spørsmålet om hvor inngripende tiltak, av rutinepreget karakter, staten kan påføre individet med formål om å forebygge mindre alvorlig kriminalitet.

Saken omhandler Wainwright, som hadde cerebral parese og ble betegnet som sosialt og intellektuelt underutviklet uten mulighet for å ivareta egne rettigheter. Sammen med sin mor skulle han besøke sin bror som var fengslet for drap. For å få adgang til å besøke sin bror måtte Wainwright og hans mor underkaste seg ransaking som innebar fullstendig stripping. Klager nektet først å gå inn i rommet hvor ransakingen skulle finne sted, men ble fortalt at han ikke ville få besøke sin bror dersom han ikke samtykket. Under strippingen nektet klager å ta av seg trusen. Tjenestepersonene, som gjennomførte ransakingen, fortalte at han ikke fikk se sin bror dersom han ikke samtykket til ransaking. På dette tidspunkt både gråt og skalv han. Klager tok til slutt av seg trusen og hans nakne kropp ble først visuelt undersøkt. Deretter ble han bedt om å spre beina. På grunn av sitt fysiske handikap hadde han problemer med å holde balansen og måtte støtte seg til veggen, hvorpå han opplevde at en fengselsbetjent løftet

opp hans pung og forhuden ble trukket tilbake før han fikk tillatelse til å kle på seg.⁷⁰¹ Hendelsen og opplevelsen hadde merkbart traumatiserende effekt på klager.⁷⁰² Myndighetene begrunnet fengslets handling med at de hadde grunn til å tro at klagers bror var involvert i distribusjon av narkotika i fengslet. Av den grunn ble alle hans besøkende «strip-searched before visits».⁷⁰³

Retten fant det bevist at det eksisterte et narkotikaproblem i fengslet og at myndighetene hadde begrunnet mistanke om at narkotikaen ble smuglet inn av besøkende. På dette grunnlag vurderte retten at «searching of visitors may be considered as a legitimate preventive measure.»⁷⁰⁴ Dette forutsatte imidlertid at ransakingen også ble utført «...in an appropriate manner with due respect for human dignity...»⁷⁰⁵ På lik linje med den nasjonale domstolen, konkluderte EMD med at det hadde funnet sted en krenkelse etter artikkel 8. Når det gjaldt spørsmålet om det forelå en krenkelse av artikkel 3, var retten ikke i tvil om at behandlingen av klager hadde påvirket han mentalt,⁷⁰⁶ men at det ikke hadde funnet sted en krenkelse. Retten vurderte at behandlingen av Wainwright ikke nådde opp til «the minimum level of severity prohibited by Article 3.»⁷⁰⁷

Det finnes flere grunner til å stille kritiske spørsmål ved avgjørelsen, herunder om den er egnet til å belyse den relativiserte minimumsterskelen som uttrykk for en terskelverdi som er bestemmende for om det foreligger en krenkelse av artikkel 3. Det rettslige utgangspunktet for vurdering av hvor inngripende ransaking ved stripping er generelt, og spesielt var for Wainwright, må forankres i det faktum at myndighetsutøvelsen var rutinebasert uten noe krav om mistanke. Det forelå ingen objektive holdepunkter for å mistenke Wainwright for smugling av narkotika inn i

⁷⁰¹ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 14.

⁷⁰² Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 18 og 19.

⁷⁰³ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 8.

⁷⁰⁴ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 44.

⁷⁰⁵ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 42.

⁷⁰⁶ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 46.

⁷⁰⁷ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 46.

fengselet. Dette gjorde samtykke nødvendig som hjemmelsgrunnlag for inngrepet. Ved krav om samtykke til inngrep står individet i utgangspunktet fritt til om vedkommende vil underkaste seg inngrepet. Men dette var ikke situasjonen for Wainwright som opplevde at ransaking ved stripping utgjorde et innhogg i hans rettigheter etter artikkel 8. Ved å kreve at Wainwright måtte underkaste seg ransaking ved stripping som betingelse for gjennomføring av besøket, satte myndighetene et byrdefullt begrendende vilkår for hans rett til å besøke et familiemedlem. Samtykke som hjemmelsgrunnlag, sammenholdt med at tiltaket isolert sett representerte en begrensning i klagers rettigheter utledet av EMK artikkel 8, tilsier skjerpet aktsomhet fra myndighetenes side for å blant annet sikre at klager er kjent med hva tiltaket innebærer, og at det gjennomføres med nødvendig grad av respekt for menneskerettighetene. Dette var ikke tilfellet i *Wainwright-saken* all den tid klager som ikke var i stand til å ivareta egne rettslige interesser – noe fengselsbetjentene ble gjort oppmerksom på – ble avkrevd stillingtagen til spørsmål om samtykke. Ytterligere viste klager fremferd under ransakingen, ved at han gråt og skalv, at det også var berettiget tvil om det forelå et informert samtykke til inngrepet. Dette understøttes av det faktum at betjentene ikke hadde fulgt interne instruksjoner som skulle sikre at besøkende ble gjort kjent med inngrepet før det ble effektuert.

Avgjørelsen viser tydelig at EMD i sin praktisering av artikkel 3s relativiserte minimumsterskel har lagt seg på et nivå som åpner for at staten kan gå langt i å påføre individet inngripende tiltak, så lenge det er forankret i et legitimt formål om å forebygge mindre alvorlig kriminalitet i form av besittelse av dosepakning med narkotika.⁷⁰⁸

⁷⁰⁸ Se *Wainwright v. The United Kingdom* hvor retten legger til grunn at ransakingen også omfattet undersøkelse av klagers forhold for å søke etter narkotika. Det er begrenset hvor mye narkotika som kan gjemmes under forhuden.

6.7.4 Staten gjør inngrep i ett individs rettigheter for å fremme et annet individs interesser av presumtivt høyere verdi

Som tidligere nevnt har staten en plikt til å sikre individets rett til livet, jf. EMK artikkel 2 første ledd. I ytterste konsekvens innebærer dette at politiet, for å redde ett individs liv, har en plikt til å anvende potensielt dødelig makt mot et annet individ, jf. EMK artikkel 2 andre ledd, bokstav a). Isolert sett foretar staten her en legitim krenkelse av ett individs rett til livet for å sikre den samme retten for et annet individ.

På tilsvarende måte kan det tenkes at det oppstår situasjoner hvor formålet er å redde en persons liv, jf. EMK artikkel 2, eller fra å bli utsatt for tortur, jf. EMK artikkel 3, men hvor den avvergende handling står i fare for å krenke artikkel 3. Her er det redningsformålet som står i fokus. Vi kan tenke oss at myndighetsutøvelsen har som formål å skaffe tilveie opplysninger som er nødvendig for å redde et annet individs liv da det foreligger en reell og umiddelbar fare for et individs liv og helse, og hvor den som har forårsaket tilstanden ikke ønsker å meddele opplysninger som er nødvendig for å forebygge eller redusere følgen. Med utgangspunkt i at EMK artikkel 15 andre ledd uttrykker et absolutt forbud mot derogasjon fra artikkel 3,⁷⁰⁹ er det naturlig å stille spørsmål om den relativiserte minimumsterskelen i artikkel 3 åpner for å balansere rettigheter nedfelt i artikkel 3 med andre likeartede rettigheter, med den følge at tjenestehandlingen legitimeres.⁷¹⁰

En annen tilnærming til spørsmål om denne hovedkategorien av handlinger fra statens side kan aksepteres, er å forankre drøftelsen i en nødverge/nødrettsbetraktning. I den grad det åpnes for å utøve handlinger som isolert sett faller inn under artikkel 3 for å verne mot et rettsstridig angrep (nødverge) eller for å redde et interessegode av langt større interesse (nødrett), vil handlingen være rettmessig med den følge at rettigheten etter artikkel 3 innskrenkes tilsvarende. Nærmere om nødverge og nødrett som rettferdiggjøringsgrunner, se Grønning mfl. 2019 kapittel 16 og 17, Andenæs

⁷⁰⁹ Det finnes eksempler i teorien på at det stilles spørsmål om derogasjonsforbudet er absolutt. Dette spørsmål lar jeg ligge og begrenser meg til å gi uttrykk for at et eventuelt unntak fra derogasjonsforbudet må bygge på at det i artikkel 3 kan innfortolkes en presisering som åpner for adgangen til å foreta en avveining mellom kolliderende interesser, tilsvarende som artikkel 2 andre ledd gir uttrykk for. Se Ambos 2008 s. 265, fotnote 18 med henvisning til Brugger som tar til orde for en analogisk anvendelse av EMK artikkel 2 andre ledd på EMK artikkel 3.

⁷¹⁰ Se Øyen/Kjelby 2008 hvor tilsvarende problemstilling reises.

2016, kapittel 15 og 16 og Eskeland 2017 s. 261 flg. Da nødverge og nødrett som rettferdiggjøringsgrunner utfordrer rettigheter nedfelt i EMK, må deres eventuelle rettslige forankring bygge på en normering av høyere rang, i dette tilfellet konstitusjonell sedvane. En ytterligere tilnærming er å betrakte handlinger som faller inn under artikkel 3 som urettmessig eller rettsstridig, samtidig som det foretas en konkret vurdering av om tjenestepersonen kan frifinnes ut fra en vurdering om det foreligger unnskyldningsgrunner tilsvarende som ved provokasjon.

I saken *Gäfgen v. Germany* ble problemstillingen aktualisert, men ikke satt på prøve. Retten tok her stilling til om det var adgang til å krenke ett individs rettigheter etter artikkel 3 med det formål å fremskaffe opplysninger som kunne sikre et annet individs rett til livet, jf. artikkel 2. Gäfgen kidnappet en 11 år gammel gutt som han senere drepte. Etter drapet krevde Gäfgen løsepenger. Gäfgen ble påspanet og senere pågrepet. Da han ble pågrepet av politiet gav han uttrykk for at gutten var i live og at han hadde informasjon om hvor han var skjult. Politiet hadde i ett døgn, gjennom bruk av ordinære avhørsmetoder, forsøkt å få Gäfgen til å fortelle hvor gutten var lokalisert. Politiet fryktet at gutten skulle dø av sult og kulde. I et forsøk på å lokalisere hvor gutten var skjult, besluttet politiet å bruke trusler som middel for å få Gäfgen til å fortelle hvor gutten var. Under avhøret truet politiet med at en person som var spesialtrenet ville påføre han betydelige smerter dersom han ikke fortalte hvor gutten befant seg.⁷¹¹ I frykt for å bli utsatt for trusselen opplyste Gäfgen at gutten var død, og hvor han var skjult. Retten aksepterer at polititjenestepersonenes motiver for å fremsette truslene var å redde guttens liv.⁷¹² Det er ikke unaturlig å legge til grunn at retten til livet, jf. artikkel 2 som rettighet må vektet tyngre enn vernet mot mishandling, jf. artikkel 3. Tross dette fremhever retten med tyngde at EMK artikkel 3 ikke under noen omstendigheter kan fravikes.⁷¹³

⁷¹¹ Se *Gäfgen v. Germany*, punkt 15 og 94.

⁷¹² Se *Gäfgen v. Germany*, punkt 107.

⁷¹³ Se *Gäfgen v. Germany*, punkt 107

«Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. No derogation is allowed even in the event of a public emergency threatening the life of the nation... The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue.»

Retten tar her kun stilling til derogasjonsforbudets innhold, jf. artikkel 15 andre ledd idet den avviser at det er adgang til derogasjon i situasjoner hvor det foreligger en reell og umiddelbar fare for noens liv. Retten gir klart uttrykk for at derogasjonsforbudet er absolutt, uavhengig av hvilket formål som påberopes, inklusive situasjoner hvor «a public emergency [is] threatening the life of the nation». Det retten ikke drøfter, men i lys av dommens utfall de facto har tatt stilling til og ikke åpner for, er om denne type redningshandlinger – i lys av dens aktverdige formål – forankret i artikkel 3s relativiserte minimumsterskel utgjør et inngrep som representerer «the minimum level of severity prohibited by Article 3.»⁷¹⁴ På dette punkt er avgjørelsen svak idet retten legger til grunn at politiets livreddende formål og den redningshandlingen som ble benyttet kun utgjorde en formildende omstendighet, uten å drøfte om den relativiserte minimumsterskelen ble overskredet.⁷¹⁵ Når en vurderer *Gäfgen-saken* i lys av *Wainwright-saken* blir manglende drøftelse av dette temaet åpenbar, og gir grunnlag for å stille spørsmål ved «...the credibility of the ‘absoluteness’ of Article 3.»⁷¹⁶

6.7.5 I én og samme handling gjør statens presumtivt både inngrep i, og fremmer det samme individs rettighet

Den siste hovedkategorien er myndighetshandlinger hvor staten i en og samme handling både krenker og fremmer ett individs interesser/verdier. Til daglig vil et individ kunne oppleve at egne valg og beslutninger fører til konflikt mellom ulike interesser. Den som utsetter seg selv for omfattende og vedvarende bruk av rusmidler,

⁷¹⁴ Se *Wainwright v. The United Kingdom*, punkt 46.

⁷¹⁵ Se Øyen/Kjelby 2008 s. 4.

⁷¹⁶ Se Greer 2015 s. 117 som fremmer tilsvarende kritikk.

er kjent med at rusmisbruk i ytterste konsekvens kan føre til døden. Også den som gjennom utøvelse av ekstremsport søker spenning, har kunnskaper om at aktiviteten medfører en økt risiko for å dø. Som regel løses slike interessekonflikter uten innblanding fra staten ved at individet, innenfor egen autonomi, foretar rasjonelle vurderinger og beslutninger for å kartlegge eventuell risiko basert på sannsynlighet og konsekvens.

I noen tilfeller har staten imidlertid en særlig plikt til, på eget initiativ, å overprøve individets vurderinger. Dette gjelder spesielt når individet er under myndighetenes forvaring, og tilfeller hvor individet mangler rettslig kompetanse til å gi gyldig samtykke.

Helsehjelp kan som den store hovedregel kun gis med pasientens samtykke, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Tilsvarende, se psykisk helsevernloven § 2-1. Når individet mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, eller av andre årsaker er midlertidig ute av stand til å ivareta egne interesser, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 første ledd, jf. § 4-6 andre ledd, kan staten i gitte tilfeller tre inn i individets posisjon for å ivareta dets interesser. Temaet behandles nærmere i kapittel 14. Se Storvik 2017 s. 112–141 om samtykkebegrepet og samtykkes betydning for tvungen helsehjelp.

Dette var situasjonen i *Herczegfalvy v. Austria*. Under et fengselsopphold iverksatte Herczegfalvy en sultestreik for å markere sin misnøye med å bli frarøvet sin frihet. Etter å ha kollapset ble han overført til en helseinstitusjon hvor han ble tvangsforet og tvangsmedisinert. Under behandlingen ble han lenket med håndjern til en sikkerhetsseng. Herczegfalvy anførte blant annet at tvangsmedisineringen og -foringen var i strid med EMK artikkel 3.⁷¹⁷ Det er en kjensgjerning at myndighetsutøvelse i form av tvangsforing og -medisinering isolert sett har i seg de vesentlige elementer som beskriver en umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. artikkel 3. Den er smertefull og egnet til å skape følelsen av frykt og engstelse, og det ligger i sakens natur at tvangselementet vil bryte ned individets fysiske og psykiske motstand. Når et individ er i myndighetenes forvaring, har staten et særlig ansvar for å sikre at individets

⁷¹⁷ Se *Herczegfalvy v. Austria*, punkt. 79.

rett til livet, jf. artikkel 2, ikke krenkes. Dette gjelder også i tilfeller hvor det er individets egne handlinger og oppførsel, enten i form av selvbeskadigelse eller unnlattelse av å innta livsnødvendig medisin og mat, som utgjør risikoen for inngrep. For å forhindre denne type krenkelser må myndighetene iverksette tiltak som isolert sett utgjør umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. EMK artikkel 3.

Om statens tvangsmedisinering og tvangsforing er legitim kan vurderes ut fra to ulike perspektiver. Den ene bygger på at ved slike interessekonflikter går statens positive plikt til å sikre retten til livet, jf. artikkel 2, foran statens negative plikt etter artikkel 3.⁷¹⁸ Den andre tilnærmingen er forankret i den relativiserte minimumsterskelen som artikkel 3 gir uttrykk for, og bygger på at det i den enkelte konkrete situasjon finner sted en fortolkning av handlingens krenkende karakter i lys av en snever formålkontekst, for å ta stilling til om handlingen faller inn under bestemmelsens ordlyd. I *Herczegfalvy v Austria* slo EMD fast at denne type maktanvendelse, rettet mot personer «... who are entirely incapable of deciding for themselves...», av natur ikke kan betraktes som umenneskelig eller nedverdiggende behandling, så lenge formålet var medisinsk begrunnet.⁷¹⁹ Dette betyr ikke at det medisinske formålet i enhver sammenheng utelukker krenkelse av artikkel 3. Også i situasjoner hvor myndighetene gjennomfører tvangsmedisinering og -foring begrunnet i et medisinsk formål, må det foretas en vurdering av om de maktmidler og metoder som er anvendt for å effektivere tvangsinngrepet, overstiger terskelen for krenkelse etter artikkel 3.⁷²⁰ Retten synes her å bygge sin avgjørelse på det sistnevnte perspektivet. Det innebærer at tvangsforing og –medisinering forankret i et medisinsk formål i utgangspunktet ikke overstiger den relativiserte minimumsterskelen.

⁷¹⁸ Se Aall 2018 s. 200 som legger til grunn at Kommisjonens praksis indikerer en slik tilnærming.

⁷¹⁹ Se *Herczegfalvy v. Austria*, punkt. 82, hvor retten uttalte følgende: «The established principles of medicine are admittedly in principle decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading.»

⁷²⁰ Se *Jalloh v. Germany* punkt 72.

Som påpekt av *Aall* er det tvilsomt om tvangsmedisinering og tvangsforing av en tilregnelig person står seg i forhold til artikkel 3.⁷²¹ Sistnevnte tema har i en polisier kontekst særlig relevans. Politiet har ifølge § 9 første ledd en plikt til å dra omsorg for berusede personer som er til fare for seg selv. Tilsvarende gjelder overfor syke personer, jf. pl. § 12 hvor helsetilstanden gir grunn til å frykte for vedkommende sin helse. Temaet aktualiserer i hvilken grad individets rett til å bestemme over «egen undergang» setter skranker for statens positive rett etter artikkel 2.⁷²²

6.7.6 Avsluttende vurderinger

Gjennomgangen viser at EMD er klar i sin tilnærming til spørsmålet om artikkel 15 andre ledd oppstiller et absolutt forbud mot å fravike rettighetene i artikkel 3. Rettens uttalelser i *Selmouni v. France*, og senere opprettholdt i blant annet *Gäfgen v. Germany* gir et klart bilde av derogasjonsforbudets rettslige stilling. Uavhengig av hvilke aktverdige formål staten påberoper seg, inklusive situasjoner hvor «*a public emergency [is] threatening the life of the nation*», er det ikke adgang til å gjøre unntak fra artikkel 3. All den tid EMD-praksis viser at EMK artikkel 3 gir uttrykk for absolutte rettigheter, leder det oss til følgende slutning: For det første er det lite tvilsomt at artikkel 3 ikke under noen omstendigheter kan gjøres til gjenstand for unntak. Og for det andre, statens absolutte plikt til å avstå fra å krenke disse rettighetene vil alltid, i alle situasjoner, trumfe eventuelle andre interesser den måtte komme i konflikt med.⁷²³

Tross EMDs tilsynelatende steile tilnærming, er det i juridisk teori, med rette, stilt spørsmål ved *hensiktsmessigheten* ved en slik absolutt holdning.⁷²⁴ Spørsmålet om EMDs tilnærming er rimelig kan testes i lys av *Gäfgen v. Germany* hvor retten unnlot å drøfte det faktum at saksforholdet også bygget på en interessekonflikt. Mens Gäfgen kunne påberope seg en absolutt rett til å ikke bli utsatt for mishandling, kunne den

⁷²¹ Se *Aall* 2018 s. 200.

⁷²² Temaet vil ikke bli behandlet i denne sammenheng, men i 14.3 og 14.4 drøftes om frihetsberøvelser, jf. pl. §§ 9 og 12, er vilkår, og dermed krenker EMK artikkel 5 nr. 1.

⁷²³ Se Greer 2015 s. 108.

⁷²⁴ Se Greer 2015; «Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really 'absolut' in International Human Rights Law?»

kidnappede gutten påberope tilsvarende absolutte rettighet, som ble krenket av Gäfgen. I sjakkens terminologi ville en tilstand hvor to absolutte rettigheter kolliderer uten at den ene må vike, betegnes som *patt*.⁷²⁵ Det er sjeldent at det oppstår en konflikt mellom to absolutte likeverdige rettigheter,⁷²⁶ men når det skjer fremstår det som «*logically impossible for each to be 'equally absolute', one must inevitably be an exception for the other.*»⁷²⁷

I teori er det eksempler på at saken *Gäfgen v. Germany* problematiseres som en konflikt mellom to interesser.⁷²⁸ Å legge til grunn at *Gäfgen v. Germany* kun oppstiller en konflikt mellom to likeverdige interesser bygger, etter min vurdering, på en for snever tilnærming til sakens kompleksitet. Foruten *Gäfgen* og den kidnappede guttens rett til å ikke bli utsatt for mishandling, jf. EMK artikkel 3, kan det også oppstilles en tredje rettighet eller interesse, og det er *menneskeverd*. Jeg lar dette temaet foreløpig ligge. Først vil jeg teste *to-konfliktteorien* ut fra dens egne premisser.⁷²⁹

To-konfliktteorien bygger på at det ligger i «sakens natur» at det også ved kollisjon mellom to absolutte konflikter må finne sted en interesseavveining hvor den ene interessen må vike. I dette tilfellet er det naturlig at Gäfgens rettigheter må vike da han er den som kan klandres for å ha handlet slik at konflikten oppstod, samtidig som han har mulighet til å gi politiet informasjon som fremstår som nødvendig for å redde gutten.⁷³⁰ En naturlig konsekvens av en slik tilnærming er at politiet forpliktes til å iverksette inngrep, som isolert sett faller inn under artikkel 3, men som i lys av utfallet av balansering av interessen blir legitim.⁷³¹

⁷²⁵ *Patt* er i <https://snl.no> beskrevet som «en stilling i sjakk hvor den spilleren som skal trekke, ikke har noe lovlig trekk, samtidig som spillerens konge ikke står i sjakk. Ved patt ender partiet remis (uavgjort). Den engelske betegnelsen er *stalemate*.»

⁷²⁶ Retten til livet, jf. EMK artikkel 2 er ikke en absolutt rettighet, jf. bestemmelsens andre ledd. Se også EMK artikkel 15 andre ledd.

⁷²⁷ Se Greer 2015 s. 106.

⁷²⁸ Se Greer 2015 og Øyen/Kjelby 2008.

⁷²⁹ *Gäfgen v. Germany* blir i teori ofte problematisert som en konflikt mellom to interesser. Jeg har valgt å benevne denne tilnærmingen som en *to-konfliktteori*.

⁷³⁰ Se Greer 2015 s. 105.

⁷³¹ Nærmere om politiets handleplikt i en politisær kontekst, se Auglend 2016 kapitel 6.3 generelt og punkt 6.3.2.2.5. spesielt.

Det faktum at det eksisterer en konflikt mellom interesser, innebærer ikke alene at politiet har hjemmel til å foreta inngrep, om nødvendig med makt, for å løse konflikten. Som tidligere påpekt, krever EMKs lovskrav at det kan vises til en rettslig normering som hjemler inngrepet.

Balansering av absolutte rettigheter som metode for å løse interessekonflikter generelt, og i forhold til EMK artikkel 3 spesielt, synes å bygge på følgende resonnering:⁷³² Dersom politiets trusler om tortur under avhør er å betrakte som umenneskelig behandling, er politiets handling ulovlig. Men fordi den er nødvendig og forholdsmessig og gjør politiet i stand til å verne om retten til livet, er den rettmessig og kan derfor ikke forbys. Følgelig kan ikke politiets trusler om tortur anses som umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Den enkelte stat, har gjennom ratifisering av konvensjonen, forpliktet seg til å respektere og sikre de rettigheter som EMK uttrykker. Det er derfor vanskelig å identifisere to-konfliktteoriens rettslige forankring.⁷³³ Uavhengig av spørsmålet om rettslig forankring, vil en praksis som åpner for at politiet kan anvende metoder som objektivt sett faller inn under EMK artikkel 3, generere flere rettslige implikasjoner. For det første vil en slik tilnærming oppstille en handleplikt for politiet til å bruke avhørs- og polisiære metoder som isolert sett faller inn under EMK artikkel 3. Utledet av dette, oppstår spørsmålet om hvilke beviskrav som skal legges til grunn ved vurdering av om vedkommende som skal utsettes for tiltaket har tilgang på relevante opplysninger.⁷³⁴ Ytterligere må beviskravet også knyttes til en vurdering av om tiltaket, som planlegges iverksatt for å få vedkommende til å meddele opplysningene, vil føre til at han faktisk meddeler informasjonen som ønskes. Dernest vil en slik tilnærming også reise prinsipielle spørsmål om hvilke beslutningsprosesser som må anlegges for å ivareta grunnleggende krav til rettssikkerhet. For det andre, og uavhengig av disse «praktiske» utfordringer, i kraft av at politiets handlinger er rettmessig og dermed lovlig, vil den som utsettes for handlingen faktisk ha en plikt til å måtte tåle

⁷³² Se Mavronicola 2017 s. 494 som inspirasjon til tilnærmingen.

⁷³³ Da temaet krever en bredt anlagt tilnærming, som går utenfor rammen av denne avhandlingen, avstår jeg fra videre behandling av dette tema. Se imidlertid Greer 2015 s. 107 flg. og Mavronicola 2017 sitt tilsvarende.

⁷³⁴ Se Ambos 2008 s. 271 som beskriver utfordringer knyttet til den faktiske bevisvurderingen.

behandlingen. For det tredje, og av størst prinsipiell betydning i denne sammenheng, innføring av en ordning hvor staten legitimt kan krenke et individs menneskeverd, autonomi og integritet for å fremme en antatt høyere interesse eller verdi, vil de facto føre til at tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling konverteres fra å betraktes som absolutte krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter, til legitime og sosialt aksepterte politimetoder. Følgelig vil forbudet mot mishandling undergraves,⁷³⁵ og det åpnes for en praksis hvor alle menneskerettighetene settes i spill. Dersom absolutte menneskerettigheter ikke har et absolutt vern, kan enhver rettighet fravikes.

En fruktbar tilnærming til *to-konfliktmodellen*, som også synliggjør de rettslige skranker for politiets handleplikt, er å se nærmere på interessekonflikten fra statens side, i dette tilfellet politiets perspektiv. For politiets vedkommende må spørsmålet om hva som kan utledes av handleplikten forankres i en analyse av hvilke interesser som aktualiseres i konfliktene. I et polisært perspektiv kan følgende utledes av interessekonflikten i *Gäfgen-saken*: Politiet har en *negativ* plikt til å avstå fra å true Gäfgen med tortur for å få han til å gi informasjon som er nødvendig for å redde gutten. Samtidig eksiterer det en *positiv* plikt til å iverksette tiltak for å redde gutten fra å bli utsatt for tortur og umenneskelig behandling av Gäfgen.⁷³⁶ Den negative plikten oppstiller et absolutt forbud mot, i enhver sammenheng og for ethvert formål, å krenke et individs rettigheter utledet av EMK artikkel 3. Samtidig oppstiller den positive plikten krav om at politiet iverksetter rimelige og menneskerettighetsrelaterte tiltak for å redde gutten. Politiets handleplikt vil alltid korrespondere med de rettighetene som er i spill, og vil først gjøre seg gjeldende når politiet har eller burde hatt informasjon om interessekrenkelsen. Politiets handleplikt kan i denne sammenheng beskrives som plikten til å iverksette enhver nødvendig handling for å redde gutten, herunder unnlate

⁷³⁵ Tilsvarende, se Ambos 2008 s. 278.

⁷³⁶ Se Greer 2015 s. 124 og Mavronicola 2017 s. 483.

å iverksette tiltak som strider mot den negative plikten. Med andre ord, handleplikten omfatter ikke handlinger som er absolutt forbudt etter den negative plikten.⁷³⁷

I innledningen til dette tema gav jeg uttrykk for at en løsning av interessekonflikter, som berører menneskerettigheter generelt og EMK artikkel 3 spesielt, basert på en to-konfliktsteori, utgjør en for snever tilnærming til sakens kompleksitet, da slike interessekonflikter også aktualiserer en tredje rettighet eller interesse. Artikkel 3, som bærer av grunnleggende menneskerettigheter, har som formål å beskytte menneskeverd, autonomi og integritet.⁷³⁸ Vernet mot fysiske og psykiske lidelser blir dermed nedtonet.⁷³⁹ I relasjon til EMD-praksis, knyttet til artikkel 3, utgjør den nedre grense for nedverdiggende behandling bestemmelsens *relativiserte minimumsterskel*. Dette gjenspeiles i EMDs beskrivelse av handlinger som er nedverdiggende idet de kjennetegnes ved at de representerer en krenkelse av individets integritet og menneskeverd.⁷⁴⁰ De rettigheter som EMK artikkel 3 søker å ivareta er, som påpekt i *Bouyid-saken*, «a value of civilisation closely bound up with respect for human dignity.»⁷⁴¹ Med dette fremhevet retten menneskeverdets rettslige posisjon i menneskerettighetene, og som uttrykk for universale og ukrenkelige rettigheter i relasjon til artikkel 3.

Fastsettelse av EMK artikkel 3 som rettslig skranke for politiets adgang til å anvende makt kan dermed ikke alene baseres på *to-interessekonfliktteorien*. En tilnærming basert på balansering av interesser vil måtte inkludere alle verdier og interesser som konflikten setter i spill. I et menneskerettslig perspektiv vil alltid menneskeverd som

⁷³⁷ Tilsvarende, se Mavronicola 2017 s. 484. Motsetningsvis, se Greer 2015 s. 124 som uttrykker seg kritisk til et slikt resonnement.

⁷³⁸ Se blant annet *Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom*, punkt 202, hvor retten uttaler følgende: «However, the State must ensure that a person is detained under conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured.» (min theving). Se også *Bouyid v. Belgium*, punkt 90: «In 1973 the European Commission of Human Rights stressed that in the context of Article 3 of the Convention the expression 'degrading treatment' showed that the general purpose of that provision was to prevent particularly serious interferences with human dignity...»

⁷³⁹ Se Greer 2015 s. 109.

⁷⁴⁰ Tilsvarende, se Greer 2015 s. 110.

⁷⁴¹ Se *Bouyid v. Belgium*, punkt 81.

interesse være i spill, noe som medfører at menneskeverd som interesse må inngå i en balansering av kolliderende interesser.

Selv om EMK artikkel 3, på lik linje med de øvrige av konvensjonens bestemmelser, uttrykker individuelle rettigheter, har ikke individet, hverken gjennom uttrykkelig eller konkludent adferd, adgang til å frasi seg menneskeverd, uavhengig av hvor grusom gjerning vedkommende har gjort seg skyldig i.⁷⁴² Menneskeverd som rettighet er ikke bare knyttet til det enkelte individ, men til menneskeheten som sådan. Som verdi og interesse kan menneskeverd dermed ikke ensidig vurderes fra klagers ståsted da den også henvender seg til staten som pliktsubjekt og dermed får direkte betydning for hvordan tjenestehandlingen utføres. Den enkelte tjenestehandling må dermed reflektere nødvendig grad av respekt for menneskeverdet.

Menneskeverd, som uttrykk for en idé om at alle mennesker har bestemte grunnrettigheter, står sentralt og utgjør som verdi en av hjørnesteinene i EMK.⁷⁴³ Menneskeverd som verdi vil derfor både være absolutt, og ikke kunne gjøres til gjenstand for en interessekonflikt. Det skal i den forbindelse bemerkes at det vanskelig kan oppstilles en interesse som står i motstrid til menneskeverd.

Dette leder meg til den konklusjonen at menneskeverd utgjør en menneskerettighetsbasert begrensning av medlemsstatenes demokratiske og suverene rett til å definere sin straffe- og sikkerhetspolitikk i tråd med sin nasjonale tradisjon og i overenstemmelse med befolkningens allmenne rettsfølelse.⁷⁴⁴

Jeg har ovenfor slått fast at derogasjonsforbudet, jf. EMK artikkel 15 andre ledd er absolutt, og fremstår som en hensiktsmessig regel. Som tidligere nevnt bidrar ikke

⁷⁴² Tilsvarende, se Spano 2016 s. 154: «The actions or inactions of human beings, even the senseless murder of another, are external manifestations of faulty or even morally repugnant decision-making, but such acts cannot, by definition, deprive the perpetrator of his or her humanity, or of the dignity that is its foundation.»

⁷⁴³ Spano 2016 s. 151. Menneskeverdet sentrale stilling i EMK ble tydelig fremhevet i *Vinter and Others v. The United Kingdom*, punkt 113 hvor rettens flertall la til grunn at straff i form av livstidsfengsel uten å være forespeilet mulighet for løslatelse var en krenkelse av menneskeverdet.

⁷⁴⁴ Tilsvarende, se Spano 2016 s. 153.

derogasjonsforbudet, som rettsregel, til å avklare hvilke rettigheter EMK artikkel 3 søker å ivareta. Vi står da igjen med den relativiserte minimumsterskel, og dens betydning for fastsettelse av hvilke rettigheter, som i den konkrete sak, kan utledes av EMK artikkel 3.

En grunnforutsetning for å kunne bedømme statens handling ut fra en relativisert minimumsterskelmodell er at inngrepet fremstår som nødvendig og forholdsmessig.⁷⁴⁵ Selv om nødvendighetskravet ikke er nedfelt i artikkel 3, er det sikker rett at statens inngrep i individets rettigheter må kunne forankres i et aktverdig formål.⁷⁴⁶ Som en ytterligere grunnforutsetning kreves det i tillegg at politiets bruk av makt reflekterer nødvendig grad av respekt for individets menneskeverd. Det innebærer at individet ikke må utsettes for fysisk eller psykisk påkjenning utover hva som er unngåelig for å effektivere formålet med tjenestehandlingen.⁷⁴⁷ Dette viser at formålet med handlingen utgjør et sentralt kriterium i relativitetsvurderingen. Dersom handlingen utføres med det formål å nedverdige noen, vil den – uavhengig av hvor objektivt sett lite inngripende den er – som den store hovedregel utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3.

Det er ikke vanskelig å forstå, slik som påpekt i *Tomasi v. France*, at etterforskningshensyn, forankret i den relativiserte minimumsterskelen, ikke kan gis relevans og vekt som legitim interesse for å utsette en person for tvangsinngrep med formål å frembringe opplysninger som kan bidra til å oppklare straffesaken.⁷⁴⁸ Tradisjonell etterforskning er en repressiv prosess som har til formål å skaffe tilveie informasjon for å blant annet avgjøre spørsmål om tiltale. I en slik kontekst vil statens interesser alltid måtte vike for individets integritetsvern, jf. artikkel 3. Det samme synes å gjelde i tilfeller hvor staten søker å fremme offentlige interesser gjennom å iverksette inngripende tiltak med det formål å forebygge alvorlig kriminalitet, slik som i *Saadi v.*

⁷⁴⁵ Se *Ilievski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, punkt 60: «The Court needs to establish whether the use of handcuffs was necessary and proportionate in the circumstances of the case.»

⁷⁴⁶ Nødvendighetskravet er nedfelt i blandt annet EMK artikkel 8 nr. 2: «Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig.»

⁷⁴⁷ Se EMDs uttalelse i *Kudla v. Poland*, pkt. 94 og *Svinenko and Slyadnev v. Russia*, pkt. 116.

⁷⁴⁸ Se strpl. § 226 som angir formålet med etterforskningen.

Italy. I motsetning til andre saker hvor spørsmålet om det offentlige kan rette inngripende tiltak mot individet for å fremme offentlige interesser, tar retten på generelt grunnlag stilling til spørsmålet om balansering av rettigheter: ⁷⁴⁹

«The Court considers that the argument based on the balancing of the risk of harm if the person is sent back against the dangerousness he or she represents to the community if not sent back is misconceived. The concepts of “risk” and “dangerousness” in this context do not lend themselves to a balancing test because they are notions that can only be assessed independently of each other.»

Retten gir her uttrykk for at det ikke er mulig å balansere statens rett til å beskytte samfunnet mot faren for terror opp mot Saadi sin rett til ikke å bli utsatt for mishandling. Uavhengig av hvilken risiko- og fareprognose som legges til grunn for det ene eller det andre scenariet, lar disse størrelsene seg ikke balansere.

Også i andre tilfeller hvor staten påberoper redningsformål som begrunnelse for tiltakene, slik som i *Gäfgen v. Germany*, synes adgangen til å legitimere slike inngrepet, jf. den relativiserte minimumsterskelen, å være avskåret. I situasjoner hvor staten velger å tre inn i individets posisjon for å ivareta dets interesser, jf. *Herczegfalvy v. Austria*, er situasjonen en annen.⁷⁵⁰ Etter en konkret vurdering, forankret i EMK artikkel 3s relativiserte minimumsterskel, tillegges statens formål med inngrepet vesentlig vekt samtidig som myndighetsutøvelsens objektive grovhet nedtones som faktor. Hva som anses som *nedverdiggende behandling*, jf. EMK artikkel 3 er gitt et snevrere innhold med den følge at myndighetsutøvelsen fremstår som legitim. Samlet sett tegner nevnte dommer et bilde som bidrar til å avklare den relativiserte minimumsterskelens betydning for fastsettelse av hvilke rettigheter som i den konkrete sak kan utledes av EMK artikkel 3. *Wainwright v. The United Kingdom* forkludrer imidlertid inntrykket. Saken aktualiserer spørsmålet om, og i hvilken grad, staten kan iverksette inngripende tiltak for å forebygge mindre alvorlig kriminalitet. *Wainwright*

⁷⁴⁹ Se *Saadi v. Italy*, punkt 139.

⁷⁵⁰ Avgjørelsen er tidligere omtalt i 6.7.5.

ble som nevnt utsatt for uhjemlede inngripende tiltak som hadde alle kjennetegn på nedverdiggende behandling.⁷⁵¹ Her synes EMD å ha lagt avgjørende vekt på at statens hadde et legitimt formål uten en kritisk refleksjon knyttet til spørsmålet om tiltaket var absolutt nødvendig og proporsjonalt. Når en sammenholder denne avgjørelsen med *Gäfgen-saken* er det naturlig å legge til grunn at Wainwright ble utsatt for et objektivt sett større inngrep. Mens *Gäfgen-saken* lider under manglende drøftelse av den relativiserte minimumsterskelens betydning ved vurdering av myndighetsutøvelsens krenkende karakter, er drøftelsene av samme tema i *Wainwright-saken* overfladisk og unyansert. Avgjørelsene fremstår som eksempler som gir grunnlag for å stille spørsmål ved EMD-praksis knyttet til bruk av den relativiserte minimumsterskel som tolkingsregel ved fastsettelse av EMK artikkel 3 sitt innhold.

Dersom *Wainwright-saken*, som uttrykk for grensedragningen av hvilke rettigheter som kan utledes av artikkel 3, står seg, kan det synes som om EMD går langt i å åpne for å legitimere en myndighetspraksis som, basert på rutinepregede tiltak, fremmer adgangen til å foreta svært inngripende tiltak med formål å avdekke og forebygge mindre alvorlig kriminalitet. Fastsettelse av en rettsregels innhold, basert på en modell som tar utgangspunkt i at dens innhold er relativ basert på vurdering av ulike kriteriers relevans og vekt, vil fort kunne utfordre både lovskravet i EMK og vårt legalitetsprinsipp. Mangel på ensrettet praktisering av regelen vil skape usikkerhet rundt EMK artikkel 3 som rettslig skranke for statenes adgang til å foreta inngripende tiltak, noe som igjen vil svekke individets behov for å kunne forutberegne egen rettssituasjon. I tillegg vil en for liberal anvendelse av det relativiserte minstestandardprinsipp i ytterste konsekvens svekke derogasjonsforbudets legitimitet og derigjennom undergrave dens betydning som en absolutt skranke for statenes adgang til å foreta inngripende myndighetsutøvelse.⁷⁵² Selv om artikkel 15 andre ledd stenger for en formåls- og forholdsmessighetsbasert balansering av artikkel 3 i lys av

⁷⁵¹ Som det fremgår av tidligere redegjørelse av saken, er inngrepet uhjemlet når det er tvilsomt om det foreligger et informert samtykke til inngrepet.

⁷⁵² Dette temaet vil ikke bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

kolliderende interesser, er det en kjensgjerning at også rettigheter utledet av EMK artikkel 3 utfordres ved at staten fremmer saklige behov for inngrep.⁷⁵³

6.8 Vern mot frihetsberøvelse – Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1

6.8.1 Innledende betraktninger

Foruten å nedfelle behovs- og forholdsmessighetsprinsippet, gir Grl. § 94 første ledd uttrykk for at «[i]ngen må fængsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.»

Før grunnlovsreformen var individets konstitusjonelle vern mot frihetsberøvelser begrenset til «fængsling»,⁷⁵⁴ jf. Grl. av 1814, § 99 første ledd. Gjennom vedtakelsen av Grl. § 94 er individet gitt et mer allmenngyldig vern mot vilkårlig frihetsberøvelse. Bestemmelsen beskriver individets rett til personlig frihet og sikkerhet i generelle former; «[i]ngen må ... berøves friheten ... uten i lovbestemte tilfeller og på den måten som loven foreskriver.» Strengt tatt gir ikke Grl. § 94 første ledd uttrykk for mer enn hva som kan utledes av legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 113. Dette ble også påpekt av Menneskerettighetsutvalget, med tanke på rettstilstanden forut for grunnlovsreformen.⁷⁵⁵

Grunnloven § 94 søker å ivareta tilsvarende rettigheter som EMK artikkel 5.⁷⁵⁶ Men i motsetning til EMK artikkel 5, inneholder Grl. § 94 ingen uttømmende liste over i hvilke tilfeller den enkelte stat kan fravike individets rett til personlig frihet og sikkerhet. I utgangspunktet er det uheldig at Grunnlovens bestemmelser om

⁷⁵³ Se Aall 2018 s. 547.

⁷⁵⁴ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 113.

⁷⁵⁵ Se Dok. 16 (2011-2012) s. 113.

⁷⁵⁶ Se HR-2020-972-U (pkt. 22): hvor Høyesterett legger til grunn at Grl. § 94 andre ledd har « samme rekkevidde som EMK artikkel 5 nr. 3».

menneskerettigheter på noen områder er gitt en språklig utforming som avviker fra korresponderende bestemmelser i EMK. Når det er sagt, er det sikker rett at ved fastsettelse av den enkelte grunnlovsbestemmelses innhold, skal tolkingen skje i lys av korresponderende bestemmelse i EMK.⁷⁵⁷

Menneskerettighetsutvalget drøftet hensiktsmessigheten av å liste opp i grunnlovsbestemmelsen hvilke situasjoner frihetsberøvelse kan skje, men avstod da de mente at en slik opplisting i noen tilfeller ville kunne virke mot sin hensikt. Utvalget påpekte i den forbindelse at det er «liten sannsynlighet for at man i Norge vil anse det som aktuelt å berøve noen frihet i situasjoner som ikke faller inn under EMK artikkel 5 nr. 1.»⁷⁵⁸

I lys av ovennevnte, og da det ikke foreligger høyesterettsavgjørelser som tolker Grl. § 94 i en politisk kontekst er vi, i tråd med Menneskerettighetsutvalgets uttalelser, også ved klarlegging av Grl. § 94s innhold overlatt til å bygge praksis om EMK artikkel 5.

EMK artikkel 5 nr. 1 fastslår at «[e]veryone has the right to liberty and security of person.» Med dette oppstiller EMK, i motsetning til Grl. § 94, en positiv angivelse av at alle individer, i utgangspunktet, har rett til personlig frihet og sikkerhet. Bestemmelsens andre setning gir, i likhet med artikkel 2, uttrykk for at staten på nærmere bestemte vilkår kan fravike disse rettighetene. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd, jf. «[n]o one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law», at bestemmelsens angivelse av vilkår for unntak er uttømmende begrenset til de seks kategorier av tilfeller som er nevnt i artikkelen. Videre er det en forutsetning at grunnlag og fremgangsmåte er foreskrevet ved nasjonal lov.⁷⁵⁹ Ytterligere åpner artikkel 15 første ledd for at staten kan fravike

⁷⁵⁷ Se 6.3, hvor EMKs betydning for tolking av Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter er behandlet. Se også eksempelvis Dok. 16 (2011-2012) s. 106, hvor det eksplisitt nevnes at en grunnlovsbestemmelse om retten til liv naturligvis må tolkes i lys av EMK artikkel 2.

⁷⁵⁸ Se Dokument 16 (2011-2012) s. 116. Som den senere fremstillingen av relevant EMD-praksis vil vise, er Menneskerettighetsutvalget her inne på et sentralt dilemma. Det som, i legalitetsprinsippets forstand, utgjør en styrke ved EMK artikkel 5 sin konkrete og presise utforming av legitime unntak, vil også representere en begrensende faktor hva angår behovet for å etablere lovgivning som i større grad fanger opp behov som skjer i takt med samfunnets utvikling.

⁷⁵⁹ Se Møse 2004 s. 239.

disse rettighetene under «krig eller annen offentlig nødstilstand som truer nasjonens liv». Følgelig vil enhver frihetsberøvelse som ikke kan rettferdiggjøres under én av disse legitime unntak anses som vilkårlig frihetsberøvelse.

Bestemmelsens hovedformål er å ivareta individets fysiske sikkerhet gjennom å forebygge vilkårlig og ulovlig frihetsberøvelse. I *S., V. and A. v. Denmark* fremhevet retten i den forbindelse tre gjennomgående trekk ved EMD-praksis. For det første, bestemmelsen angir uttømmende når frihetsberøvelser anses for legitim, og bestemmelsen skal tolkes strengt. Følgelig åpner den ikke, slik som for eksempel artiklene 8 til 11, for en vid bruk av unntaksbegrunnelser. For det andre, domstolens gjentatte vektlegging av «the lawfulness of the detention», både prosessuelt og materielt, krever samvittighetsfull overholdelse av lovstatsprinsippet. Og for det tredje, viktigheten av øyeblikkelig legalitetskontroll.⁷⁶⁰ I motsetning til blant annet EMK artikkel 3 og 8, har artikkel 5 karakter av prosessuelle garantier.⁷⁶¹

Den videre fremstillingen av EMK artikkel 5 vil begrenses til og fokuseres rundt bestemmelsens betydning som rettslig skranke for politiets adgang til preventiv polisiær frihetsberøvelse. Lovskravet er på generelt grunnlag behandlet i 6.4.2. I denne delen av avhandlingen knyttes det i 6.8.2 noen korte kommentarer til lovskravet i lys av artikkel 5 («prescribed by law»), før jeg i 6.8.3 ser nærmere på hva som omfattes av *personlig frihet* («liberty and security»). Deretter konsentreres fremstillingen i 6.8.4 rundt bestemmelsens angitte legitime unntak fra retten til personlig frihet, jf. bestemmelsens nr. 1 bokstav b og c, samt bestemmelsens nr. 3. Når denne delen av fremstillingen avgrenses mot bestemmelsens nr. 1 bokstav d og e, er det fordi bestemmelsens angivelse av de nærmere retningslinjer for lovlig frihetsberøvelse av henholdsvis mindreårige og alkoholister/narkomaner fremstår som klar. Når det er sagt,

⁷⁶⁰ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 73.

⁷⁶¹ Se Aall 2018 s. 358.

vil jeg senere, i 14.3 og 14.4 ved behandling av pl. §§ 9 og 12, omtale EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav d og e.

6.8.2 Lovskravet

For at myndighetenes frihetsberøvelse skal anses som legitim, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav a til og med f, er det et ufravikelig krav om at frihetsberøvelsen er «in accordance with a procedure prescribed by law».⁷⁶² Kravet understrekes ytterligere ved at det enkelte unntaket i litra a)–f) uttrykkelig nevner at frihetsberøvelse må være «lawful». Myndighetsutøvelsen må være i samsvar med både materielle og prosessuelle regler.⁷⁶³ Frihetsberøvelsen må med andre ord ha grunnlag i, og være i samsvar med, nasjonal lovgivning. Det innebærer at det ikke er tilstrekkelig, for å rettfærdiggjøre en frihetsberøvelse, at den faller innenfor en av de i artikkel 5 nr. 1 nevnte unntak. Følgelig vil overholdelse av nasjonal lovgivning utgjøre en integrert del av statens konvensjonsforpliktelser.⁷⁶⁴ EMD har dermed kompetanse til å prøve om frihetsberøvelsen kan rettfærdiggjøres under nasjonal lovgivning.⁷⁶⁵ Selv om EMD har vist tilbakeholdenhet med å prøve den enkelte stats tolkning av egen lovgivning, finnes det unntak.

I *Lukanov v. Bulgaria* tok EMD stilling til om frihetsberøvelsen av et bulgarsk regjeringsmedlem var å anse som en «lawful detention».⁷⁶⁶ Klager var mistenkt for å ha skaffet seg eller tredjepart en fordel i anledning regjeringens vedtak om å tildele angitte stater bistandsmidler. Retten var av den oppfatning at ingen av de påberopte straffebestemmelser kunne legitimere frihetsberøvelsen da de verken «specified or even implied that anyone could incur criminal liability by taking part in collective decisions of this nature». Retten konkluderte med at «the Court does not find that the

⁷⁶² Norsk lovt tekst: «i samsvar med en fremgangsmåte foreskrevet ved lov».

⁷⁶³ Se blant annet *Winterwerp v. The Netherlands*, punkt 39 hvor retten uttalte følgende: «As regards the conformity with the domestic law, the Court points out that the term "lawful" covers procedural as well as substantive rules.» Se også Aall 2018 s. 366.

⁷⁶⁴ Se *Bozano v. France*, punkt 58: «Where the Convention refers directly back to domestic law, as in Article 5 (art. 5), compliance with such law is an integral part of Contracting States' engagements».

⁷⁶⁵ ⁷⁶⁵ Se *Winterwerp v. Netherlands*, punkt 46: «Whether the procedure prescribed by that Act was in fact respected in the applicant's case is a question that the Court has jurisdiction to examine».

⁷⁶⁶ Se *Lukanov v. Bulgaria*, punkt 43-45.

deprivation of the applicant's liberty during the period under consideration was 'lawful detention' effected 'on reasonable suspicion of [his] having committed an offence'».

I *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom* var det ikke bestridt at myndighetenes frihetsberøvelse både var «lawful» og «in accordance with a procedure prescribed by law». Spørsmålet retten tok stilling til var om frihetsberøvelsen oppfylte vilkåret «reasonable suspicion of having committed an offence», jf. artikkel 5 nr. 1 c). Klagerne, som bodde i Nord-Irland, ble pågrepet mistenkt for å være terrorister og ble holdt i politiets varetekt i henholdsvis 30 og 40 timer uten at de ble fremstilt for en dommer eller reist tiltale. Ifølge gjeldende terrorlovgivning kunne politiet anholde en person i inntil 72 timer uten krav om fremstilling for retten.

Innledningsvis legger retten til grunn at krav om *rimelig mistanke* er en sentral forutsetning for vernet mot vilkårlig arrest og anholdelse, og at vurderingen av om det foreligger rimelig grunn for å mistenke må baseres på en konkret vurdering av alle omstendigheter. I sin avgjørelse tar retten utgangspunkt i at konstatering av *rimelig mistanke* «presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence».⁷⁶⁷ Videre legger retten til grunn at vurderingen må hensynta det faktum at «the police are obliged to act with utmost urgency in following up all information, including information from secret sources». Og «the suspicion justifying such arrests cannot always be judged according to the same standards as are applied in dealing with conventional crime.»

Men, som retten påpeker, det går en grense. Behovet for å kunne bekjempe terrorisme kan ikke begrunne en tilnærming hvor vilkåret «reasonableness» strekkes slik at bestemmelsens formål, som ivaretaker av individets rett til frihet, svekkes. Når retten konkluderte med at det forelå en krenkelse av artikkel 5, ble det begrunnet ut fra det

⁷⁶⁷ Se *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, punkt 32.

faktum at myndighetene ikke hadde gitt informasjon som gjorde retten i stand til å vurdere om vilkåret *rimelig mistanke* var oppfylt. I den anledning uttalte retten at:

«[T]he Contracting States cannot be asked to establish the reasonableness of the suspicion grounding the arrest of a suspected terrorist by disclosing the confidential sources of supporting information or even facts which would be susceptible of indicating such sources or their identity.»

Uansett, «the Court must be enabled to ascertain whether the essence of the safeguard afforded by Article 5 § 1 e) (art. 5-1-c) has been secured.» Og som retten så korrekt påpeker er dette desto viktigere, som i dette tilfellet, når nasjonal lovgivning oppstiller et lavere mistankevilkår.⁷⁶⁸

Som tidligere påpekt er EMD, som den store hovedregel, tilbakeholden med å prøve den enkelte stats myndigheters tolkning av nasjonal lovgivning. Dette blir poengtert i *Lukanov v. Bulgaria* hvor retten gir uttrykk for at domstolens prøvelsesintensitet begrenses av prinsippet om at det i utgangspunktet er en oppgave for nasjonale myndigheter, først og fremst domstolen, å tolke og anvende nasjonal lov.⁷⁶⁹

Spørsmålet om norsk politis polisiære frihetsberøvelse er i samsvar med nasjonal lovgivning er, som tidligere nevnt, sjelden gjenstand for domstolsprøving/-kontroll. Den primære kompetanse til å beslutte og iverksette frihetsberøvelser, med hjemmel i politilovgivningen, er tillagt den enkelte polititjenesteperson. Det innebærer at den nasjonale myndigheters prøving av om frihetsberøvelsen er i samsvar med nasjonal lovgivning i ytterste konsekvens er begrenset til den enkelte polititjenstepersons vurdering av om lovens vilkår for frihetsberøvelse er tilstedte. I en slik kontekst er det mye som taler for at EMD vil innta en holdning hvor prøvingsintensiteten øker proporsjonalt med avstanden mellom beslutningen om og iverksettelse av frihetsberøvelsen og avstand fra nasjonal domstol.

⁷⁶⁸ Se *Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom*, punkt 34.

⁷⁶⁹ Se *Lukanov v. Bulgaria*, punkt 41: «the scope of its task in this connection, however, is subject to limits inherent in the logic of the European system of protection, since it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law».

Det faktum at frihetsberøvelsen har grunnlag i og er i samsvar nasjonal lovgivning er et nødvendig vilkår, men ikke tilstrekkelig. Som anført i *S., V. and A. v. Denmark* kreves det i tillegg at myndighetsutøvelsen ivaretar bestemmelsens formål om å beskytte individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse.⁷⁷⁰ EMD har ikke etablert en universal definisjon som beskriver hvilke typer tiltak/handlinger fra myndighetenes side som kan konstituere vilkårlig myndighetsutøvelse (arbitrariness), men gjennom EMD-praksis er det utviklet sentrale prinsipper fra sak til sak. Spørsmål om det foreligger vilkårlig myndighetsutøvelse i relasjon til art. 5 vil variere avhengig av «the type of detention involved.»⁷⁷¹

Frihetsberøvelse vil, til tross for at den samsvarer med nasjonal «lov», anses som vilkårlig dersom myndighetsutøvelsen er fundert på elementer av «ond tro/uaktsomhet» («bad faith») eller forsett («deception»). Dernest vil det foreligge vilkårlig myndighetsutøvelse i tilfeller hvor nasjonale myndigheter bevisst velger ikke å gjennomføre tiltaket i henhold til gjeldende rett («domestic authorities neglected to attempt to apply the relevant legislation correctly»). For det tredje må frihetsberøvelsen, i lys av omstendighetene, også fremstå som nødvendig («necessary»), jf. EMK artikkel 5 nr. 1 c.⁷⁷² Og for det fjerde må myndighetene, uavhengig av hvor kort frihetsberøvelsen er, overbevisende og troverdig kunne begrunne behovet. Behovet må kunne forankres i et angitt mål som ønskes oppnådd. Da frihetsberøvelse er et alvorlig tiltak må myndighetene i tillegg kunne vise til at andre mindre inngripende tiltak var utilstrekkelige for å oppnå målet.⁷⁷³

Av ovennevnte kan det utledes at lovskravet også oppstiller kvalitative krav til den nasjonale lovgivningen som danner grunnlaget for frihetsberøvelsen. Det innebærer at i de tilfeller nasjonal lov legitimerer frihetsberøvelser må den oppfylle visse

⁷⁷⁰ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 74.

⁷⁷¹ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 75.

⁷⁷² Se *Ladent v Poland*, punkt 55.

⁷⁷³ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 77.

kvalitetsstandarder beskrevet som «sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness».⁷⁷⁴

Som påpekt av Harris mfl. er det en rekke forhold ved lovgivningen som sådan, som kan gjøre at den ikke i tilstrekkelig grad ivaretar formålet om å beskytte individet mot vilkårlig frihetsberøvelse.⁷⁷⁵ En sentral omstendighet er manglende eller upresis angivelse av bestemmelsens formålsbestemthet, noe som igjen åpner for myndighetsmisbruk i form av vikarierende motiver. I tilfeller hvor myndighetene tilslører eller skjuler sine reelle motiver med frihetsberøvelsen vil det foreligge elementer av «bad faith or deception». Videre må normeringen angi grensen for forholdsmessighet og nødvendighet. Av sistnevnte kan det utledes krav om at det også finnes lempeligere tiltak tilgjengelig.

6.8.3 Sondringen frihetsberøvelse – frihetsbegrensning

6.8.3.1 Innledende betraktninger

EMK artikkel 5 nr. 1 gir uttrykk for hovedregelen om at «[e]nhver har rett til personlig frihet og sikkerhet.» EMD har lagt til grunn at «consequently, 'security' should be understood in the context of 'liberty'».⁷⁷⁶ Grunnbegrepet *sikkerhet* spiller dermed «...en beskjeden og ikke selvstendig rolle», og må betraktes som en skjerpene omstendighet ved frihetsberøvelsen.⁷⁷⁷ EMD synes å knytte kravet om *personlig sikkerhet* til legalitetskravet.⁷⁷⁸

Formuleringen *rett til personlig frihet* i artikkel 5 nr. 1 første setning skal forstås som et forbud mot *frihetsberøvelse*. Dette kan utledes av andre setning som anvender formuleringen *ingen må bli berøvet sin frihet* (min understreking), sammenholdt med bokstavene a til f som angir i hvilke tilfeller frihetsberøvelse er legitimt. En slik

⁷⁷⁴ Se *Bordovskiy v. Russia* punkt 48.

⁷⁷⁵ Se Harris mfl. 2014 s. 304.

⁷⁷⁶ Se 3 *East African Asians v. The United Kingdom* punky 5, hvor EMD uttalte følgende: «The full text of Article 5 shows that the expression 'liberty and security of person' in para. (1) must be read as a whole and that, consequently, 'security' should be understood in the context of 'liberty'».

⁷⁷⁷ Se Aall 2018 s. 359. Tilsvarende, se Møse 2004 s. 242-243 som også påpeker at *personlig sikkerhet* har selvstendig betydning i forhold til SP artikkel 9.

⁷⁷⁸ Se Kjølbrot 2017 s. 379.

forståelse er også lagt til grunn i EMD-praksis.⁷⁷⁹ Det må derfor foretas en nærmere avgrensning mot *frihetsinnskrenkninger*, og da i betydningen bevegelsesfrihet – *liberty of movement and freedom to choose his residence*⁷⁸⁰ – som er nærmere regulert i Grl. § 106 første ledd og artikkel 2 i tilleggsprotokoll nr. 4. Den videre fremstillingen vil presentere grensedragningen mellom *frihetsberøvelse* og *frihetsbegrensning* ved å rette oppmerksomheten på *frihetsberøvelse* da sontringen mer er et spørsmål om grad og intensitet enn av karakter.⁷⁸¹

Det følger av EMKs 4. tilleggsprotokoll, artikkel 2 nr. 3 at begrensninger i retten til bevegelsesfrihet må være i samsvar med lov og fremstå som nødvendig i et demokratisk samfunn «av hensyn til nasjonal sikkerhet eller offentlig trygghet, for å opprettholde samfunnsordenen [...], for å forebygge forbrytelser, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Nærmere om temaet, se Harris mfl. 2014 s. 953 flg.

Selv om EMK artikkel 5 nr. 1 fremstår som logisk oppbygget, viser EMD-praksis at det er utfordrende å presist angi når det foreligger en *frihetsberøvelse*. EMD-praksis, med utgangspunkt i *Engel and Others v. The Netherlands*, viser at frihetsbegrepet er relativt,⁷⁸² og vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand skal ta utgangspunkt i den konkrete situasjonen hvor det legges vekt på en rekke faktorer, herunder inngrepets art/intensitet («nature»), varighet («duration»), virkning («effect») og gjennomføringsmåte («manner of execution»)⁷⁸³

Det ligger i sakens natur at en frihetsberøvelse vil inneholde element av tvang. Uten at det foreligger tvang, kan det vanskelig konstateres berøvelse av frihet. Det innebærer, som påpekt i *Storck v. Germany*, at:⁷⁸⁴

⁷⁷⁹ Se blant annet *Engel and Others v. The Netherlands*, punkt 58.

⁷⁸⁰ Se Aall 2018 s. 360 og Møse 2004, s. 240.

⁷⁸¹ Se Harris mfl. 2014 s. 290 og Kjølbros 2017 s. 372. Se også *Amuur v. France*, punkt 42: «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance». Tilsvarende, *Guzzardi v. Italy*, punkt 93.

⁷⁸² Se Aall 2018 s. 360 flg. med henvisning til EMD-praksis.

⁷⁸³ Se *Foka v. Turkey*, punkt 74.

⁷⁸⁴ Se *Storck v. Germany*, punkt 74.

«[a] person can only be considered to have been deprived of his liberty if, as an additional subjective element, he has not validly consented to the confinement in question ...»

Dersom individet har samtykket til tiltaket, vil elementet av tvang i utgangspunktet være fraværende. Det forutsetter imidlertid at samtykket er fritt og informert,⁷⁸⁵ og når som helst kan trekkes tilbake.⁷⁸⁶

Vi ser her at frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel 5 har både en objektiv og subjektiv dimensjon. Den objektive dimensjonen omfatter det faktum at personen er fratatt sin bevegelsesfrihet for et ikke ubetydelig tidsrom.⁷⁸⁷ Den subjektive dimensjonen markerer at tap av bevegelsesfriheten mangler samtykke fra den berørte.⁷⁸⁸ Et sentralt spørsmål ved den subjektive dimensjonen er om myndighetenes aktverdige formål med inngrepet også kan inngå som faktor i vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse?

6.8.3.2 Den subjektive dimensjonens betydning for spørsmålet om frihetsberøvelse

EMK artikkel 5, som har som formål å forebygge vilkårlig og urettmessig frihetsberøvelse, er sammen med artikkel 2, 3 og 4 fremhevet som de sentrale bestemmelsene når det gjelder ivaretagelse av individets fysiske sikkerhet. Av den grunn må bestemmelsens rekkevidde tolkes strengt.⁷⁸⁹

Auglend tar til orde for at myndighetenes aktverdige formål kan tillegges vekt, idet han fremhever at det «... bør være åpning for en viss fleksibilitet, der vektige samfunnsmessige behov tilsier inngrep i situasjoner som ikke fanges opp av

⁷⁸⁵ Nærmere om samtykke som kompetansegrunnlag, se Eckhoff/Smith 2018, s. 353 flg.

⁷⁸⁶ Se *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, punkt 65. De Wilde meldte seg frivillig for politiet da han var uten jobb, bolig og penger. Han ble tatt i forvaring. Da han senere forsøkte å rømme ble han pågrepet og gjeninnsatt. EMD uttalte i den forbindelse: «Finally and above all, the right to liberty is too important in a 'democratic society' within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Article 5 (art. 5) even although the person concerned might have agreed to it.»

⁷⁸⁷ Tilsvarende *Auglend* 2016 s. 254.

⁷⁸⁸ Se *Scabas* 2017 s. 227.

⁷⁸⁹ Se *McKay v. The United Kingdom*, punkt 30 hvor retten uttalte: «the exhaustive nature of the exceptions, which must be interpreted strictly».

unntakskatalogen.»⁷⁹⁰ Spørsmålet er om en slik tilnærming lar seg forankre i EMK artikkel 5.

I *Nielsen v. Denmark* kom retten, med 9 mot 7 stemmer, frem til at artikkel 5 ikke kom til anvendelse.⁷⁹¹ Saken gjaldt en 12 år gammel gutt, som etter anmodning fra moren, ble holdt på psykiatrisk institusjon mot sin vilje i 5 ½ måned. Gutten var under oppholdet innelåst på avdelingen. Alt besøk, telefonsamtaler og adgangen til å forlate stedet, måtte forhåndsgodkjennes. Ved én anledning rømte han, og ble bragt tilbake av politiet. En objektiv vurdering av frihetsinnskrenkningene, basert på *Engel*-kriteriene, skulle tilsi at gutten var utsatt for en frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand. Som nevnt kom imidlertid retten frem til at rettighetene ikke var krenket. Konklusjonen var forankret i to forhold. For det første la retten til grunn at det var moren – i kraft av foreldremyndighet/-rett – og ikke staten, som tok beslutningen om å innlegge gutten.⁷⁹² Det kunne derfor ikke legges til grunn at staten hadde «frarøvet» gutten friheten. Isolert sett er det grunn til å stille kritiske spørsmål til rettens konklusjon. Det er vanskelig å forstå hvordan retten kunne se bort fra at myndighetene hadde en eksklusiv kompetanse til å avgjøre om gutten skulle innlegges på en offentlig institusjon, og dermed hadde ansvaret for beslutningen om å institusjonalisere barnet. I dette tilfellet synes EMD å legge til grunn at moren hadde enekompetanse, og at statens ansvar var begrenset til å kontrollere at moren ikke misbrukte sin myndighet. For det andre, og av betydning for vårt spørsmål: når retten så går over til å vurdere om morens beslutning faller inn under bestemmelsen, legger retten vekt på morens formål:⁷⁹³

«The Court is satisfied that the mother, when taking her decision on the basis of medical advice from her family doctor and from Professor Tolstrup, had as her objective the protection of the applicant's health».

⁷⁹⁰ Se Auglend 2016 (med videre henvisning til Bernt) s. 255. Auglend påpeker at lovkravet er gjennomgående for disse unntakstilfellene. Følgelig blir vurderingen strengere desto større inngrep det er tale om.

⁷⁹¹ Når saken var til behandling av Kommissjonen ble det lagt til grunn at det forelå en frihetsberøvelse i artikkel 5s forstand, og at den endelige beslutning om innleggelse ble tatt av ansvarlig lege, og ikke moren. Morens ønske var ikke tilstrekkelig til å frata statens dens ansvar.

⁷⁹² Se *Nielsen v. Denmark*, punkt 63.

⁷⁹³ Se *Nielsen v. Denmark*, punkt 69.

Retten bygger med andre ord sin avgjørelse på subjektive elementer i form av morens aktverdige formål med inngrepet.⁷⁹⁴ I *Järvinen v. Finland* (1996) følger retten opp sin tilnærming i *Nielsen-saken*.⁷⁹⁵ Også i *Järvinen-saken* skulle de objektive elementene ved inngrepet alene tilsi at det forelå en frihetsberøvelse i EMK artikkel 5s forstand. Järvinen ble funnet i sin bakgård av noen naboer. Naboene ringte ambulanse da de opplevde han som «forvirret», og antok at han hadde hatt et hjerteinfarkt. På sykehuset var han forvirret og aggressiv. Han ble diagnostisert som psykotisk og medisineret, men senere undersøkelser viste at han var rammet av hjerneslag. På grunn av aggressivitet ble han reimet fast i sengen, et tiltak som etter sin art og intensitet alene skulle tilsi at Järvinen ble fratatt sin frihet. Retten kom imidlertid frem til at oppholdet «... cannot be characterized as a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 ...», og synes i den anledning å ha tillagt myndighetenes uttalte formål avgjørende betydning idet retten fremhevet at «the medical personnel acted out of concern for the applicant's health.»⁷⁹⁶

I *Creangă v. Romania* (2003) synes retten å nedtone betydningen av myndighetenes aktverdige formål med inngrepet ved avgjørelse av om det foreligger en frihetsberøvelse.⁷⁹⁷ Etter å ha referert til tidligere rettspraksis hvor myndighetenes aktverdige formål med inngrepet ble vektlagt, påpeker retten at:

⁷⁹⁴ Avgjørelsen representerte en videreføring av tidligere EMD-praksis. Det kan vises til *X v. Germany*, (1981). X og andre 10 år gamle barn ble tatt for tyveri ved en skole. Politiet, som ble tilkalt, brakte barna til politistasjonen hvor de ble holdt i nesten to timer hvorav de ble avhørt i ca. én time. Resten av tiden satt de inne på en ulåst celle. På generelt grunnlag uttalte retten at avhør hos politiet etter omstendighetene kan utgjøre en frihetsberøvelse. Når retten konkluderte med at det ikke forelå frihetsberøvelse, ble formålet med frihetsinnskrenkningen trukket frem: «*The purpose of their being taken to the police quarters was to question them and not to arrest and detain them.*»

⁷⁹⁵ Se også *Léon Guenat v. Switzerland* s. 134 hvor retten la vekt på subjektive elementer: «In this case the Commission notes that the police acted out of humanitarian considerations, given the applicant's strange behaviour, and that on their arrival at the police station they immediately took steps to obtain details of his mental condition and to assist him». Men fravær av objektive momenter var fremtredende: «The Commission also notes that the police used no force whatsoever, as there was never any question of arresting the applicant who was not locked up, but remained free to walk about in the police station. It also notes the police officer's statement that the applicant never asked to leave the police station. A friend of the applicant and a lawyer, having learned of the events telephoned the police but did not request that the applicant be allowed to return home.»

⁷⁹⁶ Se *Järvinen v. Finland*.

⁷⁹⁷ Se *Creangă v. Romania*, punkt 93.

«The case-law has evolved since then as the purpose of measures by the authorities depriving applicants of their liberty no longer appears decisive for the Court's assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty. To date, the Court has taken this into account only at a later stage of its analysis, when examining the compatibility of the measure with Article 5 § 1 of the Convention.»

Retten synes her å bevege seg bort fra tidligere praksis hvor myndighetenes aktverdige formål ble vektlagt i vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse. En slik tilnærming fremstår som forstandig. En praksis hvor statens aktverdige formål tillegges betydning ved avgjørelse av om det foreligger en frihetsberøvelse, vil det facto bringe inn et subjektivt kriterium som står i fare for å undergrave bestemmelsens grunnleggende formål om å sikre at ingen utsettes for vilkårlig frihetsberøvelse.⁷⁹⁸ En slik tilnærming er i tråd med *Engel-kriteriene*, som alene bygger på objektive kriterier i form av ytre omstendigheter ved inngrepet. Myndighetenes formål får dermed kun betydning ved «... vurderingen af, om en frihedsberøvelse kan retfærdiggjøres.»⁷⁹⁹

I *Austin and Others v. The United Kingdom* gir retten uttrykk for at de bygger videre på dette prinsippet idet de på generelt grunnlag uttalte følgende:⁸⁰⁰

«Indeed, it is clear from the Court's case-law that an underlying public-interest motive, for example to protect the community against a perceived threat emanating from an individual, has no bearing on the question whether that person has been deprived of his liberty, although it might be relevant to the subsequent inquiry whether the deprivation of liberty was justified under one of the sub-paragraphs of Article 5 § 1.»

EMD gir her uttrykk for et klart rettslig standpunkt. Statens aktverdige formål med inngrepet kan ikke tillegges betydning ved avgjørelse av om det foreligger en frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel 5. Tross dette klare rettslige utgangspunkt gir *Austin-saken* likevel grunn til å stille spørsmål om retten har forlatt praksisen med å vektlegge

⁷⁹⁸ Se *Guzzardi v. Italy*, punkt 92: «...its aim is to ensure that no one should be dispossessed of this liberty in an arbitrary fashion.»

⁷⁹⁹ Se Kjølbrot 2017 s. 372.

⁸⁰⁰ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, punkt 58.

subjektive momenter i form av myndighetenes aktverdige formål ved vurdering av om det foreligger en frihetsberøvelse.⁸⁰¹

Ms. Austin, som sammen med cirka 3000 andre personer befant seg i området rundt Oxford Circus i London, opplevde å bli holdt tilbake i ca. 7 timer av politiet som forsøkte å håndtere en demonstrasjon. I denne perioden var de avskåret fra tilgang til vann, mat og toalett, og var frarøvet enhver mulighet til å forlate stedet. Politiets tiltak var begrunnet i hensynet til offentlig orden idet de fryktet at demonstrasjonen ville få alvorlige konsekvenser for offentlig orden og sikkerhet.

Ved avgjørelse av om det forelå en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 1, tok retten først stilling til om politiets tiltak representerte en frihetsberøvelse i artikkel 5 forstand.

I tråd med tidligere avgjørelse i *Gillan and Quinton v. The United Kingdom*,⁸⁰² gir rettens flertall i sine innledende drøftelser uttrykk for at tiltakets varighet og dets virkning alene peker i retning av at politiets tiltak var å anse som en frihetsberøvelse.⁸⁰³ Når retten likevel konkluderte med at tiltaket ikke representerte en frihetsberøvelse, ble det begrunnet ut fra en totalvurdering hvor tiltakets art, hvordan det ble gjennomført og den faktiske konteksten, ble særlig vektlagt.⁸⁰⁴ Rettens drøftelser viser at generelle prinsipper vies stor oppmerksomhet,⁸⁰⁵ noe som i seg selv er bekymringsfullt idet resonnementene tydelig bærer preg av at subjektive elementer i form av myndighetenes formål har vært styrende for rettens flertalls stillingtagen til om tiltaket isolert sett representerte en frihetsberøvelse.

Riktignok fremhever flertallet det generelle prinsipp om at retten, for å møte dagens behov, ikke kan etablere ny rett, herunder etablere nye unntak eller rettfærdiggjøringsgrunner som ikke er uttrykkelig anerkjent i EMK. Men rettens begrunnelser av sitt standpunkt levner tvil om avgjørelsen ivaretar dette hensyn. Ved å

⁸⁰¹ Se Fredriksen 2015 s. 343 som tolker EMDs tilnærming i *Austin-saken* som uttrykk for at subjektive momenter i form av inngreps formål kan vektlegges.

⁸⁰² Avgjørelsen er omhandlet ovenfor.

⁸⁰³ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, punkt 64.

⁸⁰⁴ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, punkt 65.

⁸⁰⁵ Nærmere om de generelle prinsipper som retten vektla, Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, pkt. 53 flg.

fremheve de politioperative utfordringer som politiet står overfor i et moderne samfunn, viser retten at politiets formål med tiltaket har vært angivende for rettens konklusjon.⁸⁰⁶ Når det er sagt, fremstår det som vanskelig å forstå at politioperative utfordringer sammen med det faktum at politiet må bevilges rom for skjønnsutøvelse i sine politioperative virksomheter, har noen som helst relevans for spørsmålet om det i en konkret situasjon foreligger en frihetsberøvelse. Det samme gjelder flertallets generelle anførsel om at politiet står overfor nye utfordringer som var ukjent da EMK ble utformet. Slike argumenter, som understøtter politiets formål med tiltaket, kan som tidligere nevnt alene tillegges vekt ved avgjørelse av om en eventuell frihetsberøvelse kan rettferdiggjøres. Som mindretallet påpeker,⁸⁰⁷ står flertallets begrunnelse i sterk kontrast til EMDs tidligere standpunkt som bygger på at myndighetenes formål ikke har relevans ved vurdering av om det foreligger en frihetsberøvelse.

Hva kan så være en plausibel årsaksforklaring på flertallets konklusjon? I innledningen til dette kapitlet uttalte jeg meg kritisk til det faktum at GrL § 94 var gitt en generell språklig utforming som i stor grad avviker fra korresponderende bestemmelse i EMK. Når det er sagt, viser gjennomgangen av *Austin-saken* at EMK artikkel 5s konkrete og presise utforming, hvor legitime unntak er uttømmende angitt, har utfordret flertallet, idet det ikke var mulig å etablere en «konstruksjon» hvor politiets frihetsberøvelse kunne subsumeres under en av bestemmelsens angitte unntak. Følgelig ville tiltaket, som korrekt påpekt av rettens mindretall, ikke kunne rettferdiggjøres innenfor artikkel

⁸⁰⁶ Dette inntrykket styrkes ytterligere idet retten i *Austin v. The United Kingdom*, i pkt. 56 uttaler følgende: «Article 5 cannot be interpreted in such a way as to make it impracticable for the police to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, provided that they comply with the underlying principle of Article 5, which is to protect the individual from arbitrariness (...)»

⁸⁰⁷ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, pkt. 4 i mindretallets begrunnelse: «Firstly, the Court has always held that the aim or intention of a measure cannot be taken into account in assessing whether there has been a deprivation of liberty. These aspects are relevant only in assessing whether the deprivation of liberty was justified for the purposes listed in subparagraphs (a) to (f) of Article 5 § 1.»

5 nr. 1s rammer dersom flertallet hadde konkludert med at tiltaket utgjorde en frihetsberøvelse.⁸⁰⁸

Kan flertallets tilnærming tas til inntekt for et taktskifte i EMD-praksis hvor myndighetenes aktverdige formål ikke bare tillegges vekt ved avgjørelse av om en eventuell frihetsberøvelse kan rettferdiggjøres, men også får betydning for avgjørelse av spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse?

EMD-praksis viser at domstolen i sine avgjørelser foretar en interesseavveining mellom motstridende interesser. I skjæringspunktet politi og individ vil en relevant interesseavveining være forholdet mellom statens behov/plikt til å sikre offentlig ro og sikkerhet, og individets rettigheter.

I en slik interesseavveining vil individet måtte tåle mindre tiltak av generell og allmenn karakter som har som formål å regulere ferdsel, skape orden og forebygge hendelser all den tid tiltakene er rettet mot allmennheten som sådan, og ikke enkeltindivider. Som eksempel kan nevnes generell regulering av bevegelsesfriheten og automatisert sikkerhetssjekk. Tiltakene er tyngende, men de overskrider ikke en definert tålegrense for hva som utgjør et inngrep.

Det er ikke unaturlig å tenke seg at retten, i tilfeller hvor konstatering av krenkelse av EMK artikkel 5 fremstår som et urimelig resultat i lys av myndighetenes aktverdige formål med tiltaket, underkaster den definerte tålegrensen en regulering basert på subjektive elementer.

Det ligger, som tidligere påpekt, i enhver politiorganisasjons «natur» at inngripende myndighetsutøvelse ikke er et mål i seg selv, men et middel for å oppfylle et formål. Med andre ord, enhver inngripende myndighetsutøvelse kan i realiteten begrunnes ut fra nærmere definerte aktverdige formål. Dersom rettens avgjørelse i *Austin-saken* representerer et taktskifte vil det åpne for etablering av en praksis hvor «målet helliger middelet» idet myndighetenes aktverdige formål blir tillagt vekt ved avgjørelse av om bestemmelsens sentrale materielle vilkår «frihetsberøvelse» er oppfylt.

Når jeg er av den oppfatning at *Austin-saken* ikke kan tas til inntekt for en slik utvikling beror det på flere grunner. For det første, dersom myndighetenes formål kan vektlegges vil det stride mot det faktum at artikkel 5 ikke sonderer mellom tiltak iverksatt av hensyn

⁸⁰⁸ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, mindretallets begrunnelse, punkt. 9: «...it would not have been possible for the police to justify it under the exceptions provided for in Article 5 § 1, sub-paragraphs (b) and (c).»

til offentlig ro og orden, eller tiltak iverksatt av andre legitime/offentlige interesser.⁸⁰⁹ For det andre vil en slik praksis undergrave en av de grunnleggende hensyn som EMK er vokter av – vernet mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Det tredje, og kanskje mest alvorlige motargumentet er at en slik tilnærming vil svekke muligheten til å utøve kvalitativ kontroll med politiets inngripende myndighetsutøvelse. Vurderingen av om det foreligger et aktverdig formål, vil i den daglige tjenesten foretas av den enkelte polititjenesteperson. Når vurderingen også kan anvendes ved avgjørelse av om det foreligger en «frihetsberøvelse», skal det mer til for å kunne bebreide tjenestepersonen. Følgelig vil også strafferettens betydning som kontrollmekanisme svekkes.

Når retten valgte å tilnærme seg spørsmålet om det forelå en frihetsberøvelse slik de gjorde, kan det nok forklares ut fra det faktum at *Austin-saken* er den første avgjørelsen hvor EMD tar stilling til politiets metodebruk i form av «'kettling' or containment of a group of people carried out by the police on public-order grounds.»⁸¹⁰ Metoden kan kort og upresist beskrives som et inngripende tiltak som rettes mot store menneskemasser som sådan i kraft av at de befinner seg på et nærmere angitt geografisk område, uten pretensjon om å ramme den enkelte.⁸¹¹ Det kan synes som om det, i en slik kontekst, har fremstått som utfordrende å gi politiets fremgangsmåte merkelappen «krenkende», noe som underbygges av rettens vektlegging av at politiet stod overfor nye utfordringer, «perhaps unforeseen when the Convention was drafted, and have developed new policing techniques to deal with them, including containment or 'kettling'».⁸¹²

Her berører retten en av de sentrale utfordringer ved den rettslige normering av politiets inngripende myndighetsutøvelse – nye utfordringer krever nye metodiske tilnærminger. Det kan synes som om EMD inntar en holdning hvor det overlates til

⁸⁰⁹ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, mindretallets avgjørelse, punkt 5.

⁸¹⁰ Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, punkt 52.

⁸¹¹ *Kettling* som polisiært tiltak i en nasjonal kontekst behandles i 14.2 under temaet *optisk følge*.

⁸¹² Se *Austin and Others v. The United Kingdom*, punkt 56.

politiet, gjennom utvikling av nye metoder, å etablere og utvikle gjeldende rett for inngripende myndighetsutøvelse.⁸¹³

Jeg legger derfor til grunn at i avgjørelse av spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse som reguleres av EMK artikkel 5 nr. 1, eller en frihetsbegrensning som er omhandlet i TP4, artikkel 2 beror, som tidligere nevnt, på en konkret vurdering basert på en rekke objektive kriterier hvor det snarere er et spørsmål om tiltakets grad og intensitet, enn dets karakter.⁸¹⁴

6.8.3.4 Kriterier for vurdering av det foreligger en frihetsberøvelse

Det naturlige utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger en frihetsberøvelse i relasjon til artikkel 5 nr. 1, beror på en totalvurdering av en rekke omstendigheter, hvor det tas utgangspunkt i den konkrete situasjonen.⁸¹⁵

Det grunnleggende spørsmålet er, som fremhevet i *Engel-saken*, om myndighetenes tiltak utgjør en restriksjon som klart avviker fra det som må betraktes som normal-situasjonen for individet.⁸¹⁶ Med dette som utgangspunkt har EMD fremhevet en rekke faktorer knyttet til tiltakets *art/intensitet, varighet, virkning og gjennomføringsmåte*.

Tiltak i form av innesperring/-lukking vil, etter sin *art og intensitet*, alltid vurderes som frihetsberøvelse da det utgjør den ultimate frihetsbegrensning. Elementet av tvang er overskyggende, og tiltaket har alene som formål å frata individets dets bevegelsesfrihet og mulighet for kontakt med omverden. I sum representerer innesperring et stort inngrep i individets autonomi idet enhver rettighet suspenderes. Dette var situasjonen i *Novotka v. Slovakia* hvor en person som nektet å oppgi personalia til politiet, ble innbragt til politistasjonen for sjekk av identitet. Han ble i den forbindelse plassert i en

⁸¹³ Dette temaet vil bli nærmere behandlet i en nasjonal kontekst i avhandlingens del III.

⁸¹⁴ Sml. Kjølbros s. 372.

⁸¹⁵ Se *Engel and Others v. The Netherlands*, punkt 59: «... the starting point must be his concrete situation.»

⁸¹⁶ Se *Engel and Others v. The Netherlands*, punkt 59: Normal-situasjonen som dannet rammene for vurderingen av den konkrete situasjon var det faktum at klager utførte sin militære tjenesteplikt: «... takes the form of restrictions that clearly deviate from the normal conditions of life within the armed forces ...»

celle og løslatt etter ca. én times opphold på stasjonen. Retten la til grunn at vedkommende var utsatt for en frihetsberøvelse, og uttalte:⁸¹⁷

«The relatively short duration of the interference does not affect the position (...). It has therefore to be established whether the applicant's deprivation of liberty was lawful for the purposes of that Article.»

Ved innesperring får dermed de øvrige kriterier liten selvstendig relevans for spørsmålet om det foreligger en frihetsberøvelse. Imidlertid kan de ha betydning ved avgjørelse om frihetsberøvelsen også utgjør en krenkelse av EMK artikkel 3 i form av nedverdiggende og umenneskelig behandling.⁸¹⁸

I tilfeller hvor det ikke foreligger innesperring, er tiltakets *varighet* av særlig betydning. EMD-praksis viser at selv kortvarige frihetsinnskrenkninger, som ikke innebærer innesperring, er blitt vurdert som frihetsberøvelser. I *Foka v. Turkey* ble en kvinne anholdt ved et sjekkpunkt og transportert til politihovedkvarteret for ransaking og sjekk for så å bli transportert tilbake til sjekkpunktet. Hendelsen varte i et par timer.

Også tilfeller hvor politiet i en kort periode anholder personer på stedet uten etterfølgende innbringelse til politistasjon, kan karakteriseres som frihetsberøvelse. Dette var situasjonen i *Gilland and Quinton v. The United Kingdom*.⁸¹⁹ Klager ble i forbindelse med en demonstrasjon i London stoppet og ransaket av politiet ved et sjekkpunkt. Anholdelsen varte i høyden 30 minutter. Retten uttalte i den forbindelse:

⁸¹⁷ Se *Novotka v. Slovakia*, punkt 2.

⁸¹⁸ Se Aall 2018 s. 360.

⁸¹⁹ Se *Gilland and Quinton v. The United Kingdom*, pkt. 57. Retten tok ikke stilling til om det forelå en krenkelse av artikkel 5, da klagen ble vurdert i forhold til artikkel 8. Men rettens merknader knyttet til artikkel 5 gir grunn til å tro at tiltaket, i lys av artikkel 5, ville blitt vurdert som en frihetsberøvelse. Dette underbygges ytterligere ved at EMD i *Shimovolos v. Russia*, i pkt. 49, refererer til denne avgjørelsen som et eksempel på at også frihetsinnskrenkninger av kort varighet kan utgjøre en frihetsberøvelse.

«...during this period the applicants were entirely deprived of any freedom of movement. They were obliged to remain where they were and submit to the search and if they had refused they would have been liable to arrest, detention at a police station and criminal charges. This element of coercion is indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1 (...). Se Engel and Others v. The Netherlands, punkt 59: Normal-situasjonen som dannet rammene for vurderingen av den konkrete situasjon var det faktum at klager utførte sin militære tjenesteplikt: «... takes the form of restrictions that clearly deviate from the normal conditions of life within the armed forces ...»

I andre tilfeller, hvor individet ikke er innsperret/-lukket, men er pålagt flere begrensninger med ulik *virkning* på friheten, vil det bero på en samlet vurdering om tiltakene kan karakteriseres som frihetsberøvelse. I *Guzzardi v. Italy* var klager forvist til å oppholde seg 16 måneder på et ca. 2,5 km² stort område på en øy. Han var ilagt meldeplikt to ganger daglig og måtte oppholde seg i sin bolig mellom kl. 2200 og 0700. Han fikk ikke ta kontakt med personer som var domfelt. Alle telefonsamtaler måtte rapporteres til myndighetene. EMD kom til grunn at det forelå en frihetsberøvelse, og la i den forbindelse særlig vekt på at Guzzardi var pålagt å oppholde seg på et geografisk lite område over et lengre tidsrom. Han var underlagt tilnærmet konstant overvåkning, og hadde liten eller ingen mulighet til å knytte sosial kontakt med andre.⁸²⁰

Som nevnt ovenfor konkluderte EMD i *Foka-saken* med at det forelå en frihetsberøvelse. Foka ble ikke innelåst på en celle, men måtte oppholde seg noen timer på politistasjonen før hun ble løslatt. Til tross for at dette isolert sett utgjør en frihetsberøvelse i relasjon til EMK artikkel 5, valgte EMD i tillegg å fremheve en rekke momenter knyttet til *gjennomføring* som har særlig relevans i en samlet vurdering av myndighetsutøvelsen. Foka opplevde å bli transportert alene vekk i en politibil fra et sjekkpunkt. Politiet anvendte makt for å få henne plassert i politibilen. Isolert sett var hun dermed i en sårbar situasjon som gav grunn for engstelse. Ved ankomst

⁸²⁰ I *Freimanis and Lidums v. France*, som har mange likhetstrekk med *Guzzardi-saken*, kom retten til at det ikke forelå en frihetsberøvelse. Klager var også her pålagt å oppholde seg på et avgrenset geografisk område, nærmere bestemt det distriktet han var bosatt. Videre var han ilagt forbud mot å flytte, og måtte melde seg hos politiet to ganger i uken. Han måtte også tåle uanmeldte kontrollbesøk og var ilagt forbud mot å oppholde seg på nærmere angitte steder. Se Kjølbros s. 373 med videre henvisning til avgjørelsen.

politistasjonen ble hun og en medbragt bag ransaket. Flere gjenstander ble beslaglagt og hun ble ilagt et forelegg. Samlet sett og hver for seg er dette omstendigheter som i en konkret situasjon griper inn i ulike elementer av individets frihet.⁸²¹

I *Shimovolos v. Russia* ble klager transportert fra togstasjonen til politistasjonen for identifikasjonskontroll, som varte i 45 minutter. Klager ble ikke innelåst på celle. Når EMD konkluderte med at det hadde funnet sted en frihetsberøvelse i relasjon til artikkel 5 nr. 1, ble det begrunnet ut fra det faktum at politiet hadde truet med å bruke makt dersom han ikke fulgte med frivillig, og han fikk ikke forlate stedet uten politiets tillatelse.⁸²²

6.8.3.5 Oppsummering

Ovenfor har jeg konkludert med at om det foreligger en frihetsberøvelse må, i samsvar med *Engel-saken*, vurderes ut fra objektive kriterier knyttet til sakens omstendigheter. Relevante subjektive kriterier er begrenset til spørsmål om individet har samtykket til inngrepet. Det innebærer at myndighetenes aktverdige motiv om å fremme interesser til beste for samfunnet og/eller individet, ikke har tilsvarende relevans. Videre kan det ut fra EMD-praksis legges til grunn at enhver innesperring utgjør en frihetsberøvelse, og at selv kortvarig innskrenking av friheten uten innesperring vil kunne betraktes som frihetsberøvelse i lys av tiltakets art og intensitet, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.

6.8.4 Legitime unntak

6.8.4.1 Preventiv polisier frihetsberøvelse

Som tidligere påpekt er norsk politi, ved lov, gitt en sentral rolle i forvaltningen av den norske stats plikt til å sikre menneskerettighetene, jf. EMK artikkel 1. Ifølge pl. § 2 nr.

⁸²¹ Se *Foka v. Turkey*, punkt 73 flg.

⁸²² Se *Shimovolos v. Russia*, pkt. 50. Klager «was brought to the police station under a threat of force and he was not free to leave the premises without the authorization of the police officers. The Court considers that there was an element of coercion which, notwithstanding the short duration of the arrest, was indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1.»

1, 2 og 3 skal politiet i den forbindelse blant annet forebygge, avdekke og stanse kriminalitet, samt forebygge krenkelser av, og opprettholde den offentlige orden og sikkerhet.

Ivaretagelse av disse oppgavene fordrer at politiet på et tidlig tidspunkt intervensjoner overfor et forventet hendelsesforløp, med formål å forebygge at konkret adferd eller risiko materialiseres. Har personen «forsett om å fullbyrde et lovbrudd» og foretatt handlinger «som leder direkte mot utføringen», foreligger det som regel en straffbar gjerning i form av forsøksansvar, jf. strl. § 16.⁸²³ Følgelig vil politiets inngripen på dette stadiet ikke kunne anses som *forebygging* av kriminalitet, men i høyden forebygging av *fullbyrdet lovbrudd*.⁸²⁴ I slike tilfeller vil det være naturlig å forankre bruken av frihetsberøvelse i straffeprosessloven kapittel 14.

I en polisiær kontekst, hvor formålet er å forebygge adferd og risiko, vil politiets inngripende myndighetsutøvelse generelt, og bruk av preventiv frihetsberøvelse i forebyggende øyemed spesielt, iverksettes på et langt tidligere tidspunkt i et forventet hendelsesforløp. Det innebærer at politiets plikt til å forebygge kriminalitet og krenkelser av den offentlige orden og sikkerhet, aktualiserer bruk av preventiv polisiær frihetsberøvelse på et tidspunkt hvor individet i høyden kan sies å ha tatt beslutning om å krenke offentlig orden og sikkerhet uten å ha utført konkrete handlinger.

Legitimerer EMK artikkel 5 nr. 1 bruk av preventiv polisiær frihetsberøvelse i en slik kontekst, og hva er i så fall de nærmere kriterier for at myndighetsutøvelsen skal anses for å være legitim? Det er dette som er temaet for den videre drøftelsen.

Jeg har tidligere nevnt at EMD i flere av sine avgjørelser har fremhevet at artikkel 5 nr. 1 gir en uttømmende opplisting over tillatte unntak fra individets rett til personlig frihet, og unntakene skal underkastes en streng fortolkning. Samtidig er EMD bevisst det faktum at de over tid har utviklet en rettspraksis som stiller krav til statens sikringsplikt i form av å sikre offentlig orden og sikkerhet med det formål å forebygge at individers

⁸²³ Se Grønning mfl. 2019 s. 353 flg. om forsøksansvar, Andenæs 2016 kapittel 33 og 34 og Eskeland 2017 s. 205 flg.

⁸²⁴ For sondringen polisiær virksomhet – straffefølgning, se 3.4. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 314 flg.

rettigheter – utledet av EMK artikkel 2 og 3 – blir krenket. Sikringsplikten inkluderer også handlinger utført av andre privatpersoner.⁸²⁵ EMD har ved flere anledninger fremhevet at artikkel 5 ikke kan tolkes på en slik måte at den gjør det umulig for politiet til å oppfylle sin plikt til å opprettholde orden og sikkerhet.⁸²⁶

I en polisiær kontekst, og utledet av EMD-praksis, er det preventiv polisiær frihetsberøvelse som har til formål enten å «secure the fulfilment of any obligation prescribed by law», jf. bestemmelsens bokstav b, andre alternativ, eller når det fremstår som «necessary to prevent his committing an offence ...», jf. bestemmelsens bokstav c, andre alternativ, som er av særlig interesse.

6.8.4.2 EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b har følgende ordlyd:

«The lawfull arrest or detention for a person... in order to secure the fulfilment of any obligation precribed by law».

I *Ostendorf v. Germany* anførte myndighetene at arrestasjonen og frihetsberøvelsen av Ostendorf kunne rettferdiggjøres både med hjemmel i bokstav b og c i artikkel 5 nr. 1. Ostendorf, ble sammen med en gruppe fotballsupportere påtruffet av politiet på en pub i Frankfurt. Ostendorf hadde ikke begått noe straffbare handlinger, men EMD la til grunn at politiet hadde informasjon som gav grunnlag for å tro at Ostendorf sammen med andre supportere hadde til hensikt å delta i slåsskamper med rivaliserende supportere. For å unngå bråk ble samtlige supportere gitt ordre om å bevege seg samlet for å bli eskortert til stadion av politiet. Ostendorf fulgte ikke denne ordren og ble arrestert. Politiet, som ikke hadde til formål å fremstille Ostendorf for noen domsmyndighet, løslot han ca. én time etter kampslutt.

Når rettens flertall konkluderte med at den preventive polisiære frihetsberøvelsen var legitim, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b, andre alternativ («in order to secure the

⁸²⁵ Se *S., V. og A v. Denmark* punkt 124. Avgjørelsen er nærmere omtalt i 6.8.4.3.

⁸²⁶ Se blant annet *Austin and Others v. The United Kingdom* punkt 56 og *Ostendorf v. Germany* punkt 88.

fulfilment of an obligation prescribed by law.»), konstaterte de innledningsvis at politiet hadde hjemmel til å gi Ostendorf konkrete pålegg med det formål å forebygge at han begikk et lovbrudd av en viss alvorlighet («considerable importance to the general public»).

Videre synes retten å ha lagt til grunn at formuleringen: «in order to secure the fulfilment of an obligation prescribed by law» bygger på følgende resonnement: All den tid politiet har kompetanse til å gi pålegg, og denne kompetansen er forankret i «lov», oppstår det en «obligation prescribed by law» når politiet gir et slikt pålegg. Følgelig vil manglende etterlevelse av pålegget kunne rettferdiggjøre en frihetsberøvelse som tiltak for å sikre oppfyllelse av forpliktelsen, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 b.

Utledet av EMD-praksis er det imidlertid fastsatt nærmere vilkår som forutsettes oppfylt før bestemmelsen anses å rettferdiggjøre en preventiv polisær frihetsberøvelse. For det første kan det ikke utledes av bestemmelsen en generell plikt til ikke å begå lovbrudd. Bestemmelsen oppstiller et *konkretiseringskrav*. Plikten til ikke å begå lovbrudd anses som tilstrekkelig konkret og spesifikk først når *tid* og *sted* for det angivelige lovbruddet sammen med hvem og eventuelt *hva* som står i fare for å bli rammet, i tilstrekkelig grad kan konkretiseres.⁸²⁷ Utledet av disse prinsipper kan det, slik som EMD legger til grunn, oppstilles krav om at den lovpålagte forpliktelsen i tid må eksistere forut for anholdelsen.

I *Schwabe and M.G. v. Germany* anførte myndighetene at arrestasjonen og etterfølgende frihetsberøvelse i ca. fem og ett halvt døgn var legitim, jf. artikkel 5 nr. 1 b, da den hadde som formål «to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law». Klagerne ble arrestert idet de var på vei inn til Heiligendamm i Rostock for å delta i en demonstrasjon. EMD var ikke enig i myndighetenes vurderinger, og påpekte blant annet at politiet «neither ordered the applicants to report to a police station in their town of residence nor prohibited them from entering the area in which G8-related

⁸²⁷ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 83.

demonstrations took place. The applicants therefore cannot be considered to have been under an obligation prescribed by law.»⁸²⁸ Følgelig var anholdelsen av klagerne i strid med EMK artikkel 5 nr. 1 b.

I *Ostendorf-saken* la retten til grunn at den lovpålagte forpliktelsen var tilstrekkelig spesifikk. Frihetsberøvelsen hadde som formål å sikre oppfyllelse av denne forpliktelsen idet den forhindret Ostendorf å arrangere slåsskamper mellom rivaliserende fotballsupportere før, under og etter kampen.⁸²⁹

For det andre må politiet på forhånd informere den anholdte om konsekvensene av å ikke følge pålegget. Ostendorf ble, sammen med de andre supportene, forklart at den som forlot gruppen ville bli arrestert.

S., V. and A. v. Denmark (saken er nærmere omtalt nedenfor) har flere klare likhetstrekk med *Ostendorf-saken*. Begge sakene gjaldt fotballsupportere som politiet hadde gode grunner for å frykte at ville arrangere og delta i slåsskamper mellom rivaliserende supporterer med påfølgende fare for kroppskrenkelsener og forstyrrelse av den offentlige orden og sikkerhet. I begge sakene tok politiet i bruk forebyggende frihetsberøvelse som polisært tiltak. Videre var det i begge saker uomtvistet at politiet ikke hadde til hensikt å fremstille de arresterte for en kompetent domsmyndighet, men løslot klagerne like etter kampslutt. Når retten i *S., V. and A.-saken* konkluderte med at frihetsberøvelsen ikke kunne legitimeres under artikkel 5 nr. 1 bokstav b, ble det, slik som i *Schwabe and M.G.-saken*, særlig lagt vekt på at klagerne ikke ble gitt en spesifikk ordre eller pålegg. Følgelig ble de ikke fortalt hvilke handlinger de skulle avstå fra å gjøre, og heller ikke informert om konsekvensene av ikke å følge ordren. Det faktum at klagerne var oppmerksomme på det store oppbudet av politi før, under og etter

⁸²⁸ Se *Schwabe and M.G. v. Germany*, punkt 81.

⁸²⁹ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 93.

fotballkampen var i seg selv ikke tilstrekkelig for å konstatere at klagerne var blitt gjort kjent med en spesifikk forpliktelse.⁸³⁰

For det tredje er det et ytterligere vilkår for at frihetsberøvelsen skal anses som legitim, at den anholdte enten ikke har klart, eller viser at han ikke har til hensikt, å overholde forpliktelsen. Konstatering av en slik hensikt vil, slik påpekt i *Ostendorf-saken*, innebære at politiet må kunne vise til «sufficient facts and information which would satisfy an objective observer ...»⁸³¹ Retten la til grunn at Ostendorf, ved å gjemme seg på dametoalettet, klart gav til kjenne at han ikke hadde til hensikt å følge politiets pålegg om å bevege seg mot stadion.

For det fjerde må oppfyllelsen av forpliktelsen være forenelig med EMK, og så snart forpliktelsene er oppfylt, opphører grunnlaget for frihetsberøvelsen. Frihetsberøvelsen av Ostendorf hadde som formål å forhindre at slåsskampene ledet til kroppskrenkninger og ordensforstyrrelser i anledning avvikling av fotballkampen, og han ble løslatt ca. én time etter kampslutt.

For det femte må frihetsberøvelsen fremstå som forholdsmessig. Myndighetenes behov for å sikre umiddelbar oppfyllelse av forpliktelsen må veies opp mot individets rett til frihet. I den forbindelse skal en rekke faktorer hensyntas, herunder forpliktelsens art («nature») og dens underliggende formål, sammen med forhold knyttet til den anholdte, og de konkrete forhold som ledet til anholdelsen og anholdelsens varighet. Retten fant at disse hensyn var ivaretatt idet de viste til at politiet betraktet Ostendorf som en leder av hooligans-gjengen.

⁸³⁰ Se *S., V. and A. v. Germany*, punkt 84 og 85.

⁸³¹ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 80.

6.8.4.3 EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c

EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c har følgende ordlyd:

«the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so».

Som den videre fremstilling vil vise har EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c sin betydning som rettslig skranke for preventiv polisiær frihetsberøvelse, vært gjenstand for en ikke ubetydelig rettslig utvikling. For å belyse denne utviklingen er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i *Ostendorf-saken*. Som nevnt ovenfor anførte tyske myndigheter at frihetsberøvelsen av Ostendorf også kunne rettferdiggjøres, på grunnlag av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c «necessary to prevent his committing an offence ...»

Innledningsvis fant retten, på generelt grunnlag, grunn til å påpeke at bestemmelsen ikke hjemler frihetsberøvelse av personer som myndighetene oppfatter som «generelt» farlig og/eller tilbøyelige til å begå lovbrudd.⁸³² Dette kan, som fremhevet i *Schwabe and M.G.-saken*, også utledes av ordlyden «an offence» som viser til et konkret og spesifikt lovbrudd.⁸³³ Videre påpekte retten at det følger av etablert EMD-praksis at frihetsberøvelse av en person i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c, med formål å forebygge at han begår et lovbrudd, bare er legitim dersom formålet er å fremstille han for en kompetent domsmyndighet.⁸³⁴ Ytterligere fremhevet retten på generelt grunnlag at bestemmelsen kun legitimerer frihetsberøvelser i forbindelse med straffesaker. Dette styrkes av rettens henvisning til at:⁸³⁵

⁸³² Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 66.

⁸³³ Se *Schwabe and M.G v. Germany*, punkt 69.

⁸³⁴ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 66: «Under the Court's well-established case-law, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be «effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority», a requirement which qualifies every category of detention referred to in Article 5 § 1 (c)».

⁸³⁵ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 68: «Sub-paragraph (c) thus permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings...»

«paragraphs 1 c and 3 of Article 5, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority and that that person is entitled to trial within a reasonable time. Under its long-established case-law, the second alternative of Article 5 § 1 c therefore only governs pre-trial detention and not custody for preventive purposes without the person concerned being suspected of having already committed a criminal offence».

Når rettens flertall i *Ostendorf-saken* konkluderte med at politiets frihetsberøvelse ikke kunne rettferdiggjøres i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c andre alternativ,⁸³⁶ hadde det solid forankring i tidligere rettspraksis:⁸³⁷

Flertallets begrunnelse i *Ostendorf-saken* gir i utgangspunktet et klart bilde av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c sitt innhold og rekkevidde. Det er kun bestemmelsens bokstav b andre alternativ som gir en begrenset adgang til å anvende preventiv frihetsberøvelse som polisiært tiltak. Bestemmelsens bokstav c er kun anvendelig i tilfeller hvor en person er mistenkt for straffbare handlinger, og rettferdiggjør ikke frihetsberøvelse for «prevention purposes».⁸³⁸

Med dette rettslige utgangspunkt som bakteppe tar EMD i saken *S., V. and A. v. Denmark* – etter å ha avvist at EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b kommer til anvendelse – *stilling* til om dansk politis preventive polisiære frihetsberøvelse av tre klagere i anledning landskamp mellom Danmark og Sverige i København i oktober 2009 var rettmessig i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

Dansk politi hadde mottatt etterretningsinformasjon om at det var planlagt «hooligan brawls». De tre klagerne, som var i København for å se kampen, ble arrestert («detained») på kampdagen, ca. kl. 1600, og dimittert rundt midnatt. Anholdelsen, som

⁸³⁶ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 89.

⁸³⁷ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 82.

⁸³⁸ Se Aall 2018 s. 373 som viser til at EMD i flere dommer mot Tyskland har vært avvisende til preventiv arrest utenom straffesaker. Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 80: «The Court, however, recalls that under paragraphs 1 (c) and 3 of Article 5, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be 'effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority' and that that person is 'entitled to trial within a reasonable time'. Under its long-established case-law, the second alternative of Article 5 § 1 (c) therefore only governs pre-trial detention and not custody for preventive purposes without the person concerned being suspected of having already committed a criminal offence». Og punkt 85: «As the Court has confirmed in its case-law on many occasions, the second alternative of Article 5 § 1 (c) is consequently only covering deprivation of liberty in connection with criminal proceedings.»

var hjemlet i dansk politilov § 5 (3), varte totalt i ca. 7 timer.⁸³⁹ Til sammen ble 138 personer arrestert, hvorav ca. halvparten med hjemmel i den danske *retsplejeloven* og den andre halvparten med hjemmel i pl. § 5 (3).

Danske myndigheter anførte at frihetsberøvelsen var legitim i medhold av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c da de ble vurdert som:

« 'necessary to prevent their committing an offence', or more specifically, they had been detained under section 5(3) of the Police Act to avert the risk of disturbance of public order and the danger to the safety of individuals and public security. »

Når artikkel 5 nr. 1 bokstav c andre alternativ anvender formuleringen «... necessary to prevent his committig an offence» (min utheving) siktes det ikke, slik det gis uttrykk for i den norske lovteksten – «... nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling» (min utheving) – kun til handlinger som er straffesanksjonert etter nasjonal lovgivning. Dette ble lagt til grunn av EMD i *Steel and Others v. The United Kingdom*.⁸⁴⁰ Tross dette la EMD til grunn at forholdet var å anse som «an offence» i relasjon til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c, og viste i den forbindelse til britisk rettspraksis hvor ordensforstyrrelser («breach of the peace») ble beskrevet således:⁸⁴¹

«When an individual causes harm, or appears likely to cause harm, to persons or property or acts in a manner the natural consequence of which would be to provoke others to violence».

På lik linje med artikkel 5 nr. 1 bokstav b, oppstiller også bokstav c et konkretiseringskrav. I forhold til bokstav c er kravet at myndighetene overbevisende må kunne vise at den anholdte med all sannsynlighet ville vært involvert i en konkret og spesifikk «offence» dersom han ikke hadde blitt fratatt sin frihet.⁸⁴²

⁸³⁹Lovteksten er hentet fra: <https://www.retsinformation.dk> den 6. november 2018.

⁸⁴⁰ Se *Steel and Others v. The United Kingdom*. Klagerne hadde hindret at jakt kunne gjennomføres ved å gå foran jegerne for å hindre de fra å skyte. Dette ble ansett som «breach of the peace», som etter britisk rett ikke var en straffesanksjonert handling (se punkt 25) Tross dette la EMD til grunn at forholdet var å anse som «an offence» i relasjon til EMK artikkel 5 nr. 1 c. (Se punkt 46 flg.)

⁸⁴¹ Se *Steel and Others v. The United Kingdom*, punkt 55.

⁸⁴² Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 91: «... the authorities must show convincingly that the person concerned would in all likelihood have been involved in the concrete and specific offence, had its commission not been prevented by the detention.»

Ved avgjørelse av om frihetsberøvelsen er vilkårlig, er dens begrunnelse en relevant faktor. Ved frihetsberøvelser over et lengre tidsrom vil eventuelt fravær av rettslige beslutninger som tillater frihetsberøvelser være uforenelig med prinsippet om beskyttelse mot vilkårlighet, jf. artikkel 5 nr. 1. Med andre ord, dersom nasjonale domsmyndigheters avgjørelser gir en nærmere begrunnelse som underbygger berettigelsen av frihetsberøvelsen, vil den i utgangspunktet være legitim, så fremt begrunnelsene ikke fremstår som svært overfladisk og/eller ikke viser til normeringer som tillater frihetsberøvelsen.⁸⁴³

Når retten så tar stilling til om dansk politis frihetsberøvelse av klagerne, som i realiteten utgjorde en preventiv frihetsberøvelse utenom straffesak, kunne rettferdiggjøres i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c andre alternativ, starter de med å vise til *Ostendorf-saken*, hvor det ble lagt til grunn at bestemmelsen ikke rettferdiggjorde frihetsberøvelse med det formål å forhindre den anholdte fra å begå lovbrudd i forbindelse med slåsskamper mellom rivaliserende fotballsupportere.⁸⁴⁴ Samtidig gav retten uttrykk for at de var bevisst viktigheten av at politiet hadde adgang til å anvende forebyggende tiltak for å unngå situasjoner som utgjorde en fare for individers liv og fare for materielle skader. Retten viste i så måte til de mange hendelser i Europa hvor store massetilstelninger har endt i voldelige hendelser. Det er derfor, som påpekt av retten, viktig at konvensjonen tolkes og anvendes slik at den tar hensyn til de identifiserte utfordringene, samtidig som bestemmelsens betydning som en effektiv beskyttelse av menneskerettighetene ivaretas.

Retten velger deretter en noe utradisjonell tilnærming. Først fremhever de at, for å ivareta de utfordringer som saken aktualiseres samtidig som hensynet til et effektivt vern av menneskerettighetene ivaretas, er det behov for å klargjøre rettspraksis knyttet til bestemmelsen.⁸⁴⁵

⁸⁴³ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 92.

⁸⁴⁴ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 93.

⁸⁴⁵ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 95: «...the Court will take this opportunity to examine whether there is a need for clarification of its case-law under sub-paragraph (c) of Article 5 § 1.» Og punkt 103: «The present case reveals a need for the

Retten startet med å stille spørsmålet om artikkel 5 nr. 1 bokstav c, andre alternativ, «when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence», er et selvstendig vilkår for frihetsberøvelse, uavhengig av bokstav c, første alternativ «reasonable suspicion of his having committed an offence».⁸⁴⁶ For å svare på spørsmålet foretar retten først en gjennomgang av rettspraksis for å avklare hvordan bestemmelsens andre alternativ tidligere har blitt tolket og anvendt. Deretter undersøker de om formålskravet i artikkel 5 nr. 1 bokstav c: «for the purpose of bringing him before the competent legal authority», innebærer noen begrensninger i anvendelse av forebyggende frihetsberøvelse i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c andre alternativ. For det tredje, og forutsatt at forebyggende frihetsberøvelse kan rettfærdiggjøres i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c, adresserte retten nærmere hvordan artikkel 5 nr. 3 og 5 skal forstås for å sikre at en slik frihetsberøvelse ikke er vilkårlig eller uproporsjonal.⁸⁴⁷

I forhold til spørsmålet om artikkel 5 nr. 1 bokstav c, andre alternativ kan betraktes som et selvstendig vilkår, uavhengig av bestemmelsens første alternativ, viste retten først til at artikkel 5 nr. 1 bokstav c angir tre uavhengige omstendigheter som legitimerer frihetsberøvelse av en person. Videre påpekte retten at det fremgår av «the Report of the Conference of Senior Officials on Humans Rights to the Committee of Ministers on Article 5 §§ 1 (c) and 3 of the second draft Convention»,⁸⁴⁸ at artikkel 5 nr. 1 c andre alternativ var ment å utgjøre en selvstendig begrunnelse for frihetsberøvelse. Retten erkjente imidlertid at EMD-praksis har vært mindre klar på

Court to revisit and further clarify its case-law, not only with a view to ensuring greater consistency and coherence but also in order to address more appropriately modern societal problems of the kind at issue in the case.»

⁸⁴⁶ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 96.

⁸⁴⁷ Se *S. V. and A. v. Denmark*, punkt 97.

⁸⁴⁸ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 99 hvor det blant annet siteres følgende fra rapporten: «It may, however, be necessary in certain circumstances to arrest an individual in order to prevent his committing a crime, even if the facts which show his intention to commit the crime do not of themselves constitute a penal offence.»

dette området,⁸⁴⁹ og viste i den forbindelse til rettspraksis i perioden fra *Ostendorf-saken* og tilbake til *Lawless v. Ireland*.

Det er i lys av disse observasjoner retten uttrykker behovet for å «... revisit and further clarify its case-law, not only with a view to ensuring greater consistency and coherence but also in order to address more appropriately modern societal problems of the kind at issue in the case.»⁸⁵⁰

På lik linje med mindretallet i *Ostendorf-saken*, la retten til grunn for sin analyse i *Lawless-saken*, en tolking av ordlyd som tilsier at bestemmelsen gir uttrykk for tre ulike alternative, selvstendige grunnlag for frihetsberøvelser. I tillegg er det knyttet ett kumulativt vilkår til disse alternativene. Frihetsberøvelsen skal ha som formål å enten fremstille den anholdte for en dommer for å prøve lovligheten av frihetsberøvelsen, eller for å ta stilling til tiltale i en straffesak.⁸⁵¹ Videre vises det til at det i etterfølgende dommer og avgjørelser finnes eksempler på at retten implisitt har gitt uttrykk for at forebyggende frihetsberøvelse, selv om det skjer utenom straffesak, kan rettfærdiggjøres i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c.⁸⁵²

Når rettspraksis fravek rettens linje i *Lawless-saken*, ca. 27 år senere i *Ciulla v. Italy*, ved å legge til grunn at artikkel 5 nr. 1 bokstav c bare legitimerer frihetsberøvelser i forbindelse med straffesaker, skjedde det uten noen nærmere forklaring.⁸⁵³ Men som retten påpeker i *S., V. and A-saken*, er det i tiden mellom *Lawless-saken* og *Ostendorf-saken* avsagt EMD-avgjørelser som ikke er konsistent med *Ciulla-saken* og senere gjentatt i flere avgjørelser.

⁸⁴⁹ Se *S. V. and A. v. Denmark*, punkt 99. Se også punkt 36 flg. hvor retten gir en fremstilling av det forberedende arbeid tilknyttet artikkel 5 nr. 1.

⁸⁵⁰ Se *S. V. and A. v. Denmark*, punkt 103.

⁸⁵¹ Se *S. V. and A. v. Denmark*, punkt 105: «Moreover, the requirement that the detention 'be effected for the purpose of bringing [the person] before the competent [judicial] authority' applied in respect of each ground, as did the obligation to bring the person before a judge either for the purpose of examining the question of deprivation of liberty or for the purpose of deciding on the merits of a criminal charge, under paragraphs 1 (c) and 3 of Article 5.»

⁸⁵² Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 107 hvor retten viser til og siterer fra *Ireland v. the United Kingdom*.

⁸⁵³ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 108 hvor det vises til *Ciulla v. Italy*, punkt 38: «The Court points out that sub-paragraph (c) (art. 5-1-c) permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings. This is apparent from its wording, which must be read in conjunction both with sub-paragraph (a) and with paragraph 3 (...), which forms a whole with it...»

På bakgrunn av ovennevnte finner retten i *S., V. and A.-saken* at det er tungtveiende argumenter som taler for å legge til grunn tolkningen uttrykt i *Lawless-saken*. Senere EMD-praksis representerer ikke bare et markert og ubegrunnet avvik fra *Lawless-saken*. Praksisen er også vanskelig å forene med den tekstlige tolkingen av bestemmelsen slik den kommer til uttrykk i det forberedende arbeidet til bestemmelsen.⁸⁵⁴

På dette grunnlag fant retten grunn til å «justere» sin rettspraksis med formål «to ensuring greater consistency and coherence [and] in order to address more appropriately modern societal problems of the kind at issue in the case», og gir i den forbindelse uttrykk for sin generelle oppfatning:⁸⁵⁵

«that in order not to make it impracticable for the police to fulfil their duties of maintaining order and protecting the public, provided that they comply with the underlying principle of Article 5, which is to protect the individual from arbitrariness (...), the lawful detention of a person outside the context of criminal proceedings can, as a matter of principle be permissible under Article 5 § 1 (c) of the Convention.»

Uavhengig av dette standpunkt, måtte retten også ta stilling til om formålskravet i artikkel 5 nr. 1 bokstav c, nemlig at «detention of a person [must be] effected for the purpose of bringing [the person] before the competent legal authority», utgjorde en rettslig hindring i adgangen til å anvende forebyggende frihetsberøvelse av den karakter som saken aktualiserer.

Retten la til grunn at i tilfeller hvor en person utsettes for en kortvarig forebyggende frihetsberøvelse, enten fordi risikoen som lå til grunn for frihetsberøvelsen er opphørt eller fordi den i nasjonal rett fastsatte kortere frist er utløpt, bør formålet om å fremstille den anholdte for en kompetent domsmyndighet ikke utgjøre et hinder for kortvarige frihetsberøvelser i medhold av artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Foruten å finne støtte for et

⁸⁵⁴ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 115.

⁸⁵⁵ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 116.

slikt syn i EMD-praksis,⁸⁵⁶ forankret retten sin konklusjon i en rekke bærende hensyn og omstendigheter. For det første påpeker retten det faktum at EMD over tid har utviklet en utvidet forståelsen av statens positive plikt til å sikre individets rettigheter i medhold av artikkel 2 og 3 gjennom å beskytte offentligheten mot lovbrudd. For det andre fremhever retten betydningen av at artikkel 5 tolkes på en slik måte at den ikke umuliggjør politiets adgang til å ivareta sin plikt til å opprettholde den offentlige orden og sikkerhet. For det tredje påpeker retten at en for streng fortolkning av formålskravet i artikkel 5 nr. 1 c i seg selv kan få konsekvenser som strider mot bestemmelsens bærende verdier. Dette vil være tilfellet i situasjoner hvor politiet i en tidlig fase av frihetsberøvelsen ser at risikoen som danner grunnlaget for anholdelsen vil opphøre i løpet av kort tid, og med all sannsynlighet før det vil være praktisk mulig å fremstille den anholdte for retten. I en slik situasjon vil en streng fortolkning virke mot sin hensikt idet den vil føre til at frihetsberøvelsen forlenges, ikke for å dekke formålet med frihetsberøvelsen, men for å oppfylle bestemmelsens formålskrav om å fremstille vedkommende for en kompetent domsmyndighet.

I forhold til kortvarig forebyggende arrest («short-term preventive detention») foretar retten en innskrenkende fortolkning av bestemmelsens formålskrav – med formål å fremstille den anholdte for en kompetent domsmyndighet – ved å legge til grunn at kravet implisitt avhenger av om risikoen som ligger til grunn for frihetsberøvelsen varer så lenge at det er praktisk mulig å fremstille vedkommende før han skal løslates.⁸⁵⁷

Retten har dermed tillagt formålskravet i artikkel 5 nr. 1 bokstav c et fleksibelt innhold, noe som i seg selv ikke bør være kontroversielt all den tid bestemmelsen ivaretar en rekke formål. Retten finner derfor behov for å understreke at denne fleksibiliteten er begrenset i lys av sentrale rettssikkerhetsgarantier som er inkorporert i bestemmelsen. For at frihetsberøvelsen skal anses som legitim må den fremstå i tråd med formålet om å beskytte den anholdte mot vilkårlig tjenesteutøvelse. Videre utledes det av

⁸⁵⁶ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 119.

⁸⁵⁷ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 125.

bestemmelsen et krav om at lovbruddet som den anholdte fryktes å gjennomføre, dersom han ikke blir frarøvet sin frihet, er konkret og spesifikt med hensyn til tid og sted for utførelse og hvem/hva det står i fare for å ramme. For det tredje hviler det et ikke ubetydelig beviskrav på myndighetene idet de må kunne fremlegge tilstrekkelig med fakta som vil overbevise en objektiv tredjeperson at uten frihetsberøvelsen ville den anholdte med all sannsynlighet («in all likelihood») latt seg involvere i det konkrete og spesifikke lovbruddet.

Avslutningsvis påpeker retten at fleksibiliteten er ytterligere begrenset i lys av kravet om at frihetsberøvelsen må anses «rimelig nødvendig» («reasonably considered necessary»).

Ved å konstatere at bokstav c uttrykker tre selvstendige grunnlag for frihetsberøvelse, samtidig som retten tillegger formålskravet – «for the purpose of bringing [the person] before the competent legal authority» – et fleksibelt innhold, åpner bestemmelsen for bruk av preventiv polisiær frihetsberøvelse så lenge rettsikkerhetsgarantiene som er inkorporert i bestemmelsens ivaretas.

Vi står da igjen med å avklare hvordan artikkel 5 nr. 3 skal forstås for å sikre at preventive polisiære frihetsberøvelser ikke er vilkårlige eller uproporsjonale.

6.8.4.4 EMK artikkel 5 nr. 3

EMK artikkel 5 nr. 3 har følgende ordlyd:

«Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial».

I *S., V. and A. v. Denmark* konkluderte EMD med at når myndighetene ikke har til hensikt å tiltale den anholdte, eller å iverksette etterforskning for å avklare om det er grunnlag for å straffeforfølge vedkommende, kan ikke formålskravet om å straks fremstille vedkommende for en kompetent domsmyndighet gjelde ved forebyggende

polisiær frihetsberøvelse.⁸⁵⁸ Dette til tross for at ordlyden i artikkel 5 nr. 3 sammenholdt med artikkel 5 nr. 1 bokstav c oppstiller et slikt formålskrav uten å angi unntak for forebyggende polisiære frihetsberøvelser. Rettens standpunkt står også i sterk kontrast til tidligere rettspraksis som har lagt til grunn en streng tolkning av formålskravet ved klart å gi uttrykk for at bestemmelsen kun legitimerer frihetsberøvelser i forbindelse med straffesaker hvor formålet er å fremstille vedkommende for en kompetent domsmyndighet.⁸⁵⁹

Et av særkjennetegnene ved forebyggende polisiær frihetsberøvelse er at politiet ikke har til formål å verken opprette en straffesak, eller fremstille den anholdte for en kompetent domsmyndighet. Dette var også situasjonen i *S., V. and A. v. Denmark*, hvor danske myndigheter påpekte at arrestasjonen ikke ble foretatt som ledd i en etterforskning rettet mot klagerne, og at myndighetene heller ikke hadde til hensikt å sikte klagerne og straks fremstille de for kompetent domsmyndighet. Tross dette anførte danske myndigheter at det ikke forelå en krenkelse, jf. EMK artikkel 5 nr. 3. Som støtte for sitt syn viste myndighetene til *Ostendorf v. Germany*. Videre anførte danske myndigheter at:⁸⁶⁰

«It would be unfortunate if the legislation in such a situation required the police to continue the detention and bring the detainee before a court in order for administrative detention for preventive purposes to be lawful, and it would be contrary to the spirit and underlying objective of Article 5 if the applicants' early release placed them in a stronger position to complain of a breach of Article 5 than if it had been decided to detain them for longer in order to bring them before a court.»

Når EMD i *S., V. and A. v. Denmark* klargjorde formålskravet i relasjon til preventiv polisiær frihetsberøvelse, forankret de sin analyse i bestemmelsens ordlyd, «[e]veryone arrested or detained», og trakk den slutning at dersom en person ikke er arrestert eller

⁸⁵⁸ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 135.

⁸⁵⁹ Se *Ostendorf v. Germany*, punkt 66: «Under the Court's well-established case-law, detention to prevent a person from committing an offence must, in addition, be 'effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority', a requirement which qualifies every category of detention referred to in Article 5 § 1 (c)». Og punkt 68: «Sub-paragraph (c) thus permits deprivation of liberty only in connection with criminal proceedings...»

⁸⁶⁰ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 58.

frihetsberøvet, men er løslatt («is not arrested or detained but has been released») foreligger det ingen plikt til å fremstille han for en dommer.⁸⁶¹

Det retten her gir uttrykk for samsvarer med danske myndigheters forståelse av bestemmelsens formålkrav: Dersom den anholdte fremdeles er frarøvet sin frihet på det tidspunktet det tidligst hadde vært naturlig å fremstille vedkommende for retten, inntreerplikten. I andre tilfeller, hvor vedkommende er løslatt før dette tidspunktet, foreligger ikke en slik plikt. Når retten her gav sin tilslutning til danske myndigheters forståelse av et slikt formålkrav ved forebyggende politisierer frihetsberøvelser, kan det skape et inntrykk av at dette går på bekostning av et av de bærende prinsipper ved EMK, nemlig dens garanti mot vilkårlig myndighetsutøvelse.

I lys av ovennevnte forståelse av formålkravet, vil «promptness»-kravet få desto større relevans som rettsikkerhetsgaranti mot vilkårlig myndighetsutøvelse. For å avklare om frihetsberøvelsen var vilkårlig må tidspunktet for når det tidligst hadde vært naturlig å fremstille vedkommende for retten, avklares. Dette tidspunktet vil utgjøre «yttergrensen» for «promptness»-kravet. For å svare på dette spørsmålet viste retten til frihetsberøvelser i straffesaker. Et av formålene i straffesaker er å ta stilling de de anklager som straffesaken bygger på. «Promptness»-kravet i straffesaker innrømmer myndighetene en viss tid fra pågripelsen til vedkommende blir fremstilt for retten slik at de kan innhente informasjon som skal danne grunnlag for avgjørelse av spørsmål om videre fengsling.⁸⁶² Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende ved forebyggende politisier frihetsberøvelse. Her må informasjonen, som danner grunnlaget for frihetsberøvelsen, foreligge forut for frihetsberøvelsen. Følgelig vil «promptness»-kravet ved forebyggende politisier frihetsberøvelse utgjøre timer og ikke dager.⁸⁶³

⁸⁶¹ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 129.

⁸⁶² Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 132.

⁸⁶³ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 134.

EMD påpekte videre at artikkel. 5 nr. 5 også utgjør en rettsikkerhetsgaranti mot vilkårlig myndighetsutøvelse idet enhver som har opplevd å få krenket sin frihet, har rett til erstatning.⁸⁶⁴

6.9 Privatlivets fred – Grl. § 102 og EMK artikkel 8

6.9.1 Innledende betraktninger

I forbindelse med grunnlovsreformen ble individets rett til *privatliv* gitt en utvidet og mer generell språklig utforming. Ifølge Grl. § 102 første ledd, første setning har enhver «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

Før grunnlovsreformen inneholdt Grunnloven kun et begrenset vern av privatlivets fred, jf. § 102 som gav uttrykk for at «Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted uden i kriminelle Tilfælde». Denne bestemmelsen er videreført i første ledd andre setning og ikledd en mer moderne språkdrakt. Det innebærer at Grl. § 102 på dette området oppstiller et ytterligere vern sammenliknet med EMK artikkel 8, se Dok. 16 (2011-2012) s. 170 og 176. Videre oppstiller annet ledd en plikt for statens myndighet til å «sikre et vern om den personlige integritet».

Menneskerettighetsutvalgets formål med forslaget til grunnlovsfesting av privatlivets fred var «å løfte de internasjonale menneskerettighetsprinsipper om ‘right to privacy’ inn i en norsk kontekst.» Tanken var at «[e]n norsk grunnlovsbestemmelse om privatlivets fred mv. vil kunne speile essensen i både de internasjonale menneskerettighetsbestemmelsene, den ordinære lovgivning og det ulovfestede personvern.»⁸⁶⁵

Denne tilnærmingen synes fulgt opp av Høyesterett. I HR-2015-206-A la retten til grunn at Grl. § 102 bygger blant annet på EMK artikkel 8, og «[I]ikhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige

⁸⁶⁴ Se *S., V. and A. v. Denmark*, punkt 136.

⁸⁶⁵ Se Dok 16 (2011-2012) s. 175.

forbildene ...»⁸⁶⁶ Denne tilnærmingen er videreført i senere avgjørelser.⁸⁶⁷ En nærmere avklaring av retten til privatliv, jf. GrL. § 102, må derfor forankres i EMK artikkel 8.

EMD har ved en rekke anledninger fremhevet at hovedformålet med EMK artikkel 8 er å beskytte individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse.⁸⁶⁸ I så måte utgjør bestemmelsen en særlig begrensning for politiets adgang, som utøvende organ, til å foreta legitim inngripende myndighetsutøvelse.⁸⁶⁹ Tross dette er det vanskelig å trekke presise rettslige rammer for bestemmelsens innhold.

«Privatliv» skal tillegges et vidt innhold.⁸⁷⁰ Inntrykket forsterkes ytterligere da det ikke eksisterer presise innbyrdes grenser mellom de ulike rettigheter. «Privatliv» og «familieliv» har felles grenseflater.⁸⁷¹ Likeså vil «hjem» i mange tilfeller utgjøre en komponent i både «privatliv» og «familieliv», og retten til «korrespondanse» vil inngå som et element i retten til «privatliv».⁸⁷² Samlet pålegger artikkel 8 den enkelte stat å sikre et bredt spekter av rettigheter på ulike områder.⁸⁷³ Bestemmelsen kan best karakteriseres som en «samling av øvrige rettigheter som ikke ellers er presisert i konvensjonene.»⁸⁷⁴

Se også Harris mfl. 2014 s. 522: «Article 8 places on states the obligation to 'respect' a wide range of undefined personal interests which embrace a number of overlapping and inter-related areas.»

⁸⁶⁶ Se avsnitt 57. Avgjørelsen omtales i 6.3.

⁸⁶⁷ Se HR-2015-289-A (40): «Det er nylig slått fast at de tilsvarende konvensjonsbestemmelsene som allerede er gjeldende norsk rett i medhold av menneskerettsloven § 2, skal danne utgangspunkt – naturlig nok – for grunnlovstolkningen». Se også HR-2016-2554-P (81): «På samme måte som Grunnloven § 102 om rett til privatliv er § 101 første ledd utformet med blant annet den tilsvarende rett etter EMK som forbilde, jf. Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, side 163 ff., jf. Innst. 186 S (2013–2014), side 26-27. For retten til privatliv har Høyesterett allerede fastslått at GrL. § 102 må tolkes med utgangspunkt i den tilsvarende bestemmelse i EMK. Ytterligere se HR-2017-2015-A (46) og HR-2018-2133-A (29).

⁸⁶⁸ Se bl.a. *Nunez v Norway* punkt 68.

⁸⁶⁹ Se Aall 2018 s. 215.

⁸⁷⁰ Se *Smirnova v. Russia*, punkt 95: «The Court has a number of times ruled that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition...»

⁸⁷¹ Se *Samsonnikov v. Estonia*, punkt 81 hvor retten gir uttrykk for at «[i]t will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the 'family life' rather than the 'private life' aspect».

⁸⁷² Se Harris mfl. 2014. s 524.

⁸⁷³ Se Schabas 2017, s. 366.

⁸⁷⁴ Se Strand og Larsen 2016 s. 150 med videre henvisning til Njål Høstmælingen.

Følgelig er det vanskelig å gi en uttømmende fremstilling av hvilke myndighetsutøvelser – herunder mangel på sådanne – som utgjør et inngrep, jf. EMK artikkel 8 nr. 1. Tilsvarende utfordrende vil det være å gi en presis fremstilling av grensedragningen mellom hva som anses som inngripende polititjeneste, og tjenestehandlinger som ikke anses inngripende da den ikke overstiger en gitt «tålegrense».

Som tidligere nevnt i 6.1 er politiet, i kraft av samfunnets sivile maktorgan i fredstid, gitt en sentral rolle i ivaretagelsen av statens menneskerettighetsforpliktelser. Det er ikke uvanlig at politiets beslutning om å intervensere, herunder valg av hvilke virkemidler som skal tas i bruk, er et produkt av en forutgående balansering av motstridende rettighetsinteresser. Balansering av rettigheter gjør seg gjeldende i enhver henseende hvor EMK åpner for at staten kan gjøre unntak fra konvensjonsrettigheter, eller det er gitt adgang til derogasjon, jf. EMK artikkel 15. I praksis gjør behovet for balansering av rettigheter seg særlig gjeldende i situasjoner hvor individets rettigheter trues eller krenkes av andre, eller ikke kan forenes med samfunnsinteresser. I sistnevnte tilfellet, når myndighetene påberoper behovet for å iverksette inngripende tiltak for å verne om vårt demokrati som sådan, er det utfordrende å vurdere tjenestehandlingens rettmessighet, herunder om balansering av rettighetene har vært skjønnsom. Komplexiteten som gjør seg gjeldende kan illustreres med *Klass and Others v. Germany*, punkt 59, hvor retten gav uttrykk for følgende:

«As the Preamble to the Convention states, "Fundamental Freedoms ... are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which (the Contracting States) depend". In the context of Article 8 (art. 8), this means that a balance must be sought between the exercise by the individual of the right guaranteed to him under paragraph 1 (art. 8-1) and the necessity under paragraph 2 (art. 8-2) to impose secret surveillance for the protection of the democratic society as a whole.»

Det vil i denne sammenhengen gå for langt å gi en bred og inngående fremstilling av rettighetene som Grl § 102 og EMK artikkel 8 uttrykker.⁸⁷⁵ I lys av avhandlingens tema begrenses derfor drøftelsen til en fremstilling av EMK artikkel 8 sin betydning som rettslig skranke for politiets polisiære tjenestutøvelse.

⁸⁷⁵ For en generell og bredt anlagt fremstilling av temaet se Harris mfl. 2014 kapittel 12, Kjølbro 2017 s. 773 flg. og Aall 2018, kapittel 11.

6.9.2 Om EMK artikkel 8

EMK artikkel 8 består av to deler. I nr. 1 uttrykkes rettighetene bestemmelsen søker å ivareta, og nr. 2 angir under hvilke forutsetninger staten legitimt kan fravike disse rettigheter.

Ifølge EMK artikkel 8 nr. 1 har ethvert individ «rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.» Som tidligere nevnt er bestemmelsens hovedbegrep «privatliv» gitt et så vidt innhold at den må sies å konsumere «familieliv» og «hjem».⁸⁷⁶

Retten «til respekt» utdypes nærmere i andre ledd som oppstiller hovedregelen om at «[d]et skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet ...». Isolert sett kan ordlyden i EMK artikkel 8 tas til inntekt for at bestemmelsen kun oppstiller en plikt for statens myndigheter til å respektere, uten å oppstille en korresponderende plikt til å sikre disse rettighetene. Som tidligere påpekt er dette ikke tilfellet.⁸⁷⁷ I *McGinley and Egan v. The United Kingdom* fremheves at artikkel 8 også uttrykker en positiv plikt for myndighetene til å sikre disse rettigheter.⁸⁷⁸

Retten til *privatliv* spenner som nevnt over en rekke verdier og interesser,⁸⁷⁹ og kan best beskrives som en «sfære hvor individet kan motsette seg at andre, det være seg private eller offentlige myndigheter, griper inn uten samtykke».⁸⁸⁰ Innenfor individets *private sfære* inngår blant annet retten til å kunne utvikle seg som individ som sådan, uten forstyrrelser. I så henseende er retten til å bestemme kjønnsidentifikasjon, navn

⁸⁷⁶ Se Aall 2018 s. 214.

⁸⁷⁷ Se 6.5 hvor sondringen plikten til å respektere og plikten til å sikre er nærmere behandlet.

⁸⁷⁸ Se *McGinley and Egan v. The United Kingdom* punkt 98. I perioden 1957-1958 ble klager sammen med andre servicearbeidere utsatt for radioaktiv stråling i forbindelse med atmosfæriske tester av atomvåpen utenfor Australia. Retten uttalte her: «...there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life.» Se også *Van Kück v. Germany*, punkt 70: «The Court further reiterates that, while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life.» Tilsvarende, se *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, punkt 48.

⁸⁷⁹ Som påpekt i Harris mfl. 2014 s. 524: «The notion of private life is a broad concept, and this makes an account of what it covers difficult.»

⁸⁸⁰ Se Aall 2018 s. 215.

og velge egen seksuelle orientering sentralt.⁸⁸¹ Likeså retten til tilgang til privat informasjon, samt vern mot eksponering og bruk av informasjonen overfor andre individer og myndighetene.⁸⁸² Andre viktige verdier, og av særlig interesse for denne avhandlingen, er retten til selvbestemmelse i personlige forhold og individets integritet.⁸⁸³ Individets autonomi inkluderer blant annet retten til å kunne drive aktiviteter som er forbundet med risiko, bestemme over egen helse og selv ta stilling til spørsmål av betydning for egen livsavslutning, for å nevne noen. EMK artikkel 8 verner også om individets integritet. Polisiære inngrep i form av inntrenging i boliger og arbeidsplass, anholdelse, frihetsberøvelser og avlytting utgjør alle et inngrep i individets integritet.⁸⁸⁴

Retten til privatliv avgrenses ikke kun til individets «indre private sfære».⁸⁸⁵ Arbeidslivet er for mange den viktigste arena for selvrealisering og interaksjon med andre individer. Det er derfor naturlig at arbeidsrelaterte forhold også kan omfattes av «privatliv».⁸⁸⁶ Retten til privatliv omfatter også individets «ytre sfære» i form av det fysiske miljø, uttrykt gjennom blant annet retten til å bli skjermet for skadelig miljøforurensning.⁸⁸⁷ For at et individ skal kunne påberope seg retten til *familieliv* i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1 er det en forutsetning at den retten er «opparbeidet».

⁸⁸¹ Se *Van Kück v. Germany* (2003), punkt 69 for retten fremhever at artikkel 8 omfatter: «for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life».

⁸⁸² Se Kjølbros 2017 s. 774 med videre henvisninger til relevant EMD-praksis..

⁸⁸³ Eller som uttrykt i *Van Kück v. Germany* (2003), punkt 69: «...the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.»

⁸⁸⁴ Rettigheter forbundet med individets autonomi og integritet utledet av EMK artikkel 8 er et stort og komplekst tema som ikke lar seg behandle i sin fulle bredde innenfor rammen av denne avhandlingen. I 14.3 og 14.4 vil jeg imidlertid se nærmere på individets autonomi som skranke for politiets myndighetsutøvelse. Her drøfter jeg individets autonomi som rettslig skranke for politiets kompetanse til å frihetsberøve med formål å gi helse- og sosialomsorg, jf. pl. §§ 9 og 12.

⁸⁸⁵ Se *Fernández Martínez v. Spain*, punkt 109: «It would be too restrictive to limit the notion of 'private life' to an 'inner circle' in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle.»

⁸⁸⁶ Se *Fernández Martínez v. Spain*, punkt 110: «According to the Court's case-law, there is no reason of principle why the notion of 'private life' should be taken to exclude professional activities.»

⁸⁸⁷ Se *Hutton and Others v. The United Kingdom*, punkt 119 hvor retten på generelt grunnlag påpeker statens positive plikt til å sikre individets privatliv i forhold til miljøforurensning. Saken gjaldt spørsmålet om støy fra flyplass utgjorde en krenkelse av artikkel 8: «State's responsibility in environmental cases may also arise from a failure to regulate private industry in a manner securing proper respect for the rights enshrined in Article 8 of the Convention». Se også *Guerra and Others v. Italy* (1998), hvor retten uttalte: «Severe environmental pollution might affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life ... Respondent State had not fulfilled its obligation to secure applicants' right to respect for their private and family life.»

Med andre ord, EMK artikkel 8 omfatter ikke retten til å stifte en familie. Vernet inntreer først når det foreligger konkrete planer for familieliv, eller når familielivet *er* stiftet eller etablert.⁸⁸⁸ Selv om det ikke foreligger slike «familie bånd» mellom individer som EMK artikkel 8 nr. 1 uttrykker, er det naturlig å vurdere om relasjonen mellom to individer er av en slik karakter at de faller inn under *privatlivets fred*.

Rettigheter knyttet til individets privatliv vil, som tidligere nevnt, i mange sammenhenger ha en felles sfære med retten til *familieliv*.⁸⁸⁹ Følgelig vil politiets polisiære virksomhet også kunne virke tyngende og negativt inn på individets familieliv, uten at det er naturlig å legge til grunn at myndighetsutøvelsen utgjør et direkte inngrep i individets rett til *familieliv*. Ved vurdering av om polisiær myndighetsutøvelse utgjør et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1 er det derfor naturlig å vurdere det konkrete tiltak i forhold til retten til privatliv, men hvor tiltakets eventuelle negative innvirkning på retten til familieliv inngår som en komponent i vurderingen.

I *Prokopovich v. Russia* påpekte EMD at retten til *respekt for sitt hjem* er et selvstendig konvensjonsbegrep som ikke påvirkes av konvensjonsstatenes nasjonale lovgivning.⁸⁹⁰ Om det foreligger «a home» i EMK artikkel 8 nr. 1s betydning, må avgjøres på grunnlag av «the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place.»⁸⁹¹ I *Giacomelli v. Italy* gav retten uttrykk for at «[a] home will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops.»⁸⁹²

⁸⁸⁸ Se Kjølbros 2017 s. 786 – 788.

⁸⁸⁹ For en detaljert generell fremstilling av retten til familieliv, se Harris mfl. 2014 s. 526 flg. og Kjølbros 2017 s. 786-791.

⁸⁹⁰ Se *Prokopovich v. Russia*, punkt 36: “Home” is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law.”

⁸⁹¹ Se *Prokopovich v. Russia*, punkt 36.

⁸⁹² Se *Giacomelli v. Italy*, punkt 76.

Om hjemmet er lovlig etablert eller ei, er uten betydning i denne sammenheng.⁸⁹³ Disse sentrale faktorer gjør at «hjem» er gitt et mangfoldig innhold. Skillet mellom primærbolig og feriebolig har ingen selvstendig betydning. Det avgjørende i forhold til det enkelte sted er hyppigheten eller bruksfrekvensen.⁸⁹⁴ Lokaler som benyttes til forretningsdrift kan også utgjøre et «hjem».⁸⁹⁵ I en polisiær kontekst vil myndighetsutøvelse i form av inntrengning i en persons bolig, eller bruk av skjulte og hemmelige metoder rettet mot boligen, kunne utgjøre et inngrep i retten til respekt for individets hjem.

6.9.3 Vern mot «inngrep»

EMK artikkel 8 nr. 1 verner mot «inngrep».⁸⁹⁶ Polisiær myndighetsutøvelse vil som den store hovedregel virke tyngende på den som utsettes for den.⁸⁹⁷ Men ikke enhver tyngende myndighetsutøvelse er å anse som et *inngrep* i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1.

Se *Costello-Roberts v. The United Kingdom*, punkt 36. Retten tar her stilling til om fysisk avstraffelse som en disiplinærreaksjon er å anse som et inngrep i relasjon til blant annet EMK artikkel 8 nr. 1. Retten uttaler i den forbindelse: «Having regard, however, to the purpose and aim of the Convention taken as a whole, and bearing in mind that the sending of a child to school necessarily involves some degree of interference with his or her private life, the Court considers that the treatment complained of by the applicant did not entail adverse effects for his physical or moral integrity sufficient to bring it within the scope of the prohibition contained in Article 8 (art. 8). While not wishing to be taken to approve in any way the retention of corporal punishment as part of the disciplinary regime of a school, the Court therefore concludes that in the circumstances of this case there has also been no violation of that Article (art. 8).»

I lys av prinsippet om at EMK skal tolkes i takt med samfunnets utvikling er avgjørelsen kun egnet for å belyse at det eksisterer en «tålegrense» med hensyn til hvilken tyngende myndighetsutøvelse som anses for å utgjøre et inngrep i

⁸⁹³ Se *Prokopovich v. Russia*, punkt 36: «... within the meaning of Article 8 is not limited to those which are lawfully occupied or which have been lawfully established.»

⁸⁹⁴ Se Kjølbros 2017 s. 792.

⁸⁹⁵ Se Cameron 2014 s. 127.

⁸⁹⁶ *Inngrep* i en nasjonal polisiær kontekst, behandles i 11.3.3.

⁸⁹⁷ Se Fredriksen 2015 s. 206.

relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1. Avgjørelsen kan i dag neppe tas i betraktning ved fastsettelse av «tålegrensen».

For å kunne konstatere inngrep i privatlivets fred, jf. EMK artikkel 8 nr. 1, er det et vilkår at myndighetsutøvelsen – i forhold til disse og beslektede rettigheter – har hatt en negativ og/eller uønsket innvirkning på individets fysiske eller psykiske integritet,⁸⁹⁸ og/eller fysiske og sosiale identitet.⁸⁹⁹ Videre vil «innretningen» av tiltaket, herunder om det overstiger et minimum av intensitet, få betydning.⁹⁰⁰ Med andre ord må myndighetsutøvelsen overskride en nærmere definert «tålegrense». «Inngrep», i en nasjonal kontekst, har jeg definert som myndighetsutøvelse hvor individet må «gjøre, tåle eller unnlate noe».⁹⁰¹ Følgelig vil enhver myndighetshandling, inklusiv unnlattelse av å utøve myndighet, kunne omfattes av begrepet.

Avgjørelsen av om myndighetsutøvelsen utgjør et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1 må forankres i objektive kriterier som igjen vurderes i en subjektiv kontekst. Dersom vurderingen også forankres i subjektive kriterier, gjennom å stille spørsmål om tiltaket har vært «følbart» for den det var rettet mot, vil de aller fleste av politiets hemmelige og skjulte metoder ikke anses som inngrep.⁹⁰² Når EMK artikkel 8 nr. 1 anvender formuleringen: «... uønsket innvirkning på individet», omfatter det etter min vurdering også situasjoner hvor tiltaket faktisk har virket, uavhengig av om det var «følbart» eller kjent for den som tiltaket var rettet mot. Videre må den objektivt forankrede vurdering av selve tiltaket ta utgangspunkt i det formål som tiltaket søker å

⁸⁹⁸ Se *Conka and Others v. Belgium*, legal summary: «there was insufficient evidence to support a finding that ... had any adverse effects on their physical or mental integrity such as to amount to an interference with their right to respect for their private life...» I *Smirnova v. Russia*, punkt 95 brukes formuleringen: «it protects the moral and physical integrity of the individual.»

⁸⁹⁹ Se *Mikulic v. Croatia*, punkt 53. Klager anla sak for lokal domstol for å få etablert farskapsak. Rettsprosessen startet i 1997 og ble avsluttet i slutten av 2001. Klager anførte at hennes rett til respekt for privatliv og familieliv var krenket på grunn av domstolens sendrettlige saksbehandling av hennes farskapskrav. Følgelig ble hun i en lang periode stilt i en situasjon med stor usikkerhet om egen identitet. Retten uttalte på generelt grunnlag at: «Private life, in the Court's view, includes a person's physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity.»

⁹⁰⁰ Se Kjølbrot 2017 s. 773 med videre henvisning til EMD avgjørelse i klagesak 51564/99.

⁹⁰¹ *Inngrep* er nærmere behandlet i 11.3.3.

⁹⁰² Sml NOU 2004: 6, punkt 4.3.5.2: «Metoder som spaning, infiltrasjon, kommunikasjonskontroll og romkontroll vil kunne utgjøre inngrep i den psykiske integritet. Det vil særlig være tilfelle når slike metoder benyttes skjult». Se også Ot.prp. nr. 60 (2004-2005), punkt 1.11 hvor departementet er enig med Politimetodeutvalget i at regler om infiltrasjon og provokasjon bør lovfestet.

understøtte (den subjektive kontekst). Tiltakets formålsbestemthet har med andre ord ikke bare betydning ved avgjørelse av om inngrepet utgjør en krenkelse, men også ved vurdering om det objektivt sett foreligger et inngrep.

Nazistenes pålegg til jødene om å feste davidstjernen synlig på ytterklærne, er i en objektiv kontekst en lite tyngende myndighetsutøvelse som isolert sett ikke utgjør et inngrep. Men når tiltaket vurderes i en subjektiv kontekst – i lys av dets formål om å skille ut en folkegruppe – fremstår det utvilsomt som et inngrep.

Enhver mindre tyngende myndighetsutøvelse vil dermed kunne representere et inngrep, og utgjøre en krenkelse dersom det ikke understøtter et av konvensjonens legitime formål. Saken *Conka and Others v. Belgium* kan anvendes for å belyse temaet. Retten tok her stilling til om politiets tiltak i form av å påføre flysetenummer på klagers hender utgjorde et inngrep, og i så fall om tjenestehandlingen representerte en krenkelse av artikkel 8. Klagerne, som var sigøynere, hadde flyktet til Belgia og søkt om politisk asyl. Søknaden ble avslått. Under transport ut av landet ble klagerne påført flysetenummer på hånden med tusj. Klagerne mente at dette representerte en nedverdiggende behandling, jf. artikkel 3 og krenkelse av privatlivet, jf. artikkel 8. Myndighetene opplyste at tiltaket var formålsbestemt og nødvendig for blant annet å holde kontroll på passasjerene. Tiltaket var tidligere brukt, og det var ikke myndighetenes intensjon å nedverdige klagerne. Retten mente at tiltaket ikke hadde en slik negativ innvirkning på deres fysiske og psykiske integritet at det utgjorde et inngrep i retten til privatliv, og tok derfor ikke klagen til følge.⁹⁰³

Isolert sett fremstår et slikt tiltak som lite tyngende. Når retten tok stilling til om tiltaket utgjorde et inngrep i relasjon til artikkel 8 nr. 1, ble tjenestehandlingen vurdert i lys av dens kontekst og formål, jf. formuleringene; «... such as to amount», og «...it had been made necessary as much by the existing infrastructure as by any concern to keep control over the passengers.» Dersom retten hadde vurdert tilsvarende tiltak i lys av en annen

⁹⁰³ *Conka and Others v. Belgium*, legal summary: «...any adverse effects on their physical or mental integrity such as to amount to an interference with their right to respect for their private life».

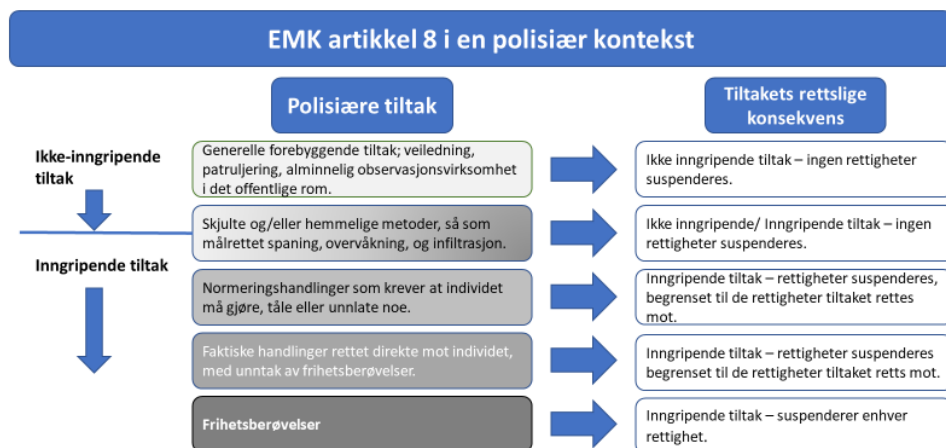
kontekst hvor politiets formål med tjenestehandlingen var å skille ut klagerne som en etnisk gruppe i samfunnet, ville tiltaket åpenbart representert en krenkelse av både artikkel 3 og 8.

For å skape ytterligere nyanse i prøvingen av myndighetsutøvelsen, er det på et overordnet nivå hensiktsmessig også å stille spørsmål om myndighetsutøvelsen suspenderer noen av individets rettigheter. Dersom det konstateres at rettigheter suspenderes, taler det med styrke for at det foreligger et inngrep i rettslig forstand. Motsetningsvis kan, myndighetsutøvelse som ikke suspenderer rettigheter ikke tas til inntekt for at det ikke foreligger et inngrep.⁹⁰⁴

6.9.4 EMK artikkel 8 i en polisiær kontekst

Polisiære metoder, herunder taktikk og virkemidler er under stadig utvikling. Det er derfor krevende, og ikke noe mål i seg selv, å forsøke å gi en fullgod og dekkende fremstilling av temaet gjennom en kasuistisk behandling av tenkelige metoder. Jeg har derfor valgt å forankre min behandling av temaet i følgende modell for katalogisering av ulike polisiære tiltak:

⁹⁰⁴ Tilsvarende, Harris mfl. 2014 s. 531: «... the applicant is not necessarily required to show that he has been affected by the application of the rule».



Figur 16

Politiets polisiære tiltak kan, som vist på figurens venstre side, skjematisk inndeles i *ikke-inngripende* og *inngripende* tiltak. Generelle forebyggende tiltak, herunder råd, veiledning, henstillinger og ordinær patruljering hvor politiet er passivt tilstedeværende og foretar alminnelige observasjoner i det offentlige rom, er eksempler på ikke-inngripende tiltak.⁹⁰⁵ I et gråsonerområde mellom ikke-inngripende tiltak og inngripende tiltak finner vi politiets skjulte og/eller hemmelige polisiære metoder, så som målrettet spaning, overvåking og infiltrasjon, for å nevne noen.⁹⁰⁶

I teori nevnes undersøkelse av personers ruspåvirkning som eksempel på myndighetsutøvelse som ligger i grenseland for å være inngripende, se Fredriksen og Spurkeland 2015 s. 31. Med utgangspunkt i min definisjon av «inngrep» vil undersøkelse av ruspåvirkning i enhver straffeprosessuell eller politisær kontekst utgjøre et inngrep. Dersom formålet er å skaffe tilveie bevis, vil tiltaket utgjøre et straffeprosessuelt inngrep. Det vil også anses for å være et inngrep i tilfeller hvor metoden anvendes i forbindelse med trafikkkontroller. Fører må her tåle å stanse etter pålegg fra politiet, for så å bidra til at undersøkelsen kan gjennomføres. Dersom metoden anvendes i en politisær kontekst er det som regel for å vurdere om personen er beruset i relasjon til pl.

⁹⁰⁵ Tilsvarende, Fredriksen og Spurkeland 2015 s. 31.

⁹⁰⁶ I motsetning til straffeprosessuelle metoder.

§ 9. Følgelig vil tiltaket fremstå som aksessorisk da vedkommende person allerede er anholdt og eventuelt innbragt.

Skjulte og/eller hemmelige metoder har det til felles, uavhengig av om de representerer et inngrep eller ei, at de ikke suspenderer noen av individets rettigheter. Personer som er gjenstand for intensiv overvåkning i form av spaning vil ikke oppleve at noen av hans rettigheter suspenderes. Vedkommende nyter fremdeles sin bevegelsesfrihet og retten til å ytre seg til fulle, for å nevne noen.

Politolvgivningen hjemler en rekke tiltak som grovt sett kan inndeles i normeringshandlinger og faktiske handlinger.⁹⁰⁷ Politiets normeringshandlinger har, som enhver normering, til formål å påvirke eller endre individets adferd, og kommer til uttrykk ved at den som pålegget rettes mot må «gjøre, tåle eller unnlate» noe.⁹⁰⁸

Slike pålegg ledsages av en korresponderende plikt for «enhver» til straks å rette seg etter pålegget, jf. pl. § 5. I tillegg kan politiet, for å effektivisere manglende oppfyllelse, iverksette nødvendige tiltak, herunder anvende makt, jf. pl. §§ 6 og 7. Unnlattelse av å etterkomme politiets pålegg gitt i medhold av politiloven kapittel II er straffesanksjoner, jf. pl. § 30 første ledd nr. 1.

Normeringshandlinger vil i begrenset grad suspendere individets rettigheter. Som eksempel kan nevnes politiets pålegg om å fjerne seg som begrenser individets adgang til å utøve sine rettigheter til et avgrenset geografisk område for et nærmere angitt tidsrom.

Faktiske inngrep utgjøre en mangeartet gruppe av tiltak og kjennetegnes ved at politiets myndighetsutøvelse materialiseres gjennom fysisk inngripen. Som eksempel kan nevnes visitering og fjerning.⁹⁰⁹ Faktiske inngripende handlinger, som ikke representerer en frihetsberøvelse, vil – på lik linje med normeringshandlinger – i begrenset grad innskrenke individets adgang til å utøve sine rettigheter.

⁹⁰⁷Sontringen faktiske handlinger – normeringshandlinger er behandlet i 5.5.3..

⁹⁰⁸ Se blant annet pl. §§ 7 andre ledd, 11 tredje ledd, 12 femte ledd og 13 første ledd.

⁹⁰⁹ Se blant annet pl. §§ 7 andre ledd, 7 a, første ledd, 8 første ledd, 9 første ledd og 12.

Siste gruppe tiltak av faktisk karakter er enhver inngripende myndighetsutøvelse som representerer en frihetsberøvelse. Frihetsberøvelse fremstår, i relasjon til rettigheter som er omhandlet i EMK artikkel 8,⁹¹⁰ som det mest inngripende polisiære tiltak. Frihetsberøvelser, regulert i politilovgivningen, strekker seg fra kortvarige anholdelser, jf. pl. § 7 andre ledd, til innbringelser av inntil 4 timers varighet etter pl. § 8 første ledd, jf. andre ledd, og over til tiltak av lengere varighet. I sistnevnte kategori finner vi pl. § 9 som gir politiet kompetanse til å innsette en beruset person i arrest, og holde han der til det tidspunktet vedkommende er blitt edru. Til slutt nevnes pl. § 12 som gir politiet kompetanse til å frarøve «syke personer» friheten i inntil 24 timer. En felles nevner ved frihetsberøvelse er at den i det vesentlige suspenderer enhver av individers rettigheter som EMK artikkel 8 søker å ivareta.

Med utgangspunkt i modellens inndeling og beskrivelse av ulike grupper myndighetsutøvelse, er det i denne sammenheng lite tvilsomt at politiets normeringshandlinger som krever at individet må «gjøre, tåle eller unnlate noe», sammen med den fysiske inngripende myndighetsutøvelsen, herunder frihetsberøvelser, vil utgjøre et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1. Likeså kan vi slå fast at politiets generelle forebyggende virksomhet i form av blant annet veiledning og, generell patruljering hvor polititjenestepersonene iakttar omgivelsene, er myndighetsutøvelse som ikke er av en slik art eller intensitet at den utgjør et inngrep, jf. EMK artikkel 8 nr. 1.

Vi står da igjen med myndighetsutøvelse som i modellen er omtalt som politiets «skjulte og/eller hemmelige metoder». Denne kategorien omfatter polisiære metoder,⁹¹¹ i form av overvåkning, provokasjon og undersøkelser i friluft på privat område. Den videre fremstilling vil avgrenses til *overvåkning* og *infiltrasjon* som

⁹¹⁰ Hva som i relasjon til EMK anses for frihetsberøvelse er tidligere behandlet i 6.8.

⁹¹¹ Skjulte og/eller hemmelige polisiære metoder avgrenses mot straffeprosessuelle metoder idet tiltaket ikke knyttes til en pågående etterforskning som er et av grunnvilkårene for bruk av skjulte tvangsmidler i avvergende øyemed, jf. strpl. § 222 d. Se også NOU 2009: 15, kapittel 10 hvor «skjult tvangsmiddelbruk» er omtalt. Skjulte prosessuelle tvangsmidler er nærmere regulert i straffeprosessloven kapittel 4.

metode. med formål å avklare om metodene utgjør et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1.

6.9.5 Overvåkning

Overvåkning som politisær metode favner over et vidt spekter av tiltak. Innledningsvis er det naturlig å sondre mellom åpen og skjult politisær overvåkning. Åpen overvåkning kjennetegnes ved at den som er gjenstand for virksomheten er kjent med at den finner sted. Den skjulte overvåkingen skjer fordekt med den følge at den som utsettes for virksomheten mangler kunnskaper om virksomheten. Videre kan overvåking, som tiltak, inndeles i henholdsvis manuell og teknisk overvåking. Ved manuell overvåking er tjenstepersonen fysisk tilstede og foretar direkte observasjoner av den som er gjenstand for virksomheten. Den manuelle overvåking kan både være åpen og skjult. Åpen manuell overvåking kjennetegnes ved at uniformert politi er synlig tilstedeværende med det formål å overvåke aktiviteter og adferd. Dette i motsetning til politiets generelle tilstedeværelse i det offentlige rom som et ledd i etatens samfunnsrettede arbeid. Skjult manuell overvåking kan skje i form av *personspaning* og *infiltrasjon* som begge har det til felles at metodene gir politiet adgang til direkte iakttagelse av objektet og tilgang til informasjon i sann tid.

Den tekniske overvåking kan også utøves både åpent og skjult. Eksempel på åpen teknisk overvåking er kameraovervåking i kombinasjon med synlig informasjon om at virksomheten finner sted, jf. pl. § 6 a. Den skjulte tekniske politisære overvåking kan for eksempel skje ved at kameraovervåkingen finner sted uten at publikum informeres om aktiviteten, eller ved at politiet er «virtuelt» til stede på internett for å overvåke ulike sosiale nettarenaer. Teknisk overvåking kan også være kontinuerlig og helautomatisert ved at systemet gjennomfører forhåndsdefinerte søk og informerer når det oppnås «treff». Som eksempel på slik overvåking kan nevnes kameraovervåking i kombinasjon med teknologi for «ansiktsgjenkjenning» og overvåking av trafikk hvor systemet foretar automatiske analyser av motorkjøretøyetets kjennemerke i forhold til eksisterende etterretningsinformasjon, se NOU 2009: 1 *Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunnet* for en generell fremstilling av ulike former for teknisk overvåking.

EMD er åpen for at EMK artikkel 8s vern av «privatlivets fred» også gjelder i situasjoner hvor individet eksponeres i det offentlige rom,⁹¹² men vernet er ikke absolutt idet EMK artikkel 8 nr. 1 ikke omfatter retten til anonym ferdsel i det offentlige rom.⁹¹³ EMD har ved flere anledninger tatt stilling til om ulike former for overvåkning utgjør et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8.

I *Peck-saken* la retten til grunn at EMK artikkel 8 nr. 1 sin rettighetskatalog ikke omfatter teknisk observasjon av personer på offentlig sted når det ikke finner sted opptak og lagring av data.⁹¹⁴ Tilsvarende legger EMD til grunn i *P.G. and J.H.-saken* at manuell overvåkning i form av en myndighetspersons direkte iakttagelse, også faller utenfor EMK artikkel 8 nr. 1. Retten begrunner sitt standpunkt med at overvåkning, hvor bildet overføres fra et kamera til en monitor i sann tid, ikke er noe annet enn at personer som beveger seg i det offentlige rom vil være synlig for enhver annen som er tilstede.⁹¹⁵ Dersom kameraovervåkingen innbefatter opptak og lagring stiller situasjonen seg annerledes. I slike tilfeller vil lagring og senere bruk av informasjonen som sådan anses for å utgjøre et inngrep i rettigheter vernet av EMK artikkel 8 nr. 1.⁹¹⁶

Som overvåkningsmetode fremstår infiltrasjon som mer tyngende myndighetsutøvelse enn spaning idet den skjer fordekt hvor formålet er å oppnå objektets tillit. Infiltratøren vil gjennom interaksjon med objektet øve en eller annen påvirkning på vedkommende uavhengig av hvor passiv han forholder seg. I *Lüdi v. Switzerland* synes EMD å begrense seg til å tiltre sveitsisk myndigheters tilnærming til spørsmålet og konkluderte med at politiets infiltrasjon ved bruk av en «undercover agent» «... did not (...) affect private life within the meaning of Article 8».⁹¹⁷

⁹¹² Se *Peck v. The United Kingdom*, punkt 57: «There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life".

⁹¹³ Se NOU 2009:1, punkt 17.4.5.

⁹¹⁴ Se *Peck v. The United Kingdom*, punkt 57: «There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life"».

⁹¹⁵ Se *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, punkt 57: «A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character».

⁹¹⁶ Se *Rotaru v. Romania*, punkt 43: «The Court reiterates that the storing of information relating to an individual's private life in a secret register and the release of such information come within the scope of Article 8 § 1».

⁹¹⁷ Se *Lüdi v. Switzerland*, punkt 40.

Lüdi ble pågrepet av politiet, siktet for smugling av kokain fra Tyskland til Sveits. Politioperasjonen ble igangsatt etter at sveitsisk politi ble tipset av tysk politi. En sveitsisk dommer besluttet at telefonavlytting skulle tas i bruk. Videre bestemte politiet seg for å ta i bruk en «undercover agent» som skulle kontakte Lüdi og tilby seg å kjøpe stoffet. Under sitt samvær med Lüdi foretok agenten skjulte opptak av samtaler han hadde med Lüdi.

Kort oppsummert gir ovennevnte avgjørelser uttrykk for at myndighetenes overvåkningsaktivitet i form av blant annet kameraovervåkning, åpen og skjult spaning, sammen med infiltrasjon, ikke representerer inngrep i lys av EMK artikkel 8, så lenge informasjonen som erverves i forbindelse med aktiviteten ikke lagres og senere benyttes.

Rettens nærmere begrunnelse for sine standpunkt gir grunnlag for undring og kritisk refleksjon. I *Peck-saken* og *P.G. and J.H.-saken* synes retten å anlegge en praksis hvor det sondres mellom *aktiviteten*; overvåkning, og dens *produkt*; informasjon. Myndighetenes formål med overvåkningsvirksomheten, uavhengig av metodisk tilnærming, vil alltid være å innhente informasjon (etterretningsinformasjon) til bruk i den polisiære virksomheten. Den polisiære overvåkning utgjør en formålsbestemt virksomhet, hvor det enkelte tilfellet av overvåkning ikke kan vurderes isolert da den inngår i politiets planmessige og systematiske innhenting av informasjon med formål å skaffe seg kunnskaper om aktiviteter og menneskelig adferd. Det ligger således i den polisiære overvåkningsaktivitetens natur at informasjonen som erverves blir gjenstand for en etterfølgende lagring og bruk. All den tid lagring av informasjonen i politiets registre og senere bruk regnes som et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1,⁹¹⁸ er det vanskelig å forstå EMDs beveggrunner for å fremme en praksis som skiller mellom overvåkning som aktivitet, og informasjon som et produkt av overvåkningen. Utad gir den signaler om at du må «tåle» overvåkning som aktivitet, men ikke dens virkning.

⁹¹⁸ Se *Leander v. Sweden*, punkt 48, hvor retten uttalte følgende: «It is uncontested that the secret police-register contained information relating to Mr. Leander's private life. Both the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1 (art. 8-1).» Leander jobbet som museumstekniker på Karlskrona marine base. Som en følge av utfallet av en vandels-/sikkerhetssjekk måtte han slutte i jobben.

Da formålet med all overvåkning er å skaffe tilveie informasjon for senere bruk, er det naturlig å betrakte overvåkningsaktiviteten, og dens produkt i form av informasjon, samlet som et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1 med den følge at det sentrale vurderingstemaet i forhold til aktivitetens legitimitet er om den «have some basis in domestic law»,⁹¹⁹ og har et legitimt formål, jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

Også når en går nærmere inn i rettens begrunnelse i *Lüdi-saken*, fremstår rettens resonnement som ulogisk. Rettens vurdering av om bruk av infiltratør som tiltak overskred «tålegrensen» for inngripende handling, jf. artikkel 8 nr. 1 synes basert på følgende: Formålet med operasjonen var å arrestere Lüdi idet narkotikaen ble overlevert kjøper. Når infiltratøren tok kontakt med Lüdi og tilbydde seg å kjøpe 2 kg kokain, var Lüdi klar over at han var involvert i kriminell aktivitet som var straffbar etter sveitsisk lov. Følgelig var han klar over at «he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him.» Av den grunn anså retten at politiets infiltrasjonsvirksomhet ikke påvirket privatlivet i henhold til artikkel 8 nr. 1.⁹²⁰ Rettens tilnærming er vanskelig å følge, og dersom den skal «tas på ordet» betyr det at samme person også var klar over at han løp en risiko for å bli pågrepet og fengslet. Skal da pågripelsen og fengslingen i lys av hva gjerningspersonen burde tenkt rundt risikoen han utsatte seg for, ikke betraktes som et inngrep i relasjon til artikkel 5 eller 8?

Hva gjerningspersonen tenker rundt hva han risikerer å bli utsatt for som følge av hans forbryterske virksomhet, kan ikke tillegges betydning når retten skal avgjøre om myndighetsutøvelse utgjør et inngrep i relasjon til EMK.

Det foreligger imidlertid nyere EMD avgjørelser som gir grunn til å stille spørsmål om ovennevnte avgjørelser gir uttrykk for gjeldende EMK-rett. I *Uzun v. Germany* ble

⁹¹⁹ Se *Leander v. Sweden*, punkt 50 hvor retten i sin utlegning av «in accordance with the law» også understreker at: «...the law in question must be accessible to the individual concerned and its consequences for him must also be foreseeable».

⁹²⁰ Forståelsen av resonnementet bygger på følgende kobling av rettens uttalelser, se punkt 40; «... the use of an undercover agent did not (...) affect private life within the meaning of Article 8» og «Mr Lüdi must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under Article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him.»

klager satt under overvåkning av tysk politi. Politiet anvendte GPS-overvåkning, noe retten mente utgjorde et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1.⁹²¹ Retten tok ikke direkte stilling til om overvåkning som metode utgjorde et inngrep, men i vurderingen av om bruken av GPS-overvåkning utgjorde et inngrep, foretok retten en sammenlikning av bruken av GPS som overvåkningsmetode med andre overvåkningsmetoder av visuell og akustisk karakter. I den forbindelse fremhevet retten at: «...other methods of visual or acoustical surveillance [...] are, as a rule, more susceptible of interfering with a person's right to respect for private life, because they disclose more information on a person's conduct, opinions or feelings.» Med andre ord, retten gir her uttrykk for at manuell overvåkning i form av spaning og infiltrasjon er metoder som har større potensiale for å forstyrre individets rett til privatliv idet den gir tilgang på mer informasjon om personers oppførsel, meninger og følelser. All den tid GPS-overvåkningen ble ansett for å utgjøre et inngrep, må en kunne trekke den konklusjon at det samme vil gjelde for spaning og infiltrasjon.

I *GRBA v. Croatia* var klager mistenkt for befatning med falske sedler. Under etterforskningen tok politiet i bruk blant annet infiltrasjon. Spørsmålet om bruk av politiagenter for å infiltrere klager ble ikke satt på spissen, idet kroatisk myndigheter gav uttrykk for at de «... accepted that there had been interference with the applicant's rights under Article 8 of the Convention.»⁹²² Med andre ord gis det her uttrykk for en erkjennelse av at overvåkning i form av infiltrasjon som sådan utgjør et inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1.

6.9.6 Oppsummering

Selv om kameraovervåkning, spaning og infiltrasjon som overvåkningsmetoder ikke suspenderer noen av individets rettigheter, er det naturlig å betrakte denne type myndighetsutøvelser som inngrep i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1. Samtlige av disse

⁹²¹ Se *Uzun v. Germany*, punkt 52.

⁹²² Se *GRBA v. Croatia* (2017), punkt 83.

typer metoder kjennetegnes ved at individet må «tåle» å la seg utsette for virksomheten. Følgelig er det grunnlag for å hevde at aktiviteten virker inn på individets psykiske integritet. En rettslig prøving av om overvåkning utgjør et inngrep, kan ikke forankres i en isolert prøving av enkeltstående tilfeller av overvåkning da disse alltid vil inngå som ledd i politiets helhetlige og planmessige aktivitet som har til formål å samle informasjon for senere bruk. Med andre ord vil overvåkning som aktivitet være av en slik intensitet at den alltid overstiger den nærmere definerte «tålegrense» for tyngende myndighetsutøvelse. Selv om *Uzun-* og *GRBA-sakene* ikke direkte behandlet spørsmålet, kan de tas til inntekt for å understøtte en slik tilnærming.

Del III

Presentasjon og analyse av gjeldende regelverk.

7. Den polisiære virksomhet som forvaltningsdisiplin

7.1 Innledning

Forvaltningsrett er en samlebetegnelse på alle rettsregler som regulerer virksomheten til ulike offentlige forvaltningsorganer.⁹²³ At politiretten regnes som en del av forvaltningsretten, er uomtvistet.⁹²⁴ Dette gjelder for det første i forhold til ivaretagelse av de egentlige forvaltningsoppgavene, så som passforvaltningen, håndtering av hittegoods og løshunder, samt godkjenning av brukthandel, vaktelskaper og ordensvakter, for å nevne noen.⁹²⁵ Videre må politiets polisiære virksomhet,⁹²⁶ nærmere bestemt ordens- og sikkerhetsfunksjonen, også anses som utøvelse av forvaltningsmyndighet som «reguleres av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper – forvaltningsloven og politiloven».⁹²⁷

Politiets polisiære virksomhet, som spesiell forvaltningsrettsdisiplin, kjennetegnes ved dens formål, som er nærmere beskrevet i pl § 1 andre ledd. Her defineres etatens samfunnsmandat som uløselig knyttet til oppgaven med å «fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig.» Som tidligere påpekt i kapittel 1 er virksomheten, gjennom valg av struktur, organisering og tilegnelse av kompetanse, innrettet med det primære formål å utøve myndighet – om nødvendig ved bruk av makt – for å fremme oppgaveløsning knyttet til opprettholdelse av orden, sikkerhet og/eller lovlighet.

⁹²³ Se Bernt/Rasmussen 2003, s. 37.

⁹²⁴ Se NOU 2003:21 pkt. 3.5.2: «Strengt tatt er alt politiet foretar seg forvaltning i ordets vide forstand. Med 'politiets forvaltningstjeneste' siktes det ofte til forvaltning i snever forstand, som gjerne karakteriseres ved at det ikke nødvendigvis er politiet som må utføre oppgavene.»

⁹²⁵ Nærmere om politiets egentlige forvaltningsoppgaver, se NOU 2013: 9 s. 78 flg.

⁹²⁶ *Polisiær virksomhet* er nærmere behandlet i 3.3.

⁹²⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 51. Se også Forvaltningskomiteen av 1959 som på s. 208 gir uttrykk for at politiets «pålegg til opprettholdelse av ro og orden ...» må regnes som vedtak. Imidlertid synes komiteen, på s. 273, å stille seg tvilende til eget standpunkt gjennom å uttrykke at «de vedtak politiet treffer for å opprettholde ro og orden. For så vidt man her kan tale om forvaltningsvedtak – noe som ikke alltid er tilfelle ...»

Videre kjennetegnes den polisiære myndighetsutøvelsen ved dens atypiske karakter. Hurtige beslutningsprosesser, som i mange tilfeller kun er kjent for tjenestepersonen(e), danner som oftest grunnlaget for den inngripende myndighetsutøvelsen. Videre har den som myndighetsutøvelsen rettes mot en utstrakt lydighetsplikt,⁹²⁸ jf. pl. § 5 som har følgende ordlyd:

«Enhver plikter straks å rette seg etter de pålegg, tegn eller øvrige signaler som politiet gir i medhold av bestemmelsene i kapittel i denne lov.»

Lydighetsplikten innebærer at vedkommende må avfinne seg med å følge pålegget, eller at tjenestehandlingen blir gjennomført.

Selv om politiets polisiære virksomhet faller inn under fvl. § 1, vil tjenestens særegenhet suspendere mange av forvaltningslovens regler om saksbehandling.⁹²⁹ Dette gjelder også i tilfeller hvor tjenestepersonen er i faktisk eller rettslig villfarelse, og ikke kan bebreides sin feilvurdering.⁹³⁰

Når politiet resolutt anholder og innbringer en person til politistasjonen, jf. pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd og § 8 første ledd nr. 1 fordi politiet mener han er utagerende og på offentlig sted forstyrrer ro og orden, er det naturlig å karakterisere tjenestehandlingen som et vedtak som gjelder vedkommedes rettigheter. Følgelig anses tjenestehandlingen som et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b). Beslutningen om å gjennomføre anholdelsen og innbringelsen (enkeltvedtaket) skjer «der og da» med påfølgende effektivering. Tjenestens egenart vil blant annet suspendere kravet om at enkeltvedtaket skal være skriftlig, jf. fvl. § 23. Forvaltningsloven § 24 som oppstiller en plikt til å grunnngi vedtaket samtidig som det treffes, vil heller ikke kunne praktiseres. I praksis vil en begrunnelse ofte finne sted etter anholdelsen er effektuert. Likeledes vil mangel på saksdokumenter føre til at regler om forhåndsvarsling og adgangen til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter før vedtak treffes ikke kunne gjøres gjeldende. Videre vil enhver myndighetsutøvelse i form av fysiske tjenestehandlinger, som for eksempel anholdelse og innbringelse, være

⁹²⁸ Om borgernes lydighetsplikt, se. Auglend/Mæland 2016 s. 513–517 og Auglend 2016 s. 517–525.

⁹²⁹ Se forvaltningsforskriften §§ 21 og 30 som gjør unntak for henholdsvis begrunnelsesplikten og klageadgangen for «påbud som treffes av politiet for å opprettholde ro og orden». Se også Forvaltningskomiteen av 1959 s. 183 hvor komiteen understreker at: «Visse forvaltningsakter må likedan utføres på stedet, slik at det faktisk og praktisk både er umulig og meningsløst om den forvaltningsakten er rettet mot skal ha høve til på forhånd å uttale seg. Hit fører f.eks. politiets påbud til opprettholdelse av alminnelig fred og orden».

⁹³⁰ Se Rt. 1961 s. 281. Tiltalte ble i byretten frifunnet for overtredelse av strl av 1902 § 350 første ledd da retten mente at politiet hadde oppfattet situasjonen feil. Følgelig hadde ikke politiet grunnlag for å gripe inn. Høyesteretts flertall var ikke enig. Omstendighetene tilsa at politiet var berettiget til å gripe inn. Det forelå heller ikke «grunnlag for å bebreide politimennene for at de vurderte feil og trodde at også tiltalte var beruset».

irreversible. Ved tilfeller av kompetanseoverskridelse kan «vedtaket» ikke omgjøres, men, som påpekt i 5.7.7, i høyden beklages.

Følgelig vil tjenestens særegne karakter kreve særlige normeringer som ivaretar både funksjonsutøvelsen og individets grunnleggende rettigheter. Politiloven, med tilhørende normeringer, gir særregler for myndighetsutøvelsen som i kraft av lex specialis-prinsippet gir forvaltningslovens regler karakter av bakgrunnsrett eller rettsregler av subsidiær karakter.⁹³¹

Tross det faktum at politiets polisiære virksomhet er, og har en lang forhistorie som, forvaltningsdisiplin,⁹³² har den rettslige reguleringen av den inngripende myndighetsutøvelsen opplevd en atypisk utvikling sammenliknet med den øvrige offentlig forvaltning. Som den videre fremstillingen vil vise, er det nok mer korrekt å omtale utviklingen som en tilstand, all den tid dens røtter kan spores tilbake til eneveldstiden.

Samtidig som den øvrige forvaltning på 1900-tallet opplevde økt fokus på rettslig regulering av virksomhetsutøvelsen,⁹³³ var politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse hovedsakelig utledet av ulovfestet rett – generalfullmakten. Først ved vedtakelse av politiloven av 1995 opplevde politiet at sentrale inngrepshjemler ble kodifisert ved formell lov. Denne tilstanden gikk ikke upåaktet hen. Politilovkomiteen av 1912 påpekte at det kan synes noe påfallende at:⁹³⁴

«centralmyndighetene har undladt at gi forskrifter for utførelsen av polititjenesten, som paa saa mange maater berører offentlige og private interesser, naar det erindres at det for en række av andre forvaltningsgrene med mere ensartede og overskuelige gjøremaal er utfærdiget detaljerte anvisninger til tjenestens utførelse.»

⁹³¹ Se Eckhoff/Smith 2018 s. 33 som bruker benevnelsen «subsidiær karakter». En annen tilnærming er å karakterisere forvaltningslovens regler som bakgrunnsrett. I forhold til politiets polisiære virksomhet vil de grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper utgjøre fundamentet for virksomhetsutøvelsen, samtidig som saksbehandlingsregler knyttet til krav om kontradiksjon, varsel, innsyn og uttalelsesrett suspenderes.

⁹³² Se blant annet politilovkomiteen av 1912 s. 269 hvor utførelse av polititjeneste omtales som en forvaltningsgren.

⁹³³ Se for eksempel Forvaltningskomiteen 1958 sitt arbeid som vil bli behandlet nærmere senere.

⁹³⁴ Se Indstilling fra den departementale politilovkomiteen av 1912 s. 269.

Dette kapittelet har som formål å belyse mulige årsaksfaktorer som kan forklare denne atypiske utviklingen. Å gi et helhetlig bilde av mulige årsaksfaktorer vil ikke være mulig innenfor rammene av denne avhandlingen. Til det er årsaksbildet for sammensatt og komplekst. Jeg vil derfor, i et forsøk på å forklare utviklingen, nøye meg med å peke på noe sentrale faktorer. Fremstillingen vil ha et historisk perspektiv uten pretensjoner om å behandle temaet i sin fulle bredde.⁹³⁵

Hva var årsaken til denne utviklingen? Den nærmere undersøkelse og avklaring av fremveksten av den rettslige regulering av politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse tar i 7.2 utgangspunkt i en fremstilling av *politi* som et funksjonelt (materielt) begrep, og da som betegnelse på funksjoner. I 7.3 ser jeg nærmere på utviklingen av det organisatoriske (formelle) politibegrep som betegnelse på *politi* som institusjon eller organisasjon som er tillagt politisære oppgaver.⁹³⁶ I 7.4 gis det en oversikt over utviklingen av den rettslige regulering av den politisære virksomhet og myndighetsutøvelsen. Fremstillingen avsluttes i 7.5 med en oppsummering av drøftingene, herunder stillingtagen til spørsmålet om hva som var årsaken til denne utviklingen.⁹³⁷

7.2 Politi – den funksjonelle dimensjonen og dens utvikling

På 1500-tallet uttrykte den funksjonelle dimensjonen (også omtalt som den materielle dimensjonen) av begrepet *politi* «en betegnelse på den dansk-norske statens virksomhet; «ikke blot forvaltning, men også den lovgivende og dømmende virksomhed».⁹³⁸ Eller som Dübeck uttrykker det: ⁹³⁹

⁹³⁵ For en bredere anlagt fremstilling av den materielle og funksjonelle dimensjon av begrepet politi, se blant annet Auglend 2016 s. 25-38 og Eriksen 2018 s. 150-184 og Heivoll 2018a s. 87-188.

⁹³⁶ Se Auglend/Mæland 2016 s. 49.

⁹³⁷ Se Schenke 2018 s. 1-16 for en fremstilling av *politibegrepets* (Der Begriff der Polizei) materielle, institusjonelle og formelle dimensjon i tysk politirett.

⁹³⁸ Se Christensen 1968 s. 1.

⁹³⁹ Se Dübeck 1983 s. 146.

«Begrebet politi som en tilstand af god orden i samfundet eller som udtryk for den lovgivning der skulle fremkalde eller opretholde den nævnte tilstand af ro og orden».

Politi er på dette tidspunktet en godt innarbeidet term som «sammenfattende betegnelse på all statlig virksomhet, med unntak av kirkeliv og kirkelige anliggender». Som Auglend påpeker, forekom også *politi* i et «annet og til dels videre materielt betydningsinnhold» som betegnelse på borgernes plikter og rettigheter.⁹⁴⁰ *Politi* har også en opprinnelse som «en samlebetegnelse for et velordnet samfund»⁹⁴¹

På 1600-tallet skjedde det en utvikling hvor militær-,⁹⁴² finans- og utenriksvesenet ble utviklet til egne forvaltningsgrener.⁹⁴³ Termen *politi* ble dermed begrenset til den offentlige forvaltning av samfunnets indre liv for å ivareta generell orden og kontroll.⁹⁴⁴ Tross dette var *politi* ingen betegnelse på en selvstendig myndighet, men mer et uttrykk for «den indre forvaltnings formål».⁹⁴⁵ I 1660 ble Kongens enevælde innført i Danmark-Norge,⁹⁴⁶ hvor termen *politirett* ble brukt som betegnelse på Kongens eneveldige styringsform.⁹⁴⁷

Rundt år 1750 nådde Kongens eneveldige makt, med dens sentraliserte og absolutte tvangsmakt, sitt høydepunkt. *Politi* fikk da et innhold av mer forvaltningsmessig eller administrativ karakter samtidig som det ble avgrenset mot *velferd* og det *kulturelle nivået* blant allmuen.⁹⁴⁸ Politiets formål var å forvalte «bysamfunnets orden, sikkerhet og velferd».⁹⁴⁹

⁹⁴⁰ Se Auglend 2016 s. 27.

⁹⁴¹ Se Stevnsborg 2010 s. 13.

⁹⁴² I 1637 opprettet Danmark for første gang en stående hær, se Rystad 1985 s. 118. Se også Gjeruldsen 2000 s. 24 om «Hæren i Norge 1628-60».

⁹⁴³ Se Stevnsborg 2010 s. 13. Se også Schenke 2018 s. 1-2 som beskriver tilsvarende ordning i Tyskland: «Davon wurden allerdings im Laufe der Zeit einzelne Bereiche abgesondert, nämlich die auswärtigen angelegenheiten, das Heer- und Finanzwesen sowie die Justiz.»

⁹⁴⁴ Se Auglend 2016 s. 29.

⁹⁴⁵ Se Stevnsborg 2010 s. 13.

⁹⁴⁶ Se Gjeruldsen 2000 s. 8.

⁹⁴⁷ Se Rystad 1985 s. 36-37; som et ledd i statsbyggingen fikk fyrstemarkten alene rett til å utøve makt. Fyrstens maktmonopol bidro til å redusere faren for voldsutøvelse fra andre.

⁹⁴⁸ Se Auglend 2016 s. 32.

⁹⁴⁹ Se Heivoll 2018a s. 91.

Fyrstens eneveddige makt i Tyskland var tilsvarende dominerende, og blir av *Pieroth mfl. 2014* s. 1 beskrevet som følgende: «Im 16. und 17. Jahrhundert bezeichnete gute policey de Tätigkeit, mit der der Fürst das Gemeinwesen in gute Ordnung brachte und in guter Ordnung erhielt. De gute Ordnung des Gemeinwesens verlangte, dass Fürst, Stände und Untertanen in Frieden und Eintracht zusammenlebten, dass jeder an seinem Platz seine Pflicht erfüllte, Gott ehrte und seinen Geboten gemäß lebte. Alle Bereiche des Lebens waren Teil der guten Ordnung des Gemeinwesens, Ehe und Familie, Essen, Trinken und Kleidung, Haus und Hof, Ackerbau und Viehzucht, Jagd und Fichfang; und wie der Hausvater sein Haus und Hof in guter Ordnung zu halten hatte, hatte der Fürst sein Land durch seine Geldwirtschaft und Steuererhebung, Förderung von Sittlichkeit, Religion und Bildung, Handel und Wandel und Gesundheits-uns Bevölkerungspolitik zu verwalten».

Selv om kongen ble ansett som den øverste politimyndighet og øverste leder for politiet, og politiet hadde som oppgave å håndheve rett knyttet til politiforseelsene slik de var omhandlet i politireguleringen, ble politiets funksjon holdt adskilt fra den judicielle funksjonen som omfattet justisforbrytelser.⁹⁵⁰ I kraft av at det forelå en plikt til å håndheve politiforseelsene, fikk politiets virksomhet et inkvisitorisk preg.

På 1800-tallet fortsatte utviklingen av skillet mellom statens bruk av tvangsmakt for å opprettholde allmenn orden og sikkerhet, og den sosial- og velferdsorienterte forvaltningsvirksomhet.⁹⁵¹ Utviklingen var nok et viktig bidrag til dagens «polisiære» politibegrep som fokuseres rundt opprettholdelse av alminnelig ro, orden og sikkerhet. Det funksjonelle politibegrepet favnet i prinsippet om de samme grunnfunksjoner som dagens begrep med «avvergelse av fare for borgere og samfunn som det sentrale og karakteristiske elementet».⁹⁵² Imidlertid viser dagjeldende politiforordning av 1701 for København at det polisiære politibegrep også omfattet oppgaven som moralens vokter gjennom å forvalte bestemmelser om ærbarhet og gode seder.⁹⁵³ Politiforordning av 1701 ble i 1738 gjort gjeldende for alle norske kjøpsteder, med unntak av Bergen som allerede i 1710 fikk egen politiforordning.⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ Nærmere om dette temaet, se Heivoll 2018a s. 95 flg.

⁹⁵¹ Tross dette viser Grunnloven av 1814 § 17 at *politi* fremdeles var gitt et vidt innhold, hva angår forvaltningsmessige oppgaver, jf. formuleringen «... der angaa Handel, Told, Næringsveie og Politi».

⁹⁵² Se Auglend 2016 s. 35.

⁹⁵³ Se Eriksen 2018 s. 157 for nærmere fremstillingen av politiforordningen av 1701. Se også Ertrevaag/Fossen 1992 s. 62 flg. om politiforordningen for Bergen.

⁹⁵⁴ For en bred anlagt fremstilling av utviklingen, se Auglend 2016 s. 306–325.

Dagens funksjonelle politibegrep må tolkes innenfor rammene av pl. § 1 andre ledd som angir etatens mål, sammenholdt med § 2 som angir politiets oppgaver. Politiloven § 1 andre ledd lyder slik:

«Politiet skal gjennom forebyggende, håndhevende og hjelpende virksomhet være et ledd i samfunnets samlede innsats for å fremme og befeste borgernes rettssikkerhet, trygghet og alminnelige velferd for øvrig.»

7.3 Politi – den organisatoriske dimensjon og dens utvikling

Det er i en nasjonal kontekst naturlig å knytte fremveksten av den organisatoriske, eller formelle, dimensjonen av *politi* til opprettelsen av politimesterembeter som var satt til å forvalte de til enhver tid tildelte polisiære oppgaver.⁹⁵⁵ Landets første politimesterembete ble opprettet i Trondheim i 1686, etterfulgt av Bergen i 1692. Kristiania fikk sin første politimester i 1744 og Kristiansand i 1776.⁹⁵⁶ Ved etablering av politimesterembetene ble politiet som en særegen institusjon utsondret av den gamle kommunale styrelse. Foruten disse byene, ble det ikke etablert andre politimesterembeter i tiden frem mot 1814.⁹⁵⁷ For de øvrige kjøpsteder var det byfogden som var politimester.⁹⁵⁸ I kraft av sin eneveldige myndighet var Kongen den øverste politimyndighet, og den formelle styringen skjedde sammen med kanselliet gjennom blant annet forordninger, mens den praktiske styringen ble overlatt til byene.⁹⁵⁹

⁹⁵⁵ Nå er det ikke slik å forstå at landet tidligere var uten et polisiært håndhevelsesapparat. Allerede på middelalderen skjedde det en utvikling fra privat rettshåndhevelse til at Kongen fikk en rolle som fredshåndhever. På 1300-tallet hadde Gjaldkerne en sentral rolle i ivaretagelse av de polisiære oppgavene. Han stod i spissen for byens ordenspoliti og til hjelp hadde han ombudsmænd og svende, som var de eneste som i fredstid hadde lov å bære våpen i kjøpstedene. For en nærmere fremstilling av temaet, se politilovkomiteen av 1912 s. 1 flg.

⁹⁵⁶ Se Ertresvaag/Fossen 1992 s. 25.

⁹⁵⁷ Se politilovkomiteen av 1912 s. 4.

⁹⁵⁸ Se politilovkomiteen av 1912 s. 5.

⁹⁵⁹ Se Heivoll 2018a s. 89.

I enevoldstiden viste Kongen ikke samme interesse for å styre landdistriktene gjennom innngripende forordninger og etablering av politivesen. I takt med Kongens sentralisering av embetsmakten, forvitret datidens kommunale selvstyre. Følgelig ble gamle ordninger videreført.⁹⁶⁰ Det innebar at på landsbygden var amtmanden å regne som overøvrighet og *fogdens* «nærmeste foresatte i politianliggender».⁹⁶¹ Underordnet amtmanden var *lensmændene*, som han selv ansatte.⁹⁶²

Denne unnfalldenheten var også fremtredende etter opphør av kongens enevelde. Tiden etter 1814 «synes ikke at ha været av paaviselig betydning for politiets utvikling.»⁹⁶³ Dette gjaldt også tiden etter etablering av det kommunale selvstyret i 1837. Vedtaket av straffeprosessloven av 1887, gav politiet ansvaret for alle straffesaker.⁹⁶⁴ Følgelig gjorde behovet for et effektivt politioppsyn seg også gjeldende på landsbygden. Først mot slutten av 1800-tallet fikk landdistriktene egne politiembetsmenn.⁹⁶⁵

Når politiet på begynnelsen av 1900-tallet skal beskrives, er det naturlig å foreta en inndeling i henholdsvis politiet i byen og på landsbygden. I byene hersket det en blanding av kommunal og statlig politiordning, hvor politikonstablene og -betjentene var kommunalt lønnet, og politimesteren og nærmere angitte lederstillinger var statlige. Politimesteren og hans ledere utøvet den statlige styring av etaten gjennom direktiver fra den sentrale ledelsen ved Justis- og politidepartementet. I kraft av at kommunene hadde ansvaret for å dekke store deler av driften, fikk de – tross statens overordnede styring – stor lokal innflytelse på virksomheten som sådan.⁹⁶⁶

På landsbygden var det lensmannen som ivaretok de polisiære funksjonene. Den enkelte kommunen hadde ikke noen økonomiske forpliktelser overfor lensmannsetaten

⁹⁶⁰ Nærmere om politiets bestyrelse på landdistriktet, se politilovkomiteen av 1912 s. 24 flg.

⁹⁶¹ Se Politilovkomiteen av 1912 s. 25.

⁹⁶² Se Olafsen 1930 s. 52 flg. (Lensmennene under eneveldet).

⁹⁶³ Se politilovkomiteen av 1912 s. 26.

⁹⁶⁴ Ved straffeprosessloven av 1887 § 72 ble lensmannen innlemmet i påtalehierarkiet. Nærmere om temaet, se Auglend 2016 s. 340–341. Se også Indst. O. II (1887) s. 9–10.

⁹⁶⁵ Se politilovkomiteen av 1912 s. 19 og 24 - 27.

⁹⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 1.1.

og den polisiære virksomhet på landsbygden.⁹⁶⁷ Ved lov av 15. juni 1878 ble lensmannen tildelt en beskjeden fast statlig lønn, men hans hovedinntektskilde var fremdeles gebyrer knyttet til utførelse av offentlige forretninger. Lensmannen lønnet selv sine betjenter. Foruten å hjelpe lensmannen i utøvelsen av hans offentlige og private virksomheter, stod lensmannsbetjentene for utøvelsen av polititjenesten.⁹⁶⁸ Først fra 1974 ble lensmannen statstjenestemann og fullt ut lønnet av staten.⁹⁶⁹

Det fremgikk av politiloven av 1927, og senere av politiloven av 1936, § 6 første ledd, at i lensmannsdistriktene var det lensmannen som hadde «ledelsen av politiet under politimesteren».⁹⁷⁰ Det innebar at lensmennene hadde ansvaret for etterforskning og ordenstjeneste i lensmannsdistriktene, og håndterte de forvaltningsoppgaver som til enhver tid var tillagt politiet. I takt med samfunnsutviklingen, herunder folkeforflytning og oppbygging av statsapparatet, var det rundt 1970/80-tallet naturlig å se nærmere på lensmannsetaten. Lensmannen var fritatt mange av sine oppgaver og politiarbeidet fikk mer plass.⁹⁷¹ Til tross for at lensmannen i sin utførelse av den polisiære tjeneste var underlagt politimesteren, lå den administrative ledelsen av lensmannen hos fylkesmannen. Dette sammenholdt med at lensmannen inntok en selvstendig og noe enerådige rolle i sine ressursdisponeringer, samtidig som politimesteren i stor grad kviet seg for å stille spørsmål med lensmannens disponeringer, var et direkte hinder for etablering av rasjonelle tjenesteordninger i politidistriktene.⁹⁷² I 1994 ble politi- og lensmannsetaten samlet under én felles administrativ ledelse, ledet av den enkelte politimester.⁹⁷³

⁹⁶⁷ Se NOU 1988:39, punkt 3.3.1 hvor det fremgår at lønning av lensmenn historisk sett «vært ved part, tiende eller avgifter i forbindelse med utførelse av gjøremål».

⁹⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 1.3.

⁹⁶⁹ Se Nordstoga 1992 s. 142. Ved lovendring av 1.1.1974 ble lensmennene overført på fast lønn og adgangen til å drive privat virksomhet ble begrenset ytterligere.

⁹⁷⁰ Se Auglend 2012 s. 48 – 52 for en nærmere redegjørelse av lensmannens rolle som lokal politisjef på landet og hans ledelse av polititjenesten underlagt politimesteren.

⁹⁷¹ Se NOU 1981:35 s. 60.

⁹⁷² Se Auglend 2012 s. 57 – 58.

⁹⁷³ Se Auglend 2012 s. 31.

Politiet som institusjon kommer til uttrykk i pl. § 15 første ledd første punktums formulering:⁹⁷⁴

«Politiet er et rikspoliti som ledes av det departement Kongen bestemmer.»

7.4 Fremveksten av den rettslige reguleringen av politiets polisiære virksomhet – historisk perspektiv

7.4.1 Innledende betraktninger

Allerede på midten av 1800-tallet, i den tid hvor mange av de tradisjonelle oppgavene ble overlatt til egne forvaltningsorganer, var rettsteoretikere opptatt av å definere de «egentlige politioppgaver».⁹⁷⁵ I så henseende stod spørsmålet om etatens materielle kompetanse til å utøve myndigheten sentralt. Som Eriksen påpeker gav Torkel H. Aschehoug uttrykk for at «de embedsmenn som har politifunksjoner også har ‘Ret til at give Befalinger, der maa efterkommes uagtet de ikke have nogen directe Hjemmel’». Denne kompetanse ble ifølge Aschehoug utledet av «Sagens Natur».⁹⁷⁶ Men også på 1800-tallet var det enighet om at det fantes en grense for politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse uten forankring i skreven lov. Utfordringen var da, som i dag, knyttet til å definere hva som falt innenfor og utenfor lovgivningen.⁹⁷⁷

Det videre siktemål med fremstillingen er å gi et bilde av fremveksten av den rettslige reguleringen av politiets polisiære virksomhetsutøvelse frem til 1995, nærmere bestemt normeringer som angir etatens oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse.

⁹⁷⁴ Som eksempel på definisjon av politibegrepets organisatoriske dimensjon i tysk rett, kan det vises til *Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen (Polizei) Polizeiaufgabengesetz – PAG* art 1: «Polizei im Sinn dieses Gesetzes sind die im Vollzugsdienst tätigen Dienstkräfte der Polizei des Freistaates Bayern». Nærmere om PAG art 1, se Schmidbauer/Steiner 2011 s. 2 flg.

⁹⁷⁵ Se Eriksen 2018 s. 158 flg.

⁹⁷⁶ Se Aschehoug 1858 s. 236.

⁹⁷⁷ Se Eriksen 2018 s. 163.

7.4.2 Enevoldstiden⁹⁷⁸ – 1900

Som tidligere nevnt var opprettelsen av de første politimesterembeter, i tid sammenfallende med innføring av kongens enevoldsmakt. I kjølvannet av etableringen av politimesterembetene vedtok kongen flere *politiforordninger*.⁹⁷⁹ Ved «plakat af 4. april 1809» § 1 ble Københavns politidirektør av Kongen gitt kompetanse til å treffe de foranstaltninger som til enhver tid fremstod som nødvendig.⁹⁸⁰ Først ved lov av 4. juli 1857 ble det gitt anledning til å anvende den alminnelige politiforordningen i landdistriktene.⁹⁸¹

Politiforordningene omhandlet «de aller fleste sider ved statens styring av samfunnet og den enkelte borger»,⁹⁸² og må i kraft av at de ble besluttet eller godkjent av Kongen, karakteriseres som rettslige normeringer av lovs karakter. Politiforordningen gav i det vesentlige forordninger av *påbud* og *forbuds* karakter.⁹⁸³ Selv om forvaltningen av politiforordningene ikke ble ansett som judisiell virksomhet,⁹⁸⁴ er det naturlig å betrakte disse som straffebestemmelser.⁹⁸⁵

Politiforordningene representerte en utvidelse av politimesterens virkeområde. Ifølge politiforordningen av 1701 var politiets oppgaver knyttet til håndhevelse av blant annet ærbarhet, sed og skikk, renslighet, orden og fred på offentlig sted og handel, for å nevne noen.⁹⁸⁶ Felles for forordningene var at oppgavene ble vidt angitt,⁹⁸⁷ og angivelsen av politiets fullmakter var fraværende.

⁹⁷⁸ Nærmere om etablering av Enevoldet i Danmarks og Norges riker, se Sogner 1996, s. 12 flg.

⁹⁷⁹ Se Auglend 2016 s. 37.

⁹⁸⁰ Se Stevnsborg 2010 s. 38: Hjemmelen må kunne betraktes som en generalfullmakt som gav politiet kompetanse til «at træffe alle de foranstaltninger, som er betroet politiets udøvende myndighed».

⁹⁸¹ Se Eriksen 2018 s. 157.

⁹⁸² Se Eriksen 2018 s. 157.

⁹⁸³ Se Eriksen 2018 s. 157 hvor det gis en summarisk fremstilling av forordningens tretten ulike seksjoner.

⁹⁸⁴ Se Heivoll 2018a s. 96 -97.

⁹⁸⁵ Se *Forhandlinger i Odelstinget* nr. 85 (1901/1902) s. 677 hvor det fremgår av referat fra drøftelsene at de opphevede forordningene (politiforordningene) ble ansett erstattet av straffebestemmelser i straffeloven av 1902.

⁹⁸⁶ Se Pierot mfl 2014 s.1 hvor «gute policey» i tysk politirett beskrives som den aktivitet hvorigjennom Fyrsten «das Gemeinwesen in gute Ordnung brachte und in guter Ordnung erhielt». Fellesskapets gode orden krevde at det hersket fred og harmoni, og at alle oppfylte sine plikter, æret gud. Alle livsområder var en del av samfunnets gode orden. Dette gjaldt ekteskap, familie, mat, drikke, klær og den enkeltes hus og hjem, for å nevne noe. Tilsvarende Schenke 2018 s. 1.

⁹⁸⁷ Se Heivoll 2018a s. 93.

Kongens utøvelse av sin eneveldige myndighet generelt og politiets polisiære myndighets spesielt, innehar de elementer som kjennetegner en politistat. På vegne av Kongen forvalter politiet rollen som *storhusbonden* (household management). Storhusbonden, som stod for «orden» i sin teig hadde en patriarkalsk kompetanse. Han definerte hva som var korrekt adferd i enhver henseende, og håndhevet og sanksjonerte avvik. Når staten ved Kongen fant det hensiktsmessig å overta ansvaret for landets indre orden og sikkerhet, ble *household management* videreført som grunnlag for den polisiære virksomhetsutøvelsen. Følgelig inntok politiet i sin forvaltning av politiforordningene rollen som *moral- og sunnhetspoliti*.⁹⁸⁸

Selv om politiforordningene ikke omhandlet rettsregler som regulerte politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, ble både politiets oppgaver knyttet til den polisiære håndhevelsen og kompetansen til inngripende myndighetsutøvelse utledet av disse straffebestemmelsene.⁹⁸⁹ Myndighetenes tilnærming synes å bygge på utlegninger forankret i «sakens natur» i kombinasjon med offentlig embets-/tjenestemenns lydighet til kongen. Når Kongen, ved politiforordninger, påla politiet bestemte plikter og oppgaver, oppstod det en forutsetning om at plikten og oppgavene ble utført. Da lå det i «sakens natur» at plikten måtte operasjonaliseres.⁹⁹⁰ Følgelig fantes det korresponderende inngrepshjemler da «kriminaliseringen *i seg selv* ble betraktet som et håndhevelsesdirektiv».⁹⁹¹

Ved lov angående straffeloven av 1902s ikrafttredelse § 2 syvende ledd ble samtlige politiforordninger og reskripter «angående politivæset» i forskjellige kjøpsteder opphevet.⁹⁹² Politiforordningens betydning som rettslig grunnlag for politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse opphørte i 1905.

⁹⁸⁸ Nærmere om dette temaet, se Ramsay 2008 s. 157 – 177.

⁹⁸⁹ Straffelovers betydning som kompetansegrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse varte helt frem til vedtakelse av politiloven av 1995. Se NOU 1981:35, pkt. 4.1 hvor politiroleutvalget av 1976 understreker at «[s]om hovedregel kan ikke politiet gripe inn overfor noen uten at det foreligger en straffetrusel (min utheving), enten i loven selv, eller i regler gitt med hjemmel i lov.»

⁹⁹⁰ Se Auglend 2016 s. 348.

⁹⁹¹ Se Auglend 2016 s. 463.

⁹⁹² Se *Forhandlinger i Odelstinget* nr. 69 (1901/1902) s. 657. Ikrafttredelsesloven § 4 omhandler riktignok noen forordninger som ble videreført, men dette gjaldt forhold av ikke polisiær karakter.

7.4.3 Straffeloven av 1902

Politiforordningens bestemmelser om «hvad der er forbudt paa offentlige steder som stridende mot ordenen eller farlig for sikkerheten, og om hvad ordenspolitiet har at iagttaa»,⁹⁹³ ble inntatt i straffeloven av 1902. Ved siden av straffeloven av 1902s regler om orden og sikkerhet på offentlig sted,⁹⁹⁴ fremgikk det av lov om straffelovens ikrafttredelse § 15 at politivedtektene skulle «herefter alene kunne omfatte de anliggender, som angaaar ordenen og renligheden paa de for almindelig færdsel bestemte eller almindelig befærdede steder.»⁹⁹⁵

Politivedtektene har sin bakgrunn fra tiden da kommunene hadde ansvaret for politiutgiftene. Motiver for etablering av politivedtekter var da mer av økonomisk karakter da utskrevne bøter, som følge av overtredelse av vedtektene, tilfalt kommunekassen. Senere ble de økonomiske aspekter ved vedtektene svekket, og dens betydning som rettslig normering av politiets ordens- og sikkerhetsfunksjon kom i fokus, se *Utkast til ny lov om politiet*, del IV, s. 207. En sammenstilling av innholdet i den alminnelige politiforordning av 1701, med dagens normalpolitivedtekt, – se Politidirektoratets rundskriv 2018/002 – viser at normeringer som har som formål å regulere adferd knyttet til offentlig ro, orden og renhold langt på vei er videreført i dagens politivedtekter.

Til tross for at opphevelsen av politiforordningen medførte at politiet stod uten rettsregler som regulerte den polisiære virksomhet, fant ikke politilovkomiteen av 1912 grunn til å fremme forslag om ny lovgivning. Komiteen synes å legge til grunn at opphevelsen av politiforordningene ikke medførte at den rettslige ordningen av politiet opphørte.⁹⁹⁶ Opphevelse av politiforordningene innebar ikke et paradigmeskifte hva angår myndighetenes streben etter å lovregulere politiets oppgaver og

⁹⁹³ Se politilovkomiteen av 1912 s. 65.

⁹⁹⁴ Se lov 22. mai 1912 – Om straffelovens ikrafttræden.

⁹⁹⁵ Se *Forhandlinger i Odelstinget* nr. 69 (1901/1902) s. 686. Se også *Forhandlinger i Lagtinget* nr. 39 (1901/1902) s. 306 hvor det fremgår at forslaget ikke foranlediget merknader.

⁹⁹⁶ Se Heivoll 2018a s. 158 – 159.

inngrepskompetanse. Ordningen hvor straffebud definerte politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse ble videreført idet «hvad ordenspolitiet ha[dde] at iagtta»,⁹⁹⁷ nå ble utledet av politivedtektene og straffeloven av 1902.

7.4.4 Politiinstruksen av 1920

I 1912 ble det oppnevnt en *politilovkomite* som fikk i oppgave å lage utkast til en politilov.⁹⁹⁸ I forbindelse med lovarbeidet fremmet politilovkomiteen av 1912 forslag om at det ble vedtatt en politiinstruks. Når komiteen uttrykte behov for en politiinstruks som fastsatte politiets «pligter og maaten hvorpaa de skal utføres», var det fordi tidligere politianordninger og -instruksjoner var ufullstendige og gjennomgående foreldet. Videre pekte komiteen på at det ikke fantes lovbestemmelser som påla det enkelte politikorps å utarbeide alminnelige forskrifter om tjenestens utførelse.⁹⁹⁹ Selv om komiteen mente at utarbeidelse av en politiinstruks var «forbundet med særegne vanskeligheter og kræver et omfattende arbeide», var det nettopp «polititjenestens mangartethet og at politiet maa gripe ind paa saa mange omraader, [som gjorde] det sterkt paakrævet, at politiets tjenestemænd har anledning til at søke støtte og veiledning i bestemte regler.»¹⁰⁰⁰

I tråd med politilovkomiteens forslag ble det ved kgl. res. av 6. april 1920, vedtatt en *alminnelig instruks for rikets polititjenestemenn*.¹⁰⁰¹ Instruksen ble senere ved politilov av 1927 sikret nødvendig forankring i formell lov gjennom delegasjonsfullmakten i § 22. Men som påpekt i *Utkast til ny lov om politiet*, utgjorde politiinstruksen av 1920 intet selvstendig hjemmelsgrunnlag for inngripende myndighetsutøvelse. Instruksen hadde karakter av interne tjenesteregler «som [foreskrev] et mønster for korrekt

⁹⁹⁷ Se politilovkomiteen av 1912 s. 65.

⁹⁹⁸ Se Ot.prp. nr. 59 (1920) s. 3.

⁹⁹⁹ Se politilovkomiteen av 1912 s. 269.

¹⁰⁰⁰ Se politilovkomiteen av 1912 s. 270 hvor komiteen særlig fremhever at «politiets gjøremaal er meget forskjelligartet og berører sterkt mange av samfundslivets og lovgivningens felter, og at politiets optræden i mange tilfælde maa bestemmes av takt og konduite og vanskelig paa forhaand lar sig foreskrive.»

¹⁰⁰¹ Politiinstruksen av 1920 ble stående helt frem til den ble erstattet av politiinstruksen av 26.06.1990 – fastsatt ved kronprinsregentens res. av 22. juni 1990.

tjenesteutførelse»,¹⁰⁰² og må anses som den første rettslige formalisering av politiets tjenstlige handlingsplikt.¹⁰⁰³ Til tross for dette fikk politiinstruksen over tid en spesiell rettskildemessig posisjon som rettslig fundament for politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse i polisierert øyemed. Instruksen dannet grunnlaget for en «presumsjon for eksistensen av en korresponderende sedvanerettsdannelse» – generalfullmakten som uttrykk for et «sedvanerettslig prinsipp med indirekte lovhjemmel.»¹⁰⁰⁴

7.4.5 Politiloven av 1927

Politolvkomiteen av 1912 gav sin innstilling i 1914,¹⁰⁰⁵ men som følge av blant annet I. verdenskrig ble politiloven først vedtatt i 1927.¹⁰⁰⁶ At landet hadde behov for en politilov var uomtvistet. I Ot.prp. nr. 59 (1920) fremhever Justis- og Politidepartementet at:¹⁰⁰⁷

«departementet [har] gjentagende hat anledning til at erfare at vor nuværende politiordning – hvorom der praktisk talt ikke findes lovbestemmelser – i forskjellige henseender er mangelfuld, hvilket under kritiske forhold vil kunne indebære en fare.»

Ved første øyekast kan uttalelsen virke forankret i det faktum at det ikke fantes lovregulering av politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse. Men uttalelsen må tolkes og forstås i lys av datidens situasjon og behov. Når Justis- og Politidepartementet finner grunn til å gi uttrykk for bekymring ved å påpeke at mangel på rettslig regulering av politiet «under kritiske forhold vil kunne innebære en fare», var det ikke legalitetsprinsippets lovskrav de hadde i tankene. Behovet for en politilov vokste frem som følge av blant annet manglende avklaring av ansvarsforholdet mellom

¹⁰⁰² Se Utkast til ny lov om politiet, del II, s. 19. (I dokumentets innholdsfortegnelse er temaet i innholdsfortegnelsen angitt under del I, s. 18. Ifølge selve dokumentet er temaet omhandlet under del II s. 18 flg.).

¹⁰⁰³ Se Auglend 2016 s. 350.

¹⁰⁰⁴ Se Utkast til ny lov om politiet, del IV s. 131.

¹⁰⁰⁵ Se NOU 1981:35 s. 40.

¹⁰⁰⁶ Politiloven av 10. juni 1927.

¹⁰⁰⁷ Se Ot.prp. nr. 59 (1920) s. 5.

kommunene og staten for finansiering av politivirksomheten i en tid med industriell vekst i landdistriktene.¹⁰⁰⁸ Når Justis- og Politidepartementet gir uttrykk for sin bekymring med hensyn til at det praktisk talt ikke finnes lovbestemmelser som regulerer «nuværende politiordning», referer det i hovedsak til lovbestemmelser som regulerer utgiftsfordelingen mellom stat og kommune, og som gir anvisninger om statens adgang til å råde over kommunale politiresurser.

I den grad man skal driste seg til å plassere motivene for etablering av en politilov av 1927 i en menneskerettslig kontekst, kan statens beveggrunn tas til inntekt for at en politilov ville bidra til å styrke statens tilgang til politiresurser og derigjennom øke muligheten til å sikre individets rettigheter i påkommende tilfeller.¹⁰⁰⁹

Politolovkomiteen av 1912 viet politiets «oppgave og gjøremaal» stor oppmerksomhet i sin innstilling, uten at dette verken ble reflektert i forslag til lovtekst eller i vedtatt lov.¹⁰¹⁰ Årsaken til dette er, slik politilovkomiteen uttrykker det, at:¹⁰¹¹

«Man har ikke i vor – og som regel heller ikke i fremmed – lovgivning nogen almindelig bestemmelse om politiets samfunnsfunktion. Og en saadan bestemmelse eller legal definition bør heller ikke søkes optat i en politilov, dels fordi den vanskelig kan bli uttømmende, og dels fordi begrepene om politiets hovedgjøremaal er gjenstand for utvikling ...»

I lys av ovennevnte sitat er det ikke overraskende at politiloven av 1927 heller ikke omhandler politiets adgang til å foreta inngripende polisiær myndighetsutøvelse.

I tråd med mandatet som lå til grunn for komiteens arbeid, og som må anses reflektert i tittelen på komiteens forslag til politilov;¹⁰¹² «Lov om politiets ordning m.v.», var temaet for lovarbeidet først og fremst å etablere en politilov som omhandlet spørsmål

¹⁰⁰⁸ Se politilovkomiteen av 1912 s. 5.

¹⁰⁰⁹ Man kan alltid diskutere om behovet for mer politi vokste frem fordi staten ønsket å ivareta sin plikt til å sikre det enkelte individs grunnleggende rettigheter, eller om formålet var å sikre statens interesser mot individet. Dette temaet blir ikke nærmere behandlet.

¹⁰¹⁰ Se politilovkomiteen av 1912 s. 51 – 100.

¹⁰¹¹ Se politilovkomiteen av 1912 s. 51.

¹⁰¹² Se NOU 1981:35, punkt 3.1 hvor *politirulleutvalget* omtalte perioden fra *politilovkomiteen av 1912* fikk sitt mandat og frem til loven ble vedtatt i 1927, som «[l]ovperioden».

av organisasjons- og personellmessig karakter med formål å «strømlineformere organisasjonen og avklare ansvarsforhold» mellom stat og kommuner.¹⁰¹³

Politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse ble ikke omtalt. Politikomiteen var av den oppfatning at kompetansen, som i det vesentlige ble utledet av gammel administrativ praksis,¹⁰¹⁴ burde videreføres.

Resultatet ble at loven av 1927 fastholdt og videreførte den dagjeldende ordning hvor politiet delvis var et kommunalt, og delvis et statlig anliggende. Mens staten hadde ansvaret for den tjenestemessige og operative ledelse, herunder full kommandomyndighet over de lokale politienhetene, var kommunene ansvarlig for å ha tilstrekkelig med politi til rådighet, og for å dekke utgifter til drift.¹⁰¹⁵ Staten ble i tillegg gitt en rett til å disponere over mannskapene mot en økonomisk kompensasjon.¹⁰¹⁶

7.4.6 Politiloven av 1936

I 1934 ble det oppnevnt en ny politilovkomite som fikk i oppgave å fremme forslag til ny politilov. Når heller ikke denne komiteen fremmet forslag om rettslig regulering av politiets oppgaver og inngrepsfullmakter, hadde det solid forankring i komiteens mandat.¹⁰¹⁷

Ifølge mandatet skulle komiteen «utarbeide detaljutformet forslag til gjennomførelse av Stortingets beslutning av 25. juni 1934 om statens overtagelse av hele politiforvaltningen og om organisasjon av det ekstraordinære politi». (Se Innstilling fra politikomiteen av 1934 s. 3).

¹⁰¹³ Se Auglend 2012 s. 48.

¹⁰¹⁴ Politilovkomiteen av 1912 s. 19 flg.

¹⁰¹⁵ Nærmere om funksjons- og ansvarfordeling mellom stat og kommunene, se Utkast til ny lov om politiet med motiver 1991, *Del I*, s. 1.

¹⁰¹⁶ Se Auglend/Mæland 2016 s. 55.

¹⁰¹⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 2.3: hvor myndigheten klart gav uttrykk for at de ikke fant det hensiktsmessig å lovregulere politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse. «Av forarbeidene til den nåværende politiloven fremgår det at man [under arbeidet med politiloven av 1936] ikke hadde til hensikt å lovfeste noe om politiets adgang til å foreta inngrep overfor borgerne.»

Felles for politiloven av 1927 og senere politiloven av 1936 var at begge lovene kun omhandlet temaer av organisatorisk, administrativ og personalforvaltningsmessig karakter.¹⁰¹⁸

Ved politiloven av 1936 ble ordningen med at det underordnede politi skulle være et kommunalt anliggende, avskaffet.¹⁰¹⁹ Lovens § 2 slo fast at «[p]olitiet er et rikspoliti under overledelse av det departement Kongen bestemmer».¹⁰²⁰ Staten fikk eneansvar for å sørge for «det politi som trenges for å opprettholde den offentlige orden, forfølge lovbrudd og utføre andre oppgaver, som efter lov eller sedvane påhviler politiet.»¹⁰²¹

I tråd med mandatet hadde komiteen særlig fokus på de «økonomiske konsekvenser» av overgangen til et statlig politi, herunder den uensartede avlønningen av politiet. Når politikomiteen fremhever at politiets tjenestemenn «er betrodd en myndighet, som misbrukt kan medføre en grov krenkelse av individets frihet»,¹⁰²² er det forankret i en bekymring for at datidens lønnsforskjeller kunne fremme korrupsjon, og ikke utledet ut fra en bekymring om at manglende lovregulering av politiets oppgaver og kompetanse kan føre til vilkårlig tjenesteutøvelse og myndighetsmisbruk.

Politiloven av 1936 § 1 gav uttrykk for at «[s]taten sørger for det politiet som trenges for å opprettholde den offentlige orden, forfølge lovbrudd og utføre de andre oppgaver, som efter lov eller sedvane påhviler politiet». Dette var i tråd med og «motivert ut fra det syn at politiets oppgaver etter sin art burde anse som statlige og ut fra et ønske om å skape en ryddigere og mer enhetlig politiorganisasjon.»¹⁰²³

Foruten § 1, som må betraktes som en faneparagraf som angir målet for politiets virksomhet,¹⁰²⁴ var loven fri for bestemmelser som nærmere beskrev etatens polisiære

¹⁰¹⁸ Se Utkast til ny lov om politiet med motiver, del I, s. 3.

¹⁰¹⁹ Se lov 13. mars 1936 nr. 3 «Lov om politiet». I Danmark ble ordningen med kommunalt politi gradvis avskaffet i løpet av årene 1911-38, se Henricson 2016 s. 25.

¹⁰²⁰ Selv om politiloven av 1936 tilkjenner at politiet er et statlig anliggende, var det først etter Stortingsbehandling i 1947 at ordningen med at lensmennene privatfinansierte lensmannsbetjentene opphørte og ble erstattet gjennom opprettelsen av 900 statsstillinger som lensmannsbetjenter.

¹⁰²¹ Se politiloven av 13. mars 1936, § 1.

¹⁰²² Politikomiteen av 1934 s. 11.

¹⁰²³ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 1.2.

¹⁰²⁴ Se NOU 1981: 35 punkt. 4.1.1.

oppgaveportefølje og materielle hjemmel til inngripende myndighetsutøvelse. Lovgiver valgte – enten bevisst eller ubevisst – å videreføre tilnærmingen som bygget på at hjemler for inngrep overfor borgerne hvilte på en alminnelig antakelse om at politiet, for å opprettholde og eventuelt gjenopprette offentlig ro og orden og for å forhindre lovbrudd, hadde en sedvanerettslig myndighet til å treffe nødvendige tiltak – den såkalte *generalfullmakten*.¹⁰²⁵

Umiddelbart synes myndighetenes bevisste holdning til spørsmålet om lovregulering av politiets oppgaver og inngrepskompetanse å skyldes manglende fokus på rettsikkerhet. En slik slutning vil imidlertid fremstå som historieløs. Myndighetenes tilnærming kan begrunnes i et rettssikkerhetsperspektiv, og da ut fra en tilnærming som bygger på at loven var et produkt av sin tid, hvor formålet var å dekke datidens behov for politiforsterkninger gjennom etablering av en ordning som sikret at landets politistyrker stod under statsmyndighetenes kontroll og disposisjon.¹⁰²⁶

7.4.7 Perioden 1936–1995

Fra 1936 og frem til vedtakelse av politiloven av 1995, ble politiloven av 1936 endret hele tretten ganger. I perioden mellom 1938 og 1954 ble det igangsatt en rekke utredninger som fokuserte på temaer av administrativ, organisatorisk og ressursmessig karakter.¹⁰²⁷ Hovedformålet med disse utredningene var å få dekket behovet for politiresurser og etablere ordnede personellmessige forhold. Sentralt i disse utredningene stod spørsmål knyttet til rekruttering, utdanning, lønnsforhold og avansement.¹⁰²⁸ Felles for disse utredningene er at de ikke drøfter politiets oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse.

¹⁰²⁵ Nærmere om generalfullmakten, se kapittel 8.

¹⁰²⁶ Se NOU 1981:35 pkt. 3.1 hvor politiroллеutvalget omtaler perioden fra 1927 til 1937 som «Forsterkningsperioden».

¹⁰²⁷ For en nærmere redegjørelse av utredninger som fant sted i perioden 1936 til 1976, se NOU 1981: 35 s. 42 flg.

¹⁰²⁸ Politiroллеutvalget omtaler perioden som «Personellperioden», se NOU 1981:35 pkt. 3.1.

Fra midten av 1950-tallet ble fokus igjen endret. Nå var det politiets organisasjon som sådan som ble gjenstand for utredning. Formålet var å kartlegge mulighetene for rasjonalisering og effektivisering av etaten. Politiets oppgaver og inngrepskompetanse ble heller ikke denne gangen drøftet, men rasjonaliseringsutvalget utarbeidet en oversikt over politiets gjøremål.¹⁰²⁹ På 1960-tallet var det politiets sentrale ledelse som stod i fokus.

Allerede på 1960-tallet var politiet bevisst det faktum at etaten manglet lovhjemmel for å kunne ta i bruk midler som ble ansett som nødvendig for å kunne opprettholde orden og sikkerhet.¹⁰³⁰

Tross dette ble behovet for kodifisering av politiets inngrepskompetanse ikke satt på den politisk dagsorden.

Ved Kgl. res. av 10. desember 1976 ble det oppnevnt et utvalg (Politirolleutvalget) som fikk i oppgave å utrede politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Politirolleutvalgets utredning foregikk i perioden 1976 til 1987 og avstedkom to delutredninger, henholdsvis NOU 1981: 35 og NOU 1987: 27. Ifølge mandatet skulle utvalget utrede politiets fremtidige rolle i samfunnet. Sentrale temaer for utredningen var spørsmål om hvilke oppgaver etaten i fremtiden burde være beskjeftiget med, herunder hvilke de burde fritas for og hvilke som burde anses som politiets primære oppgaver.

Mandatet inviterte ikke utvalget til å drøfte den rettslige reguleringen av politiets inngripende myndighetsutøvelse.¹⁰³¹ Politiets inngrepshjemler, herunder *når* politiet kan gripe inn, og *hvilke* inngrepsmåter/tiltak som kan benyttes, ble dermed ikke viet oppmerksomhet. Det samme gjaldt spørsmål knyttet til politiets bruk av makt som middel for å eventuelt effektivere de ulike tiltak som etaten i praksis anvendte for å

¹⁰²⁹ Se NOU 1981:35 pkt. 3.5.

¹⁰³⁰ Se Müller 1984 s. 359 flg. hvor det redegjøres for de rettslige dilemmaer Oslo politidistrikt stod overfor i anledning gjennomføring av «stripa-aksjon» i 1962 hvor formålet var å gjenopprette ro og orden i området ved og i Studenterlunden. Politiet opplevde at det, innenfor daværende politilovgivning, var vanskelig å gjenopprette ro og orden i Studenterlunden. «Politiet nølte med å aksjonere på en måte som kunne gi resultatene da man mente å mangle lovhjemmel for de midler som ble ansett som effektive.» Etter å ha blitt kritisert for «utilsstrekkelighet» aksjonerte politiet vel vitende om at «disse inbringelser ikke ville holde hvis de skulle bedømmes helt legalt...».

¹⁰³¹ Nærmere om utvalgets mandat, se Ot.prp. 1981:35 s 32.

utføre sine oppgaver.¹⁰³² I tråd med myndighetenes tidligere tilnærming til dette spørsmålet, ble det i mandatet gitt uttrykk for at politiets «arbeidsoppgave[r] stort sett framgå[r] av den til enhver tid gjeldende lovgivning.»¹⁰³³ Og politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse ble utledet av den til enhver tid gjeldende oppgaveportefølje som var ledsaget av rettsnormer som straffesanksjonerte uønsket adferd. Politiets kompetanse til å foreta inngripende myndighetsutøvelse ble av politirolleutvalget uttrykt følgende:¹⁰³⁴

«Som hovedregel kan ikke politiet gripe inn overfor noen uten at det foreligger en straffetrussel, enten i loven selv, eller i regler gitt med hjemmel i lov.»

Videre påpekte politirolleutvalget at «enkelte inngrep overfor borgerne kan foretas med hjemmel i sedvane».¹⁰³⁵ Tilnærmingen hadde solid forankring i politiloven av 1936 § 1 hvor det fremgikk at politiet blant annet skulle «førfølge lovbrudd og utføre de andre oppgaver, som etter lov eller sedvane påhviler politiet». Denne sedvanebaserte kompetansen ble omtalt som *generalfullmakten* sammenholdt med uskrevne normer for *god politiskikk*.¹⁰³⁶

Politiroleutvalgets arbeid ble senere fulgt opp av departementet som engasjerte daværende byrettsdommer Ragnar Auglend til å forestå utredningen av lovforslaget som lå til grunn for politiloven av 1995.¹⁰³⁷

¹⁰³² Umiddelbart kan fremstillingen gi inntrykk av at *anvendelse av makt* er noe annet enn *inngrep*. I legalitetsprinsippets forstand er utøvelse av makt utvilsomt å betrakte som et inngrep. I politirettslig forstand utgjør imidlertid ikke maktutøvelse et selvstendig politiinngrep, men betraktes som et middel for å effektivere de ulike inngrep. Nærmere om denne sondringen, se Fredriksen 2015 s. 32 flg.

¹⁰³³ Se NOU 1981: 35 pkt. 2.1.

¹⁰³⁴ Se NOU 1981: 35 punkt 4.1.

¹⁰³⁵ Se NOU 1981: 35 punkt 4.1.1.

¹⁰³⁶ Se NOU 1981: 35 punkt 5.2.2.10. Normer for *god politiskikk* er i dag inntatt i pl. § 6.

¹⁰³⁷ Auglend ble i arbeidet med «Utkast til ny lov om politiet med motiver» bistått av daværende byråsjef Per Gammelgård og politiadjutant Lars Stoltenberg.

7.4.8 Den rettslige reguleringen av forvaltningen for øvrig – noen utviklingstrekk

På lik linje med politiets polisiære virksomhet måtte også den øvrige forvaltningen i tiden etter 1814 støtte seg til forvaltningslovgivning som var utviklet under eneveldstiden. Med få unntak var den private virksomhet på 1800-tallet ikke lovregulert. Forvaltningslovgivningen var i det vesentlige preget av generelle forskrifter som var belagt med straff. I den grad forvaltningslovgivningen rettet seg mot enkeltindivider var de desto mer inngripende da de omfattet spørsmål om barneforsørgelse og, fattig-, sinnsyke- og fengselsvesen.¹⁰³⁸ I sterk kontrast til utviklingen – eller mangel på sådan – innenfor den polisiære myndighetsutøvelse, opplevde den øvrige forvaltningsvirksomhet på slutten av 1800-tallet og frem til første verdenskrig betydelig økning i den rettslig regulering av myndighetenes materielle og prosessuelle kompetanse. Myndighetenes forvaltningskontroll og regulering av privat virksomhet økte markant.

Lov om arbeidstilsyn blir vedtatt i 1892, og i 1896 innføres tvungen ulykkestrygd for industriarbeidere. Direkte tilsyn med næringer innføres. I 1887 etableres tilsyn med sparebanker, og i 1903 innføres tilsyn med skips sjødyktighet. Den største forvaltningsrettslige regulering og kontroll skjedde ved innføring av konsesjonslovning som la begrensninger på tidligere «fri» næringsvirksomhet. Myndighetenes forvaltningsvirksomhet endret også karakter ved at antall individrettede vedtak (enkeltvedtak) i form av pålegg og tillatelser økte, se Forvaltningskomiteen av 1958 s. 9.

I tiden under og etter første verdenskrig blir den «frie» næring ytterligere regulert. Denne utviklingen fortsatte også i tiden før, under og etter andre verdenskrig med den følge at forvaltningen vokste.¹⁰³⁹ I takt med denne utviklingen ble det etablert lovgivning som på et høyt detaljnivå regulerte individets plikter og myndighetenes adgang til inngripende myndighetsutøvelse. Dette gjaldt også innenfor forvaltningsområder hvor politiet hadde en kontroll- og tilsynsfunksjon. Felles for disse og tilsvarende lover var at de inneholdt plikt- og kompetanseregler som, med et forholdsvis høyt presisjonsnivå, angav hvilke plikter rettssubjektet hadde overfor

¹⁰³⁸ Se Forvaltningskomiteen av 1958 s. 8.

¹⁰³⁹ Se Forvaltningskomiteen av 1958 s. 12.

kontrollmyndigheten, og hvilken inngrepskompetanse som var tillagt politiet som kontrollmyndighet.

Som eksempler på velregulert privat næringsvirksomhet, som var underlagt politiets kontroll- og tilsynsfunksjon, kan nevnes lov av 18. juli 1917 – Midlertidig lov om skat paa visse forestillinger m.v. Ifølge § 16 måtte den som drev visse typer forestillinger, hver uke for politiet forelegge inntektsbøker, billettboker eller billetteruller, og få oppgjøret godkjent av politiet, se innstilling om revisjon av regnskapslovgivningen fra Regnskapslovkomitéen 1959 s. 122. Videre foreskrev lov om omsetningsavgift av chokolade- og sukkerverer – lov av 6. juli 1923 § 17 at «varens mottagere i 2 år [...] på forlangende [må] forevise for vedkommende kontrollmyndighet eller politiet [fakturaer]», se innstilling om revisjon av regnskapslovgivningen fra Regnskapslovkomitéen 1959 s. 123.

Situasjonen var tilsvarende for annen sammenliknbar forvaltningsvirksomhet. Som eksempel kan det vises til tollvesenets kontroll og håndhevende virksomhet. Allerede ved lov om Toldvæsenet av 20. september 1845 var virksomheten velregulert. Loven inneholdt detaljerte regler om fartøys sjefens plikter overfor tollvesenet. Foruten å gi tollvesenet adgang til skipet, skulle det også ytes nødvendig hjelp, jf. § 2. Skipssjefen var også forpliktet til å informere om alle hemmelige adkomster til lasterom. Videre kunne tollvesenet rekvirere bistand fra politiet eller militære, jf. § 17. Reguleringen av tollvesenet oppgaver og inngrepskompetanse ble videreført og utviklet i tolllov av 22. juni 1928 (og senere i tollloven av 1966). Tollloven av 1928 fremstod som en moderne lov hva angår beskrivelse av oppgaver og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse. Lovens § 16 oppstilte en utstrakt undersøkelsesrett. Videre angav den kompetansens geografiske avgrensning begrenset til skip, lager, lagrings- og losseplasser under åpen himmel. Hvem som kunne kontrolleres og hvilke plikter disse hadde i forhold til tollvesenets kontrollvirksomhet er også behørig omtalt, se Forvaltningskomiteen av 1958, s. 55-56. Dersom tollmyndigheten ble nektet adgang, foreskrev § 16 at tollinspektør kan tilkalles, som i to vitners nærvær med makt kunne skaffe seg adgang.

7.5 Oppsummering

Frem til begynnelsen av 1900-tallet kjennetegnes forvaltningsvirksomheten av mangel på materielle og prosessuelle saksbehandlingsregler. Kontradiksjon, begrunnelse og klageadgang var mangelvare ved saksbehandlingen som fortsatt var preget av enevoldstidens autoritære prinsipper. Samtidig – i tiden fra slutten av 1800-tallet til etter andre verdenskrig – og i takt med samfunnsutviklingen og myndighetenes

forvaltning og regulering av privat virksomhet, oppstod det et behov for etablering av lovgivning som gav saksbehandlingsregler for virksomhetene og ivaretok berørte individers grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.¹⁰⁴⁰

I sterk kontrast til myndighetenes lovregulering av den øvrige forvaltningens oppgaver og inngrepskompetanse, ble den polisiære virksomhetsutøvelsen, og da særlig spørsmål knyttet til etatens kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, forankret i «sakens natur» i kombinasjon med offentlige embets- og tjenestemenns lydighetsplikt til «Kongen». Som tidligere nevnt, ble politiets oppgaver utledet av straffebud som sanksjonerte adferd. Når Kongen/lovgiver påla politiet bestemte plikter – i dette tilfellet gripe inn ved lovbrudd – oppstod det en forutsetning om at plikten ble operasjonalisert gjennom ivaretagelse av oppgavene.

Til tross for at det allerede på 1800-tallet hersket enighet om at det fantes en grense for politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse uten forankring i skreven lov, samtidig som ufordringen da, som i dag, var å definere hva som var på innsiden og utsiden av lovgivningen,¹⁰⁴¹ fremstår den manglende rettslige regulering av den polisiære virksomheten som et resultat av et bevisst valg fra myndighetenes side.

For å forklare denne utviklingen kan det være formålstjenlig å ta utgangspunkt i definisjon av *police* hentet fra *Blackstone commentaries*,¹⁰⁴² hvor han forklarer amerikansk polisiær myndighetsutøvelses legitimitet rundt 1850-tallet som utledet «from the king's status as 'father' of his people, and 'pater-familias' of the nation». Med dette gav Blackstone uttrykk for at staten inntok rollen som en storhusbonde som regulerte indre orden, og hvor det enkelte individ – som medlemmer av en velstyrt familie – var forpliktet til å tilpasse sin oppførsel til regler om anseelse, godt nabolag og god oppførsel, samt være anstendig og harmløs i sine handlinger og adferd.

¹⁰⁴⁰ Se Forvaltningskomiteen av 1958 s. 14 som påpeker at: «når forvaltningens makt øker, blir også behovet for kontroll med utøvelsen av forvaltningens myndighet større. Rettssikkerhetsgarantier må utbygges og styrkes».

¹⁰⁴¹ Se Eriksen 2018 s. 163.

¹⁰⁴² Se Dubber 2008 s. 99 som viser til *Blackstone commentaries*. Se Wikipedia: The Commentaries on the Laws of England are an influential 18th-century treatise on the common law of England by Sir William Blackstone, originally published by the Clarendon Press at Oxford, 1765–1769.

Beskrivelsen er treffende og har parallellitet til den norske stats polisiære myndighetsutøvelse fra begynnelsen av Kongens eneveldstid i 1750 og frem til vedtakelse av politiloven av 1995. I eneveldstiden opptrådte kongen som allmektig og gav politiforordninger som regulerte den polisiære virksomhet. Reglene var pragmatiske og bygget på en håndhevelse som understøttet effektivitet og god styring. Tanken på at reglene og tjenesteutøvelsen skulle ha legitimitet i folket var fjern. Legitimiteten sprang ut av Kongens allmektige posisjon.¹⁰⁴³ Tross eneveldstidens opphør med innføring av demokrati, forble politiforordninger fra eneveldstiden de sentrale normeringene for politiets polisiære myndighetsutøvelse helt frem til de i 1905 ble opphevet og erstattet med normeringer inntatt i straffeloven av 1902 og lokale politivedtekter.

I tysk politirett regnes revolusjonen i 1848 som et vendepunkt for avviklingen av politistaten. Politiets ansvarsområde ble innskrenket fra å omfatte alt som hadde å gjøre med statens velferd, til å begrenses til forhold som utgjorde en «fare» for staten, se Pieroth mfl. 2014 s. 4 flg.

Myndighetsutøvelse forankret i *pater familias* tilnærming bærer i seg alle kjennetegn ved en politistat.¹⁰⁴⁴ Ramsay beskriver sontringen mellom rettsstat og politistat i et rettslig perspektiv som følgende:¹⁰⁴⁵

« [T]he state is the institutional manifestation of a political community of free and equal persons. The function of the law state is to manifest and protect the autonomy of its constituents in all of its aspects, private and public. From the perspective of police, the state is the institutional manifestation of a household. The police state, as paterfamilias seeks to maximize the welfare of his - or rather its - household.»

I lys av det faktum at statens forvaltning av myndighet til enhver tid vil være et produkt av «tiden», er det forståelig at samfunnet i eneveldstiden aksepterte en patriarkalsk myndighetsutøvelse som hadde sitt utspring i en allmektig konge. Vanskeligere er det

¹⁰⁴³ Tilsvarende, se Dubber 2008 s. 93: «... however, police turns on the discretionary authority of a patriarch who, for all pragmatic purpose, is all-powerful. Police rules are pragmatic guidelines written by and for those wielding the power of police; their enforcement generates efficiency, good governance, not legitimacy.»

¹⁰⁴⁴ Nå er det ikke slik å forstå at en stats myndighetsutøvelse enten kan karakteriseres som en politistat eller en rettsstat.

¹⁰⁴⁵ Se Ramsay 2008 s. 158.

å forstå at «household management» og forordninger fra enevoldstiden ble akseptert som styringsform og normeringer for den polisiære virksomhet i tiden etter at demokratiet ble innført i Norge, og rettstaten formalisert gjennom vedtakelse av Grunnloven av 1814.

Rettstaten som styringsform bygger på likeverd og det autonome individ. Følgelig er det i utgangspunktet ikke noe forskjell mellom den som er satt til å styre og den som blir styrt. Fundamentet for rettstaten er demokrati. Det suverene og autonome individ kan bestemme hvem som, på fellesskapets vegne, skal stå for lovgivningen. Gjennom lovgivning definerer borgerne rammene for statens maktmonopol, herunder dens suverene rett til utøvelse av politimyndighet. Myndighetsutøvelsen er rettet mot det enkelte suverene og autonome individ, og formålet er å ivareta kollektive verdier og velferd, se Ramsay 2008 s. 158–159.

Det er grunn til å hevde at den polisiære myndighetstutøvelsen i tiden etter 1814 og frem til vedtakelsen av politiloven av 1995 bygde på et patriarkalsk fundament.¹⁰⁴⁶ Det oppstod da en situasjon som har klare likhetstrekk til *Kann* sin beskrivelse av tiden i Amerika etter revolusjonen: «The Revolution simultaneously freed Americans for the king's power and freed American officials to exercise police power.»¹⁰⁴⁷ Vi har da i Norge en situasjon, som vedvarer helt frem til 1995, hvor politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse mangler legitimitet gjennom lovgivning.

For at utøvelse av politimyndighet som innebærer bruk av inngripende tiltak skal ha legitimitet, må den – på lik linje med enhver annen myndighetsutøvelse – baseres på samtykke fra borgerne. Som *Dubber* uttrykker det «legitimate government is self-government». Statens bruk av straff er kun legitim dersom den anses som «self-punishment».¹⁰⁴⁸ Tilsvarende tilnærming kan legges til grunn i forhold til den polisiære myndighetsutøvelsen. Politiets inngripende myndighetsutøvelse er legitim i den grad den ligger innenfor rammen av hva borgerne har definert som akseptert

¹⁰⁴⁶ Se Kann 2008 s. 74 som beskriver «patriarchal householder» som følgende: «The idea of police power was rooted in ancient notions of the patriarchal householder who had the authority to manage his household and address all contingencies, threats, and opportunities. Similarly, the American version of police power considered the state as patriarchal householder that was superior to citizens, wielded broad discretionary authority over them, and did so to promote their safety and welfare.»

¹⁰⁴⁷ Se Kann 2008 s. 74.

¹⁰⁴⁸ Se *Dubber* 2008 s. 97.

myndighetsutøvelse. Med andre ord skal den inngripende myndighetsutøvelsen til enhver tid speile borgernes definerte aksept til «selvregulerende adferd».

Hva var det som legitimerte den polisiære myndighetsutøvelsen all den tid den frem til 1995 ikke bygde på lovgivning vedtatt av en forsamling som representerer folket?

Ulike utredningskomiteer og myndigheter har, helt tilbake til midten av 1800-tallet og frem til arbeidet med politiloven av 1995, begrunnet den manglende rettslig regulering av politiets oppgaver og kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse ut fra «hensiktsmessighetsbetraktninger». Da politiets oppgaver var så mangeartet og omskiftelig, var det ikke mulig å etablere en lovgivning som regulerte alle forhold. Politilovkomiteen av 1912 gav uttrykk for at en politilov vanskelig kunne angi uttømmende politiets hovedgjøremål som var gjenstand for utvikling. Med andre ord, lovregulering framstod ikke som praktikabelt.

Myndighetenes tilnærming beskriver den faktiske situasjonen uten å forklare hvordan den polisiære myndighetsutøvelse, tross manglende lovforankring, hadde tilstrekkelig legitimitet hos borgerne. Det er særlig tre faktorer som kan forklare hvorfor den inngripende polisiære myndighetsutøvelsen hadde legitimitet tross manglende forankring i formell lov.

Den første sentrale faktor er *tillit*. Som *Forvaltningskomiteen av 1958* påpeker hadde forvaltningens avgjørelser som sådan «... stor autoritet og ble mottatt med alminnelig tillit. Særlig viktig var det at de offentlige tjenestemenn var høyt aktet og respektert for sin selvstendighet, saklighet og hederlighet».¹⁰⁴⁹ I en tidsperiode hvor den øvrige forvaltningsvirksomhet baseres på lovgivning som regulerer individets rettigheter og plikter sammen med statens kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, fortsetter politiet – som forvalter av statens maktmonopol – å basere sin virksomhet på ren tillit.

¹⁰⁴⁹ Se *Forvaltningskomiteen av 1958* s. 10.

Tillitsbasert tjenesteutøvelse var nok et nødvendig element, men ikke tilstrekkelig. Den andre sentrale årsaksfaktor var at myndighetsutøvelsen var ledsaget av en korresponderende allmenn *moralsk oppfatning* blant borgerne. Og den tredje sentrale årsaksfaktoren var at borgerne opplevde at formålet med myndighetsutøvelsen, håndheving av straffelovgivning og normer om offentlig ro og orden, var i tråd med de allment etablerte moralske verdier.

Tillit og myndighetsutøvelse ledsaget av en korresponderende moralsk oppfatning, kan nok langt på vei forklare hvorfor samfunnet som sådan aksepterte Oslo politidistrikts myndighetsutøvelse i anledning «stripa-aksjon» i Studenterlunden i 1962. Her gjennomførte politiet inngripende tiltak, vel vitende om at disse «ikke ville holde hvis de skulle bedømmes helt legalt», se Müller 2014 s. 360 flg. Samfunnet tillit til politiet kom særlig til uttrykk ved at politiet «i dette tilfellet [var] i den lykkelige situasjonen at det hadde pressen med seg». Videre fikk politiet honnør fra politisk hold for den måte aksjonen ble utført på.

I en slik kontekst gir det mening når Torkel H. Aschehoug gav uttrykk for at «de embedsmenn som har politifunksjoner også har ‘Ret til at give Befalinger, der maa efterkommes uagtet de ikke have nogen directe Hjemmel’». Kompetanse ble som tidligere nevnt utledet av «Sagens Natur».¹⁰⁵⁰ Følgelig kunne den polisiære myndighetsutøvelse bygge på en håndhevelse som hadde som målsetting å understøtte effektivitet og god styring. Tjenesteutøvelsens legitimitet synes å være utledet av etatens samfunnsmandat.

Denne troen på myndighetsutøvelse basert på tillit vil briste når dets fundament i form av en felles allmenn moralsk oppfatning og borgernes tro på autoriteter forvitrer. Og det er mye som taler for at dette er i ferd med å skje. Som Ramsay, på generelt grunnlag, gir uttrykk for: «[T]he moral authority of the sovereign in the exercise of these powers has been explicitly marginalized»,¹⁰⁵¹ og britiske myndigheters begrunnelse av behovet for ASBO (anti-social behavior order) “manifest a distinct lack of confidence in the States’ sovereign authority.»¹⁰⁵²

¹⁰⁵⁰ Se Aschehoug 1858 s. 236.

¹⁰⁵¹ Se Ramsay 2008 s. 157.

¹⁰⁵² Se Ramsay 2008 s. 158.

Borgernes mangel på tillit til staten som autoritær myndighetsutøver, synes å speile en tilsvarende mangel ved statens tillit til borgerne. Tidligere begrenset staten sin regulering av individet til kun å ha fokus på det gjenopprettende aspektet. Adferdsreguleringen var begrenset til å straffesanksjonere uønsket adferd. Dette har imidlertid endret seg, idet myndighetenes fokus nå i større grad er rettet mot det forebyggende aspektet. Her er fokus rettet mot adferd som gir grunn til bekymring for at individet vil begå lovbrudd uten at vedkommende nødvendigvis har tanker om å begå slike handlinger.

Myndighetenes overvåking og regulering av individets adferd har dermed endret fokus ved at politiets virksomhet har dreid mer over på forebyggende virksomhet, på bekostning av den håndhevende virksomhet. I takt med denne endringen går individet fra å være et rettssubjekt, til å være et objekt som representerer en risiko, og politiet inntar rollen som «pater familias» – storhusbonden – som sørger for god moral, lydighet, orden og sikkerhet i sin husholdning. Opplever vi en utvikling hvor politiets polisiære myndighetsutøvelse i større grad kjennetegnes av politistatens særtrekk?

8. Generalfullmakten

8.1 Innledning

Ovenfor i 7.5 tar jeg til orde for at den polisiære myndighetsutøvelsen i tiden etter 1814 og frem til vedtakelsen av politiloven av 1995 bygde på et patriarkalsk fundament. Det innebærer at politiet på vegne av staten forvaltet rollen som «storhusbonden», en patriarkalsk kompetanse som gav myndighet til å definere hva som var å anse som korrekt adferd, og håndhevet og sanksjonerte avvik. Kompetansen til den polisiære myndighetsutøvelse ble frem til 1902 utledet av politiforordninger som kan spores tilbake til 1701, samt ulike politivedtekter. I tiden etter opphevelse av politiforordningene, jf. straffelovens ikrafttredelseslov av 1905, ble politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetutøvelse utledet av ulovfestet sedvane, omtalt som generalfullmakten.

I dette kapittel er det generalfullmakten, som tidligere ulovfestet sedvanebasert kompetanseregulering for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse, som er temaet.¹⁰⁵³ Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 9 var et av de uttalte formålene med vedtakelse av politiloven av 1995 å samle politiets materielle kompetanse, herunder kodifisere generalfullmakten. Den ulovfestede generalfullmakten må dermed antas å ha hatt stor påvirkning på lovarbeidet generelt, og utforming av lovbestemmelser – som hadde som formål å uttrykke fullmaktens innhold – spesielt. I så henseende vil det være av interesse å avklare hvilke «rettskultur» generalfullmakten bygde på og gav uttrykk for. I den grad det avdekkes en «særegen» rettskultur, er det også av interesse å undersøke om kodifisering av generalfullmakten som inngrepshjemmel preserverte

¹⁰⁵³ I tillegg til generalfullmakten utgjorde straffelovens regler om nødverge og nødrett sentrale inngrepshjemler. Strl. § 18 som polisiær kompetansenorm behandles i kapittel 13. I dansk rett ble det i tiden før vedtakelsen av politiloven av 2004 fremmet flere synspunkter vedrørende spørsmålet om hjemmelsgrunnlaget for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse. Foruten retsplejeloven § 108, ble det vist til straffelovens bestemmelser om nødverge og nødrett. Et tredje synspunkt var at politiets myndighetsutøvelse var hjemlet i «rettsædvane» basert på «mange års fast administrativ praksis», se Stevnsborg 2019a s. 1.

denne rettskulturen, og om senere tolking av og praksis knyttet til politiloven har vært, og fremdeles er påvirket av denne kulturen. Videre er det av interesse å undersøke om statens valg av tilnærming med hensyn til den rettslige reguleringen av politiets polisiære virksomhet forsterker den rettskulturen som generalfullmakten gav uttrykk for, og om politilovgivningen bærer i seg elementer av en patriarkalsk kultur.

8.2 Generalfullmaktens materielle innhold

Frem til vedtakelse av politiloven av 1995 var sentrale deler av politiets materielle kompetanse til å foreta inngripende polisiære tjenestehandlinger basert på sedvane.¹⁰⁵⁴ Som ulovfestet rettskilde/-regel og betegnelse for etatens beføyelser ble denne sedvanebaserte kompetansen omtalt som *generalfullmakten*, og gav politiet kompetanse til å treffe nødvendige tiltak for å opprettholde den offentlige ro og orden og for å hindre lovbrudd.¹⁰⁵⁵

Selv om generalfullmakten ikke var direkte omtalt i politiinstruksen, ble instruksens angivelse av politiets oppgaveportefølje, helt frem til vedtakelse av politiloven av 1995, tatt til inntekt for eksistensen av en korresponderende sedvanerettsdannelse.¹⁰⁵⁶

I dansk rett kom politiets generalfullmakt til uttrykk ved tidligere retsplejelov § 108 som gav uttrykk for at det er politiets oppgave «at opretholde sikkerhed, fred og orden, at påse overholdelsen af love og vedtægter samt at foretage det fornødne til forhindring af forbrydelser og til efterforskning og forfølgning af sådanne», se Cristensen 1968 s. 2. Om generalfullmaktens fremvekst og posisjon i dansk politirett, se Stevnsborg 2019b. Grunnprinsipper for

¹⁰⁵⁴ Se Heivoll 2018b hvor generalfullmaktens fremvekst og dens posisjon som kompetansenorm drøftes.

¹⁰⁵⁵ Se *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, s. 129 og Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) pkt. I. og pkt. III.2.3. Generalfullmaktens posisjon som polisiær fullmaktsnorm var ubestridt. For en nærmere fremstilling av generalfullmaktens posisjon og funksjon som fullmaktsnorm frem til 1984, se Müller 1984 s. 356 flg.

¹⁰⁵⁶ Se *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del IV s. 131 som legger til grunn samme resonnement i forhold til tidligere politiinstruks av 1920. Det er mye som tyder på at politiinstruksen av 1990 bygde på samme tilnærming. Det vises i den forbindelse til Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet 1988. s. 98 flg. Se også Müller 1984 s. 348 som uttaler følgende om generalfullmakten: «Generalfullmakten er basert på den forutsetning at når lovgiveren har pålagt politiet bestemte oppgaver, må lovgiveren også ha ment å gi politiet de nødvendige midler. I den utstrekning et inngrep ikke dekkes av hjemmel i formell lov, kan politiet derfor ha hjemmel i generalfullmakten.»

myndighetsutøvelsen, så som legalitet, saklighet, nødvendighet, minste middel og proporsjonalitet, ble innfortolket i politiretten, se Stevnsborg 2019a s. 1.

Politiinstruksen inneholder flere bestemmelser som forutsatte eksistensen av en sedvanebasert generalfullmakt. Som eksempel kan nevnes pi. § 3-2 hvor det fremgår at politiet kan anvende «makt under iverksettelse og gjennomføring av en tjenestehandling når dette følger av lov eller sedvane». Videre legger § 8-2 til grunn at politiet skal gripe inn i forhold til enhver krenkelse av forstyrrelse av den alminnelige orden og fred på offentlig sted.¹⁰⁵⁷ Generalfullmakten kan dermed karakteriseres som en forutsetningshjemmel.¹⁰⁵⁸

Som eksempel på generalfullmaktens betydning som *forutsetningshjemmel*, kan det vises til i NOU 1981: 35 s. 45: «Politiets primære funksjon er å forebygge brudd på lover som inneholder straffetrusel og håndheve slike lover. Som hovedregel kan ikke politiet gripen inn overfor noen uten at det foreligger en straffetrusel, enten i loven selv, eller i regler gitt med hjemmel i lov.»

Generalfullmakten som rettslig normering kan i europeisk sammenheng spores tilbake til blant annet den prøyssiske stat på slutten av 1700-tallet.¹⁰⁵⁹

Heivoll stiller seg kritisk til den tradisjonelle fremstillingen av det rettslige fundament for generalfullmakten. Med henvisning til den italienske jurist og rettsfilosof Giorgio Agamben, stiller han spørsmål om forsøket på å forklare politiets tidligere sedvanefunderte kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse – generalfullmakten – fremstår som en apori. Kort fortalt bygger hans tilnærming på at grunnlaget for politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse hviler på et faktisk og ikke et rettslig anliggende. Det er vurderingen av nødvendigheten av inngrepet som utløser eller hjemler inngrepet, uavhengig av spørsmålet om handlingen kan hjemles i en rettslig normering. I en slik kontekst er politiets polisiære myndighet uttrykk for forvaltning av en suveren myndighet, som, i situasjoner hvor samfunnets orden og sikkerhet er truet, bemyndiger politiet til å beslutte 'unntakstilstand', se Heivoll 2013 s. 299-346. En slik tilnærming innebærer at myndighetsutøvelsen «bygger på ren makt og ikke på rett», se Auglend 2016 s. 531.

¹⁰⁵⁷ Se Innst. O. nr. 44 (1994–1995) pkt. 3.2 hvor følgende legges til grunn: «Politiinstruksen har flere føreseger som har som føresetnad at det eksisterer ei generalfullmakt.»

¹⁰⁵⁸ Se *Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet* 1988 s. 99 og *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del IV s. 130.

¹⁰⁵⁹ For en nærmere historisk presentasjon av generalfullmakten, se Auglend 2016 s. 527 flg.

I nyere historisk tid, fra Politilovkomiteens innstilling av 1912 og frem til vedtakelsen av politiloven av 1995, hersket det en bred enighet i teori og rettspraksis,¹⁰⁶⁰ om at politiets kompetanse til å iverksette politisære tiltak var forankret i en sedvanebasert generalfullmakt.¹⁰⁶¹

I Rt. 1995 s. 20, avsagt fire måneder før ikraftredelsen av politiloven av 1995, la Høyesterett til grunn at politiets grunnlag for maktbruk ved arrest og andre tjenestehandlinger berodde på sedvane, se 5.5.3.1 hvor avgjørelsen er omhandlet. Se også Rt. 1995 s. 1195 hvor Høyesterett aksepterte Oslo politikammers etablerte praksis om å kjøre bort berusede personer som var til sjenanse. Dette til tross for at tiltaket ikke var omtalt i politiinstruksen. Følgelig må Høyesterett ha lagt til grunn at tiltaket var hjemlet i generalfullmakten.

Rettspraksis, sammenholdt med den rådende oppfatning innen juridisk teori, viser at den sedvanerettslige generalfullmakten, fram til ikrafttredelse av politiloven av 1995, var anerkjent og akseptert som rettsgrunnlag for politiets adgang til å foreta inngripende tiltak som lå innenfor de tradisjonelle politihandlinger.¹⁰⁶²

Også i dansk rett var generalfullmakten, opp til vedtakelse av den danske politilov av 2004, anerkjent som kompetansegrunnlag for politiets inngripende politisære myndighetsutøvelse, se Betækning om politilovgivning av 2002 s. 129: «Som muligst hjemmelsgrunnlag kan der i den forbindelse peges på en almindelig 'generalfuldmagt' hvilende på retsplejelovens § 108 eller sædvaneret.»

Foruten å konstatere at Generalfullmakten omfattet politiets politisære oppgaver, som forutsetter utøvelse av politimyndighet, er det vanskelig å trekke opp klare grenser med hensyn til hvilke inngrep den hjemlet.¹⁰⁶³ I tråd med forarbeidene til politiloven av 1995 legges følgende beskrivelse av generalfullmaktens materielle innhold til grunn:¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶⁰ For en nærmere gjennomgang av rettspraksis, forarbeider/utredninger og teori frem til vedtakelse av politiloven, se Utkast til lov om politiet s. 132.

¹⁰⁶¹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), pkt. III, pkt. 2.3 hvor det gis en oversikt over generalfullmaktens forankring i ulike lovforarbeider, teori og rettspraksis.

¹⁰⁶² Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), pkt. III.2.1 hvor det fremheves at generalfullmakten var anerkjent som et unntak fra legalitetsprinsippet.

¹⁰⁶³ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), pkt. III.2.3. Se også *Utkast til lov om politiet med motiver* del IV s. 130 hvor det fremheves at generalfullmaktens innhold og omfang er et «høyst uklart rettsområde». Tilsvarende Auglend 2016 s. 531.

¹⁰⁶⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), pkt. III. 2.3. Se også *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del IV s. 137. Se også NOU 2004: 6, pkt. 5.1 som synes å bygge på en tilsvarende forståelse av generalfullmaktens innhold.

«Sammenfatningsvis gir altså generalfullmakten først og fremst kompetanse til å iverksette forebyggende og gjenopprettende tiltak av ordensmessig karakter. Her omfattes både ordensforstyrrelser i snever forstand (forårsaket av person) og sikkerhetstrusler (forårsaket av ting eller tilstander). Dette er fullmaktens kjerneområde. Den materielle rammen inkluderer imidlertid også kriminalitetsforebyggende inngrep for å avverge eller hindre konkrete eller nært forestående lovbrudd.»

Som kompetansegrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse gis det her en noe vid og upresis angivelse av generalfullmakten. Imidlertid må beskrivelsen av fullmaktens materielle innhold tolkes i lys av det faktum at den ikke var ment å gjelde for rettsområder som allerede var undergitt lovregulering.¹⁰⁶⁵ All den tid politiloven hadde som formål å kodifisere generalfullmakten, må denne tilnærmingen også ha gyldighet ved tolking av politilovens inngrepshjemler.

Utviklingen av generalfullmaktens innhold og posisjon som sedvanebasert rettsgrunnlag for politiets inngripende tiltak kan forklares i en rekke forhold. For det første hadde staten i tidligere politiinstruks av 1920 og nåværende instruks av 1990 angitt en rekke oppgaver som politiet var satt til å forvalte.¹⁰⁶⁶ Disse oppgavene oppstilte i utgangspunktet en tjenesteplikt for etaten som sådan og den enkelte polititjenesteperson.¹⁰⁶⁷ For det andre, utledet av en uensartet oppgaveportefølje som gav grunnlag for tjenesteplikten, ble det lagt til grunn at den enkelte polititjenestepersons handleplikt inkluderte om nødvendig bruk av inngripende tiltak for å forvalte disse oppgavene. For det tredje, samfunnets ordensutfordringer har, i takt med samfunnsutviklingen, skiftet karakter. Dette har igjen ført til at politiet, i kraft av sin øvrighetsposisjon og samfunnets ordensbehov, fortløpende har tiltatt seg nødvendig myndighet for å løse det som til enhver tid har fremstått som uregulerte tjenestesituasjoner.

¹⁰⁶⁵ Tilsvarende ble lagt til grunn i dansk rett, se Christensen 1968 s. 6: «Generalfuldmagten kan ikke komme til anvendelse på områder, der er undergivet en speciel regulering».

¹⁰⁶⁶ For en nærmere generell fremstilling av disse oppgavene, se *Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet* 1988 s. 26 flg.

¹⁰⁶⁷ I et historisk perspektiv kan handlingsplikten, som beskrevet av Auglend 2016 s. 527, ses på som et utslag av embetsmenneskes lydighets- og lojalitetsplikt overfor Kongen. Når Kongen, gjennom lovgivning, fastsatte politiets oppgaver eksisterte det en korresponderende forventning om at politiet effektuerte disse uavhengig av spørsmålet om det fantes lovgivning som uttrykkelig gav politiet nødvendig fullmakter.

Som rettsgrunnlag bygde generalfullmakten med andre ord på alminnelig erfaring utviklet av politietaten gjennom praktisering av fullmakten.¹⁰⁶⁸ Det innebærer at politiloven av 1995 i realiteten var en kodifisering av politiets praksis knyttet til den polisiære myndighetsutøvelse.¹⁰⁶⁹

Med dette som bakteppe kan statens tilnærming til spørsmålet om rettsgrunnlag for inngripende handlinger sies å ha vært forankret i følgende resonnement:¹⁰⁷⁰

«Når staten har etablert et spesielt eksekutivorgan med alminnelig ordenshåndhevelse som primæroppgave, må forutsetningen rimeligvis være at denne etaten også skal ha kompetanse til å treffe de tiltakene som er nødvendige og forholdsmessige i det enkelte tilfellet for å få oppgavene løst».

8.3 Generalfullmakten som uttrykk for en rettskultur

Begrepet *rettskultur* kan forstås på flere måter.¹⁰⁷¹ En tradisjonell tilnærming er å bruke rettskultur som betegnelse på rettssystemer som er forankret/utledet fra felles historisk og politiske verdier og idéer. I et globalt perspektiv sondres det mellom den romersk-germanske rett, angloamerikanske rett og religiøs rett.

En annen fruktbar tilnærming, og som ligger til grunn for denne fremstillingen, er å se rettskultur som et konsept som beskriver «lokalt forankrede klynger av sosiale

¹⁰⁶⁸ Tilsvarende tilnærming er å anspore i finsk rett, se forutsetningsvis Helminen mfl. 2000 s. 293 som peker på: «Man har stråvat till att formulera paragrafen på det viset att den täcker alla i polispraxis förekommande situationer där maktmedel får användas».

¹⁰⁶⁹ Se Stevnsborg 2019a s. 7 som fremmer tilsvarende synspunkt i forhold til dansk politilov 2004: «Den gang loven blev skrevet, var den reelt en kodifisering af politipraksis uden for strafferetsplejen».

¹⁰⁷⁰ Se *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del IV s. 130 – 131. Se også Müller 1984 s. 348 som legger til grunn tilsvarende tilnærming: «Generalfullmakten er basert på den forutsetning at når lovgiveren har pålagt politiet bestemte oppgaver, må lovgiver også ha ment å gi politiet de nødvendige midler. I den utstrekning et inngrep ikke dekes av hjemmel i formell lov, kan politiet derfor ha hjemmel i generalfullmakten.»

¹⁰⁷¹ Se for eksempel Michalsen 2004 pkt. 2 hvor han viser til Mohnhaupt for å synliggjøre at begrepet har «gode konjunkturen» som enhetsbetegnelse. Se også Cortterrell 2006 s. 83 flg. hvor utfordringene knyttet til definering av konseptet rettskultur belyses.

fenomener som eksisterer i visse sosiale miljøer».¹⁰⁷² Begrepet *rettskultur* blir da et «bindeledd» mellom individets forventning til retten, og hvordan den utøvende myndighet – i dette tilfellet politiet – utøver retten. I en slik kontekst vil det foreligge en *god rettskultur* når den utøvende myndighets praktisering av retten samsvarer med individets forventninger. Dette kan uttrykkes som «forestillinger og forventninger til retten som er operasjonalisert gjennom institusjonelle praksiser.»¹⁰⁷³ Lovens legitimitet, herunder myndighetenes praksis, vil øke proporsjonalt med dens evne til å leve opp til individets forventninger.

I mangel av skrevne normeringer og rettspraksis, som definerte politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse,¹⁰⁷⁴ var det som tidligere påpekt politietaten som frem til 1995, gjennom sin praksis, utviklet og fastsatte generalfullmaktens til enhver tid materielle innhold.¹⁰⁷⁵ «Bransjepraksis» fremstod dermed som den sentrale faktor ved utvikling og tolking av generalfullmakten. Følgelig var det, helt opp til vedtakelse av ny politilov i 1995, etablert en «lovgivningspraksis» som overløt til etaten å definere sin egen inngrepskompetanse.

Det er flere forhold og omstendigheter som underbygger at generalfullmakten, som uttrykk for en rettskultur, utfordret både de verdier som legalitetsprinsippet bygger på og verner om, og statens plikt til å sikre grunnleggende menneskerettigheter, jf. EMK artikkel 1.

For det første, generalfullmakten var ulovfestet, og dens innhold til enhver tid ble speilet gjennom politiets praksis. Følgelig representerte den et avvik fra

¹⁰⁷² Tilsvarende, Cortterrell 2006 s. 88: «On the other hand, the concept of culture – and perhaps legal culture – remains useful as a way of referring to clusters of social phenomena [...] coexisting in certain social environments, where the exact relationships existing among elements in the cluster are not clear or are not of concern.»

¹⁰⁷³ Se Flaaten 2016 i omtale av *Jørn Øyrehaugen Sunde: Høgsteretts historie, 1965-2015*.

¹⁰⁷⁴ Se Heivoll 2013 s. 316 som påpeker at det var få avgjørelser i Høyesterett som berørte spørsmålet om politiets myndighet, og det var færre som var utfyllende om myndighetens innhold og omfang. I den grad de berørte temaet var domstolens fokusert rundt spørsmålet om tjenestehandlingen representerte en handling som var straffesanksjonert, og ikke spørsmålet om den var «god og riktig».

¹⁰⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) del I, pkt. 2.1.

folkesuverenitetsprinsippet som bygger på at det er folket som peker ut hvem som, på vegne av folket, skal forvalte statens lovgivningsmyndighet.¹⁰⁷⁶

For det andre, generalfullmakten representerte et brudd med maktfordelingsprinsippet idet politiets tjenesteprosedyrer var retningsgivende for dens utvikling. Politiet forvaltet dermed både rollen som lovgiver og utøvende myndighet, noe som heller ikke fremmet maktfordelingsprinsippet.¹⁰⁷⁷

For det tredje, foruten politiinstruksen – som foreskrev etatens oppgaver og dermed fremstod som en indirekte hjemmel – fantes det ingen skrevne normeringer som uttrykte fullmaktens innhold. Dette sammenholdt med at politiets politisære myndighetsutøvelse sjeldent var gjenstand for rettslig prøving i domstolene, gjorde at generalfullmakten heller ikke levde opp til forutberegnelighetskravet, jf. legalitetsprinsippets lovskrav.

For det fjerde, «bransjepraksis» utgjorde en sentral faktor ved tolking av generalfullmaktens til enhver tid materielle innhold. Dette sammenholdt med det faktum at etaten også definerte hvilke kvalitative krav som til enhver tid ble stilt til tjenesteutøvelse, må ha gjort det krevende å både utøve legalitetskontroll med virksomheten, samt fastsette kvalitative standarder for statens plikt til å sikre menneskerettighetene, jf. EMK artikkel 1.

Samlet leder disse omstendighetene til den konklusjon at generalfullmakten bygde på en tilnærming som hadde flere likhetstrekk med prinsippet om at «målet helliger midlet». I kraft av at politiet var tildelt ansvaret for håndheving av alminnelig ro, orden og sikkerhet, ble det innfortolket en korresponderende kompetanse til å iveksette de tiltak som til enhver tid fremstod som nødvendig for å ivareta oppgavene. Med dette ble politiet gitt tilnærmet blankofullmakt til å definere rekkevidden av egen kompetansenorm, noe som gjorde at etaten i realiteten ble satt i posisjon som lovgiver.

¹⁰⁷⁶ Folkesuverenitetsprinsippet er nærmere omtalt i kapittel 5.

¹⁰⁷⁷ Maktfordelingsprinsippet er nærmere omtalt i kapittel 5.

Det er derfor mye som tyder på at generalfullmakten som uttrykk for politiets kompetanse til polisiære inngripende myndighetsutøvelse, fremhevet behovet for effektiv myndighetsutøvelse på bekostning av rettsikkerhetshensyn.

Om lovforarbeidet og politiloven av 1995 ble influert av denne rettskulturen, vil bli nærmere behandlet i kapittel 9.

8.4 Kjennetegn ved den rettslige normering av den polisiære inngrepskompetanse

Generalfullmakten var ikke den eneste faktoren som formet politietaten i dens tilnærming til spørsmålet om kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse.

Nå var det ikke slik at den rettslige regulering av den polisiære myndighetsutøvelse alene bygde på ulovfestet rett. Normalpolitivedtektene, sammen med strl. (1902) § 48, løsgjengerloven § 20 og strpl. § 191, er eksempler på kodifisering. Men brorparten av politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse ble vurdert i lys av generalfullmakten.

Den *formelle* innretningen av legalitetsprinsippet, herunder den forståelse til lovskravets betydning i forhold til faktiske handlinger, utgjorde også en sentral faktor i formingen av rettskulturen.¹⁰⁷⁸

Den formelle innretningen av legalitetsprinsippet bygde (og bygger) på at faktiske tjenestehandlinger ikke omfattes av legalitetsprinsippet, og tanken om at det ikke kreves kompetanse for å utøve faktiske handlinger, se Graver 2015 s. 198 og Eckhoff/Smith 2018 s. 356-257. Videre la den til grunn at det offentlige hadde samme handlefrihet som individet, og at adgangen til å foreta faktiske handlinger kun var begrenset ved positiv lovgivning som forbød handlingen.

For politiets polisiære myndighetutøvelse, som i det vesentlige består av faktiske handlinger, innebar dette en ytterligere utvidelse av adgangen til inngripende myndighetsutøvelse.

¹⁰⁷⁸ Nærmere om den formelle innretning av legalitetsprinsippet, se 5.5.

Når en i tillegg tar i betraktning at straffrihetsgrunner som nødverge og nødrett også ble påberopt som hjemmel for den inngripende myndighetsutøvelse,¹⁰⁷⁹ tegner det seg følgende bilde av hvordan politiet forholdt seg til spørsmålet om rettslig forankring av inngripende polisiær myndighetsutøvelse:

Det første politiet måtte ta stilling til var om tiltaket som sådan var forbudt ved positiv lovgivning. I den grad det ikke forelå et lovforbud – uavhengig av spørsmålet om tjenestehandlingen representerte et inngrep – stod politiet, i henhold til den alminnelige handlefrihet, fritt til å utføre handlingen.¹⁰⁸⁰ Som eksempler på tjenestehandlinger og metoder som kunne rettferdiggjøres i medhold av den alminnelige handlefriheten, er spaning og infiltrasjon. Dersom det forelå en positiv lovhjemmel som forbød den planlagte tjenestehandlingen, eksempelvis forbud mot frihetsberøvelse, kom generalfullmakten til sin rett, i kraft av å være *lex superior*, som hjemmel for frihetsberøvende inngrep. Og utenfor generalfullmaktens nedslagsfelt, utgjorde straffrihetsgrunnene nødverge og nødrett sentrale kompetansegrunnlag.

Denne tilnærmingen til spørsmålet om eksistensen av materiell kompetansehjemmel til inngripende myndighetsutøvelse, sammenholdt med politiets adgang til diskresjonær skjønnsutøvelse,¹⁰⁸¹ må sies å ha påvirket den rådende rettskulturen i politiet, og derigjennom hatt betydning for tolking av både generalfullmakten, den alminnelige handlefrihet, nødverge og tilsvarende normeringers betydning som materielt kompetansegrunnlag for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse.

Samlet utgjør dette en rettskultur som står i sterk kontrast til legalitetsprinsippet lovskrav, jf. GrL § 113. I neste kapittel vil jeg se nærmere på om denne rettskulturen har influert på arbeidet med kodifisering av generalfullmakten.

¹⁰⁷⁹ Se Utkast til ny lov om politiet med motiver, del IV, s. 128-129.

¹⁰⁸⁰ Det finnes eksempler på teoretiske fremstillinger som også i 2020 tar til orde for at *den alminnelige handlefrihet* kan påberopes som «hjemmel» for politiets inngripende myndighetsutøvelse, se Nordhus 2020, pkt. 4.2.

¹⁰⁸¹ Diskresjonær skjønnsutøvelse innebærer at politiet, i de tilfeller hvor det foreligger en inngrepskompetanse kan beslutte ikke å gripe inn, se NOU 1981: 35 s. 84.

9. Kodifisering av generalfullmakten – ny politilov av 1995 – formål og hensyn

Som påpekt av Müller var det allerede på 1980-tallet bred enighet i det juridiske miljø om at politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, basert på en ikke formalisert generalfullmakt, var uheldig:¹⁰⁸²

«Det bør ikke være tvilsomt at formell kompetanse for konkrete situasjoner er det mest betryggende både for den enkelte borger og for politiet. En generalfullmakt med usikkert innhold kan skape et nølende politi i situasjoner hvor det ikke burde nøles. Og aksjon på grunnlag av en generalfullmakt kan bli kritisert og skape unødige motsetninger mellom politi og publikum. Det bør derfor tilstrebes å gi politiet de konkrete fullmakter som det i praksis er behov for.»

Det er særlig tre formål og hensyn som ble fremhevet for å underbygge behovet for en ny politilov. De to første formål, som ikke blir behandlet denne sammenheng, er behovet for regulering av *organisatoriske* og *administrative* forhold. Det tredje formålet var «[b]ehovet for en samlet og enhetlig lovregulering av politiets materielle kompetanse.»¹⁰⁸³

Mens *Utkast til ny lov om politiet med motiver* er tydeligere i sin fremhevelse av rettssikkerhetsaspektet knyttet til manglende angivelse av politiets materielle rammer for den polisiære myndighetsutøvelse,¹⁰⁸⁴ etterlater departementets argumenter, for å fremme forslag om ny lov om politiet,¹⁰⁸⁵ et noe uklart bilde av hvilke hensyn som var bærende for arbeidet. Hensynene som fremmes kan grupperes under henholdsvis *rettssikkerhet* og *effektivitet*.

Riktignok påpekte departementet at «[d]et må i dag anses for utilfredsstillende at en stor del av de inngrep som samfunnets sivile maktapparat kan iverksette, ikke har

¹⁰⁸² Se Müller 1984 s. 357.

¹⁰⁸³ Se *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del I, punkt 4, 5 og 6. Se også Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), del II, pkt. 3.

¹⁰⁸⁴ Se *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del II, pkt. 4 hvor demokratiske hensyn, rettssikkerhetsmessige grunner, herunder legalitetsprinsippet, krav om forutberegnelighet og legalitetskontroll, fremheves.

¹⁰⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995).

hjemmel i formell lov.» Imidlertid savnes en tydeligere angivelse av *hva* opplevelsen av «utilfredshet» bygger på, og det er mye som taler for at den ikke var forankret i en opplevelse av at ordningen med en ulovfestet generalfullmakt stred mot legalitetsprinsippet. Tvert imot, departementet konkluderte med at generalfullmakten utgjorde et «unntak fra legalitetsprinsippet».¹⁰⁸⁶ Som påpekt ovenfor hadde departementets tilnærming bred støtte i både teori og rettspraksis.

Videre understøttes denne opplevelsen ytterligere ved at departementet pekte på *Politirolleutvalgets* utredninger – «Politiets rolle i samfunnet» – som sentrale referansedokumenter for lovforarbeidet,¹⁰⁸⁷ noe som i seg selv fremstår som et paradoks dersom hovedformålet med lovarbeidet var å oppfylle legalitetsprinsippets lovskrav gjennom å kodifisere politiets polisiære inngrepshjemler. *Politirolleutvalgets* to utredninger, omhandlet ikke spørsmålet om kodifisering av politiets polisiære inngrepskompetanse, men var fokusert rundt spørsmålet om hva som burde være politiets primære oppgaver i fremtiden, samt eventuelle administrative og økonomiske konsekvenser av forslag som ble fremmet. Utredningen kan derfor i høyden ha hatt betydning for de to øvrige av lovforarbeidets formål, henholdsvis behovet for regulering av organisatoriske og administrative forhold.

Ytterligere kan det vises til at departementet fant det krevende å kodifisere politiets polisiære inngrepshjemler da det var vanskelig å angi når generalfullmakten kom til anvendelse og hvilke inngrep den hjemlet. Departementet valgte derfor å fremme forslag til regler som var generelt utformet for å beskrive «hovedkategorier av tilfeller».¹⁰⁸⁸ Departementet var av den oppfatning at en generell utforming av politiets inngrepskompetanse gav nødvendig veiledning sett i lys av bestemmelsens formål, og uttalte i den forbindelse:¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁶ Se Ot.prp. nr. 22, del II, pkt. 3.3.

¹⁰⁸⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) del I, pkt. 2. hvor departementet uttaler at «[p]olitirolleutvalgets utredninger har vært de sentrale referansedokumentene ved utarbeidelsen av den utredningen som ligger til grunn for lovutkastet.»

¹⁰⁸⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994 – 1995) del I, pkt. 3 og del III, pkt. 2.6.1.

¹⁰⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994 – 1995) del III, pkt.2.6.1.

«Departementet har vært oppmerksom på problemet med å lovregulere adgangen til å foreta inngrep på et område som er så mangfoldig som politiets. Det er i praksis umulig å overskue alle situasjoner som kan oppstå i fremtiden. Et resultat av en detaljert opplisting kan være at det som ikke er positivt nevnt, anses for ikke å være lovlig. Man har tatt hensyn til dette ved utformingen av lovutkastet. I stedet for en detaljert opplisting har man derfor utformet regler for hovedkategorier av tilfeller. En presisering av de vernede hovedinteressene, altså bestemmelsens formål, er klart uttrykt og gir etter Justisdepartementets oppfatning den nødvendige veiledning. Departementet antar at angivelsen av situasjoner hvor det kan gripes inn og angivelsen av for hvilke formål det kan gripes inn i utkastets første ledd, er slik utformet at det ikke vil oppstå situasjoner hvor politiet vil bli stående handlingslammet på grunn av manglende hjemmel. Bestemmelsen er søkt utformet slik at den skal være tilstrekkelig presis til å klargjøre de aktuelle typetilfeller.»¹⁰⁹⁰

Departementets tilnærming gav seg konkrete utslag, som for eksempel ved tolking av pl. § 7 andre ledd hvor departementet uttalte følgende:¹⁰⁹¹

«I utkastets § 7 annet ledd er de mest aktuelle tiltak politiet skal kunne iverksette i de ulike situasjoner, tatt med. Opplistingen må ikke fortolkes antitetisk. Politiet kan m.a.o. iverksette tiltak som ikke uttrykkelig er tatt med i paragrafen hvis behovet tilsier det. Prinsippene for valg av virkemidler som her er nevnt, representerer imidlertid en begrensning i politiets valgmuligheter.»

Departementets innstilling ble fulgt opp av justiskomiteén som gav uttrykk for at:¹⁰⁹²

«I § 7 andre ledd er dei mest aktuelle tiltaka politiet skal kunna iverksetja i ulike situasjonar teke med. Opplistinga må ikkje tolkast slik at politiet ikkje skal kunna setja i verk tiltak som ikkje er teke med i paragrafen dersom dette er naudsynt.»

¹⁰⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), del III, pkt. 2.6.1.

¹⁰⁹¹ Denne tilnærmingen, herunder fremheving av hensynet til effektivitet på bekostning av rettsikkerhet var i tråd med hva som fremgikk av *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, del II, s. 27. Her poengteres faren for at kodifisering vil kunne føre til for stivt regelverk – uhensiktsmessig og uanvendelig – ikke gir tilfredsstillende veiledning og virksomhetsstyrende effekt. «Dette tilsier at pretensjonene med hensyn til lovreguleringens omfang og innhold bør være relativt nøkterne. Som følge av politivirksohetens varierende mangfold, vil man neppe kunne kodifisere seg helt bort fra sedvane som rettskildedefaktor på politirettens område».

¹⁰⁹² Se Innst. O. nr. 44 (1994–1995) pkt. 3.2.

Lovgivers uttalte formål med lovarbeidet var å kodifisere politiets gjeldende materielle inngrepshjemler,¹⁰⁹³ og det må kunne legges til grunn at politilovens inngrepshjemler i så måte representerte en lovfesting av generalfullmaktens materielle innhold.¹⁰⁹⁴

I 8.4 stilte jeg spørsmål om den rettskulturen generalfullmakten var et uttrykk for, har influert på lovforarbeidet. Det er mye som taler for at så har vært tilfellet.

For det første kan det stilles spørsmål om behovet for å bringe den rettslige reguleringen av politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse i harmoni med legalitetsprinsippets lovskrav, var den egentlige og bærende drivkraften bak lovarbeidet. Gjennomgangen av de uttalte formål og begrunnelser som lovarbeidet bygger på, gir et inntrykk av at politiets behov for fleksible inngrepsfullmakter, som fremmet effektiv myndighetsutøvelse, synes å ha trumfet rettssikkerhetshensyn som lovskravet bygger på.

Til støtte for et slikt syn kan det for det første vises til departementets noe paradoksale standpunkt om at lovforslaget representerte en kodifisering av generalfullmakten, noe som står i kontrast til uttalelsene om at de fant det «vanskelig å trekke klare grenser for generalfullmaktens materielle innhold,»¹⁰⁹⁵ noe som i seg selv må ha gjort det tilsvarende krevende å gi bestemmelsene i politiloven et språklig innhold som med tilstrekkelig presisjon angav generalfullmaktens innhold. Hvordan var det mulig å kodifisere et sedvanebasert rettsområde som var preget av uklare grenser?

For det andre var departementet opptatt av å fremheve at aktuelle bestemmelser ble gitt en «romslig utforming» slik at hele generalfullmaktens virkeområde ble omfattet.¹⁰⁹⁶ Videre ble det påpekt at lovteksten ikke bare skulle gi uttrykk for generalfullmaktens

¹⁰⁹³ Se Innst. O. nr. 44 (1994 – 1995) pkt. 1: «Det vesentlegaste nye i utkastet er lovfestinga av politiet sine verkemiddel i arbeidet med å sikra den offentlege ro og orden. Det vert vidare føreslått heimlar for politiet sin funksjon som hjelpe- og serviceorgan for borgarane».

¹⁰⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) del III, pkt. 2.6.1: «Ved utformingen av utkastets § 7 har departementets siktemål vært å lovfeste dagens rettslige situasjon.» Se også Auglend 2016 s. 531-532 som med støtte i litteratur legger til grunn at politiloven av 1995 representerte en kodifisering av hele generalfullmakten. Se også Fredriksen 2014 s. 234 flg. som drøfter om det eksisterer en rest av Generalfullmakten, og konkluderer med om så er tilfellet må «vesentlige mangler ved dagens lovhjemler [...] avhjelpes ved lovendring».

¹⁰⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) del III, pkt. 2.3.

¹⁰⁹⁶ Se Auglend 2016 s. 532.

daværende virkeområde, men også «overskue alle situasjoner som kan oppstå i fremtiden.»¹⁰⁹⁷ Dette gav seg konkrete utslag når de politisære tiltak, jf. pl. § 7 andre ledd, skulle angis. Departementet var tydelig på at bestemmelsen ikke kunne tolkes antitetisk. Politiet må kunne «iverksette tiltak som ikke uttrykkelig er tatt med i paragrafen hvis behovet tilsier det.»¹⁰⁹⁸

For det tredje, faren for at kodifisering av generalfullmakten skulle føre til at politiet ble handlingslammet i situasjoner som ikke direkte var regulert i lov, overskygget borgernes behov for forutberegnelighet og kontroll med politiets myndighetsutøvelse.¹⁰⁹⁹ Lovgivningsprosessen synes dermed å ha vært et utslag av et behov for å modernisere og foreta en opprydning, idet den faktiske reguleringen var retts teknisk lite tilfredsstillende.¹¹⁰⁰

Ovenfor stilte jeg spørsmål om hvordan det var mulig å kodifisere en sedvanerett som var preget av uklare rettslige grenser. Svaret ligger trolig i det faktum at kodifiseringen av generalfullmakten forutsatte at fastsettelsen av politilovens inngrepshjemlers innhold skulle bygge på generalfullmaktens kultur, hvor utgangspunktet var at politilovens regler – som kodifisering av generalfullmakten – utgjorde fleksible kompetanseregler som tilpasset seg politiets skiftende behov for å kunne iverksette inngripende tiltak. Generalfullmakten, som uttrykk for en rettskultur, har ikke bare påvirket lovforarbeidet, men synes også forutsatt videreført i politiloven av 1995.

¹⁰⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (1994 – 1995) del III, pkt.2.6.1 hvor departementet uttaler følgende: «Departementet har vært oppmerksom på problemet med å lovregulere adgangen til å foreta inngrep på et område som er så mangfoldig som politiets. Det er i praksis umulig å overskue alle situasjoner som kan oppstå i fremtiden. Et resultat av en detaljert opplisting kan være at det som ikke er positivt nevnt, anses for ikke å være lovlig. Man har tatt hensyn til dette ved utformingen av lovutkastet.»

¹⁰⁹⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), del III, pkt. 2.6.1.

¹⁰⁹⁹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) del III, pkt. 2.5: «En lovfesting av politiets adgang til å bruke makt kunne tenkes gjennomført ved detaljregulering. En slik opplisting av typetilfeller der makt kan tillates brukt, ville øke borgernes kontrollmulighet og forutsigbarheten med hensyn til politiets handlingsmønster. Imidlertid vil opplistingen ikke kunne bli uttømmende, og politiet vil lett bli handlingslammet i situasjoner som ikke er direkte regulert.»

¹¹⁰⁰ Se Ot.prp. nr. 22 (1994 – 1995) del I, pkt. 3 hvor hovedhensynene som ligger til grunn for utarbeidelsen av lovutkastet angis. Se også del II, pkt..3.3 hvor det vises til utvalget som i sin tid konkluderte med at mangel på en materiell politilov ikke har reist problemer i praksis. I *Utkast til ny lov om politi med motiver*, Del I s. 25 blir det under pkt. 4 pekt på at angivelsen av de materielle rammer for selve myndighetsutøvelsen, herunder virkeområde og beføyelser var retts teknisk lite tilfredsstillende.

I en slik kontekst er det to alternative bilder på generalfullmaktens betydning som avtegnes. Enten må generalfullmakten betraktes som et tolkningsprinsipp som, ved fastsettelse av politilovens polisiære inngrepshjemler, fremmer effektivitetshensyn på bekostning av rettssikkerhetshensyn. Eller, politilovens regler som uttrykk for generalfullmakten må betraktes som rettslige standarder som fanger opp det behovet politiet til enhver tid måtte ha for å iverksette inngripende tiltak med formål å ivareta sitt samfunnsmandat jf. pl. §§ 1 og 2. Uansett valg av tilnærming, eksisterer det en felles berøringsflate til legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp.¹¹⁰¹

Forarbeidene til politiloven av 1995 har vektlagt behovet for romslige og generelle normeringer som ivaretar politiets oppgaver gjennom muligheten til effektiv tjenesteutøvelse. Dette synes å ha gått på bekostning av hensynet til rettssikkerhet, herunder individets behov for forutberegnelighet og rettsenhet, samt behovet for normeringer som understøttet god kontroll med etatens tjenesteutøvelse som i mindre grad er vektlagt. Det er derfor forsvarlig å konkludere med at generalfullmakten, som uttrykk for en rettskultur, er videreført i dagens politilov.

¹¹⁰¹ Dette er et tema som i seg selv burde vært gjenstand for behandling. Temaet fremstår imidlertid som komplekst, og lar seg vanskelig belyses i sin fulle bredde innenfor rammene av denne avhandlingen.

10. Politilovens demokratiske legitimitet

10.1 Innledning

Lovgivningen har «som formål å regulere en generell klasse av hendelser for fremtiden gjennom en form som er bundet til konsise og abstrakte tekster som gis en spesiell status som gyldige lovtekster.» Teksten har «dermed en egen politisk og demokratisk begrunnet legitimitet».¹¹⁰² I kraft av å være et resultat av en demokratisk lovgivningsprosess, jf. Grl. § 49 første ledd, og vedtatt i samsvar med Grunnlovens §§ 76 flg, fremstår politiloven i utgangspunktet med stor demokratisk legitimitet.¹¹⁰³ Spørsmålet er om dette inntrykket må nyanseres noe.

Ved vurdering av en lovteksts gyldighet er det også naturlig å foreta en prøving av dens rettslige legalitet. Spørsmålene om legitimitet og legalitet, har til felles at de dreier seg om rettferdiggjøring. Mens legitimitet dreier seg om å rettferdiggjøre en handling eller et handlingsresultat forankret i verdier, vil spørsmålet om rettferdiggjøring på grunnlag av legalitet forankres i rettsregler. Se Bernt/Doublet 1998 b s. 17 flg. med videre henvisninger. Se også Bottoms/Tankebe 2017 s. 48 flg. som i sin behandling av temaet «Legitimacy and Justification» sonrer mellom «empirical and normative conceptions of legitimacy». Det empiriske konseptet tar utgangspunkt i at myndighetene eller politiets inngripende tiltak er legitime dersom myndighetsutøvelsen finner støtte hos «borgerne» («those who are supposed to liv in this group»). I kontrast til den empiriske tilnærmingen til legitimitet, tar det normative konseptet utgangspunkt i at normeringer og myndighetsutøvelse («norm or an institutional arrangement») er legitim dersom den oppfyller objektive (normative) kriterier for legitimitet. I førstnevnte tilfelle vil normeringen og myndighetsutøvelsen være legitim uavhengig av dets innhold så lenge den finner støtte av flertallet i samfunnet. Den normative tilnærming stiller spørsmål om normeringen eller myndighetsutøvelsen lever opp til objektive kriterier utledet av grunnleggende menneskerettigheter.

Det er flere faktorer som er bestemmende for og påvirker en lovs demokratiske legitimitet. Den videre drøftelsen vil fokusere på sentrale faktorer utledet av

¹¹⁰² Se Graver 2008, punkt 2.1.

¹¹⁰³ Nærmere om lovgivningsprosessen, se Mæhle/Aarli 2017 s. 34 flg.

legalitetsprinsippet, så som *maktfordeling, folkevilje/-suverenitet, forutberegnelighet og kontroll med myndighetsutøvelsen.*

Nedenfor foretar jeg en kritisk prøving av politilovgivningens demokratiske legitimitet i to henseender. I 10.2 stiller jeg spørsmål ved lovgivningsprosessene knyttet til kodifisering av politiets polisiære inngrepsfullmakter, jf. politiloven av 1995, samt den senere utvikling av politilovgivningen uttrykt i formell lov. I 10.3 er det etatens, inklusive justisdepartementets, praktisering av tildelt normeringskompetanse som er temaet.

10.2 Kodifisering og senere utvikling av politilovens inngrepshjemler

Det er ikke uvanlig at Stortinget, gjennom vedtakelse av formell lov, gir sin tilslutning til ulovfestet rett. Som hovedregel bygger en slik tilslutning på Høyesteretts tolkninger.¹¹⁰⁴ I slike tilfeller har rettsområdet vært gjenstand for domstolsprøving og -kontroll, og Stortingets kodifisering av rettspraksisen bidrar i så måte til å gjøre normeringen allmenn kjent, og styrker dermed normeringens demokratiske legitimitet.¹¹⁰⁵

Tidligere henvisning til og gjennomgang av høyesterettspraksis viser at generalfullmakten som ulovfestet inngrepsfullmakt var anerkjent,¹¹⁰⁶ men dens materielle innhold var sjelden gjenstand for domstolsbehandling. I kraft av at generalfullmakten var et ulovfestet uttrykk for de til enhver tid gjeldende inngrepsfullmakter, som fremstod som nødvendig for at politiet skulle kunne ivareta de polisiære oppgavene, var det etatens definisjon av behov for inngrepskompetanse som formet og utviklet generalfullmakten som hjemmelsgrunnlag. Følgelig

¹¹⁰⁴ Som eksempel se Rt. 1977 s. 1035 som omhandlet spørsmålet om pasienters rett til innsyn i egen journal og etterfølgende kodifisering av rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven (lov 2. juli 1999 nr. 63).

¹¹⁰⁵ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 54.

¹¹⁰⁶ Se blant annet Rt. 1978 s. 1259: «Politiet har en plikt til å forebygge straffbare handlinger. Det er mulig politiet etter det som har vært kalt dets 'generalfullmakt' har anledning til å gripe inn overfor en person som det mener vil overtre vtl. § 21 første ledd om vedkommende kjørte motorvogn.»

representerte vedtakelsen av politiloven av 1995, som tidligere nevnt, en kodifisering av politiets bransjepraksis, og ikke en anerkjennelse av rettspraksis som bygger på en prøving av politiets utøvelse av fullmaktene.

Vedtaket av politiloven av 1995 representerte i så måte ikke noe paradigmeskifte. Både politiloven av 1995, og senere lovgivning i form av formell lov, synes å bygge på, og viderefører en tilnærming som forutsetter at politiets myndighetsutøvelse er den bestemte faktor for utviklingen og definisjonen av gjeldende rett.

Det er flere faktorer som samlet understøtter en slik påstand. Politilovens angivelse av materielle vilkår og kriterier for inngripende myndighetsutøvelse består, som tidligere påpekt, i stor grad av skjønnspregede og upresise begreper.¹¹⁰⁷

Som eksempel på bruk av skjønnspregede og upresise begreper i lovgivningen som er bestemmende for fastsettelse av politiets inngrepsfullmakter er pl. § 2 nr. 1 og 2 som blant annet foreskriver at politiet skal «verne mot alt som truer den alminnelige trygghet i samfunnet» og «forebygge kriminalitet og andre krenkelser» (mine uthevelser).

Felles for de fleste av disse og tilsvarende begreper er at deres opprinnelse kan spores tilbake til et opphav som politifaglige termer. Disse termene er senere tatt i bruk i politiloven som uttrykk for sentrale materielle vilkår og kriterier for politiets inngripende politisære myndighetsutøvelse, uten at deres rettslige innhold er nærmere definert.

Som illustrasjon kan det vises til pl. § 2 nr. 2 som angir at politiet skal «forebygge» kriminalitet, sammenholdt med pl. § 7 som sier at «politiet kan gripe inn for å ivareta enkeltpersoners eller allmennhetens sikkerhet». Kriminalitet vil i mange situasjoner utgjøre en sikkerhetstrussel enten mot enkeltindivid eller mot allmennheten som sådan, og «forebyggende tiltak» vil i gitte situasjoner fremstå som en adekvat tilnærming for «å ivareta» sikkerhet. «Forebygge» utgjør dermed et materielt vilkår for inngripende myndighetsutøvelse, jf. pl. § 7 andre ledd som foreskriver at «[p]olitiet kan i slike

¹¹⁰⁷ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 47.

tilfeller blant annet ...» Et annet eksempel fra politilovgivningen, er politiregisterloven. I § 2 nr. 13 er *politimessige formål* legaldefinert. Definisjonen omfatter blant annet «forebyggende arbeid». Ifølge politiregisterloven § 5 nr. 3 kan politiet i politimessige formål – blant annet i sitt forebyggende arbeid – innhente og behandle opplysninger om personer som politiet mener representerer en særlig sikkerhetsrisiko. Med andre ord, utgjør *forebyggende arbeid* et sentralt materielt vilkår for inngripende myndighetsutøvelse. Verken politiloven eller politiregisterloven definerer – eller på annen måte avklarer – hva som menes med *forebygge/forebyggende arbeid*, eller tilsvarende uttrykk hvor *forebygge* inngår som element i termen. Relevante forarbeider synes heller ikke å gi veiledning.

I juridisk teori blir forebyggende virksomhet også omtalt som en metode, og ikke en oppgave, se Myhrer/Fredriksen 2016 s. 36 og 45. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 318: «Hovedstrategien for politivirksomheten blir også styrende for valg av forebyggende metoder og tiltak i den daglige tjenesten».

Følgelig er det, i mangel av reell domstolskontroll, etablert en praksis hvor lovgiver har overlatt til politiet å definere og utvikle gjeldende rett hva angår etatens kompetanse til å foreta inngripende polisiær myndighetsutøvelse.

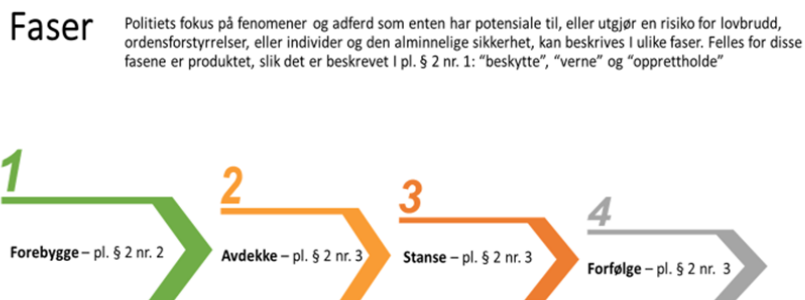
Som illustrasjon kan det vises til Prop. 1 S (2018-2019), punkt 4.2.1 som slår fast at forebygging skal være politiets primærstrategi. Politidirektoratets har, på oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet, utarbeidet et strategidokument: *Kriminalitetsforebygging som politiets primærstrategi 2018-2020*. Av punkt 3 – «Hva er kriminalitetsforebygging?» – fremgår det at politiets nasjonale ledergruppe i desember 2016 gav sin tilslutning til følgende definisjon av kriminalitetsforebygging i norsk politi:

«Arbeid politiet planmessig og systematisk utfører alene eller i samarbeid med andre for å redusere risikoen for kriminalitet».

I utgangspunktet er dette en lite rettslig oppklarende, ja tildels intetsigende definisjon. Strategiens punkt 5 gir imidlertid veiledning. Her beskrives forebyggende sak som, henholdvis «[f]orebyggende sak med utgangspunkt i personorientert kriminalitetsforebygging» og «[f]orebyggende sak med utgangspunkt i et eksisterende

eller potensielt kriminalitetsfenomen». Politiet anlegger dermed en definisjon av *kriminalitetsforebygging* hvor siktemålet er å utøve en virksomhet som planmessig og systematisk retter tiltak mot enkeltindivider. Da tiltak i forebyggende øyemed har som formål å påvirke individets fremtidige adferd, skal det lite til før enkelttiltak eller virksomheten som sådan utgjør et inngrep, og følgelig krever grunnlag i lov, jf. GrL. § 113.

Vurderingen av behovet for individrettede forebyggende tiltak vil alltid måtte forankres i en risikovurdering som beskriver sider ved individets adferd som understøtter en prognosebasert risiko for at vedkommende vil kunne begå lovbrudd. Risikoen vil være udefinert både med hensyn til tidspunkt, handlingens karakter og offer. I andre tilfeller vil det være grunnlag for å intervensere med det formål å avverge eller stanse et konkret og nærliggende lovbrudd som er under «oppseiling». Sondringen kan beskrives med følgende figur:



Figur 17

Spørsmålet i denne sammenheng er om politiets til enhver tid faglige tilnærming til hva som anses som «kriminalitetsforebyggende arbeid» – i dette tilfellet uttrykt gjennom

strategien for kriminalitetsforebygging – på sikt vil føre til at politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse i forebyggende øyemed utvides?¹¹⁰⁸

En lovtekst får demokratisk legitimitet i kraft av å gi uttrykk for lovgivers vilje.¹¹⁰⁹ Det forutsetter imidlertid at tolkningsprosessen, som har som formål å avklare lovgivers formål og intensjoner med normeringen, er uttrykt gjennom juridiske terminologier. Som drøftelsene ovenfor viser kan det synes som om lovgiver, hva gjelder politilovgivningen, bevisst har valgt ikke å ta et klart standpunkt til flere av lovens sentrale vilkår.¹¹¹⁰ Manglende avklaring av sentrale rettslige vilkår og kriterier for inngripende myndighetsutøvelse kan utvilsomt fremme effektiv myndighetsutøvelse, men overskygger av faren for at praksisen svekker lovens legitimitet.

Forebyggende og andre liknende rettslige uttrykk, som også har funksjon som fagtermer i politiet, vil dermed være bestemmende for rettsregelens innhold. Disse termene vil stadig være under faglig utvikling og endring, med den følge at politilovens inngreps hjemler vil endres i takt med fagets utvikling. Fravær av reell domstolskontroll med politiets polisiære myndighetsutøvelse forsterker dette inntrykket. Følgelig er det etablert en situasjon hvor politiets forståelse av *forebyggende* og liknende fagtermer definerer de rettslige rammer for etatens egen inngrepskompetanse, noe som utfordrer maktfordelings- og folkesuverenitetsprinsippet, som nettopp har som formål å sikre at Stortinget som lovgivende organ angir grensene for offentlige organers materielle kompetanse og handlingsrom.

Videre utfordrer praksisen legalitetsprinsippetets lovskrav, nærmere bestemt *presisjons- og forutberegnelighetskravet*.¹¹¹¹ Individet kan vanskelig innrette seg etter normeringer som formes og utvikles gjennom bransjepraksis, hvor dens faktiske innhold kun er tilgjengelig ved observasjon «der og da» under tjenesteutøvelsen. Ytterligere utfordrer

¹¹⁰⁸ Politiloven § 2 nr. 2 tilkjenner at forebygging av kriminalitet er en av politiets primære oppgaver. Ut over dette er forebygging som metode, virksomhet og formål ikke lovregulert. Enkelte forebyggende tiltak er imidlertid regulert ved lov. Som eksempel kan nevnes pl. § 7 som gir politiet anledning til å iverksette spesifikke tiltak med formål å forebygge forstyrrelser av den offentlige ro og orden, og pl. § 13 fjerde ledd som hjemler bekymrings samtale som forebyggende tiltak.

¹¹⁰⁹ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 90.

¹¹¹⁰ Se NOU 2004: 6, punkt 10.1.1 hvor dette slås fast.

¹¹¹¹ Om *presisjonskravet*, se 5.6.4.

praksisen også et av de sentrale hensyn som legalitetsprinsippet bygger på, og den rettssikkerhetsgaranti som det søker å ivareta, nemlig å fremme demokratisk kontroll for å hindre vilkårlig myndighetsutøvelse.¹¹¹² Dette inntrykket forsterkes idet den polisiære virksomhet, som rettsområde, i liten grad er gjenstand for domstolskontroll.¹¹¹³ Det innebærer at lovens videre utvikling, på sentrale områder, skjer løsrevet fra demokratiske prosesser, noe som også bidrar til å svekke politilovens rettslige legitimitet. Høy rettslig legitimitet forutsetter blant annet at rettskilden må være tilgjengelig for diskusjon i det offentlige rom. Dette gjelder både selve lovteksten og notoritet knyttet til dens videre utvikling. Manglende tilgjengelighet gjør det vanskelig å etterprøve argumentene som påberopes til støtte for lovtolkningen, samt sikre at argumentene avgrenses til forhold utenfor rettsanvender, i dette tilfellet politiet.¹¹¹⁴

10.3 Delegasjon av lovgivningskompetanse

Som tidligere påpekt bygger politilovgivningen i stor utstrekning på delegasjon av normeringskompetanse. Som eksempel kan det vises til pl. § 14 som delegerer til kommunene å fastsette politivedtekter for den enkelte kommune. Bestemmelsen gir videre uttrykk for at Stortinget har gitt departementet kompetanse til å godkjenne vedtektene, eventuelt videre delegere kompetansen til annen instans. Dette er gjort ved eget vedtak, hvor kompetansen er delegert til Politidirektoratet.¹¹¹⁵ Videre fremgår det av samme vedtak at Politidirektoratet er tildelt myndighet til å «fastsette særinstruks i medhold av pl. § 29, med unntak av Våpeninstruks for politiet». Ytterligere er Politidirektoratet tildelt myndighet til «å godkjenne politiutstyr som nevnt i

¹¹¹² Nærmere om dette, se 5.7.

¹¹¹³ Se Fredriksen/Myhrer 2016 s. 33.

¹¹¹⁴ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 231 som påpeker at rettslig legitimitet er produktet av flere faktorer.

¹¹¹⁵ Se FOR-2000-11-16-1151.

politiinstruksen § 3-2 tredje og fjerde ledd i medhold av pi. § 3-2 femte ledd.»¹¹¹⁶ Dette omfatter «særlige maktmidler av teknisk eller annen art». Avslutningsvis nevnes at pl. § 29 første ledd gir politimesteren myndighet til å «utstede utfyllende tjenesteregler når lokale forhold gjør dette påkrevd.»

Allerede under arbeidet med «Utkast til ny lov om politiet med motiver» (se del IV, punkt 1.2) ble utfordringene forbundet med utstrakt delegasjon av lovgivningsmyndighet viet oppmerksomhet. Det ble i den forbindelse påpekt at: «Politiet er samfunnets fysiske maktapparat, og har på bestemte vilkår relativt vide beføyelser til å foreta inngrep overfor både enkeltpersoner og virksomheter. I utgangspunktet tilsier dette en viss tilbakeholdenhet når det gjelder delegasjon av lovgivningsmyndighet. I motsatt fall vil deler av den styrings og kontrolleffekten som ligger i lovverket gå tapt. På den annen side er samfunnet ikke tjent med at politiorganisasjonen distanseres av utviklingen, slik at den blir ute av stand til å fungere effektivt som vern om borgernes rettssikkerhet og daglige trygghet.» Ytterligere ble det fremhevet at «[v]ed regulering av virksomheter eller saksområder som bør være undergitt løpende styring og kontroll fra samfunnet side, er det i utgangspunktet prinsipielt betenkelig med administrativt fastsatte forskrifter, altså bestemmelser rettet mot borgerne som disse plikter å adlyde. Delegasjon av myndighet til å gir instruks, dvs. direktiver rettet innad og nedad i organisasjonen, med tjenestemennene som primæradressater, er derimot mindre betenkelig. Disse skaper bare interne plikter og ikke eksternt kompetanse.»

Jeg har tidligere gitt uttrykk for at delegering av normeringskompetanse er nødvendig i et moderne demokratisk samfunn, og utfordrer isolert sett ikke legalitetsprinsippet så lenge normeringskjedens ulike komponenter er tilgjengelig og gir et konsistent bilde av rettsregelens innhold. Det er først når delegasjonspraksisen kan karakteriseres som ustrakt, eller består av fragmentariske og til dels motstridene kompetanseregler, at legalitetsprinsippet utfordres,¹¹¹⁷ og normeringens demokratiske legitimitet svekkes.

Den videre fremstillingen har som siktemål å belyse politietatsens praktisering av tildelt normeringskompetanse for inngripende politisiær myndighetsutøvelse. Praksisen skal søkes belyst ved å se nærmere på den rettslige reguleringen av bruken av politiarrest.

¹¹¹⁶ Se FOR-2000-11-16-1154.

¹¹¹⁷ Om delegering av myndighet, se Graver 2015 s. 179 flg.

Stortinget har, jf. strpl. § 183 første ledd delegerer til regjeringen («Kongen») å «gi nærmere regler om bruken av og forholdene i politiarrest, herunder regler om elektronisk overvåking.»¹¹¹⁸ Ved Kronprinsregentens resolusjon 30. juni 2006 er det vedtatt en *forskrift om bruk av politiarrest (arrestforskriften)*.

Som nevnt ovenfor er ett av forskriftens sentrale formål å sikre at den innsattes menneskeverd ivaretas under oppholdet i arresten, herunder forhindre at vedkommende utsettes for tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf. Grl. § 93 andre ledd og EMK artikkel 3. Videre skal den sikre at belastningen ved oppholdet begrenses til hva som er uunngåelig for å fremme formålet med frihetsberøvelsen. I så måte er krav til utformingen av arrestlokalene et sentralt tema.

Den norske stat er underlagt flere internasjonale organer som overvåker statens gjennomføring av menneskerettigheter. Foruten EMD, fremstår *Den europeiske torturkomité (CPT)* som en sentral overvåkningsmekanisme som har som formål å kontrollere at forbudet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling overholdes av institusjoner som frihetsberøver individer.¹¹¹⁹ I *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* artikkel 17 nr. 1 fremgår det at:

«This Convention shall not prejudice the provisions of domestic law or any international agreement which provide greater protection for persons deprived of their liberty.»

Med andre ord, utelukker ikke konvensjonen at personer som er fratatt friheten gjennom nasjonal lovgivning eller internasjonale avtaler, gis større beskyttelse.

¹¹¹⁸Selv om den rettslige reguleringen av politiets arrestlokaler er forankret i strpl. § 183, er selve driften et polisiært anliggende hvor Politidirektoratet har det overordnede faglige ansvaret, og regjeringen det politiske ansvaret. Nærmere om denne ansvarsfordelingen, omtalt som «Det to-sporede system», se Kjelby 2017 s. 196 flg.

¹¹¹⁹Nærmere om CPTs mandat, se *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*.

CPT har ved flere anledninger besøkt politiets arrestlokaler. I rapport etter besøk i 2011 fremmet komiteen følgende merknader til politiets arrestlokaler:¹¹²⁰

«The CPT recommends that the Norwegian authorities review the conditions of detention in the cells at Bergen Police Headquarters and, where appropriate, in other police establishments in Norway where persons may be held for 24 hours or more, in order to ensure that they enjoy adequate access to natural light.»

Tilsvarende besøk i 2018 ledsaget følgende merknader fra CPT til arrestlokalene:¹¹²¹

«Material conditions of detention were good at Oslo Police Headquarters and generally acceptable at Bodø Police Headquarters. In contrast, conditions were clearly substandard at Bergen Police Headquarters where many cells were extremely small (i.e. measuring less than 5 m²) and poorly ventilated. The CPT recommends that the Norwegian authorities implement as a matter of priority the existing plan to construct a new police detention facility in Bergen.»

Norske myndigheters merknader til CPTs rapporter viser gjennomgående at staten har som intensjon å oppfylle sine forpliktelser. Det faktum at staten tar til etterretning CPTs merknader, viser at rapportene gir uttrykk for positive rettigheter som tilkommer den enkelte innsatte i politiarrestene.

Når så regjeringen, jf. arrestforskriften § 5-1, delegerer til Politidirektoratet å «gi nærmere retningslinjer til gjennomføring av denne forskriften, herunder utforming av politidistriktets arrester ...»,¹¹²² er dette ikke bare et uttrykk for tildeling av normeringskompetanse, men også et direktiv om at forvaltningen av politiarresten skal utøves i henhold til disse «nærmere retningslinjer».

Politidirektoratet har utarbeidet en egen *Instruks for politiets arrester (arrestinstruksen)*. I punkt 3.1 er det oppstilt utførlige krav til utforming av celler i politiets arrester.¹¹²³ Disse krav fordrer tiltak som har som formål å følge opp statens menneskerettighetsforpliktelser utledet av *European Convention for the Prevention of*

¹¹²⁰ Se CPT/Inf (2011) 33 Section: 8/26 Date 15.12.2011, Condition of detention.

¹¹²¹ Se CPT/Inf (2019) 1 Section 1/41 Date: 21.12.2018, executive summary.

¹¹²² Om regjeringens adgang til subdelegasjon av lovgivningsmyndighet, se Eckhoff/Smith 2018 s. 177 flg. Se også Graver 2015 s. 179-181.

¹¹²³ Kravene til utforming av arrestlokaler er trolig en direkte følge av CPTs merknader til lokalene under sine visitasjoner.

Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Arrestinstruksen gir dermed uttrykk for minimumsrettigheter, jf. konvensjonens artikkel 17 nr. 1.

Når strpl. § 183 første ledd foreskriver at Stortinget har delegert til regjeringen å gi regler om «bruken og forholdene i politiarresten» forutsettes det at disse normeringene har som siktemål å ivareta den innsattes rettigheter utledet av både nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser knyttet til drift av arrestanlegg. Delegering av normeringskompetanse til Politidirektoratet fremmer effektivitet innen forvaltningen uten at det i seg selv rokker ved den innsattes rettigheter. Tvert imot, arrestinstruksens detaljerte angivelse av krav til arrestlokalenes beskaffenhet viser at normeringene har som formål å ivareta den innsattes rettigheter gjennom å følge opp statens internasjonale forpliktelser.

Så langt fremstår politietatsens utøvelse av delegasjonsmyndigheten som legitim idet praksisen isolert sett synes å ha holdt seg innenfor delegasjonslovens og dens forskrifts fullmaktsrammer.

Praksisen knyttet til delegering av lovgivningskompetanse stopper imidlertid ikke med dette. Det er i tillegg, i rundskrivet og *veileder til instruks*en, gitt uttrykk for at normeringskompetansen er ytterligere delegert.¹¹²⁴ I veilederen er det uttrykkelig uttalt at det er *kravspesifikasjon av 10.03.2017 for arrestprosjekter i politiet* som til enhver tid er bestemmende for hvilke krav som stilles til politiets arrestlokaler.¹¹²⁵

Valg av fremgangsmåte står i sterk kontrast til hva som er tilfellet i Sverige hvor krav til utforming av politiets arrester er regulert i egen förordning (2014:1108) – «om utformingen av häkten och polisarrester». Paragraf 4 foreskriver at «kriminalvärden och polismyndigheten» er gitt ansvaret for å utforme nærmere retningslinjer for bygging og innredning av lokalitetene. Samtidig gir förordningens §§ 2-4 detaljerte krav til utformingen og utrustningen. Förordningen gir også anvisning om unntak, men kun for krav om gulvareal, jf. § 5 første ledd, samt tilfeller hvor lokalitetene «inte används stadigvarande».

Isolert sett er det to grunner til å stille spørsmål med denne fremgangsmåten. For det første, når Politidirektoratet i arrestinstruksen overlater til en byggtknisk

¹¹²⁴ Se *Veileder til instruks for bruk av politiets arrester* av 9. november 2018 (ikke offentlig tilgjengelig).

¹¹²⁵ Kravspesifikasjonene er ikke kjent for undertegnede.

kravspesifikasjon å fastsette kriterier for innretning av arrestlokalene, er normeringskompetansen de facto delegert videre til «et dokument» som forvaltes av en ukjent og udefinert enhet. Og for det andre, slik instruksen er utformet, er det de til enhver tid gjeldende byggetekniske kravspesifikasjonene som er bestemmende for instruksens innhold, og ikke omvendt. I utgangspunktet fremstår denne besynderligheten som lite kontroversiell. Men all den tid krav til utforming av arrestlokalene også utgjør sentrale kriterier for hvordan utøvelse av makt i form av frihetsberøvelse i en arrest kan gjennomføres, fremstår praksisen som uheldig.

En ytterligere kritisk anførsel til delegasjonspraksisen som er utvist i forbindelse med myndighetenes forvaltning av krav til politiets arrestlokaler, er at Politidirektoratet synes å ha tildelt seg selv kompetanse til å fravike bestemmelser som stiller krav til arrestanleggenes utforming. Dette fremgår ikke direkte av instruksen, men kommer til uttrykk i veileder til instruksen, utarbeidet av Politidirektoratet. I *veilederens* punkt 3.1 er det gjort unntak for eksisterende bygg som ikke oppfyller instruksens fastsatte krav. Dette fremgår av formuleringene:¹¹²⁶

«I dagens arrester er kravene til dagslys i liten grad ivaretatt, og det er derfor gjort unntak for eksisterende bygg der dette av bygningstekniske grunner ikke er mulig».

Når forskriften gir Politidirektoratet en positivt angitt fullmakt til å definere særlige krav til utforming av politiets arrester, er det som et ledd i forvaltningen av bl.a. statens forpliktelse til å følge CPTs anbefalinger. Det kan neppe påstås at politiets arrestanlegg utgjør en krenkelse av EMK artikkel 3. Men staten, som er bundet av konvensjonsforpliktelsen, har i normeringer utledet av formell lov besluttet å implementere fastsatte krav til utforming av arrestanleggene. Det er med dette etablert en nasjonal standard for utforming av politiets arrestanlegg som gir den innsatte ytterligere vern og krav enn hva som kan utledes av EMK. Selv om veilederen neppe kan anses å ha vekt som argumentasjonsressurs, fremstår det uansett som underlig at

¹¹²⁶ Når det vises til «bygningstekniske grunner», er det ifølge veilederen et økonomisk spørsmål.

Politidirektoratet, etter først å ha definert krav til arrestlokaler som etterkommer kritikk fra CPT, gir seg selv unntak fra de samme kravene i en intern veileder.

Fastsatte krav til utforming av arrestanlegg er utledet av en hjemmelskjede som er forankret i formell lov, jf. strpl. § 183 første ledd. Hjemmelskjedens uttalte krav til utforming av arrestanleggene, oppfyller legalitetsprinsippets krav, jf. GrL. § 113, om at «[m]yndighetens inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» I så henseende fremstår krav til utforming av arrestanleggene som en positiv angitt begrensning i statens kompetanse til å utøve inngrep overfor individet i form av frihetsberøvelse.

Det er derfor mye som taler for at vi her står overfor et eksempel hvor Politidirektoratets praktisering av delegert normeringskompetanse strider mot fullmaktsbestemmelsen, jf. strpl. § 183 første ledd. Det var neppe lovgivers intensjoner å tildele Politidirektoratet normeringskompetanse «om bruken og forholdene i politiarrest», for så å oppleve at direktoratet i neste omgang gir seg selv unntak fra bestemmelsen. I realiteten har Politidirektoratet, som utøvende myndighet, gitt underliggende etater fritak fra tvingende regler som har som formål å ivareta statens menneskerettighetsforpliktelser. Praksisen kan neppe sies å styrke politilovgivningens legitimitet.

10.4 Avsluttende merknader

Ovenfor har jeg påpekt at politilovens kodifisering av generalfullmakten som hjemmelsgrunnlag for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse i realiteten innebar en kodifisering av politiets bransjepraksis. Videre konkluderer jeg med at de materielle vilkår for inngripende myndighetsutøvelse tolkes i en fagkontekst. Det etableres dermed en bransjedefinert forståelse av «lovgivers vilje» løsrevet fra en juridisk terminologi. Når det i tillegg ikke utøves en reell domstolkontroll med den

polisiære myndighetsutøvelsen, er det etablert en praksis hvor politiet definerer og utvikler de rettslige skranker for egen kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse.

Denne «tilstanden» forsterkes ytterligere gjennom utstrakt delegering av normeringskompetanse til politiet. Det er naturlig at politiet som utøvende forvaltningsorgan påvirker utviklingen av gjeldende rett. Men når etaten fremstår som den enerådende rettsanvender som definerer og utvikler retten, vil rettsanvendelsesprosessen preges av manglende forutberegnelighet og løsere demokratisk forankring enn hva som hadde vært tilfellet dersom rettsområdet hadde vært gjenstand for domstolskontroll.¹¹²⁷

¹¹²⁷ Se Mæhle/Aarli 2017 s. 419. Se også Bernt/Doublet 1998 a s. 243 om *politisk legitimitet*.

11. Polisiær begrepsstruktur

11.1 Innledende betraktninger

I det følgende skal jeg se nærmere på noen sentrale polisiære begreper. Når begrepene omtales som *polisiære*, er det ikke fordi de er særegne i kraft av å kun eksklusivt tegne den polisiære virksomhet. Tilnærmingen er mer et uttrykk for at begrepene har en særlig posisjon og funksjon innenfor den polisiære delen av politiets virksomhet. Felles for disse begrepene er at deres tilblivelse kan spores tilbake til faguttrykk som beskriver ulike funksjoner og elementer ved den polisiære virksomhetsutøvelsen, for så å bli tatt i bruk som uttrykk for sentrale materielle vilkår i normeringer som angir de rettslige rammer for den inngripende myndighetsutøvelsen.¹¹²⁸

I kapittel 4 etablerte jeg en modellert normstruktur, og beskrev sentrale polisiære normeringers funksjon som argumentasjonsressurser i en tolkningsprosess som har som formål å avklare politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse. Jeg startet drøftelsen i 4.1 med å påpeke betydningen av at normeringer, som inngår i en normstruktur, bygger på et begrepsapparat som gir uttrykk for et enhetlig og tilstrekkelig klart og tydelig innhold, noe som er en forutsetning for å forstå det til tider komplekse samspillet mellom ulike normer.

I ethvert tilfelle hvor det offentlige gis fullmakt og kompetanse til myndighetsutøvelse, er det en forutsetning at den rettslige reguleringen hviler på et solid fundament som fremmer legalitetsprinsippets krav til lovregulering

I lys av blant annet legalitetsprinsippets lovskrav, vil den videre drøftelsen ha som formål å avklare om normeringer som uttrykker politiets fullmakter og kompetanse til inngripende polisiære myndighetsutøvelse, bygger på et enhetlig, klar, konsistent og koherent begrepsapparat. Dette fremstår som en nødvendig forutsetning for å kunne

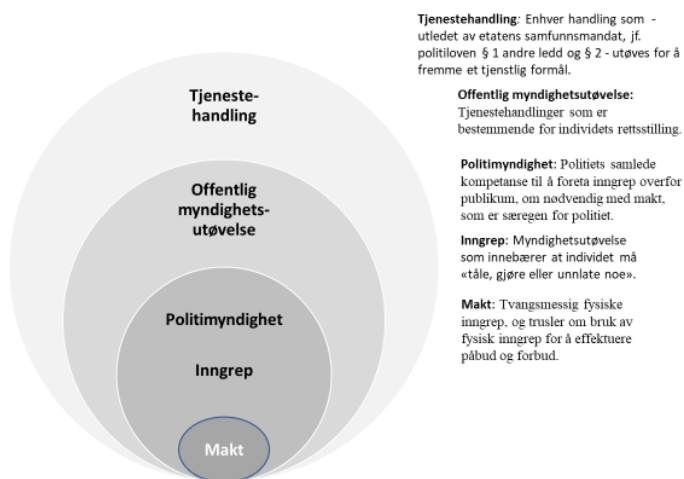
¹¹²⁸ Temaet er nærmere behandlet i kapittel 10 – Politilovens demokratiske legitimitet.

etterprøve virksomheten gjennom rettslig kontroll, og for å skape forutsigbarhet både hos individet og den enkelte polititjenesteperson.¹¹²⁹

Det er begrepene *politimyndighet* og dets delkomponenter *pålegg*, *inngrep* og *makt* som står i fokus. Når fremstillingen er begrenset til disse begrep, er det fordi den betydningen de tillegges er med på å definere sentrale materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelse.

Utøvelse av *politimyndighet* vil materialisere seg i form av en *tjenestehandling* og kan karakteriseres som *offentlig myndighetsutøvelse*. Det er derfor påkrevd også å behandle disse begrepene for å plassere *politimyndighet* i en relevant kontekst.

Fremstillingen vil ta utgangspunkt i følgende figur som gir en grovinndelt oversikt over begrepene:



Figur 18

¹¹²⁹ Tilsvarende Boucht 2018 s. 327 – 347 på s. 332 hvor han i sin behandling av det politirettslige farebegrepet uttrykker følgende: «Å ha en klar, konsistent og koherent dogmatisk forståelse av innholdet i et så sentralt rettslig begrep er viktig ikke bare for å gi forutsetninger for etterprøvning, men også for å gi forutsigbarhet ved bruken av de rettslige kompetansenormene for de politimenn som (ofte under tidspress) plikter å handle i den enkelte situasjon.»

Befolkningen har høy tillit til politiet, og opplever at politiet i sin tjenesteutøvelse behandler folk med respekt.¹¹³⁰ Ut fra dette kan en legge til grunn at norsk politi oppfattes av befolkningen som en autoritet med rett og legitimitet til å utøve offentlig myndighet, herunder politimyndighet. I den daglige tjenesteutøvelsen gir dette seg utslag i at befolkningen anerkjenner og aksepterer politiet som samfunnets sivile maktapparat og retter seg etter de anvisninger som til enhver tid blir gitt.¹¹³¹ Unntaksvis vil politiet oppleve at personer, enten på generelt grunnlag eller i tilknytning til konkrete hendelser, ikke aksepterer politiets myndighetsutøvelse med den følge at tjenesteutøvelsen ikke kan forankres i anerkjennelse og legitimitet, men må baseres på inngripende tiltak, om nødvendig i form av maktbruk.

11.2 Tjenestehandling og offentlig myndighetsutøvelse

Til daglig utfører politiet en rekke *tjenestehandlinger* som, utledet av etatens samfunnsmandat, jf. pl. § 1 andre ledd og § 2, utøves for å fremme et tjenstlig formål.¹¹³² Politiets oppgaveportefølje, slik den er beskrevet i pl. § 2, er tilnærmet altomfattende.¹¹³³ Foruten oppgaver knyttet til den politisiære virksomhet, er etaten tillagt selvstendig forvaltningsmyndighet innenfor en rekke områder.¹¹³⁴ Videre er politiet gitt et særlig ansvar for å iverksette og organisere redningsinnsats der menneskers liv og helse er truet, jf. pl. § 27 første ledd.¹¹³⁵ Derest er politiet, innenfor den sivile rettspleien på grunnplanet, tildelt en rekke rettspleiegjøremål.¹¹³⁶ Ytterligere

¹¹³⁰ Se Politiets innbyggerundersøkelse 2019.

¹¹³¹ Dette kan tas til inntekt for at de politisiære normeringene generelt sett har et meningsinnhold (*meningskomponenten*) som aksepteres av befolkningen (*akseptkomponenten*).

¹¹³² I tråd med min konklusjon i 5.5.4 sondres det ikke mellom faktiske handlinger og normeringshandling. Nærmere om tjenestehandling, se Auglend/Mæland 2016 s. 1311 flg.

¹¹³³ Mål- og oppgaveangivelsens betydning i en utvidet hjemmelskontroll er nærmere behandlet i 4.5.

¹¹³⁴ Nærmere oversikt over politiets forvaltningsmyndighet og –oppgaver, se Auglend/Mæland 2016 s. 1005 flg.

¹¹³⁵ Nærmere om politiets ansvar og rolle innen redningstjenesten, se Aaserød 2019a.

¹¹³⁶ Se Auglend/Mæland 2016 s. 1143 flg.

er etaten tildelt et utstrakt bistands- og samarbeidsansvar med andre myndigheter og organisasjoner, jf. pl. § 2 nr. 5 og 6. Politiet er med andre ord tillagt en rekke oppgaver som fordrer utøvelse av en vidt spekter av *tjenestehandlinger*.

Hovedparten av politiets tjenestehandlinger må betraktes som *offentlig myndighetsutøvelse* som alle har det til felles at de er bestemmende for individets rettsstilling.¹¹³⁷ Imidlertid er det en betydelig del av politiets tjenestehandlinger som ikke kan karakteriseres som offentlig myndighetsutøvelse idet handlingene ikke direkte fastsetter den enkelte borgers offentligrettslige rettigheter eller plikter.¹¹³⁸ Som eksempel kan nevnes ulike serviceoppdrag, hjelpeplikt etter anmodning, beslutninger om midlertidig stenging av offentlig vei hvor det foreligger alternativ tilkomst, samt ulike former for patrulje- og spaningsvirksomhet hvor formålet er å være nærværende i ulike miljøer. Ikke enhver *offentlig myndighetsutøvelse* er av inngripende karakter. Det er nok å vise til politiets forvaltningsvirksomhet som gir individet rettigheter. Som eksempel kan nevnes utstedelse av pass, jf. passloven § 1, og våpentillatelse, jf. våpenlovens kapittel II.

11.3 Politimyndighet; pålegg, inngrep og makt

11.3.1 Innledende betraktninger

Inn under *offentlig myndighetsutøvelse* er det naturlig å plassere utøvelse av politimyndighet.

Den videre fremstilling har et to-delt formål. For det første, avklare *politimyndighet*, *pålegg*, *inngrep* og *makts* betydning i en politirettslig kontekst. Begrepene har til felles

¹¹³⁷ Se Graver 2015 s. 51 som betegner de sentrale former for offentlig myndighetsutøvelse som «generell og individuell normering, kontroll og sanksjonering. *Normering* består i fastlegging av rettigheter og plikter generelt ved forskrifter eller individuelt ved enkeltvedtak. *Kontroll* eller *tilsyn* består i å undersøke om en adressat for rettigheter og plikter overholder disse, og eventuelt å sette inn korrigerende tiltak i form av f.eks. pålegg og endringer i vedtak, og i form av faktiske handlinger for å håndheve plikter eller rette opp en uønsket situasjon».

¹¹³⁸ Se Graver 2015 s. 50 med videre henvisning til Frihagen (1991) som knytter begrepet offentlig myndighetsutøvelse til «en bestemt gruppe beslutninger ... som direkte fastsetter den enkelte borgers offentligrettslige rettigheter og plikter».

at de gir uttrykk for ulike sider ved den skarpe delen av den polisiære virksomhet.¹¹³⁹ Og for det andre, undersøke om uttrykkenes innhold, som sentrale materielle vilkår for myndighetsutøvelsen gjenspeiler en korrekt og hensiktsmessig gjengivelse av politimyndighetens innhold.

Sondringen kan illustreres med følgende eksempel: Politiet mottar melding om ordensforstyrrelse og sender flere politipatruljer til stedet for å gjenopprette ro og orden. Når politiet ankommer, velger noen på eget initiativ å forlate området. Etter å ha skaffet seg oversikt over situasjonen, kommuniserer politiet et *pålegg* til de gjenværende om å bevege seg vekk fra stedet. De fleste forlater stedet, men en håndfull personer som ikke etterkom politiets pålegg, blir anholdt.

Vi kan tenke oss at politiet i kraft av tilstedeværelse påvirket noen til å forlate stedet. I kraft av tilstedeværelse utøver politiet en tjenestehandling idet deres nærvær fremmer et tjenstlig formål, nemlig å sørge for gjenopprettelse av ro og orden. Nærvær av polititjenestepersoner iført uniform og ulike maktmidler vil også utgjøre en ikke ubetydelig maktfaktor, men er det av den grunn naturlig å karakterisere politiets nærvær som utøvelse av inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av *makt*?¹¹⁴⁰ Selv om politiets blotte tilstedeværelse, i en samfunnsvitenskapelig kontekst, kan fremstå som maktutøvelse, idet politiets nærvær har som formål å påvirke tilstedeværende personers til å forlate området, er det ikke naturlig å karakterisere handlingen som utøvelse av makt i politirettslig forstand. Politiets passive tilstedeværelse vil alene ikke utgjøre et *inngrep* i den enkeltes rettsstilling.

Hvilke meningsinnhold uttrykkene gis har igjen betydning for fastsettelsen av hvilke normeringskrav som skal eller bør stilles til de ulike polisiære tiltak. Drøftelsen bygger på det faktiske og rettslige utgangspunktet om at politiet som samfunnets sivile maktapparat forvalter store deler av statens maktmonopol i fredstid. For å skape

¹¹³⁹ Polisiær virksomhet og tiltak er nærmere behandlet i 3.3.

¹¹⁴⁰ Se Heivoll 2018a s. 75 som synes å innta en tilnærming til *makt* som uttrykk for «kapasitet til å sette sin vilje gjennom overfor andre».

forutberegnelighet for politiet som utøver av makten, staten som lovgiver og kontrollør og ikke minst individet som i ytterste konsekvens må tåle å la seg utsette for politiets myndighetsutøvelse, er det av betydning at det innen politiretten eksisterer et begrepsapparat hvor både beskrivelsen og reguleringen av myndighetsutøvelsen er enhetlig og tydelig slik at behovet for forutberegnelighet ivaretas.¹¹⁴¹ Videre, bør det tilstrebes at termene fremstår som merkelapper på begreper som gjennom en definisjon er gitt et innhold som speiler en allmenngyldig mental forestilling som er harmonisert med tilsvarende termer innenfor rettsområder det er naturlig å sammenlikne med. I den forbindelse er det naturlig å stille spørsmål om *inngrep*, slik det anvendes i politiretten, speiler begrepets betydning i GrL § 113, herunder om det er sammenfallende med en alminnelig språklig forståelse av dets innhold.

11.3.2 Politimyndighet

Begrepet *politimyndighet* er gitt en sentral posisjon og betydning innen politiretten, og kommer til uttrykk i flere av bestemmelsene i politiloven og politiinstruksen.¹¹⁴² Til tross for dette, er det i politiloven ikke gitt en nærmere definisjon av hva begrepet uttrykker.¹¹⁴³ *Politimyndighet* kan forstås i to ulike sammenhenger. For det første som en benevnelse av politietaten som organ eller offentlig myndighet, gjerne omtalt som begrepets organisatoriske eller institusjonelle side.¹¹⁴⁴ For det andre, og av betydning i denne sammenheng, dets funksjonelle – eller materielle – dimensjon i kraft av å beskrive de fullmakter og den myndighet den enkelte polititjenesteperson er tillagt i sin stilling.

Svensk politirett synes å anlegge en annen tilnærming til *politimyndighet* idet termen kun viser til begrepets organisatoriske eller institusjonelle side, og da som en benevnelse på politiet som organisasjon. Når begrepets funksjonelle eller materielle dimensjon skal beskrives, anvendes termen *befogenhet*. En *befogenhetsnorm* «upptrar däremot makt att tilfoga vissa rättsföljder till en viss uppsättning rättsfakta». Det vil si «rätt [til] att göra något när vissa rättsfakta [...] är för handen», se Boucht 2019 s. 39.

¹¹⁴¹ Sml. Jacobsen 2012 som fremmer betydningen av begrepsavklaring for å bedre forstå grunntekken ved norsk strafferett.

¹¹⁴² Blant annet pl. §§ 4, 17c, 18, 20 og 23, samt pi. §§ 1-1, 5-3, 5-4 og 6-2.

¹¹⁴³ Se Auglend/Mæland 2016 s. 463. Se også Aaserød 2019b s. 23.

¹¹⁴⁴ Se Auglend/Mæland 2016 s. 464.

I finsk politirett er *befogenhet* forklart som «ett på normer i rättsordningen grundat bemyndigande att ...», se Helminen mfl. 2000 s. 42.

Politimyndighet angir polititjenestepersonens plikter, ansvar og kompetanse, og er dermed bestemmende for fastsettelsen av politilovens virkefelt. Den materielle regulering av politimyndigheten fremgår av pl. §§ 4, jf. 20 og vil ikke bli viet oppmerksomhet i denne sammenhengen. Av mer interesse og relevans for den videre fremstilling er *politimyndighetens* betydning som uttrykk for fullmakter og myndighet. Fullmakt er et produkt, eller en beskrivelse av, en rettslig posisjon,¹¹⁴⁵ og for politiets polisiære virksomhet kommer den til uttrykk i politiloven kapittel, I, II og II a.

De rettslige rammer for myndighetsutøvelsen utledes for politiet generelt, og den enkelte polititjenesteperson spesielt, av de til enhver tid tildelte fullmakter og uttrykkes ved begrepet «politimyndighet» som den rettslige myndighet og kompetanse som er tillagt politiet som etat og/eller den myndighet den enkelte polititjenesteperson er tildelt i kraft av sin stilling, se Prop 79 L (2014–2015), pkt. 5.3.1, s. 16.

I utredningsarbeidet som ligger til grunn for politiloven av 1995 ble det gitt uttrykk for at det er vanskelig å gi en presis, uttømmende og dagsaktuell definisjon av *politimyndighet* så lenge det uttrykker «summen av alle de beføyelser som politiet til enhver tid er tillagt gjennom lov eller sedvane.»¹¹⁴⁶ I forarbeidene til politiloven,¹¹⁴⁷ og senere fulgt opp i juridisk teori,¹¹⁴⁸ er *politimyndighet* brukt som betegnelse på den «samlede myndighet til å gi påbud og foreta inngrep overfor publikum, om nødvendig med makt, som er særegen for politiet». *Politimyndighet* består da av tre sentrale komponenter, henholdsvis *pålegg*, *inngrep* og *makt*.

Både *inngrep* og *pålegg* er negativt ladede uttrykk. Mens *inngrep* i dagligtale og politirettslig sammenheng assosieres med «innblanding» og «regulering», blir *pålegg* forstått synonymt med *påbud* og *ordre*. Begrepenes betydning og bruk kan illustreres med følgende formuleringer: «statens regulering av ferdsel utgjør et inngrep i

¹¹⁴⁵ Se Boe 2010.

¹¹⁴⁶ Se «Utkast til ny lov om politiet med motiver», del IV, pkt. 2.1, s. 11 og 12.

¹¹⁴⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), s. 38 og Prop 79 L (2014–2015), pkt. 5.3.1, s. 16.

¹¹⁴⁸ Se Auglend/Mæland 2016 s. 463.

individets bevegelsesfrihet», og «det er ikke lov å oppholde seg her, så du får herved pålegg om å fjerne deg fra stedet». Den innledende analysen viser at *pålegg* og *inngrep* utgjør to sentrale komponenter i *politimyndighet*, hvor *pålegg* anses for å være noe annet enn *inngrep*. Videre legger definisjonen til grunn at utøvelse av *makt* kun inngår som delkomponent inn under *inngrep*. I den videre fremstilling skal jeg først se på distinksjonen mellom *pålegg* og *inngrep*.

11.3.3 Pålegg og inngrep

Utover å konstatere at forarbeidene til politiloven, med støtte i juridisk teori, legger til grunn at politiets myndighetsutøvelse i form av *pålegg* er noe annet enn politimyndighetsutøvelse i form av *inngrep*, er begrepenes betydning ikke nærmere avklart. Selv om verken politiloven eller dens forarbeider direkte avklarerer hva *pålegg* og *inngrep* uttrykker, gir pl. § 7 en viss veiledning.

Politiloven § 7 angir de sentrale politisære tiltak som politiet kan benytte seg av i sin tjenesteutøvelse. Bestemmelsen, som ikke gir en uttømmende anvisning av tiltak,¹¹⁴⁹ synes å sondre bevisst mellom tiltak i form av forbud og påbud uttrykt gjennom formuleringer som «forby» og «påby», og andre tiltak som forutsetter bruk av fysiske tvangsinngrep som «visitere», «ta», «fjerne» og «ta seg inn», for å nevne noen. Denne distinksjonen blir ytterligere fremtredende ved at pl. § 5 kodifiserer enhvers plikt til å følge politiets pålegg. Ytterligere veiledning kan hentes fra pl. § 6 første og andre ledd som angir sentrale effektueringsprinsipper som er styrende for politiets myndighetsutøvelse generelt og maktutøvelse spesielt.¹¹⁵⁰ Av sentral betydning er bestemmelsens andre ledd som angir behovsprinsippets subsidiaritetskrav,¹¹⁵¹ som uttrykker prinsippet om at når det foreligger flere alternative inngrepsmuligheter skal den minst inngripende som hovedregel velges. Det kan synes som om utforming av

¹¹⁴⁹ Dette fremgår direkte av bestemmelsens ordlyd, jf. § 7 andre ledd: «Politiet kan i slike tilfeller blant annet ...» (min understrekning).

¹¹⁵⁰ Se Auglend/Mæland 2016 s 622 hvor det fremheves at grunnprinsippene som kommer til uttrykk i pl. § 6 kan anses som en «presisering og oppsummering av de grunnregler som gjelder for *all* offentlig myndighetsutøvelse og forvaltningsvirksomhet.»

¹¹⁵¹ Se 12.3.1 hvor subsidiaritetskravet er behandlet.

begrepet *politimyndighet* søker å ivareta dette prinsippet ved å benevne de minst inngripende tiltak som *pålegg*, og de sterkere virkemidler som *inngrep*.

Det er derfor grunn til å anta at lovkonsipistene i sitt forarbeid til politiloven anla et polisiært perspektiv ved utforming av *politimyndighetens* innhold, hvor *pålegg* og *inngrep* har hatt som formål å uttrykke ulike grupper polisiære tiltak. *Pålegg* viser i den forbindelse til politiets normeringshandlinger i form av pålegg, tegn eller øvrige signaler, jf. pl. § 5, mens *inngrep* sikter til myndighetsutøvelse i form av faktiske handlinger. Det innebærer at *pålegg* omfatter alle befalinger som inneholder et forbud eller et påbud rettet mot konkrete personer, mens *inngrep* uttrykker enhver faktisk handling som et ledd i politiets tjenesteutøvelse.

I svensk politirett er *polisinngripanden*, *tvång* og *våld* av tilsvarende sentral betydning når politiets fullmakter og myndighet skal beskrives. I likhet med den norske politiloven gir svensk politilov ingen anvisning for hvordan begrepene skal forstås.¹¹⁵² I forarbeidene til loven er imidlertid begrepene viet oppmerksom.¹¹⁵³ Et «inngrep» er beskrevet som «... en åtgärd som en polisman vidtar för att verkställa en tjänsteuppgift.». Videre kjennetegnes et inngrep ved at det har den egenskap «att åstadkomma ett konkret resultat, inte bara ett rättsligt resultat.». Isolert sett taler dette for at *inngrep* i svensk politirett er forbeholdt faktiske handlinger, og at normeringshandlinger i form av pålegg faller utenfor. En slik forståelse understøttes ved følgende presisering: «Et polismyndighetsbeslut som endast medför rättsliga verkningar bör därför inte betraktas som ett ingripande.» Imidlertid nyanseres dette utgangspunktet gjennom å påpeke at «[b]efallningar som kan förenas med tvång om de inte åtlöds är däremot att anse som ingripanden». Av nevnte forarbeider kan det trekkes den slutning at *polisinngripande* (inngrep) omfatter faktiske handlinger og normeringshandlinger i form av pålegg som forutsetningsvis skal effektueres med makt

¹¹⁵² Se Norée 2000 s. 65 som gir uttrykk for at: «Men inte heller vad som kännetecknar ett polisningripande är närmare angivet i polislagen. Av 8 § PL framgår endast att ett ingripande är en åtgärd som en polisman vidtar för att verkställa en tjänsteuppgift.»

¹¹⁵³ Se SOU 1963:60 «Polisens rättsliga befogenheter – delbetänkande av polisrättsutredningen», pkt 4.1, s. 85 flg.

dersom de ikke etterkommes. Med andre ord, «henstillinger og anmodninger» som ikke er ment effektivt ved bruk av «tvång» faller utenfor begrepet.¹¹⁵⁴

Med henvisning til SOU 1993: 60, s. 86 gir Norée 2000 s. 65 uttrykk for at i forhold til svensk politirett vil *poliseringripande* ikke omfatte politiets beslutning om «att oppløse en allmän sammankomst», mens politiets tiltak for å iverksette beslutningen, vil utgjøre et inngrep. I den grad det med «beslut» siktes til selve beslutningen uten at den er kommunisert som et «pålegg» om å fjerne seg, fremstår tilnærmingen som forstandig.

Den danske politilov §§ 5, 7 og 8 nevner «påbud» som et av flere «indgreb».¹¹⁵⁵ I forarbeidene til den danske politiloven er det uttalt at «[m]ed uttrykket indgreb menes i denne sammenheng indgreb [...] i form af påbud, legemsbesigtigelse, fratagelse av genstande eller frihedsberøvelse».¹¹⁵⁶ Med andre ord, *indgreb* (inngrep) synes i dansk politirett å også omfatte *påbud* – som kan sidestilles med *pålegg*.

Se Henricson 2016 s. 191, med videre henvisning til Gammeltoft-Hansen, som definerer *formelle inngrep* – også kalt tvangsinnngrep – som «en foranstaltning, der efter sit formål udføres som led i en straffølgning eller som led i opretholdelse af orden og sikkerhed, og hvorved der realiseres en strafbar gerningsbeskrivelse rettet mot legeme, frihed, ære eller privat ejendom».

Gjennomgangen så langt viser at det i norsk politirett er anlagt et perspektiv hvor *inngrep* kun omfatter faktiske handlinger. Vi kan også konstatere at *inngrep* i norsk politirett er gitt et snevrere meningsinnhold enn hva som er tilfellet i svensk og dansk politirett. Mens den norske forståelsen er begrenset til faktiske handlinger, inkluderer svensk rett også *pålegg* som forutsetningsvis skal effektiviseres med makt om de ikke etterkommes.¹¹⁵⁷ Dansk rett har anlagt en ytterligere utvidet forståelse idet *inngrep* synes å også omfatte enhver regulering av adferd gjennom forbud og påbud.

I kapittel 5 ble det politirettslige legalitetsprinsippet behandlet. Her konkluderte jeg med at *inngrep* i legalitetsprinsippets forstand omfattet både normeringshandling og

¹¹⁵⁴ Se SOU 1996: 60 s. 214.

¹¹⁵⁵ Politiloven - LBKG 2015-08-20 nr. 956.

¹¹⁵⁶ Se Betænkning 2002 nr. 1410 Politikommissionens Betenkning om politilovgivning, pkt. 4.3.3.1, s. 32. Se også pkt. 4.4.1. s. 45 hvor Politiets muntlige pålegg eller forbud av en bestemt adferd er å anse for inngrep.

¹¹⁵⁷ Se Prop. 1996/97:175, punkt 12.1.3 – Polisens befallningsrett hvor det gis uttrykk for at manglende etterlevelse av pålegg (befallningar) forutsettes effektivt ved bruk av makt (inngripa med tvång). Se også Berggren/Munck 2019, kommentarer til polislagen § 8 hvor det vises til nevnte utredning hvor det ble gitt uttrykk for at «polisen inte bör meddela befallningar i annat fall än då någon form av tvång kan följa i det fallet att befallningen inte åtlids».

faktiske handlinger. Dette står i kontrast til politirettens tilnærming hvor *inngrep* er gitt innhold som er avgrenset mot *pålegg* (normeringshandlinger).

Som tidligere nevnt har begrepet *politimyndighet* stor betydning for fastsettelsen av politilovens rekkevidde og avspeiler dens virkefelt. Det er derfor maktpåliggende at *politimyndighet* sammen med dets delkomponenter gis et innhold som bidrar til å skape klarhet og forutsigbarhet med hensyn til hvilke normeringskrav som kan stilles til den rettslige regulering av virksomhetens ulike sider. Det er forbundet med påviselige svakheter og betenkeligheter at det i norsk politirett opereres med en tilnærming hvor *inngrep* avgrenses mot myndighetsutøvelse i form av *pålegg*.

For det første er det uheldig at *inngrep* i politirettslig sammenheng pretenderer å gi uttrykk for et annet og snevrere innhold enn hva som er tilfellet i legalitetsprinsippets forstand. For det andre synes den tilnærming som er lagt til grunn innen politiretten også å fravike det meningsinnhold som kan legges til grunn basert på en naturlig språklig forståelse. Om politiet fysisk fjerner en person fra et sted eller pålegger han om å forlate stedet, går ut på det samme. I begge tilfeller opplever vedkommende at det gjøres *inngrep* i hans bevegelsesfrihet.

For det tredje, et av legalitetsprinsippets formål er å hindre maktmisbruk gjennom å stille krav til det offentlige om at *inngrep* overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. På denne måten oppfylles individets behov for forutsigbarhet. I en slik kontekst er det vanskelig å oppstille hensiktsmessige beveggrunner for at politiet, i kraft av samfunnets sivile maktapparat, skal operere med en snevrere forståelse av *inngrep* enn hva tilfellet er i legalitetsprinsippets forstand. Tilnærmingen kan føre til at individets vern etter Grl. § 113 uthules. Det er derfor nødvendig at *politimyndighet*, som benevnelse av summen av de beføyelser som politiet til enhver tid er tillagt, er harmonisert med Grl. § 113 med hensyn til hvilke typer beføyelser som utgjør et *inngrep*, noe som ikke synes å være tilfellet ved dagens praksis.

11.3.4 Makt

Makt er, som tidligere nevnt, i forarbeidene til politiloven omtalt som en beføyelse som inngår i begrepet *inngrep*.¹¹⁵⁸ Det er derfor også av interesse å avklare hvilket meningsinnhold *makt* er gitt i politiretten.

Den materiellrettslige regelen som angir at politiet har adgang til å anvende makt, er nedfelt i pl. § 6 fjerde ledd. Utover å angi at politiet kan anvende makt «... i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig», bidrar ordlyden ikke til å avklare hva *makt* uttrykker. Med hjemmel i pl. § 29, er det ved Kongelig resolusjon fastsatt en alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen). Politiinstruksen § 3-2 andre ledd forklarer, eller definerer, makt som «tvangsmessig fysisk inngrep mot person, og mot fast eller rørlig eiendom i tilfelle der denne eiendom blir påført skade».¹¹⁵⁹ Bestemmelsen sonderer mellom individet og eiendom som rettssubjekt.

Tilfeller hvor politiet assisterer en huseier, som har mistet sin nøkkel, med å bryte opp inngangsdøren er ikke maktbruk i politilovens forstand. Tilsvarende, når politiet bistår en hjelpeløs og syk person, jf. pl. § 12 første ledd og i den forbindelse må beskadige en dør for å bane seg adgang til hans bolig, er det heller ikke naturlig å karakterisere handlingen som utøvelse av makt. I begge tilfeller er handling utført på vegne av, og for å ivareta interessen til, den som handlingen retter seg mot. Maktanvendelsen mangler dermed karakter av «tvangsmessig» inn gripen.

Politiinstruksen § 3-2 andre ledd synes å avgrense maktbegrepet til kun å omfatte «fysisk» inn grep uavhengig av om inn grepet er rettet mot person eller eiendom. Bruken av termen *fysisk inn grep* etablerer en forestilling om at det også finnes en gruppe inn grep i form av *ikke-fysiske inn grep*. Følgelig er det naturlig å betrakte *fysiske inn grep* som faktiske handlinger, og *ikke-fysiske inn grep* som normeringshandling.

¹¹⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), s. 38 og Prop 79 L (2014–2015), pkt. 5.3.1, s. 16 hvor politimyndighet beskrives som den «samlede myndighet til å gi påbud og foreta inn grep overfor publikum, om nødvendig med makt, som er særegen for politiet.»

¹¹⁵⁹ Tilsvarende, se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), s. 60 hvor det gis uttrykk for at «[m]ed makt menes tvangsmessige fysiske inn grep mot person eller eiendom», og Auglend/Mæland 2016 s. 679. I Auglend mfl. 1991 del IV s. 151 er *makt* definert som «tvangsmessig fysisk vold, enten ved direkte kroppskontakt, eller indirekte ved tekniske inn retninger ...»

En slik sontring er forstandig hva gjelder materielle goder. Det er vanskelig å tenke seg muligheten for å påføre en eiendom «skade» uten et forutgående fysisk inngrep.¹¹⁶⁰

Spørsmål i denne sammenheng er om pi. § 3-2s definisjon av *makt* reservasjonsløst kan legges til grunn i alle tilfeller hvor inngrepet retter seg mot personer som rettssubjekt. Er det naturlig å definere *makt* som «fysisk inngrep» med den følge at det avgrenses mot *pålegg* alene, eller *pålegg* koblet med en formaltrussel om bruk av makt dersom pålegget ikke etterkommes? Eller sagt på en måte, gir pi. § 3-2 uttrykk for en for snever tolking av hva *makt* uttrykker, jf. pl. § 6 fjerde ledd?

Utledet av ordlyden i pi. § 3-2 synes utøvelse av makt kun å omfatte tilfeller hvor myndighetsutøvelsen representerer direkte fysisk kontakt mellom polititjenestepersonen og personen. En slik forståelse av *makt* har støtte i forarbeidene til politiloven hvor det er uttalt at «[m]ed makt i denne sammenheng menes tvangsmessig fysisk inngrep mot person eller eiendom.»¹¹⁶¹ Det innebærer at målrettede skudd fra politiet, bruk av patruljehund som sendes i angrep og pågripelser i form av fysisk inn gripen er å betrakte som utøvelse av makt. Tilfeller hvor polititjenestepersonen retter sitt tjenestevåpen mot personen og alene truer med å skyte, sammen med situasjoner hvor det også avløses varselsskudd, vil derimot falle utenfor begrepet *makt*. Det samme gjelder enhver annen trussel om bruk av makt uavhengig av maktmiddel.

I dansk rett er politiets adgang til å anvende makt regulert i politilovens kapittel 4.¹¹⁶² Lovteksten gir ingen veiledning når begrepet *magt* skal avklares.¹¹⁶³ Forarbeidene til loven gir imidlertid uttrykk for at *magt* omfatter mer enn fysisk makt: «Om politiets indgreb skal det her i øvrigt bemærkes, at indgreb efter omstændighederne kan

¹¹⁶⁰ I juridisk teori er det tatt til orde for at også «uleilighet» kan betraktes som «skade», se Auglend/Mæland 2016, s. 679 som nevner som eksempel at kortere flytting av en bil som hindrer ferdsel ikke utgjør tilstrekkelig uleilighet til å anses som en skade. Dette i motsetning til en permanent borttauing av bilen som utgjør en større uleilighet for eier og derfor må betraktes som en skade i pi. § 3-2 forstand.

¹¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–95), s. 18, pkt. 2.5.

¹¹⁶² Se lovbekendtgørelse 2015-08-20 nr. 956 om politiets virksomhed.

¹¹⁶³ Se KBET 2002 nr. 1410 Betænkning nr. 1410 om politilovgivning, pkt 5.1.4 første avsnitt.

gennemføres ved anvendelse av magt, herunder fysisk magt...»¹¹⁶⁴ Det kan også vises til «bemærkninger til lovudkastet» § 13 hvor det påpekes at politiet kan anvende makt med henblik på å forebygge og avverge fare for forstyrrelser av den offentlige fred og orden, og i den forbindelse er det anledning til å anvende «makt med henblik på at etablere en afspærring...»¹¹⁶⁵ Denne forståelsen synes også lagt til grunn i dansk teori.¹¹⁶⁶ Inn under den førstnevnte gruppe hører spaning, patruljering, alminnelig og teknisk overvåking. Det samme gjelder systematisk innhenting og registrering av opplysninger om personer. Inn under inngripende tiltak, også kalt «tvangsingreb» regnes blant annet. «... påbud (fx om at fjerne sig fra gaden) og forbud (fx mot at indfinde sig på en bestemt restaurant)» sammen med de «reelle ingrebsmidler – magtanvendelsen ...».¹¹⁶⁷ Med andre ord, også tvingende pålegg fra politiets side som gjør at mottaker må tåle, gjøre eller unnlate anses i dansk politirett som utøvelse av makt.

Svensk polislag (1984:387) sonderer mellom bruk av «tvång», jf. § 8 og anvendelse av «våld», jf. § 10.¹¹⁶⁸ Dersom «tvång» må anvendes, skal det ifølge § 8 andre setning «ske endast i den form och den utstråkning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås». Paragraf 10 angir nærmere bestemte situasjoner hvor politiet kan anvende «våld».¹¹⁶⁹ *Våld* i § 10 forstand synes, på lik linje med den norske pi. § 3-2, å uttrykke «tvangsmessig fysisk inngrep» uavhengig av om den er rettet mot person eller eiendom.¹¹⁷⁰ I forbindelse med politiutredningen i 1993 ble det foreslått å lovregulere politiets «befallingsrätt».¹¹⁷¹ Forslaget ble ikke tatt til følge og i den forbindelse ble det uttalt at «polisen inte bör meddela befallingar i annat fall än då någon form av tvång

¹¹⁶⁴ Se KBET 2002 nr. 1410 Betænkning nr. 1410 om politilovgivning, pkt. 4.3.3.1 Se også pkt. 4.5.1 hvor det sondres mellom «fysisk magt» og «magt».

¹¹⁶⁵ Se KBET 2002 nr. 1410 Betænkning nr. 1410 om politilovgivning.

¹¹⁶⁶ Se Henricson 2016 som behandler «andre former for maktanvendelse».

¹¹⁶⁷ Se Henricson 2016 s. 201 flg. om «De enkelte indgreb».

¹¹⁶⁸ Se også svensk BrB § 2 som inneholder en særbestemmelse om bruk av makt for å forhindre rømning eller for å opprettholde en frihetsberøvelse.

¹¹⁶⁹ Nærmere om temaet, se Norée 2000 s. 143 flg.

¹¹⁷⁰ Se Berggren og Munck 2006 s. 77. Se også Boucht 2019 s. 42-43.

¹¹⁷¹ Se Berggren/Munck 2006 s. 56.

kan följa i det fallet att befallningen inte åttlyds». Også lovregulering av svensk forsvars bistand til politiet sondres det mellom «våld» og «tvång».¹¹⁷²

Gjennomgangen viser at norsk politirett har lagt en snevrere forståelsesramme til grunn ved tolking av begrepet *makt*, enn hva som er tilfellet innenfor den danske og svenske politiretten.

I norsk teori tar Fredriksen til orde for at «trusler om bruk av makt» vil kunne anses som «bruk av makt» i relasjon til pl. § 6 fjerde ledd,¹¹⁷³ men da i betydningen *psykisk makt*. I *utkast til ny våpeninstruks for politiet* sondres det mellom bruk av *symbolsk makt* – væpnet tilstedeværelse, *verbal makt* – advarsel om bruk av skytevåpen og *psykisk makt* – avfyring av varselskudd.¹¹⁷⁴

Dersom vi reservasjonsløst legger til grunn den norske tilnærmingen, som forutsetter at *makt* kun omfatter fysiske inngrep, får det den konsekvens at muntlige pålegg om å gjøre, tåle eller unnlate noe alene, eller sammen med trussel om fysisk inngrep ikke er å anse som utøvelse av makt. Umiddelbart synes denne distinksjonen å mangle rettslig betydning. Uavhengig av hvordan myndighetsutøvelse kategoriseres vil politiets pålegg alene, eller i sammenheng med trussel om fysisk inngrep, på lik linje med maktutøvelse, regnes som inngrep i legalitetsprinsippets forstand. Imidlertid vil kategoriseringen av tiltaket kunne få betydning for hvilke krav som stilles til normering av tiltaket. Det er en vesensforskjell på tiltak i form av maktbruk, som ligger i kjerneområdet for legalitetsprinsippet, sammenliknet med andre mindre inngripende tiltak. Grunnloven § 113 foreskriver at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Med formuleringen «grunnlag i lov» stilles det ikke krav om at hjemmelsgrunnlaget for beslutningen eller handlingen må fremgå direkte av formell lov. Hjemmelsgrunnlaget for inngrepet vil måtte være gjenstand for en nærmere fortolkningsprosess når rettsgrunnlaget skal avklares. Imidlertid oppstiller

¹¹⁷² Se lag (2006:343) om Försvarsmaktens stöd till polisen vid terrorbekämpning, § 1.

¹¹⁷³ Se Fredriksen 2015 s. 189.

¹¹⁷⁴ Se Utkast til ny våpeninstruks for politiet, punkt 5.3

formuleringen et presisjonskrav til lovgrunnlaget.¹¹⁷⁵ Videre forutsetter utøvelse av inngrep i form av makt en to-trinns forholdsmessighetsvurdering. Først må spørsmål om iverksettelse av et polisiært inngripende tiltak gjennomgå en selvstendig forholdsmessighetsvurdering, jf. pl. § 6 andre ledd. Deretter skal forholdsmessigheten av å bruke makt for å effektivere tiltaket vurderes isolert, jf. pl. § 6 fjerde ledd.

Som jeg gjort nærmere rede for i kapittel 5, vil inngrep i form av anvendelse av makt ligge i kjernen av legalitetsprinsippets anvendelsesområde. Følgelig vil det for disse beslutninger og handlinger stilles særskilte krav om presis forankring i formell lov. Det betyr i noen sammenhenger at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at formell lov utgjør det primære rettsgrunnlaget i fortolkningsprosessen når rettsregelen for inngrepet skal avklares. Inngrepet må kunne forankres direkte i formell lov. Det er i den sammenheng viktig at *makt*, på lik linje med *inngrep*, i politiretten gjenspeiler et innhold som finner klar støtte i en ordlydsfortolkning.

I lys av ovennevnte fremstår det i flere sammenhenger som hensiktsmessig å foreta en nærmere avklaring og harmonisering av det politirettslige maktbegrepet. For det første, i en analyse og nærmere fastsettelse av hva *makt* uttrykker må det særlig legges vekt på at *makt* utgjør det sentrale materielle vilkår i pl. § 6 fjerde ledd, som angir når makt kan anvendes og derigjennom utgjør den sentrale normering av politiets myndighetsutøvelse. Lex certa-kravet, utledet av legalitetsprinsippet, tilsier derfor at *makt* gis et klart og tydelig innhold.

Videre er det av betydning at den enkelte polititjenesteperson, i sin myndighetsutøvelse legger til grunn en forståelse av begrepet *makt* som er harmonisert med blant annet Grl. § 113. *Makt* i en polisiær sammenheng tillegges følgende betydning: «Tvangsmessig fysiske inngrep, og trusler om bruk av fysisk inngrep for å effektivere påbud og forbud.»

¹¹⁷⁵ Se Dokument 16 (2011–2012), s. 249.

11.4 Avsluttende bemerkninger

Det var først ved politiloven av 1995 at den rettslige regulering av politiets virksomhet rettet fokus på de materielle sider ved politiets myndighetsutøvelse ved å angi etatens ansvarsområde, funksjoner, fullmakter, virkemidler og prinsipper for håndhevelse.¹¹⁷⁶

Ovenfor er *politimyndighet*, *pålegg*, *inngrep* og *makt* behandlet. Tross det faktum at begrepene utgjør sentrale materielle vilkår i den rettslige regulering av politiets polisiære inngripende myndighetsutøvelse, viser drøftelsene at dagens begrepsstruktur har påviselige svakheter.

For det første viser fremstillingen at politilovgivningen legger til grunn at *pålegg* om å tåle, gjøre eller unnlate noe ikke er å anse som *inngrep* i politirettslig forstand. Følgelig er det politirettslige inngrepsbegrepet gitt et snevrere meningsinnhold enn hva som er tilfellet i legalitetsprinsippets forstand, jf. Grl. § 113. Videre er det valgt en tilnærming hvor uttrykket *makt*, jf. pi. § 3-2, er begrenset til å kun omfatte «fysisk tvangsinngrep». Det innebærer at tilfeller hvor det trues med bruk av makt for å effektivere et pålegg ikke omfattes av begrepet. Uttrykket *makt* i politilovgivningen er ikke harmonisert med den alminnelig språklige forståelse av begrepets innhold. Det er grunn til å stille spørsmål om pi. § 3-2 har lagt til grunn en snevrere forståelse av begrepets innhold, enn hva som er forutsatt i pl. § 6 fjerde ledd.

For det tredje, ved å sammenholde forarbeidene til politilovens uttalte forståelse av begrepet *politimyndighet*, med begrepet *makt* slik det er uttrykt i pi. § 3-2, blir det tydelig at begrepenes meningsinnhold ikke er harmonisert. Forarbeidene legger til grunn at begrepet *politimyndighet* gir uttrykk for at det kun er beføyelser i form av faktisk handling som anses som *inngrep*. Det avgrenses tydelig mot normeringshandlinger som betraktes som *pålegg*. Når *makt* beskrives som «fysisk tvangsinngrep» etterlates det et inntrykk av at det også eksisterer en gruppe beføyelser

¹¹⁷⁶ For en nærmere historisk gjennomgang, se Auglend/Mæland 2016 s 71 flg.

som kan omtales som «ikke-fysiske tvangsinngrep» som ikke er å anse som *makt*, men likevel betraktes som *inngrep*.

Dersom *makt* gis et for snevert innhold, vil det føre til at tiltak, som i utgangspunktet hører inn under kjernen av legalitetsprinsippet, i en politirettslig kontekst gis et upresist/ukorrekt rettslig innhold. Hvilken forståelse som legges til grunn for hva *inngrep* og *makt* uttrykker får dermed direkte betydning for definisjonen av det vern som legalitetsprinsippet søker å ivareta, jf. GrL. § 113. Sagt på en annen måte, legalitetsprinsippets betydning som skranke for den rettslige regulering av politiets adgang til å anvende makt, vil innskrenkes proporsjonalt med en begrensende fortolkning av hva *makt* uttrykker. Ytterligere har det betydning for den rettslige vurderingen av tiltaket i den polisiære konteksten. Ifølge proporsjonalitetsprinsippet,¹¹⁷⁷ jf. pl. § 6 andre ledd, skal tiltaket som anvendes fremstå som forholdsmessig i forhold til det mål som søkes oppnådd med tjenestehandlingen.¹¹⁷⁸ I en slik kontekst vil prinsippet på generelt grunnlag alltid stille størst krav til tiltak i form av maktbruk. En for snever definisjon av hva *makt* uttrykker vil derfor kunne virke inn på forholdsmessighetsvurderingen generelt og avgjørelsen av spørsmålet om politiet i konkrete situasjoner har hjemmel til å utføre tjenestehandlingen.

I norsk politirett er *pålegg* et selvstendig tiltak jf. pl. §§ 5 og 6, som ikke forutsetter en oppfølgende effektuering ved bruk av makt dersom det ikke etterkommes. Til tross for dette vil det i de tilfeller hvor pålegget er ment å følges opp med fysisk inngripen når det ikke etterkommes, fremstå som en logisk brist dersom det stilles ulike kvalitative krav til normeringen av adgangen til å gi pålegg, fremsette trusselen om bruk av makt og utøvelsen av makt for å effektuere pålegget. Pålegg, formaltrussel om bruk av makt og selve maktbruken vil i tillegg til å være knyttet til samme faktum, utgjøre en tjenestehandling bestående av graderte tiltak for å oppnå et mål. Det er derfor naturlig

¹¹⁷⁷ Det polisiære proporsjonalitetsprinsippet behandles i 12.4.

¹¹⁷⁸ Se Auglend/Mæland 2016 s. 637.

at pålegg alene eller sammenholdt med trussel om bruk av makt inngår i det polisiære maktbegrepet.

Problemstillingen kan illustreres med følgende eksempel: I medhold av pl. § 6 første ledd og vi. § 4-2 første ledd litra b) skal politiet ved konfrontasjon av en bevæpnet gjerningsperson som hovedregel først pålegge vedkommende å slippe våpenet før et eventuelt varselskudd eller målrettet skudd avfyres. I denne situasjonen er det en forutsetning at våpen vil bli brukt for å effektivere pålegget, jf. vi. § 4-2 første ledd litra b. Med andre ord, dette tilsier at både pålegget om å slippe våpenet, sammen med politiets trussel om bruk av våpen og eventuelle varselskudd anses som maktbruk. På den måten sikres at det, i henhold til legalitetsprinsippet, stilles samme kvalitative krav til normering av tiltakene.

Gjennomgangen ovenfor viser at sentrale begreper, som utgjør materielle vilkår i polisiære normeringer som regulerer politiets fullmakter og kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse, ikke bygger på et enhetlig, klart, konsistent og koherent begrepsapparat.¹¹⁷⁹ Følgelig er muligheten for å drive kvalitativ legalitetskontroll med virksomheten svekket. Likeledes svekkes forutsigbarheten både hos individet og den enkelte polititjenesteperson.¹¹⁸⁰

Det er vanskelig å peke på et entydig årsaksforhold, men forankret i analysens funn er det grunn til å stille spørsmål om den rettslige regulering av politiets virksomhet har grodd frem uten en tilstrekkelig rettsteoretisk forankring. Savnet av en enhetlig, gjennomarbeidet og harmonisert begrepsstruktur er fremtredende.

¹¹⁷⁹ Se Difi rapport 2013:1 s. 23-24 hvor det påpekes at «inkonsekvent bruk av ord og faguttrykk går igjen i mange regler. Det vil si at samme ord og faguttrykk kan ha ulik betydning i forskjellige lover og forskrifter som omhandler samme tema.»

¹¹⁸⁰ Tilsvarende Boucht 2018 s. 327 – 347 på s. 332 hvor han i sin behandling av det politirettslige farebegrepet uttrykker følgende: «Å ha en klar, konsistent og koherent dogmatisk forståelse av innholdet i et så sentralt rettslig begrep er viktig ikke bare for å gi forutsetninger for etterprøving, men også for å gi forutsigbarhet ved bruken av de rettslige kompetansenormene for de politimenn som (ofte under tidspress) plikter å handle i den enkelte situasjon.»

12. De polisiære grunnprinsipper som skranker for inngripende myndighetsutøvelse

12.1 Innledende betraktninger

Ovenfor i 6.4.3 og 6.4.4 er det gjort nærmere rede for henholdsvis formåls-, nødvendighets- og forholdsmessighetsprinsippets innhold utledet av Grunnloven. Disse grunnprinsippene, som bidrar til å presisere og avgrense hjemmelens innhold,¹¹⁸¹ vil i kraft av å gi uttrykk for rettsstatlige prinsipper utgjøre konstitusjonelle skranker for myndighetsutøvelsen.¹¹⁸²

Som tidligere påpekt inneholder Grunnloven ingen bestemmelser som foreskriver generelle begrensninger for inngrep i menneskerettighetene. Dette ble imidlertid foreslått av Menneskerettighetsutvalget, som foreslo å innta en bestemmelse med følgende ordlyd:¹¹⁸³

Enhver Begrensning i Rettigheter, som ere anerkjendte i denne Grundlov, maa være fastsatte ved Lov og respektere Kjernen i Rettighederne. Begrensningen må være forholdsmæssig og nødvendig for at ivaretage almene Interesser eller Andres Menneskerettigheder.

Selv om forslaget ikke ble fulgt opp, er det sikker rett at det må innfortolkes slike begrensninger i Grunnloven.¹¹⁸⁴

¹¹⁸¹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 623.

¹¹⁸² Se Bert/Mæhle 2007 s. 146-165 hvor rettsstatsprinsippene oppsummeringsvis omtales som 1) staten må være bundet av rettsregler (legalitetsprinsippet), 2) maktfordelingsprinsippet, 3) folkesuverenitetsprinsippet og 4) staten må respektere og sikre grunnleggende rettigheter.

¹¹⁸³ Se Dok 16. (2011–2012), pkt. 13.6.

¹¹⁸⁴ Se Høyesteretts avgjørelse inntatt i HR-2018-104-a, avsnitt 23 hvor det ble lagt til grunn at inngripende tiltak «må i det konkrete tilfellet være egnet, nødvendig og forholdsmessig». Se også Rui 2018 som på s. 129 i artikkelen «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovfestede menneskerettigheter», legger til grunn at dette følger «av logikk at det ved tolkingen av relative menneskerettigheter er tvingende nødvendig å ha et rettslig redskap som gjør det mulig å hensynta behovet for, og samtidig begrense, myndighetenes adgang til inngrep.»

Som generelle direktiver for myndighetsutøvelsen, er prinsippene allmenngyldige da de gir uttrykk for normeringer som gjelder for all offentlig virksomhet.¹¹⁸⁵ Prinsippene er også omtalt i EMK,¹¹⁸⁶ de politietiske kodekser¹¹⁸⁷ og Det europeiske etiske regelverket for politiet (The European Code of Police Ethics).¹¹⁸⁸

Prinsippene, som jeg heretter velger å omtale som *polisiære grunnprinsipper*,¹¹⁸⁹ er enten direkte kommet til uttrykk i pl. § 6, eller kan utledes av bestemmelsen. Politiloven § 6, som anses å angi «grunnprinsippene for all politimyndighetsutøvelse»,¹¹⁹⁰ har følgende ordlyd:¹¹⁹¹

«Tjenesteoppdragets mål skal søkes nådd gjennom opplysning, råd, pålegg eller advarsel eller ved iverksettelse av regulerende eller forebyggende tiltak.

Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at 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 skal opptre saklig og upartisk og med omtanke for personers integritet, slik at den som er gjenstand for inngrep fra politiet, ikke utsettes for offentlig eksponering i større grad enn gjennomføringen av tjenestehandlingen krever.

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

¹¹⁸⁵ Se Auglend/Mæland 2016 s. 622. Se også Graver 2015 s. 130 som legger til grunn et generelt forholdsmessighetsprinsipp

¹¹⁸⁶ Som eksempel, se EMK artikkel 8 nr. 2 som foreskriver at inngrep i angjeldende rettigheter kun kan skje i den grad tiltaket fremstår som nødvendig i et demokratisk samfunn.

¹¹⁸⁷ Som eksempel, se politi-etisk kodeks artikkel 3 hvor det det stille som krav for utøvelse av makt at det fremstår som strengt nødvendig.

¹¹⁸⁸ Som eksempel, se The European Code of Police Ethics punkt V, A, 37 som fremmer behovsprinsippet.

¹¹⁸⁹ Grunnprinsippene er i teorien også benevnt som «tilleggsvilkår» som setter begrensninger for at den inngripende myndighetsutøvelsen skal være lovlig, se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 58. En annen tilnærming er å betrakte prinsippene som «rettslige rammevilkår» som er bestemmende for «valg og bruk av midler eller metoder ved iverksettelse og gjennomføring av tjenestehandlinger», se Auglend/Mæland 2016 s. 623.

¹¹⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt V, kommentarer til § 6.

¹¹⁹¹ www.lovdata.no per. 24.6.2019.

Utleddet av pl. § 6 er det vanlig å oppstille følgende grunnprinsipp:¹¹⁹² 1) *behovsprinsippet*; jf. bestemmelsen første og andre ledd, 2) *proporsjonalitetsprinsippet*; jf. bestemmelsens andre ledd, andre setning, 3) *forsvarlighetsprinsippet*; jf. fjerde ledd og 4) *likhets- og saklighetsprinsippene*; jf. bestemmelsens tredje ledd som uttrykker plikten til «saklig opptreden».¹¹⁹³ I tillegg til disse prinsippene, må myndighetsutøvelsen også innrettes etter krav om formålsbestemthet, jf. *formålsprinsippet*. Selv om pl. § 6 ikke uttrykkelig nevner formålsprinsippet, kan prinsippet utledes av bestemmelsens andre ledd hvor det fremgår at de midler som anvendes må stå i forhold til «tjenestehandlingens formål».

Verken pl. § 6 som sådan eller grunnprinsippene utgjør selvstendige inngrepsjhemler,¹¹⁹⁴ men angir «hvordan allerede eksisterende kompetanse skal utøves».¹¹⁹⁵ Ved å definere nærmere rettslige rammevilkår for myndighetsutøvelsen, spiller grunnprinsippene en sentral funksjon som rettslig skranke for politiets inngripende polisære myndighetsutøvelse.¹¹⁹⁶ De er med andre ord bestemmende ved valg av tiltak, herunder bruk av midler og metoder ved gjennomføring av tjenestehandlingen. Prinsippene nedfelt i pl. § 6 får dermed betydning i forhold til spørsmålet om politiet har kompetanse eller myndighet til å intervenere, og eventuelt i forhold til *hvordan* myndigheten skal utøves.¹¹⁹⁷

I juridisk teori er det ikke uvanlig å fremstille behovsprinsippet som en integrert del av forholdsmessighetsprinsippet.¹¹⁹⁸

¹¹⁹² I en fullstendig oversikt over de polisære grunnprinsipper omfattes også *effektivitetsprinsippet*. *Effektivitetsprinsippet* kan indirekte utledes av pl. § 6 idet prinsippet oppstiller effektivitetsidealer knyttet til blant annet etatens måloppnåelse. For politiets vedkommende vil pl. § 1 andre ledd, som angir etatens mål, utgjøre en sentral rettesnor for myndighetsutøvelsen. I en slik kontekst ivaretar prinsippet individets rettssikkerhet og rettsvern for øvrig. Tilsvarende tilnærming, se Eckhoff/Smith 2018 s. 64 flg.

¹¹⁹³ Se Fredriksen 2015 s. 79 som utleder følgende tre prinsipper: behovs-, proporsjonalitets- og saklighetsprinsippet. For en fullstendig fremstilling av grunnprinsippene, se Auglend/Mæland 2016 s. 622 – 663.

¹¹⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) s. 60.

¹¹⁹⁵ Dette ble lagt til grunn i HR-2003-537-A hvor Høyesterett hadde til behandling spørsmålet om en polititjenestepersons anvendelse av makt under utføring av tjenesteoppdrag innebar en straffbar overtredelse av strl. (1902) § 228.

¹¹⁹⁶ Se Fredriksen 2015 s. 70 som omtaler disse prinsipper som 'tilleggsvilkår'.

¹¹⁹⁷ Tilsvarende Auglend/Mæland 2016 s. 623: «Bestemmelsen regulerer altså om og hvordan en allerede eksisterende materiell myndighet eller kompetanse skal utøves».

¹¹⁹⁸ Se blant annet Graver 2015 s. 128 som gir uttrykk for en slik tilnærming: «Sagt på en annen måte: forvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler oppveier ulempene. Dette kan betegnes som prinsippet om *forholdsmessighet*».

På Grunnlovens område er det i teorien gitt uttrykk at det «overordnede kravet om forholdsmessighet [inneholder] følgende komponenter: 1) Et inngrep må vareta et legitimt formål, 2) det må være egnet til å vareta det legitime formålet, 3) det må være nødvendig, og 4) det må være forholdsmessig/proposjonalt i snever forstand.», se Rui 2018, s. 129.

I forvaltningsretten er forholdsmessighetsprinsippet uttrykt med følgende formulering: «forvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler oppveier ulempene», se Graver 2015 s. 128 flg. Tilnærmingen følges opp ved å gi uttrykk for at krav om forholdsmessighet oppstiller krav om at tiltaket er «egnet til å realisere» formålet, ikke «gå utover det som er nødvendig» og dersom formålet kan «nås på en mindre inngripende måte, så er tiltaket uforholdsmessig». Se også Fenger 2015 s. 49 flg. som i sin redegjørelse av forholdsmessighetsprinsippet i EU- og EØS-retten, fremstiller behovsprinsippet som en integrert del av forholdsmessighetsprinsippet.

En slik tilnærming er også lagt til grunn i blant annet straffeprosesslovens regulering av bruk av tvangsmidler, og EMK.¹¹⁹⁹ Tilsvarende gjelder også i tysk rett. Der forholdsmessighetsprinsippet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) i vid forstand inkluderer krav om adekvans (Geeignetheit), nødvendighetsprinsippets subsidiaritetskrav og krav om at tiltaket ikke må stå i åpenbart misforhold til det ønskede resultatet (forholdsmessighetsvurdering i snever forstand).¹²⁰⁰

Som eksempel kan det vises til Bremisches Polizeigesetz (BremPolG), § 3 som har følgende ordlyd (se www.lexsoft.de pr. 26.02.2020):

§ 3 BremPolG – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

(1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen hat die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.

(2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) Die Maßnahme ist nur so lange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

Bestemmelsens overskrift bebuder at den uttrykker forholdsmessighetsprinsippet (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Tross dette er det kun andre ledd (2) som gir uttrykk for det som i norsk politirett regnes som forholdsmessighetsprinsippet. Bestemmelsens første (1) og tredje ledd (3)

¹¹⁹⁹ Nærmere om dette, se 6.4.4.

¹²⁰⁰ Se Pieroth mfl. 2014 s. 177 flg.

omhandler det som i norsk politirett omtales som behovsprinsippets *adekvanskrav* (geeigneten Maßnahmen, jf. første ledd), behovsprinsippets *subsidiaritetskrav* (hat die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt, jf. første ledd) og behovsprinsippets *tilstrekkelighetskrav* (Die Maßnahme ist nur so lange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann, jf. tredje. ledd).

Norsk politilovgivning bygger på en annen tilnærming. Det fremgår av ordlyden i pl. § 6 at behovs- og forholdsmessighetsprinsippet utgjør to selvstendige kumulative kriterier som begrenser politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse.¹²⁰¹ Tilsvarende synes også lagt til grunn i finsk, dansk, og svensk rett.¹²⁰²

Som eksempel på at behovs- og forholdsmessighetsprinsippene utgjør to selvstendige og kumulative vilkår for inngripende myndighetsutøvelse, kan det vises til tilfeller hvor politiet vurderer å innbringe og innsette noen i arrest, jf. pl. § 9. Dersom tiltaket anvendes for å dra omsorg for en person som er beruset og ute av stand til å ta vare på seg selv, fremstår tiltaket som *forholdsmessig*. Men tiltaket er ikke *nødvendig* dersom hans foreldre er villig til å dra omsorg for han. Vi ser at pl. § 6 foreskriver en konkret innrettet vurdering av forholdet mellom tiltaket som iverksettes, og det bestemte mål som ønskes realisert med tjenestehandlingen.

De videre drøftelsene av de polisiære grunnprinsippene begrenses til *formålsprinsippet*, *behovsprinsippet*, inklusive dets tre kumulative elementer henholdsvis krav til: subsidiaritet, adekvans og tilstrekkelighet, og *proporsjonalitetsprinsippet*.

Politiloven § 6 fjerde ledd oppstiller et forsvarlighetskrav for bruk av makt. Når dette temaet ikke underkastes en nærmere behandling i denne sammenheng, skyldes det at forsvarlighetsprinsippet synes brukt synonymt med *forholdsmessighet*, se Auglend/Mæland 2016 s. 645. Tilsvarende i finsk politirett, se Helminen mfl. 2000 s. 77: «[o]m proportionalitetskravet används även benämningarna ‘försvarlighetsprincipen’ eller ‘skälighetsprincipen’». For en utførlig fremstilling av relasjonen mellom krav om forsvarlighet og forholdsmessighet, se Fredriksen 2015 s. 197 flg.

Politiloven § 6 fjerde ledd gir dermed uttrykk for en selvstendig behovs- og forholdsmessighetsvurdering av eventuell bruk av makt. Sett i sammenheng med det

¹²⁰¹ Dette synes også lagt til grunn i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt V, kommentarer til § 6, og teorien, se Auglend/Mæland 2016 s. 628 flg. Se også Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 65, Fredriksen 2015 s. 79 og Auglend 2016 s. 615.

¹²⁰² Se henholdsvis Henricson 2016 s. 238–248 (dansk rett) og Boucht 2011 s. 255–256 (svensk rett). Se også Helminen mfl. 2000 s. 78 (finsk rett).

generelle behovs- og forholdsmessighetsprinsippet i bestemmelsens andre ledd, får fjerde ledd – som tidligere påpekt i 11.3.4 – selvstendig betydning ved å gi uttrykk for en to-trinns behovs- og forholdsmessighetsvurdering i tilfeller hvor den inngripende myndighetsutøvelsen aktualiserer bruk av makt for å realisere tiltaket. Det innebærer at det må foreligge *nødvendighet* og *forholdsmessighet* både i forhold til selve tiltaket og anvendelsen av makt, før det kan anvendes makt. Tilsvarende Auglend/Mæland 2016 s. 665.

Når fremstillingen begrenses til disse tre prinsippene skyldes det flere forhold. For det første gir disse grunnprinsippene uttrykk for ukrenkelige verdier som staten må verne om under sin myndighetsutøvelse.¹²⁰³ Som rettsnormer – og i lys av den modellerte normstruktur,¹²⁰⁴ må disse prinsippene forstås i betydningen «i retten» da de uttrykker et selvstendig materielt innhold. Det innebærer at prinsippene ikke kan fravikes,¹²⁰⁵ eller på annen måte settes til side gjennom en interesseavveining.¹²⁰⁶ Følgelig må de i en rettsanvendelsesprosess betraktes som primære rettskilder som virker i normharmoni med politilovens øvrige bestemmelser.¹²⁰⁷ For det tredje, i kraft av å være ufravikelige oppstiller prinsippene kvalitative krav til den inngripende myndighetsutøvelsen. Som påpekt i 6.4 i forbindelse med behandling av prinsippene i en EMK-kontekst, har kravene om kvalitativ tjenesteutøvelse ikke bare den enkelte polititjenesteperson som adressat, men er også rettet mot politietaten som sådan gjennom å oppstille krav til organisering, innretning og dimensjonering av virksomheten med formål å ivareta prinsippene.

Den videre fremstillingen har som overordnet målsetting å avklare hvilket rettslig innhold *formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippet* er tillagt i politilovgivningens ulike forskrifter, instruksjer og direktiver. Oppfyller disse normeringene, som er utslag av utøvelse av tildelt normeringskompetanse,

¹²⁰³ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 58.

¹²⁰⁴ Om den polisiære normstruktur, se 4.2.

¹²⁰⁵ Tilsvarende Fredriksen 2015 s. 90.

¹²⁰⁶ Lovgivningen inneholder en rekke formålsparagrafer som angir sentrale grunnverdier. Disse kan betraktes som verdimarkører, jf. Mæhle/Aarli 2017 s. 122. Disse bestemmelsene vil også utgjøre argumentasjonsressurs ved tolking og fastsettelse av en rettsregels innhold, uten at de kan sies å utgjøre et prinsipp med regel-karakter.

¹²⁰⁷ Om rettsanvendelsesprosessen, se Mæhle/Aarli 2017 s. 221. flg.

legalitetsprinsippets lex certa-krav om tilstrekkelig klar og tydelig lovgivning gjennom å uttrykke prinsippenes reelle innhold.¹²⁰⁸ Og er normeringene tro mot prinsippenes konstitusjonelle skranker slik de kommer til uttrykk i Grunnloven?

Selv om det ikke nevnes spesifikt, vil drøftelsene innta et perspektiv som særlig fokuserer på polititjenestepersonens rettsstilling. Med andre ord, analysen søker også å avklare om politilovgivningen, som uttrykker de polisiære grunnprinsipper, ivaretar polititjenestepersonens krav og behov for å kunne forutberegne og innrette tjenesteutøvelsen i forhold til prinsippenes uttalte skranker for legitim myndighetsutøvelse. Dessuten vil prinsippene også utgjøre sentrale kriterier ved vurdering av om myndighetsutøvelsen i ytterste konsekvens utgjør en straffesanksjonert handling. Fremstillingen vil også ivareta individets perspektiv. Grunnprinsippenes uttrykte skranker for den inngripende myndighetsutøvelsen vil de facto også definere yttergrensene for hva individet må tåle av inngripende polisiære tiltak.

12.2 Formålsprinsippet

12.2.1 Om formålsprinsippet

På lik linje med behovs- og forholdsmessighetsprinsippet, har det polisiære formålsprinsippet regel-karakter.

Politoloven har ingen bestemmelse som uttrykkelig angir formålsprinsippet. Paragraf 1 andre ledd inneholder riktignok en formålsanvisning, og § 6 andre ledd foreskriver at de midler som anvendes må stå i forhold til «tjenestehandlingens formål». Men utover dette gir loven ingen generell eller konkret anvisning om krav til formålsbestemt

¹²⁰⁸ Om kvalitative krav til normeringer utledet av det polisiære legalitetsprinsippet, se 5.7.

myndighetsutøvelse. Tross dette kan det av politiloven utledes formålsbestemte krav til den polisiære myndighetsutøvelsen.

Som påpekt i 6.4.3 angir ikke Grunnloven, i motsetning til EMK, generelle eller spesifikke situasjonskriterier (formålsangivelse) som gir veiledning ved avgjørelse av om politiet i en gitt situasjon legitimt kan sette til side individets menneskerettigheter.

På lik linje med norsk politilov, inneholder både dansk og svensk politilov en generell formålsansvisning. Dette følger av begge lovers § 1. I dansk politilov er formålsbestemmelsen gitt følgende ordlyd: «Politiet skal virke for tryghed, sikkerhed, fred og orden i samfundet. Politiet skal fremme dette formål gennem forebyggende, hjælpende og håndhævende virksomhed.» I dansk Karnovs kommentarer til bestemmelsen er den beskrevet som en «hensigtserklæring og indebærer, at politiets udvikling skal styres under hensyntagen til de i bestemmelsen nævnte formål.» Denne beskrivelsen er treffende i forhold til tilsvarende bestemmelse i svensk polislav som er gitt følgende ordlyd: «Som ett led i samhällets verksamhet för att främja rättvisa och trygghet ska polisens arbete syfta till att upprätthålla allmän ordning och säkerhet samt att i övrigt tillförsäkra allmänheten skydd och annan hjälp.»

Tross manglende uttrykkelig forankring i Grunnloven, oppstiller det konstitusjonelle formålsprinsippet et ufravikelig krav om at politiets inngripende myndighet må ha som siktemål å fremme nærmere bestemte formål som rettsorden som sådan og/eller den påberopte normering søker å ivareta. For politiets myndighetsutøvelse, som i ytterste konsekvens forutsetter bruk av makt som kan ha potensielt dødelig utgang, fremstår det som vanskelig – ja tilnærmet umulig – å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse uten krav om angivelse av formålet med tjenesteutøvelsen.

12.2.2 Formålsprinsippet uttrykt i politilovgivningen.

I 4.4 fremhevet jeg det polisiære formålkravets betydning som argumentasjonsressurs i en rettslig prøving av om det i det konkrete tilfellet foreligger en rettsregel som hjemler politiets polisiære inngripende myndighetsutøvelse.

Det polisiære formålsprinsippet synes å anlegge en flerdimensjonal angivelse av formålkravet, noe som i utgangspunktet fordrer en tre-trinns formålsvurdering. Konkret, og på et overordnet nivå, gir dette seg utslag ved at det i enhver

situasjon/hendelse som reiser spørsmål om politiet skal intervensere, først må tas stilling til om hendelsen faller innenfor politietats primære myndighetsområde, jf. pl. § 2, jf. § 1. Formålsprinsippet utgjør dermed et sentralt korrektiv ved fastsettelse av om politiet har inngrepskompetanse.

Ifølge pl. § 2 nr. 1 skal politiet «forebygge kriminalitet». Forurensningsloven § 78 første ledd oppstiller et straffeansvar for den som forurenser i strid med forurensningslovgivningen. Straffesanksjonert overtredelse av forurensningsloven er dermed å anse som kriminalitet. Følgelig skulle dette alene tilsi at det tilligger politiet som primærøppgave å forebygge overtredelser av forurensningsloven. Som en følge av at Stortinget ved lov har tildelt bestemte organ funksjonen som tilsynsmyndighet, jf. forurensningsloven § 81, vil dette utgjøre en tilsvarende begrensning i politiets oppgaveportefølje og inngrepsfullmakter. Tilsvarende begrensninger vil også måtte foretas i forhold til andre offentlige tilsyns- og myndighetsorganer som er tillagt funksjoner som overlapper politiets oppgaveportefølje, jf. pl. § 2.

I de tilfeller hvor den overordnede formålsvurderingen konkluderer med at oppgaven som sådan faller utenfor politiets oppgaveportefølje, vil politiet mangle nødvendig kompetansegrunnlag for myndighetsutøvelsen.¹²⁰⁹

I andre situasjoner, vil neste trinn i formålsvurderingen aktualiseres. Her fordrer formålsprinsippet at det foretas en vurdering av om den planlagte myndighetsutøvelsen understøttes av inngrepshjemmelens uttalte formål. Konkret operasjonaliseres prinsippet ved at inngrepshjemplene i politilovens kapittel II, sammenholdt med den internrettslige normeringen, beskriver adgangen til inngripende myndighetsutøvelse gjennom å oppstille situasjonsbestemte krav til myndighetsutøvelsen. I så henseende vil formålkravene, i tillegg til å definere krav til formålsbestemt myndighetsutøvelse, også utgjøre materielle vilkår for myndighetsutøvelsen.

Som eksempel kan det vises til pl. § 7. Bestemmelsens andre ledd angir konkrete tiltak, så som visitasjon, bortvisning, fjerning og anholdelse av person, som politiet kan anvende under tjenesteutøvelsen. Men bruken av tiltakene er i henhold til bestemmelsens første ledd begrenset til spesifikt angitte formål, for eksempel for «å stanse forstyrrelser ...», «ivareta enkeltpersoners sikkerhet» og for å «stanse

¹²⁰⁹ I slike tilfeller må et eventuelt kompetansegrunnlag måtte forankres i politiets bistandsplikt, jf. pl. § 2 nr. 5 og rollen som samfunnets alminnelige sivile øvrighet, se pi. § 13-1 og § 8-3 tredje ledd. Nærmere om temaet, se Nilsen 2018 s. 356-357.

lovbrudd». Se også pl. § 10 som regulerer politiets adgang til etterfølgende visitasjon. Ifølge bestemmelsens fjerde ledd, jf. tredje ledd kan politiet – i forbindelse med at en person settes i arrest – ta fra han gjenstander som er «egnet til å skade vedkommende selv eller andre».

Det tredje nivået i formålsvurderingen kan utledes av pl. § 6 fjerde ledd hvor det fremgår at «[p]olitiet kan anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig». Bestemmelsen oppstiller med dette et krav *om* at det etableres normeringer som angir formålsbestemte vilkår for utøvelse av makt og bruk av maktmidler. En slik slutning følger av det faktum at det vanskelig kan foretas en forsvarlighetsvurdering av bruk av makt uten at vurderingen knyttes opp mot angitte formålsskrav. Det er en forutsetning for at maktbruk skal anses som legitim at den utøves innenfor angitte formålsskrav.

Utover å angi at makt *kan* anvendes «under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig», jf. pl. § 6 fjerde ledd, inneholder politiloven ingen bestemmelser som spesifikt uttrykker formåls- /situasjonskriterier som regulerer når fysisk makt kan anvendes og *om*, og eventuell *hvilke*, maktmidler som kan tas i bruk. Som den videre fremstilling vil vise, har lovgiver overlatt til justisforvaltningen å gi normeringer som regulerer disse forhold.

Vi ser her at formålssprinsippet utgjør en sentral komponent i den rettslige kontrollen med politiets myndighetsutøvelse ved å stille krav om angivelse av formålet med virksomhetsutøvelsen, utgjør prinsippet en sentral argumentasjonsressurs ved fastsettelsen av grensen mellom legal og vilkårlig myndighetsutøvelse. I den grad formålsskravet oppstiller materielle vilkår for myndighetsutøvelsen, er de også bestemmende for når inngrepsfullmakten kommer til anvendelse.¹²¹⁰ samtidig som de kan betraktes som situasjonskriterier som definerer rammene for hva som anses som forholdsmessig myndighetsutøvelse i snever forstand.

¹²¹⁰ Sml. Graver 2015 s. 264 sontringen mellom vilkårshjemler og tiltaksorienterte hjemler.

12.2.3 Formålsprinsippet i lys av legalitetsprinsippet

Jeg har tidligere påpekt at Grunnlovens bestemmelser ikke inneholder spesifikke situasjonskriterier (formålsskrav) som angir når og i hvilke situasjoner det vil være legitimt for myndighetene å sette til side grunnleggende menneskerettigheter.

I en slik kontekst fremstår det uheldig at lovgiver har unnlatt å angi situasjonskriterier, ved formell lov, som gir veiledning ved avgjørelse av om politiet, i en gitt situasjon, ved bruk av makt og maktmidler legitimt kan sette til side individets menneskerettigheter.

Det er for tidlig å ta stilling til om vedtakelse av lov om endring av politiloven mv., Lov-2020-02-10-1, kan tas til inntekt for at lovgiver har endret syn på behovet for å angi situasjonskriterier for politiets bruk av makt og maktmidler ved formell lov. Vedtakelsen av ny pl. § 6 b innebærer at materielle vilkår (situasjonskriterier) for politiets bruk av skytevåpen nå er inntatt i politiloven.

Formålet med vedtakelse av bestemmelsen var å styrke den demokratiske kontroll med materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen, se Prop. 105 L (2018-2019) s. 6, med videre henvisning til NOU 2017: 9, se s. 13. Politiloven § 6 b behandles nærmere senere i bl.a. 12.4.3.

Videre er det grunn til å stille kritiske spørsmål ved det faktum at lovgiver har delegert til politiet å utarbeide normeringer som angir materielle vilkår for bruk av fysisk makt, herunder anvendelse av maktmidler. Ordningen fremmer ikke prinsippet om at inngripende myndighetsutøvelse skal utledes av folkeviljen. Videre synes ordningen også å gå på tvers av maktfordelingsprinsippet idet politiet er gitt kompetanse til å selv definere situasjonskriterier (formålsskrav) for når det er legitimt å anvende makt og maktmidler. Ordningens konstitusjonelle forankring svekkes ytterligere idet politiets myndighetsutøvelse sjelden er gjenstand for domstolskontroll.

12.3 Behovsprinsippet

12.3.1 Om behovsprinsippet

«De midler som anvendes, må være nødvendige», jf. pl. § 6 andre ledd. Med dette gir bestemmelsen uttrykk for et generelt behovsprinsipp (også omtalt som

nødvendighetsprinsippet). I tillegg inneholder politiloven en rekke bestemmelser hvor prinsippet kommer til uttrykk. Det følger av § 6 fjerde ledd at makt kan anvendes i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig. Paragraf 8 andre ledd foreskriver at en frihetsberøvelse er legitim så lenge den er «nødvendig etter denne bestemmelsen ...» Tilsvarende gjelder også for frihetsberøvelse av berusede personer, jf. pl. § 9 tredje ledd.

Behovsprinsippet er også nedfelt i Grl. § 94 som uttrykkelig fastslår at en «[f]rihetsberøvelse må være nødvendig ...». Se også Grl. §§100 fjerde ledd og 106 andre ledd. Tilsvarende krav om at myndighetsutøvelsen må være nødvendig fremgår også av EMK, jf. artiklene 8 nr. 2, 9 nr. 2, 10 nr. 2 og 11 nr. 2. (om behovsprinsippet i EMK, se 6.4.4). Videre er det, som påpekt ovenfor en sømløs overgang fra kravet om *formålsbestemt tjenesteutøvelse*, til spørsmålet om tjenestehandlingen er nødvendig.

Svensk polislav § 8 første ledd inneholder et tilsvarende generelt behovsprinsipp: «Måste tvång tillgripas, skall detta ske endast i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås.» Se også § 10 første ledd. Nærmere om behovsprinsippet i svensk politirett, se Boucht 2011 s. 257 flg.

I dansk politilov er behovsprinsippet nedfelt i § 3: «Frihedsberøvelse i medfør af denne lov skal begrænses til tilfælde, hvor mindre indgribende midler ikke findes tilstrækkelige til at afværge fare.» Om behovsprinsippet i dansk politirett, se Henricson 2016 s. 238 flg. Tilsvarende også for finsk politirett, jf. polislagen § 4 hvor det fremgår at: det «*inte[fär] ingripas i någons rättigheter i större utsträckning och ingen får orsakas större skada eller olägenhet än vad som är nödvändigt för att utföra uppdraget*». Om nødvendighetskravet i finsk rett, se Helminen mfl. 2000 s. 75.

I tysk rett er nødvendighetsprinsippet (Der Grundsatz der Erforderlichkeit) uttrykt som et krav om at «Die Maßnahmen dürfen nur aufrechterhalten werden, solange die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist», se Götz 2013 s. 100.

Når behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd er formulert som et krav om at «[d]e midler som anvendes må være nødvendig ...» (min utheving), siktes det til polisære midler i vid forstand, Dette inkluderer for det første type *tiltak*; kan tjenesteoppdragets mål nås gjennom veiledning, jf. pl. § 6 første ledd, eller må politiet fjerne eller anholde vedkommende, jf. pl. § 7 andre ledd? Videre omfattes valg av *taktikk* og *fremgangsmåte*; vil dialog, fremmet gjennom forhandlinger, være tilstrekkelig til å få vedkommende til å overgi seg, eller fremstår en væpnet aksjon som nødvendig for å

på gripe vedkommende? Ytterligere vil valg av *maktmiddel* også måtte vurderes i lys av behovsprinsippet. Kan patruljehund anvendes for å på gripe en bevæpnet person, eller skal bevæpnet politi konfrontere vedkommende med risiko for at skudd må avfyres?¹²¹¹

Behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd inndeles i tre kumulative elementer, henholdsvis 1) *subsidiaritetsprinsippet*, 2) *krav til adekvans*, og 3) *krav om tilstrekkelighet*.¹²¹²

Subsidiaritetsprinsippet foreskriver at politiet ikke skal «ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt.»¹²¹³ Politiet må med andre ord alltid velge det midlet som fremstår som minst inngripende. Dette gjelder ikke bare *følgene*, men konkret også *type* tiltak eller fremgangsmåte, dens *intensitet* og hvem eller hva som *eksponeres* for myndighetsutøvelsen.¹²¹⁴ Vurderingen av hva som vil fremstå som minst inngripende må ta utgangspunkt i tiltakets faktiske inngripende karakter og ikke dets potensielt inngripende karakter.¹²¹⁵

Sondringen forankret i tiltakets faktiske inngripende karakter kan belyses med følgende eksempel: I utgangspunktet vil bruk av skytevåpen ved en på gripelse fremstå som potensielt mer inngripende enn bruk av patruljehund, da bruken av skytevåpen for å avfyre et målrettet skudd mot gjerningspersonen i ytterste konsekvens kan være dødelig. Men dersom skytevåpen anvendes for å skyte et varselskudd i luften er den faktiske bruken av skytevåpenet mindre inngripende enn å sende en patruljehund i angrep for å på gripe vedkommende. Denne sontringens betydning for spørsmålet om

¹²¹¹ I den videre fremstillingen anvendes *middel* eller *midlet* som en samlebetegnelse dersom noe annet ikke er nevnt.

¹²¹² Se Auglend/Mæland 2016 s. 631. Motssetningsvis Boucht 2011 s. 258 som gir uttrykk for at behovsprinsippet består av to dimensjoner: «1) krav på minsta möjlige ingripande (nödvändighetskravets kvalitativa dimension) och 2) krav avseende ingripandets varaktighet (nödvändighetskravets temporära dimension).»

¹²¹³ Sml. pl. § 3-1 første ledd som har en annen og mer positiv innrettet formulering av prinsippet: «Ved iverksettelse og gjennomføring av en tjenestehandling, kan politiet gripe inn på den måten og med de midler som er lovlige, og som finnes nødvendige ...»

¹²¹⁴ Se Auglend/Mæland 2016 s. 631 som beskriver disse faktorer som «*art, intensitet og retning*».

¹²¹⁵ Sml. www.lovdata.no – kommentar til vi. § 4-3 punkt 2 (som også gjelder for ny pl. § 6 b.) hvor det tas til orde for at behovsprinsippets subsidiaritetskrav, jf. pl. § 6 gir uttrykk for at det er tiltakets potensielt inngripende karakter og ikke dets faktiske inngripende karakter som danner grunnlaget for subsidiaritetsvurderingen: «Siden skytevåpen er det sterkeste middelet politiet kan anvende, følger det av bestemmelsen i 'politiloven § 6' at skytevåpen bare kan benyttes når andre midler på lavere nivåer i politiets maktpyramide ikke har ført fram, eller det er åpenbart at de ikke kan føre fram heller.»

politiets innretning og utøvelsen av den polisiære virksomhet oppfyller behovskravet, vil jeg komme tilbake til senere i 12.3.2.

Adekvanskravet oppstiller krav om at det minst inngripende tiltak må være formålstjenlig, det vil si egnet til å fremme formålet med tjenestehandlingen.¹²¹⁶ Uansett hvor lite inngripende tiltaket er, dersom det i forhold til den konkrete situasjonen «antas utilstrekkelig eller uhensiktsmessig», jf. pl. § 6 andre ledd, vil det heller ikke være formålstjenlig og egnet, idet det ikke vil føre til at målet med tjenestehandlingen realiseres. Vi ser her at adekvansbegrensningen, uavhengig av kravet til forholdsmessighet, aktualiserer spørsmålet om politiet i gitte situasjoner må forholde seg passiv.

Tilstrekkelighetskravet oppstiller prinsippet om at tiltaket skal avgrenses til hva som fremstår som tilstrekkelig for å oppnå formålet med myndighetsutøvelsen. Prinsippet kan også utledes av kravet om formålsrettet tjenesteutøvelse. Kravet om tilstrekkelighet omfatter både tiltakets utstrekning i *tid og intensitet*. Dersom politiet velger å anvende håndjern for å sikre at den anholdte ikke skader seg selv, jf. pi. § 3-2 fjerde ledd, må bruken opphøre på det tidspunktet risikoen er redusert.

12.3.1 Behovsprinsippet uttrykt i politilovgivningen

Politolovens regler som gir uttrykk for behovsprinsippet, oppstiller som hovedregel et generelt krav om at det polisiære tiltaket må være «nødvendig». Dette gjelder, blant annet §§ 6 andre ledd, 6 a og 9. Det finnes imidlertid en rekke eksempler på at andre deler av politilovgivningen opererer med en gradering av nødvendighetskravet. Som eksempel kan det vises til pi. § 3-2 første ledd som foreskriver at makt kan anvendes når det er «klart nødvendig» (min utheving). Videre inneholder pl. § 6 b (se også vi. § 4-3), som regulerer politiets adgang til bruk av skytevåpen, tre ulike angivelser av behovsprinsippet. I bestemmelsens første ledd oppstilles krav om at «[s]kytevåpen kan

¹²¹⁶ Se Auglend/Mæland 2016 s. 634.

bare brukes når det er absolutt nødvendig ...» (min utheving). Videre fremgår det i bestemmelsens punkt a) at skytevåpen kan anvendes i «nødvergesituasjoner» når «bruk av våpen fremstår som nødvendig for å hindre tap av menneskeliv ...» (min utheving). Og ytterligere, i punkt b), som omhandler «pågrepssituasjoner», kan skytevåpen anvendes dersom «det anses påkrevd å pågripe eller stanse personer ...» (min utheving).

Tilsvarende krav til absolutt nødvendighet kommer også til uttrykk i Politidirektoratets rundskriv som blant annet regulerer bruk av halsgrep.¹²¹⁷ Ifølge punkt 3 kan halsgrep kun anvendes i «de situasjoner hvor det framstår som absolutt nødvendig å få kontroll på en kjempende person» (min utheving).

Det kan også vises til *arrestinstruksen*. Ifølge punkt 5 kan et barn som pågripes eller anholdes kun settes på celle eller annet låst rom når det «er tvingende nødvendig» (min utheving). I samme instruks punkt 15.2 nevnes tre ulike graderinger av kravet til nødvendighet for bruk av maktmidler inne på cellen. Første avsnitt angir et generelt krav om at bruk av maktmidler inne på cellen forutsetter at forholdene «gjør det strengt nødvendig» (min utheving). Videre fremgår det av andre avsnitt at maktmidlet *spytbeskytter* kan anvendes når det er *nødvendig* for å unngå å bli spyttet på av arrestanten.¹²¹⁸ I tredje avsnitt gis det uttrykk for at hjelm kun kan påføres den innsatte dersom det er *tvingende* nødvendig for å unngå selvskading.

Andre deler av politiloven som normerer politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse inneholder ingen spesiell angivelse av behovskravet. Som eksempel kan det vises til pl. § 7 andre ledd som omhandler de polisiære tiltak. I pl. §§ 8 og 9, som regulerer henholdsvis innbringelse og inngrep overfor berusede personer, har lovgiver valgt en annen tilnærming. Heller ikke disse bestemmelsene foreskriver noe eget behovskrav som vilkår for effektivering av tiltakene, men markerer *tilstrekkelighetskravet* gjennom å angi at vedkommende ikke kan «holdes tilbake lenger enn nødvendig».

¹²¹⁷ Se RPOD-2007-11.

¹²¹⁸ *Spytbeskytter* er en perforert innretning som tres ned over personens hode. Den hindrer vedkommende fra å spytte på andre, men gir utsyn og åndedrett.

12.3.2 Behovsprinsippet i lys av *lex certa*-kravet

Som fremstillingen ovenfor viser er behovsprinsippet tillagt ulike uttrykk i politilovgivningen.¹²¹⁹ Med unntak av pl. §§ 6 og 6 b, har normeringer som opererer med gradering av krav til nødvendighet det til felles at de er et resultat av utøvelse av delegert normeringskompetanse, og har i all hovedsak som formål å gi direktiver *innad* og *nedad* i organisasjonen til polititjenestepersonene om hvordan tildelt politimyndighet skal utøves.

Da behovsprinsippet har regel-karakter, sammenholdt med at disse normeringer angir materielle vilkår som regulerer den inngripende politisiære myndighetsutøvelsen, er det naturlig å legge til grunn at de også kan påberopes av individet som uttrykk for rettigheter. Det er derfor av interesse å undersøke nærmere om denne normeringspraksisen er forenelig med det politisiære legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.¹²²⁰

Gradering av krav til «nødvendighet» ved inngripende myndighetsutøvelse er ikke særegent for politilovgivningen. Straffeprosessloven § 170 a angir et generelt behovsprinsipp: «Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det.» I tillegg inneholder straffeprosesslovens regler om bruk av tvangsmidler en rekke eksempler på gradering av krav til nødvendighet. Paragraf 174 oppstiller krav om at personer under 18 år ikke bør pågripes «hvis det ikke er særlig påkrevd.» Ytterligere foreskriver § 184 andre ledd at fengsling av personer under 18 år kun kan foretas dersom det er «tvingende nødvendig».

Også EMKs bestemmelser om vern av menneskerettighetene operer med en gradering av krav til nødvendighet for inngripende myndighetsutøvelse. Som eksempel kan det vises til artikkel 5 nr. 1 c som gir adgang til pågripelse når det er «nødvendig for å

¹²¹⁹ Også på andre rettsområder finnes det eksempler på at lovgiver anvender gradering av krav til nødvendighet ved inngripende myndighetsutøvelse. Se for eksempel psykisk helsevernlov § 3-3 nr. 1 som formulerer behovskravet som «nødvendig», og § 4-4 første ledd hvor formuleringen «strengt nødvendige» anvendes. Se også § 4-8 første ledd som bruker uttrykket «uomgjengelig nødvendig».

¹²²⁰ *Lex certa*-kravet er omtalt i 5.7.3 under behandlingen av det politisiære legalitetsprinsippet som rettskildepriksipp. I denne sammenheng er det prinsippets kvalitative krav til normeringen gjennom å oppstille materielle krav til utforming av normeringer som hjemler/regulerer politiets inngripende myndighetsutøvelse som står i fokus.

hindre ham i å begå en straffbar handling ...»¹²²¹ Videre oppstiller artikkel 2, om retten til liv, som vilkår for at utøvelse av dødelig makt anses legitim at maktutøvelsen ikke «går lenger enn absolutt nødvendig».¹²²² Ytterligere åpner artikkel 6 nr. 1 for unntak fra offentlighet under rettsmøtet når det «er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter ...»¹²²³

Det faktum at politilovgivningen har anvendt tilsynelatende samme tilnærming som straffeprosessloven og EMK for å belyse behovsprinsippets materielle innhold, gir inntrykk av en ensartet praksis som kan tas til inntekt for at fremgangsmåten er forenelig med lex certa-kravet. Imidlertid må dette noe umiddelbare inntrykket prøves nærmere ved å undersøke om denne tilsynelatende ensartede praksis er fundert på ulike legislative formål.

Som nevnt ovenfor bygger politilovgivningen, jf. pl. § 6 andre ledd på at behovs- og forholdsmessighetsprinsippet utgjør to selvstendige størrelser som uttrykker kumulative krav til politiets inngripende myndighetsutøvelse. EMK synes å anlegge en annen tilnærming. Det følger av EMD-praksis at forholdsmessighetsvurderingen utgjøre en integrert del av nødvendighetsvilkåret.¹²²⁴ Tilsvarende forståelse synes også lagt til grunn i teorien.¹²²⁵ Denne tilnærmingen er som tidligere påpekt også foretrukket i vår straffeprosesslovgivning. Når straffeprosessloven graderer krav til nødvendighet, er det et uttrykk for et «skjerpet proporsjonalitetskrav, ved at det gis anvisning om at de interesser det er tale om å gripe inn i, skal tillegges stor vekt.»¹²²⁶ Forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven synes derfor, på lik linje med

¹²²¹ EMK artikkel 5 nr. 1 c autentisk engelsk tekst: «... when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence ...» (min utheving).

¹²²² Se EMK artikkel 2 nr. 2 engelsk autentisk tekst: «Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary». (min utheving).

¹²²³ Se EMK artikkel 6 nr. 1 engelsk autentisk tekst: «... or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice» (min utheving).

¹²²⁴ Se for eksempel *Ilievka v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, pkt. 60: «The Court needs to establish whether the use of handcuffs was necessary and proportionate in the circumstances of the case». Se 6.4.4 hvor temaet tidligere er behandlet.

¹²²⁵ Se Kjølbrot 2017 s. 767 flg og Nilsen 2019 s. 519. Fredriksen 2015 s. 108 gir uttrykk for at det er en «nær sammenheng mellom prinsippene, som gjør at de to vurderingene flyter sammen.» Se også Alexy 2014, punkt 2.2 som gir uttrykk for at forholdsmessighetsprinsippet «consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in the narrower sense.»

¹²²⁶ Se NOU 2016: 24 pkt. 14.3.4.1.

EMK – og i motsetning til hva som er tilfellet for pl. § 6 andre ledd – å utgjøre en integrert del av nødvendighetsvurderingen. Som *Straffeprosesslovutvalget* uttrykte: «Et tiltak som er egnet til å oppnå inngrepsformålet, og som er det minst inngripende av tilgjengelige tiltak, må også være forholdsmessig i snever forstand – eller proporsjonalt, om man vil.»¹²²⁷

Vi har da en situasjon hvor behovsprinsippet er gitt ulikt innhold. EMK og straffeprosessloven synes å bygge på en tilnærming hvor forholdsmessighetsvurderingen utgjør en integrert del av nødvendighetsvurderingen, og hvor graderingen av nødvendighet i realiteten synes å reflektere ulike grader av krav om forholdsmessighet. Dette står i kontrast til politilovens tilnærming, hvor § 6 gir uttrykk for at nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen er to selvstendige og kumulative skranke for myndighetsutøvelsen.

I juridisk teori er det tatt til orde for at det eksisterer et relativisert polisiært behovskravet; «[h]vis inngrepet er beskjedent, skal det mindre til for å kunne anse dette som nødvendig enn hvor det dreier seg om tyngende inngrep.»¹²²⁸ Videre gis det uttrykk for at behovskravet ikke er absolutt, idet det i gitte situasjoner «antas tilstrekkelig at tiltaket er til vesentlig lette i tjenesten.»¹²²⁹

I lys av det faktum at politilovgivningens behovs- og forholdsmessighetskrav, i motsetning til EMK og straffeprosessloven, utgjør to selvstendige kumulative skranke for politiets inngripende myndighetsutøvelse, fremstår praksisen med gradering av krav til *nødvendighet* i beste fall som tvilsom idet den er beheftet med flere betenkeligheter.

¹²²⁷ Se NOU 2016: 24 pkt. 14.3.4.1.

¹²²⁸ Auglend/Mæland 2016 s. 630. Se også Fredriksen/Myhrer 2016 s. 99-100.

¹²²⁹ Se Prop 105 L (2018–2019), punk 9.2, kommentarer til ny § 6 b hvor departementet i sin redegjørelse for bestemmelsens innhold viser til NOU 2017: 9, vedlegg 2 punkt 1.6. hvor *Bevæpningsutvalget* gir uttrykk for at «[d]et er vanlig å tolke nødvendighetskravet i politiloven § 6 slik at det åpner for bruk av maktmidler når dette vil være til vesentlig lette i tjenesten». Se også Auglend/Mæland 2016 s. 630 og Myhrer 2020 s.136 kommentarer til *vi.* § 4-3. Som eksempel på forholdsmessighetsvurdering basert på krav om «vesentlig lette i tjenesten», se Myhrer 2012 s. 67 hvor følgende er uttalt: «Ved forholdsmessighetsvurderingen er situasjonen slik at bruk av håndjern ville være til vesentlig lette ved tjenesteutførelsen, men spesielle omstendigheter gjør at bruk av maktmidlet fremstår som uforholdsmessig.»

Ved en nærmere prøving av det «relativiserte behovsprinsippet» er det innledningsvis naturlig å stille spørsmål om et polisiært inngripende tiltak kan graderes som enten «litt nødvendig», «nødvendig» eller «svært nødvendig». Det er en forutsetning for at et polisiært tiltak skal anses som *nødvendig* at det består behovsprinsippets tre kumulative krav om henholdsvis *subsidiaritet*, *adekvans* og *tilstrekkelighet*. I alle andre tilfeller vil tiltaket anses som «unødvendig» da det kan vises til mindre inngripende adekvate tiltak som er egnet til å realisere formålet med myndighetsutøvelsen.

Det innebærer at en tilnærming som bygger på at når «inngrepet er beskjedent, skal det mindre til for å kunne anse dette som nødvendig enn hvor det dreier seg om tyngende inngrep»¹²³⁰ – eller andre former for gradering av behovskravet – i realiteten vil svekke eller suspendere ett eller flere av behovsprinsippets kumulative krav. En slik tilnærming vil undergrave prinsippets formål om å forebygge myndighetsmisbruk gjennom vilkårlig tjenesteutøvelse.

Den andre innvendingen til et relativisert behovskrav retter seg mot at prinsippet ikke er absolutt, idet det i gitte situasjoner «antas tilstrekkelig at tiltaket er til vesentlig lette i tjenesten». Gjennom vedtakelse av ny pl. § 6 b er tilnærmingen gitt forankring i lovens forarbeider. Departementet avstod fra å foreta en selvstendig drøftelse av bestemmelsens angivelse av materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen, men valgte i stedet å vise til NOU 2017: 9 hvor det legges til grunn at politiet kun kan anvende skytevåpen når det er «absolutt nødvendig». Tilnærmingen er begrunnet med at «[d]et er vanlig å tolke nødvendighetskravet i pl. § 6 slik at det åpner for bruk av maktmidler når dette vil være til vesentlig lette i tjenesten».¹²³¹

Når *Bevæpningsutvalget* viser til at «det er vanlig å tolke» behovsprinsippet slik, kan dette ikke begrunnes i en ordlydsfortolkning, jf. pl. § 6 andre ledd.¹²³² En slik forståelse

¹²³⁰ Det kan stilles spørsmål om det her i realiteten gis uttrykk for en forholdsmessighetsvurdering.

¹²³¹ Se Prop 105 L (2018–2019), punkt 9.2, med videre henvisning til NOU 2017: 9, vedlegg 2 punkt 1.6.

¹²³² Se pl. § 6 andre ledd som har følgende ordlyd: «Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller u hensiktsmessige, 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.»

ble heller ikke fremmet i forarbeidene til politiloven av 1995.¹²³³ Det er mye som taler for at *Bevæpningsutvalget*, med formuleringen «det er vanlig å tolke ...», sikter til juridisk teori.¹²³⁴ En forståelse som bygger på at det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd, kun stiller krav om «vesentlig lette i tjenesten», synes å være inspirert av, og hentet fra, trafikkreglene § 2 nr. 4 pkt. a og b som gir blant annet politiet adgang til å fravike nærmere angitte bestemmelser når det er «nødvendig eller til vesentlig lette i tjenesten». Vilkåret «til vesentlig lette i tjenesten» gir her uttrykk for et lempet krav om nødvendighet.

Bestemmelsen fremmer på denne måten hensynet til effektiv myndighetsutøvelse ved å gi politiet adgang til å fravike straffesanksjonerte trafikkregler, uten at dette fører til at individets vern mot inngripende myndighetsutøvelse svekkes. Følgelig vil bestemmelsens lemping av behovskravet ikke gå på bekostning av individets rettigheter. Spørsmålet er om det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd, kan tillegges samme betydning som trafikkreglene § 2 nr. 4 pkt. a og b «vesentlig lette i tjenesten».

Det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 og trafikkreglenes § 2 nr. 4 søker å ivareta ulike formål knyttet til myndighetsutøvelsen. Trafikkreglene fremmer behovet for effektiv myndighetsutøvelse ved å lempe på behovskravet på et område hvor myndighetsutøvelsen ikke kan anses å direkte påføre individet en byrde. Det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 har som hovedformål å forebygge bekvemmelighetsbasert og vilkårlig myndighetsutøvelse i tilfeller hvor politiet retter inngripende tiltak mot individet. Denne forskjellen taler alene for at ordlyden i trafikkreglenes § 2 nr. 4 ikke kan danne grunnlag for en tilsvarende «rettsregel» på politirettens område.

Videre synes tilnærmingen, jf. formuleringen «vesentlig lette i tjenesten» å utfordre EMKs krav om *nødvendig* myndighetsutøvelse. EMD har i flere avgjørelser lagt til

¹²³³ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) og Innst. O. nr. 44 (1994–1995).

¹²³⁴ Se som tidligere nevnt Auglend/Mæland 2016 s. 630 og Myhrer 2020 s. 136 kommentarer til *vi.* § 4-3. Som eksempel på forholdsmessighetsvurdering basert på krav om «vesentlig lette i tjenesten», se Myhrer 2012 s. 67.

grunn at kravet om *nødvendig* myndighetsutøvelse ikke kan tillegges tilsvarende fleksible betydning som *hensiktsmessig* eller *ønskelig*.¹²³⁵ Det faktum at trafikreglene i gitte tilfeller oppstiller et unntak fra nødvendighetskravet, kan dermed ikke anvendes analogisk for å begrunne tilsvarende unntak eller lemping av det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd. En slik tilnærming vil også utgjøre et avvik fra lovskravets analogiforbud,¹²³⁶ og innebære at behovsprinsippets posisjon som ufravikelig regel som angir materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelsen, suspenderes.

Vi har i dag en situasjon hvor politietatens sentrale normeringskompetanse bygger på et relativisert behovskrav. Praksisen har trolig sin forankring i ovennevnte teoretiske utlegninger om at det generelle behovsprinsippet, jf. pl. § 6, kun oppstiller krav om «vesentlig lette i tjenesten». Denne tilnærmingen synes å ha vært lagt til grunn for arbeidet med ny våpeninstruks for politiet (2015),¹²³⁷ og senere videreført i arbeidet med ny pl. § 6 b.¹²³⁸

Forankret i ovennevnte skal *nødvendig*, i en polisiær kontekst, jf. pl. § 6 andre ledd, forstås som «til vesentlig lette i tjenesten», mens *absolutt nødvendig* i realiteten bare gir uttrykk for *nødvendig* ved å oppstille krav om at tjenesteoppdraget «ikke kan løses tilfredsstillende på annen måte.»

Ifølge Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) pkt. 2.5 ble det foreslått at politiet skulle kunne anvende makt bare når det fantes «klart nødvendig». Under Stortingets behandling av lovforslaget ble kravet til nødvendighet modifisert idet komiteen uttalte at «[p]olitiet skal kunne nytta makt under tenesten, men berre når det er naudsynt og forsvarleg.»

¹²³⁵ Se f.eks. *Chassagnou and Others v. France*, punkt 112: «The term ‘necessary’ does not have the flexibility of such expressions as ‘useful’ or ‘desirable’».

¹²³⁶ I 5.7 har jeg lagt til grunn at det eksisterer et tilsvarende strengt legalitetsprinsipp i forhold til normeringer som regulerer politiets inngripende myndighetsutøvelse, som på strafferettens område. Se også 5.6.3 hvor det strafferettslige analogiforbudet er omhandlet.

¹²³⁷ Se Arbeidsgruppen for vurdering av behov for å endre eller supplere gjeldende våpeninstruks i politiet (Utkast til ny våpeninstruks 2013) som la denne forståelsen av det «generelle» polisiære behovsprinsippet til grunn som begrunnelse for å angi et skjerpet behovskrav for bruk av skytevåpen, jf. § 4-3 første ledds formulering «absolutt nødvendig». Formuleringen har som formål å uttrykke et krav om at skytevåpen bare kunne anvendes når «tjenesteoppdraget ikke kan løses tilfredsstillende på noen annen måte.»

¹²³⁸ Se Prop. 105 L (2018–2019) s. 13 med videre henvisning til NOU 2017:19.

jf. Innst. O. nr. 44 (1994-1995), pkt. 3.2. Tross dette oppstiller pi. § 3-1 første ledd krav om at bruk av makt må være «klart nødvendig»

Tilnærming er gjennomgående for politietatens inngrepskompetanse. For å uttrykke et skjerpet krav til nødvendighet, utover «vesentlig lette i tjenesten», er det brukt språklige forsterkninger som for eksempel «strengt», «tvingende», «klart» og «absolutt». Hva disse språklige forsterkninger søker å uttrykke utover at tiltaket må fremstå som *nødvendig*, herunder oppfylle kravet om *subsidiaritet*, *adekvans* og *tilstrekkelighet*, er det vanskelig å si noe bestemt om. Følgelig fremstår disse ulike arter av behovsprinsippet som vanskelig å operasjonalisere, og utgjør dermed ingen virksomme skranker for myndighetsutøvelsen, utover at tiltaket må være nødvendig.¹²³⁹ Konsekvensen av dette er at normeringer som bygger på delegert normeringskompetanse gir uttrykk for et skjerpet polisiært behovskrav uten at dette har støtte i pl. § 6 andre ledd.

Analysene over viser at det er vanskelig å gi en plausibel forklaring på motivet bak bruken av språklige forsterkninger for å uttrykke *behovsprinsippets* betydning som normering av den polisiære inngripende myndighetsutøvelsen. Uten pretensjon om å behandle temaet i sin fulle bredde, kan en alternativ årsaksforklaring være å se på skjerpede krav til *nødvendighet* som uttrykk for beviskrav i forhold til de faktiske omstendigheter som legges til grunn for beslutning om inngripende myndighetsutøvelse. Se Myhrer 2005 s. 76 som synes å anlegge en slik tilnærming idet han gir uttrykk for at: «På dette trinnet av ‘maktmiddelstigen’ innskjerper våpeninstruksen § 19 første ledd kravene slik at verken ‘mulighet’ eller ‘sannsynlighet’ er nok ...» I en slik kontekst kan krav om «nødvendig» for eksempel forstås som «rimelig grunn til å anta» at tiltaket er nødvendig, og kravet om «klart nødvendig», skjerper beviskravet til sannsynlighetsovervekt. Tilsvarende kan en tenke seg at «strengt og absolutt nødvendig» gir uttrykk for krav om nær visshet.

En gjennomgang av rettslige normeringer som regulerer den polisiære myndighetsutøvelsen viser at den faktiske bruk av språklige forsterkninger, som uttrykk for krav til *nødvendighet*, neppe er et resultat av et bevisst og bestemt formål om å gi uttrykk for gradering av beviskrav i forhold til faktiske omstendigheter som ligger til grunn for myndighetsutøvelsen. Uansett om så var tilfellet, ville en slik tilnærming stille den enkelte polititjenesteperson i en

¹²³⁹ Se NOU 2016: 24, pkt. 14.3.4.2 hvor Straffeprosesslovutvalget legger tilsvarende til grunn i forhold til Straffeprosesslovens bruk av skjerpet regulering av forholdsmessighetskravet.

vanskelig og til dels umulig situasjon da behovet for å ta raske beslutninger under tjenesteutøvelsen i praksis ikke gir rom for slike overveielser.

Noen vil kunne hevde at skjerpning av krav til nødvendighet, utover hva det generelle behovsprinsippet uttrykker, i realiteten innebærer en innskrenking i politiets adgang til inngripende polisiær myndighetsutøvelse. Med andre ord, praksisen gir individet et ytterligere vern mot inngripende myndighetsutøvelse. Som tidligere påpekt har legalitetsprinsippet lovskrav også den enkelte polititjenesteperson som adressat. En praksis som bygger på normeringer som vanskelig lar seg operasjonalisere vil svekke polititjenestepersonens mulighet til å forutse rekkevidden av sentrale materielle vilkår som angir grensene for inngripende myndighetsutøvelse, med den følge at han i ytterste konsekvens fratras muligheten til å forutse skrankene for legitim myndighetsutøvelse. Dette vil kunne få betydning i to henseender. For det første har tjenestepersonens behov for å kunne forutberegne sin rettslige posisjon med tanke på om det foreligger en tjenesteplikt, og eventuelt dens *rekkevidde*.¹²⁴⁰ Og for det andre vil behovsprinsippet kunne utgjøre et sentralt materielt vilkår ved vurdering av om tjenestepersonens inngripende myndighetsutøvelse i realiteten utgjør en straffesanksjonert tjenesteforsømmelse. Ifølge strl. §§ 171 og 172 kan den som under offentlig myndighetsutøvelse grovt bryter sin tjenesteplikt, straffes. Ved vurdering av en tjenestehandlings straffbarhet, vil spørsmålet om tiltaket var nødvendig stå sentralt.

Høyesterett har i flere avgjørelser uttalt at politiinstruksen gir supplerende regler om politiets myndighetsutøvelse. Som eksempel kan det vises til HR-2003-537-A, hvor Høyesterett behandlet spørsmålet om en polititjenestepersons anvendelse av makt under utføring av tjenesteoppdrag innebar en straffbar overtredelse av strl. (1902) § 228. I avsnitt 21 gir retten uttrykk for at pi. §§ 3-1 og 3-2 fastsetter supplerende alminnelige regler om henholdsvis politiinngrep og om politiets bruk av makt. Retten foretar deretter en vurdering av om «tiltalte ved sin handlemåte [har] holdt seg innenfor de rammer for maktanvendelse som politiloven § 6 jf. pi. §§ 3-1 og 3-2 gir anvisning på.» Retten konkluderer med at «tiltaltes handlemåte ikke var nødvendig ...» uten å tilkjenne om drøftelsen er forankret i krav om «nødvendighet», jf. pl. § 6, eller kravet om «klart nødvendig», jf. pi. § 3-2.

¹²⁴⁰ Nærmere om tjenesteplikt/handleplikt, se Auglend 2016 s. 282 flg.

Som ytterligere eksempel på at polisiære normeringer, som er et resultat av delegert normeringskompetanse, tillegges vekt ved vurdering av om tjenestepersoner har gjort seg skyldig i straffesanksjonert tjenesteforsømmelse, kan det vises til Borgarting lagmannsretts dom av 5. mars 2013 (LB-2012-81634). Dommen omhandler en polititjenesteperson som var satt under tiltale for overtredelse av strl. (1902) § 228 og strl. (1902) § 325 i forbindelse med maktbruk ved innbringelse og innsettelse i arrest. Et av de sentrale temaer var om maktbruken fremstod som «nødvendig og forsvarlig», jf. pl. § 6 fjerde ledd, jf. andre ledd. Retten la følgende til grunn for sine drøftelser: «Prinsippene i politiloven § 6 er igjen videreført og noe nærmere spesifisert i politiinstruksen. I § 3-1 er blant annet prinsippene i § 6 annet ledd videreført, og § 3-2 inneholder nærmere regler for politiets bruk av makt».

Når domstolen, som i disse tilfeller, legger til grunn at politiinstruksens regler gir nærmere anvisning på hva som fremstår som legitim maktbruk, er det naturlig at det stilles tilsvarende kvalitative krav til normeringer som har grunnlag i politiloven, som for politiloven.

Det leder oss til den konklusjonen at behovsprinsippet, slik det er uttrykt i politilovgivningen gjennom ulike grader av krav til nødvendighet, i liten grad bidrar til å oppfylle legalitetsprinsippetets *lex certa*-krav om tilstrekkelig presis og klar lovgivning som har som formål å regulere myndighetenes inngripende tjenesteutøvelse. Bruken av språklige forsterkninger knyttet til generelle prinsipper som skranker for inngripende myndighetsutøvelse fremstår ikke bare som kontraproduktiv, men synes i beste fall å utfordre *lex cripta*-kravet, og kan i verste fall være i strid med det.¹²⁴¹

12.3.3 Maktpyramiden som uttrykk for behovsprinsippetets subsidiaritetskrav

Ovenfor var det behovsprinsippet som var temaet for drøftelsen. I dette punkt er det et av behovsprinsippetets tre kumulative vilkår – subsidiaritetskravet – som står i fokus.

¹²⁴¹ Det er mye som taler for at praksisen med gradering av behovskravet også er eksempel på praktisering av delegert normeringskompetanse som faller utenfor den delegasjonskompetansen som politiloven gir uttrykk for. Dette tema vil ikke bli fulgt i denne sammenheng.

Norsk politi operer med en internrettslig normering kalt *makt(middel)pyramiden*.¹²⁴² Normeringen, som er ulovfestet, må anses formalisert idet den legges til grunn som rettslig norm i den internrettslige reguleringen av politiets inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av maktmidler.

Som normering for inngripende polisiære myndighetsutøvelse, foretar maktpyramiden en intern rangering, basert på den potensielle skade ved bruk av ulike maktmidler,¹²⁴³ og ikke tiltakets faktiske inngripende karakter.¹²⁴⁴ På denne måten anlegger maktpyramiden en statisk tilnærming til behovsprinsippets subsidiaritetskrav.

Spørsmålet i denne sammenheng er om maktpyramiden, som uttrykk for subsidiaritetsprinsippet, kan forankres i det polisiære behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd.¹²⁴⁵ For å belyse problemstillingen vil drøftelsen forankres i pl. § 6 b og våpeninstruksens regler om bruk av skytevåpen, som bygger på maktpyramidens tilnærming til behovsprinsippets subsidiaritetskrav.¹²⁴⁶

Som påpekt ovenfor oppstiller behovsprinsippets subsidiaritetskrav, jf. pl. § 6 andre ledd, krav om at politiet ikke skal «ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjøves har vært forsøkt.» Politiet må med andre ord alltid velge det midlet som fremstår som minst inngripende. Dette gjelder ikke bare følgene, men konkret også *type* tiltak eller fremgangsmåte, dens *intensitet* og hvem eller hva som *eksponeres* for myndighetsutøvelsen.¹²⁴⁷ Denne tilnærmingen understøttes av at politilovgivningen ikke gir noen rangering av de ulike polisiære virkemidler, eller maktmidler, basert på dets inngripende karakter. Tilnærmingen fremstår som forstandig i lys av det faktum at de polisiære tiltak, midler

¹²⁴² Også omtalt som «stigende maktanvendelse», se Myhrer 2005 s. 74 flg.

¹²⁴³ Maktpyramiden anvendes også som normering i svensk politirett, se Norée 2000 s. 168 flg. fremstilling av «våldsanvändningstrappan».

¹²⁴⁴ Se Myhrer 2020 s. 136, kommentarer til § 4-3 og Utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 222, hvor det gis uttrykk for en slik tilnærming: «Siden skytevåpen er det sterkeste middelet politiet kan anvende, følger det av bestemmelsen i «politiloven § 6» at skytevåpen bare kan benyttes når andre midler på lavere nivåer i politiets maktpyramide ikke har ført fram ...»

¹²⁴⁵ Se Auglend/Mæland 2016 s. 723 som gir uttrykk for at «[r]eguleringen av vilkårene for bruk av skytevåpen i vi. kap. IV avspeiler prinsippet om bruk av 'minste middel', herunder forutsetningen om den trinnvise makteskalering, som er nedfelt i pl. § 6, jf. pi. § 3-2, 1. ledd og § 3-1, 1. og 2. ledd.»

¹²⁴⁶ I 4.3.3.4 er det gjort rede for pl. § 6 b's formål, samt dens posisjon som primær argumentasjonsressurs ved fastsettelse av rettsregler for politiets bruk av skytevåpen.

¹²⁴⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 631 som beskriver disse faktorer som «art, intensitet og retning».

eller maktmidlers evne til å virke inngripende alltid vil være avhengig av hvordan de anvendes.

Ved å ta utgangspunkt i maktmidlet eller tiltakets potensielt inngripende karakter gir maktpyramiden, som normering, uttrykk for en tilnærming som står i kontrast til subsidiaritetsprinsippets krav om at det er tiltaket/maktmidlets faktiske inngripende karakter som skal danne grunnlaget for behovsprøvingen. Ved å innskrenke adgangen til å foreta en behovsprøving av tiltaket/maktmidlet basert på den planlagte bruken og dens faktiske inngripende karakter, gir maktpyramiden, som normering, uttrykk for en skjerping av behovskravet.

Umiddelbart fremstår en slik tilnærming som forenelig med behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd, idet maktpyramiden dermed synes å styrke individets vern mot inngripende myndighetsutøvelse. Imidlertid er det mye som taler for at maktpyramidens skjerping av behovsprinsippet i realiteten er kontraproduktiv da den i gitte situasjoner de facto fratrar politiet muligheten til å løse oppdraget på en lempeligere og mindre inngripende måte. For å illustrere dette kan det vises til pl. § 6 b, jf. *vi.* §§ 4-2 og 4-3 som omhandler vilkår for politiets bruk av skytevåpen. Ifølge pl. § 6 b og *vi.* § 4-3 første ledd kan skytevåpen anvendes (rettet skudd) i situasjoner, som er nærmere beskrevet i bokstav a) og b), når «det er absolutt nødvendig ...» og lempelige midler er forsøkt eller åpenbart ikke vil føre frem.

Vilkåret «absolutt nødvendig» utgjør en språklig endring sammenliknet med våpeninstruksen av 1989s formulering «som siste utveg». Endringen er imidlertid ikke ment å utgjøre en realitetsendring av instruksens innhold, men kun tydeliggjøre kravet om at bruken av skytevåpen skal fremstå som «siste utveg», se Utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 222.

Våpeninstruksen § 4-2 andre ledd bokstav a) regulerer politiets adgang til å avfyre varselskudd. Ifølge bestemmelsens første setning skal politiet «hvis det er tid og taktisk forsvarlig først avfyre varselskudd». Med dette gir bestemmelsen uttrykk for at bruken av varselskudd er å betrakte som et svakere middel enn målrettet skudd. En slik tilnærming er i tråd med behovsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd som tar utgangspunkt

i tiltaket/maktmidlets faktiske inngripende karakter. Imidlertid oppstiller *vi* § 4-2 andre ledd andre setning, presiserende og innskrenkende føringer, ved klart å gi til kjenne at varselskudd bare kan «avfyres når vilkårene for rettet skudd etter § 4-3 er oppfylt ...». ¹²⁴⁸ Det innebærer at det også for bruk av varselskudd er et krav om at «man er kommet til 'siste utveg'». ¹²⁴⁹ Med dette anlegges det, i tråd med maktpyramidens tilnærming, et behovskrav som tar utgangspunkt i en vurdering av nødvendighet basert på midlets potensielt inngripende karakter.

Det er på det rene at varselskudd, avfyrt i trygg retning, alltid vil være mindre inngripende og dermed et svakere middel enn bruk av rettet skudd. Utover å utgjøre en realtrussel vil varselskudd ikke representere en integritetskrenkelse.

Når våpeninstruksen oppstiller tilsvarende behovskrav for å avfyre varselskudd som for rettet skudd, vil det i gitte situasjoner frata politiet muligheten for å løse oppdraget på en lempeligere måte ved bruk av varselskudd som maktmiddel, med den følge at det i stedet må avfyres rettet skudd.

Dette kan belyses med følgende eksempel: Politiet rykker ut og påtreffer en aggressiv person, på offentlig sted, som er bevæpnet med kniv. Ved anrop gir politiet seg til kjenne, og gir mannen pålegg om å legge fra seg kniven. Vedkommende, som befinner seg ca. 50 meter unna polititjenestepersonene, ignorerer pålegget og beveger seg rolig mot politiet med kniven hevet til hugg. På dette tidspunkt utgjør gjerningspersonen ikke en umiddelbar trussel mot polititjenestepersonene eller omgivelsene, og pl. § 6 sammenholdt med pl. § 6 b hjemler ikke bruk av skytevåpen da det ikke fremstår som «absolutt nødvendig» å avfyre målrettet skudd. Følgelig er det heller ikke adgang til å avfyre varselskudd, jf. *vi* § 4-2. Det vil i en slik situasjon ennå være tid og anledning til å anvende dialog for å få gjerningspersonen til å legge fra seg kniven.

¹²⁴⁸ Også etter vedtakelse av ny pl. § 6 b som regulerer vilkår for politiets bruk av skytevåpen, henviser *vi* § 4-2 andre ledd til *vi* § 4-3.

¹²⁴⁹ Se utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 217.

Dersom vi tenker oss at gjerningspersonen fortsetter å gå målrettet mot politiet, vil han på et gitt tidspunkt befinne seg så nærme at han – i kraft av å være bevæpnet med kniv – må anses å true tjenestepersonene med en grov voldshandling, jf. pl. § 6 b og vi. § 4-3 første ledd bokstav a). Dette tidspunktet vil, på lik linje med andre trusler om grov voldshandling som forutsettes realisert ved nærkontakt mellom gjerningsperson og polititjenestepersonen, være sammenfallende med tidspunktet for når det ikke lengere er «tid eller taktisk forsvarlig» å først avfyre varselskudd, jf. vi. § 4-2 andre ledd bokstav a). Det som kjennetegner slike situasjoner er at idet vilkårene for bruk av rettede skudd foreligger, vil risikoen for at trusselen realiseres være så overhengende og umiddelbar at det ikke vil være tid til å avfyre et varselskudd. Det vil være taktisk uforvarselig å «ta gjerningspersonen ut av siktet» fordi bruken av varselskudd vil kunne føre til tidstap med påfølgende fare for at gjerningspersonen klarer å bruke kniven før tjenestepersonen får avfyrt et nytt og rettet skudd.¹²⁵⁰

Da det ikke finnes andre utveger vil det i en slik situasjon fremstå som absolutt nødvendig å bruke skytevåpen for å stanse gjerningspersonen fra å realisere trusselen. Det innebærer at maktpyramidens skjerpning av behovskravet i forhold til bruk av skytevåpen har fratatt polititjenestepersonen muligheten til å anvende et lempeligere middel ved å avfyre et varselskudd på et tidligere tidspunkt, med formål «å vekke» gjerningspersonen samtidig som varselskuddet vil utgjøre en realtrussel som markerer alvorligheten i den fare gjerningspersonen er i ferd med å utsette seg selv for.

Eksemplet viser at våpeninstruksen, gjennom å bygge på maktpyramidens skjerpning av behovskravet, representerer en rettslig hindring for politiets bruk av varselskudd som lempeligere middel i en situasjon hvor tiltaket fremstår som nødvendig og forholdsmessig, og er i samsvar med pl. § 6 andre ledds tilnærming til behovsprinsippet som bygger på en trinnvis eskalering hvor den faktiske bruken står sentral.¹²⁵¹

¹²⁵⁰ Se utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 213 som legger tilsvarende begrensning til grunn for bruk av varselskudd.

¹²⁵¹ Tilsvarende, utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 216.

I *kommentarene til våpeninstruksen av 1989* ble tilnærmingen begrunnet med at «varselskudd i visse tilfeller kan provosere gjerningsmannen til å bruke skytevåpen mot politiet eller andre».¹²⁵² Det tas her til orde for at det ikke kan utelukkes at bruk av varselskudd kan provosere gjerningspersonen til å gjennomføre sitt forehavende. For at en slik tilnærming skal kunne prøves rettslig, må den forankres i behovsprinsippets *adekvanskrav* med en begrunnelse om at varselskudd dermed ikke er egnet til å realisere formålet med myndighetsutøvelsen, i dette tilfellet få gjerningspersonen til å avstå fra å gjennomføre sitt forehavende.

Etter min vurdering er det flere grunner som taler for at en slik begrunnelse ikke er rettslig holdbar. For det første er begrunnelsen direkte i strid pl. § 6 andre ledds krav om at det ved enhver inngripende myndighetsutøvelse skal foretas en konkret behovsprøving, herunder adekvansvurdering, av det enkelte tiltak. For det andre synes begrunnelsen å bygge på en generell og udokumentert frykt for at bruk av varselskudd ikke er egnet til å realisere formålet med myndighetsutøvelsen da det kan provosere gjerningspersonen til å fullføre sitt forehavende. Det kan i enhver sammenheng antas en generell fare for at politiets inngripende myndighetsutøvelse kan provosere gjerningspersonen. Dersom en slik generell frykt skal tillegges vekt i en adekvansvurdering, vil det i realiteten innebære at politiets handlingsrom innskrenkes betraktelig. For det tredje fremstår begrunnelsen som inkonsekvent i lys av *vi. § 4-2 andre ledd bokstav a)* som uttrykkelig gir uttrykk for at «hvis det er tid og taktisk forsvarlig» skal det først avfyses varselskudd. Hvorfor oppstille krav om bruk av et tiltak som ikke anses adekvat, da det kan provosere gjerningspersonen til å skyte mot politiet? Tiltakets evne til å realisere det underliggende formål med tjenestehandlingen økes ikke proporsjonalt med skjerpede krav til nødvendighet. Eller sagt på en annen måte, sannsynligheten for at gjerningspersonen blir provosert av myndighetsutøvelsen reduseres ikke proporsjonalt med skjerping av behovskravet.

¹²⁵² Se utkast til ny våpeninstruks 2013 s. 216.

Vi står da overfor en situasjon hvor maktpyramiden, som uttrykk for det polisiære subsidiaritetsprinsippet – i dette tilfellet uttrykt ved våpeninstruksens skjærpede behovskrav i forhold til bruk av varselskudd – er kontraproduktiv idet politiet i gitte situasjoner fratas muligheten til å anvende varselskudd som et mildere alternativt tiltak/maktmiddel enn et rettet skudd. Følgelig er ordningen ikke forenelig med behovsprinsippet, slik det kommer til uttrykk i pl. § 6 andre ledd, som bygger på at det er tiltaket/maktmidlets faktiske inngripende karakter, og ikke dets potensielt inngripende karakter, som danner grunnlaget for behovsprøvingen. Maktpyramiden som uttrykk for en internrettslig regulering av behovsprinsippet savner dermed rettslig forankring. Dette, sammenholdt med det faktum at den heller ikke er forenelig med vilkårene for utøvelse av nødverge, jf. strl. § 18,¹²⁵³ tilsier at våpeninstruksen og andre internrettslige normeringer som bygger på maktpyramiden bør revideres i tråd med det polisiære behovsprinsippet.

12.4 Forholdsmessighetsprinsippet

12.4.1 Om forholdsmessighetsprinsippet

Politolovens generelle forholdsmessighetsprinsipp er nedfelt i pl. § 6 andre ledd, og formidler et krav om at «midler som anvendes må [...] stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig».¹²⁵⁴ Som tidligere påpekt, må pl. § 6 fjerde ledds krav om «forsvarlig» forstås synonymt med «forholdsmessig». Bestemmelsen gir her uttrykk for en «flerdimensjonal rimelighetsvurdering av *hele* situasjonen».¹²⁵⁵

¹²⁵³ Om strl. § 18 som polisiær kompetansenorm, se kapittel 13.

¹²⁵⁴ Se Myhrer 2012 s. 59 og 66 hvor det gis uttrykk for at det i praksis kan være vanskelig å skille nødvendighetsvurderingen fra forholdsmessighetsvurderingen.

¹²⁵⁵ Se Auglend/Mæland 2016 s. 637.

Forholdsmessighetsprinsippet er også nedfelt i Grunnloven. Som eksempel kan det vises til § 94 første ledd som gir uttrykk for at frihetsberøvelse ikke må utgjøre et uforholdsmessig inngrep. Tilsvarende også i EMK. Som tidligere nevnt inneholder konvensjonens krav om «absolutely necessary» et integrert krav om forholdsmessighet.

Den danske politilov angir ikke et generelt forholdsmessighetsprinsipp, men ifølge § 16 må politiets maktanvendelse «alene ske med midler og i en udstrækning, der står i rimeligt forhold til den interesse, der søges beskyttet.» Om kravet til proporsjonalitet mellom mål og middel i dansk politirett, se Henricson 2016 s. 243 flg.

I svensk polislav kommer forholdsmessighetsprinsippet til uttrykk i § 8 som foreskriver at politiet skal «ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter». Om proporsjonalitetsprinsippet i svensk politirett, se Norée 2000 s. 76.

Finsk polislav § 3 anlegger et mer konkret og situasjonsbestemt forholdsmessighetskrav ved å angi at: «Polisens åtgärder ska kunna försvaras i förhållande till hur viktigt, farligt och brådskande dess uppdrag är, det mål som eftersträvas samt uppträdande, ålder, hälsa och andra motsvarande omständigheter som gäller den person som är föremål för åtgärden och övriga omständigheter som inverkar på helhetsbedömningen av situationen.» Generelt om forholdsmessighetsprinsippet i finsk politirett, se Helminen mf. 2000 s. 76 flg. Se også RP 224/2010 rd (förslag til finsk politilov), s. 75.

Også innen tysk rett er forholdsmessighetsprinsippet gitt en mer konkret utforming. Som eksempel kan det vises til Polizeiaufgabengesetz – PAG artikkel 4.¹²⁵⁶

Sammenliknet med norsk politilovs angivelse av behovs- og forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6, gir punkt (1) i PAG artikkel 4 uttrykk for et integrert behovskrav idet bestemmelsen foreskriver at, av tiltak som fremstår som nødvendig og adekvat/tilstrekkelig, må politiet velge det tiltaket som er minst inngripende for individet og allmennheten. Dette innebærer som påpekt av Schmidbauer/Steiner 2011 s. 59 at «Maßnahmen müssen geeignet und inhaltlich hinreichend bestimmt sein; dem Adressaten muss erkenbar sein, was ihm abverlangt wird» I punkt (2) gis det uttrykk for det «rene forholdsmessighetsprinsipp». Et tiltak må ikke være så inngripende at det fremstår som uproporsjonalt i forhold til ønskede resultat. Punkt (3) har klare likehetstrekk med det norske polisiære formålkravet, idet bestemmelsen foreskriver at et tiltak er legitimt så lenge det tjener dets formål, eller til det tidspunkt da det viser seg at formålet ikke kan nås.

Prinsippet retter seg både mot lovgiver og mot forvaltningen som sådan. Til lovgiver adresserer prinsippet retningslinjer «for utformingen av de fullmakter som gis til

¹²⁵⁶ Se 12.1 hvor bestemmelsen er sitert.

forvaltningen».¹²⁵⁷ Når prinsippet henvender seg til forvaltningen, er det med krav om at myndighetsutøvelsen til enhver tid skal være gjenstand for en fortløpende vurdering av om, og eventuelt på *hvilken måte* den tildelte kompetanse skal utøves.

Ordlyden «stå i forhold til» gir bud om avveining av interesser. I forarbeidene er normen for avveiningen formulert som følgende: «[S]kaden eller uleiligheten forbundet med inngrepet, [må ikke] stå i misforhold til det som ønskes oppnådd.»¹²⁵⁸

Vi ser her at forholdsmessighetsprinsippet har sin egenverdi som begrensende skranke for myndighetsutøvelsen. Som eksempel kan det vises til tilfeller hvor politiet opplever at en bilfører, som er mistenkt for kjøring i ruspåvirket tilstand, nekter å stanse på signal. Politiet forfølger bilen på en øde landevei og farten er høy. Politiet vurderer at tvangsmessig stans er det eneste alternative tiltaket som er egnet til å stanse kjøretøyet. Men da tiltaket utgjør en betydelig risiko for personene som er i bilen, og dermed står i et klart misforhold med det som ønskes oppnådd, må politiet avstå fra å bruke tiltaket.

Politiinstruksen § 3-1 første ledd nyanserer avveiningsnormen ved å presisere at prinsippet gjelder både ved «iverksettelse og gjennomføring av en tjenestehandling». Dette kan tas til inntekt for at avveiningen ikke kun omfatter en bedømmelse eller vektning av interessene som sådan, men også inkluderer valg av taktisk fremgangsmåte. Prinsippet gir dermed uttrykk for både en prosessuell og materiell dimensjon.¹²⁵⁹ Den prosessuelle dimensjonen legger vekt på *gjennomføringsmåten*, herunder politiets valg av *taktisk fremgangsmåte* inkludert tiltakets *karakter, styrke, retning, omfang og varighet*. Den materielle dimensjonen fokuserer på *konsekvensene* av tjenestehandlingen både for det offentlige, den handlingen rettes mot og eventuell tredjepersons interesser.¹²⁶⁰

Til veiledning nevner pl. § 6 andre ledd tre retningslinjer til bruk i forholdsmessighetsvurderingen: «situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og

¹²⁵⁷ Se Graver 2015 s. 129.

¹²⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt. 2.4.

¹²⁵⁹ Tilsvarende i svensk rett, se Boucht 2011 s. 267: «Man kan möjligen säga att proportionalitetskravet har både en materiell och en processuell dimension.»

¹²⁶⁰ Se Auglend/Mæland 2016 s. 639 for en nærmere redegjørelse av forholdsmessighetsprinsippet innhold.

omstendighetene for øvrig.» Politiinstruksen gir supplerende anvisninger idet bestemmelsen også viser til «tjenestehandlingens art». Slike retningslinjer er lite egnet til å gi konkret veiledning, og fremstår nærmest som intetsigende.¹²⁶¹

I teorien er det tatt til orde for at forholdsmessighetsprinsippet ikke oppstiller krav om fullstendig balanse mellom interessene. Innen forvaltningsretten kommer dette til uttrykk som et krav om «rimelig balanse mellom det mål som forfølges og de midler som blir brukt for å nå det.»¹²⁶² I politiretten fremhevet at situasjonsbestemte omstendigheter, som for eksempel tidspress og begrenset tilgang til informasjon, gjør at det ikke kan stilles krav om «minutiøs kalibrering mellom middel og mål.»¹²⁶³ Det gis med andre ord uttrykk for at det ikke kan oppstilles krav om «fullstendig likevekt» mellom mål og middel, et krav om «rimelig balanse» fremstår som akseptabelt.¹²⁶⁴ Fredriksen konkretiserer kravet om «rimelig balanse» ytterligere ved å gi uttrykk for at «[s]ituasjonen kan da godt være at den tyngende virkningen er noe større enn den nytten som oppnås, uten at inngrepet av den grunn er uforholdsmessig. Avviket må bare ikke bli 'urimelig' stort».¹²⁶⁵

Spørsmålet i denne sammenheng er om en slik tilnærming til det polisiære forholdsmessighetsprinsippet rettslig sett kan forsvares. For å svare på dette spørsmålet er det nødvendig å forankre drøftelsen i den grunnleggende forutsetning og utgangspunkt om at forholdsmessighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i det ønskede formålet, og ikke «det faktiske resultatet av tiltaket».¹²⁶⁶

Det er en rekke betenkeligheter forbundet med å gi det polisiære forholdsmessighetsprinsippet et innhold uttrykt gjennom krav om «rimelig balanse» og «avviket må bare ikke bli urimelig stort». For det første er det vanskelig å forankre en slik forståelse i lovens ordlyd, jf. «... stå i forhold til situasjonens alvor,

¹²⁶¹ Se Fredriksen 2015 s. 116.

¹²⁶² Se Graver 2015 s. 129.

¹²⁶³ Se Auglend 2016 s. 630.

¹²⁶⁴ Se Auglend 2016 s. 631 som finner støtte for en slik tilnærming i blant annet dansk politilov og tysk politirettsteori.

¹²⁶⁵ Se Fredriksen 2015 s. 114.

¹²⁶⁶ Se Nilsen/Nilstad s. 98 flg. for en nærmere redegjørelse av temaet.

tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig». (min utheving) Etter en alminnelig ordlydsfortolkning må *stå i forhold til* i denne sammenheng forstås som et krav om korrelasjon mellom mål og middel.¹²⁶⁷ Denne tilnærmingen støttes av forarbeidene som gir uttrykk for at: «skaden eller uleiligheten forbundet med inngrepet, ikke må stå i misforhold til det som ønskes oppnådd».¹²⁶⁸

For det andre vil en slik forståelse av forholdsmessighetsprinsippets innhold åpne for at politiet – i en proaktiv interesseavveining – kan planlegge og gjennomføre tiltak som fremstår som uproporsjonale, så lenge avviket ikke er urimelig stort.

Som tidligere nevnt uttrykker folkesuverenitetsprinsippet individets formelle frihet til å handle, tenke og ytre seg. Dette sammenholdt med at polisiære inngripener ikke krever at den som tjenestehandlingen retter seg mot har begått et lovbrudd, eller på annen måte krenket noens interesser, tilsier at politiet i sin skjønnsmessige vurdering av *om* det skal gripes inn, må kunne vise til tungtveiende samfunnsinteresser som begrunnelse for tiltaket. Tilsvarende, se Auglend 2016 s. 630.

Politi-loven § 7 første ledd, jf. andre ledd, jf. § 5 gir politiet fullmakt til å pålegge «nysgjerrige» tilskuere å forlate et sted hvor politiet frykter at det kan oppstå uroligheter. Når politiet vurderer å foreta inngripende tiltak i forebyggende øyemed, er det naturlig at individets friheter tillegges særlig verdi i en slik skjønnsvurdering.

For det tredje, en «lemping» av det polisiære forholdsmessighetskravet begrunnet i situasjonsbestemte omstendigheter som påvirker kvaliteten på interesseavveining, som for eksempel tidspress og begrenset tilgang til informasjon, synes svakt fundert. Politiets vekting av interesser vil alltid skje i et proaktivt perspektiv. Dette alene tilsier at det ikke er mulig å tilegne seg sikker kunnskap om de faktiske omstendigheter som er av betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Mulighetene vil begrenses ytterligere ved tidspress. Og omstendigheter som krever vektingen av interesser som representerer ulike mål, gjør situasjonen ytterligere krevende. Følgelig vil det være

¹²⁶⁷ Se www.ordbok.uib.no.

¹²⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) kap. III, pkt. 2.4.

vanskelig, ja tilnærmet umulig å skaffe seg et fullstendig og enhetlig bilde av hvilken effekt tjenestehandlingen vil ha på potensielt berørte interesser.

Etter min vurdering kan slike situasjonsbestemte omstendigheter ikke begrunne en tilnærming hvor kravet til offentlige interesser lempes på bekostning av den/de som er berørt av myndighetsutøvelsen. En slik praksis vil svekke prinsippets betydning som materielt vilkår for inngripende myndighetsutøvelse, noe som igjen vil gå på akkord med de verdier som prinsipper bygger på og er vokter av, nemlig vern mot myndighetsmisbruk gjennom å forebygge vilkårlighet.

I den grad situasjonsbestemte omstendigheter kan tillegges vekt, er det i to henseender. De kan for det første vektlegges i forhold til spørsmålet om kvalitative krav som kan stilles til informasjonsinnhentingprosessen som har som formål å avklare om polititjenestepersonen, under de rådende omstendigheter, foretok en kvalitativ og samvittighetsfull vurdering av om det konkrete tiltaket – som fremstod som nødvendig – også var forholdsmessig. Vurderingen må som tidligere påpekt ta utgangspunkt i det «ønskede formål med tiltaket» og ikke dets faktiske resultat. Og for det andre vil de situasjonsbestemte omstendighetene kunne tillegges betydning for hvilke prognosekrav/beviskrav som kan stilles til det faktum som danner grunnlag for vektingen.

En vurdering av om polititjenestepersonen har handlet i strid med krav til forsvarlig opptreden på et område, må ta utgangspunkt i hans personlige forutsetninger, jf. strl. § 23. Hans valg av handlemåte for å løse et tjenesteoppdrag, er et produkt av hvordan han «der og da» forholdt seg til omverden. Tilsvarende, se Grønning mfl. 2019 s. 112. Sml. Boucht 2018, punkt 2.2 som i sin behandling av det polisiære *farebegrepet* gir uttrykk for at: «Vurderingen av polisiær fare bør dermed i alle tilfeller utgå fra prognosetidspunktet slik at det avgjørende blir hvordan situasjonen fremstilte seg ved vurderingstidspunktet (*ex ante*).» Se også Andenæs 2016 s. 247 hvor det fremheves at «den handlendes individuelle egenskaper» er sentrale i en aktsomhetsvurdering.

Det innebærer at tjenestepersonens handling «speiler» hvordan han oppfattet situasjonen som dannet grunnlag for tjenestehandlingen, sammenholdt med kunnskapene han hadde (personlige forutsetninger) om hva som fremstod som nødvendig, herunder adekvat og tilstrekkelig tiltak for å løse situasjonen. Sml. Auglend 2016 s. 553 flg. Se også Boucht 2018 punkt 2.3 som legger til grunn et *normativt-subjektivt* vurderingsperspektiv som krav til polititjenestepersonen

vurdering av *fare*. Hvilket beviskrav som kan stilles til hans oppfatning av situasjonen (opptreden på et område) må fastlegges ut fra faktum, se Robberstad 2013, nærmere bestemt hans oppfattelse av faktum. Generelt om beviskrav i strafferetten, se Strandbakken 2003, kapittel 10. I situasjoner hvor tjenestepersonen handler under tidspress, vil både kvalitative krav til informasjonsinnhentingen og selve tjenesteutøvelsen, måtte lempes tilsvarende uten å gå akkord på forvaltningens ulovfestede prinsipp om «forsvarlig saksbehandling».

Med andre ord, situasjonsbestemte kriterier får kun betydning for definerer av normen for «god og riktig» myndighetsutøvelse. Dersom det faktiske resultatet av tjenestehandlingen ikke er proporsjonalt med tjenestehandlingens mål, kan dette forsvares så lenge det ønskede formål, i et proaktivt perspektiv, fremstod som proporsjonalt, og vurderingen som lå til grunn var forstandig. De situasjonsbestemte omstendighetene innrømmer politiet kun rom for feilvurderinger uten å lempe på kravet om en balansert forholdsmessighetsvurdering.¹²⁶⁹

Det er etter min vurdering kun én «utenforliggende» omstendighet som rettslig sett kan forsvare en «lempling» av forholdsmessighetsprinsippets krav om balanse mellom tiltakets formål og dets inngripende karakter, og dermed tillegges en egenvekt i forholdsmessighetsvurderingen. Det er statens interesser i at offentlig myndighetsutøvelse må kunne effektueres.

Effektivering av pålegg gitt i medhold av pl. § 5 er et illustrerende eksempel på at statens interesser i at myndighetsutøvelsen kan effektueres skal tillegges en egenvekt. Det følger av bestemmelsen at enhver plikter straks å rette seg etter de pålegg som politiet gir i medhold av politilovens kapittel II. Det er ikke uvanlig at politiet i forebyggende øyemed gir personer pålegg om å forlate et nærmere bestemt sted, grunnet frykt for at det skal oppstå omstendigheter som forstyrrer den offentlige ro og orden, jf. pl. § 7 første ledd nr. 1 og § 7 andre ledd. Effektivering av pålegget som ikke etterfølges, innebærer at politiet må fjerne vedkommende, jf. pl. § 7 andre ledd. Avhengig av hvilke faktuelle omstendigheter frykten for ordensforstyrrelser bygger på, vil politiets fysiske inngripen, i form av «fjerning», tenke seg å utgjøre et uforholdsmessig inngrep. Men når en tar i betraktning at en alminnelig lydighetsplikt,

¹²⁶⁹ Dette synes også å ha vært EMDs tilnærming i *Berlinski v. Poland* (avsnitt 62) hvor retten la vekt på at politiets handlingsrom ble påvirket av et uventet hendelsesforløp: «the applicants were arrested in the course of an operation giving rise to unexpected developments to which the police were called upon to react.»

jf. pl. § 5, er en sentral forutsetning for lovlydighet i samfunnet, ser en at effektivering av manglende oppfølging av pålegg utgjør en egenverdi som må hensyntas i en forholdsmessighetsvurdering.

12.4.2 Forholdsmessighetsprinsippet uttrykt i politilovgivningen

Det er fire tilnærminger som kan tenkes anvendt for å uttrykke krav om forholdsmessighet mellom tjenestehandlingens mål og middel, hvorav tre er anvendt i politilovgivningen.

Den første tilnærmingen, som ikke er anvendt i politilovgivningen, er å oppstille skjerpet krav til forholdsmessighet ved bruk av språklige forsterkninger. Som eksempel på bruk av språklige forsterkninger kan det vises til EMK artikkel 2 nr. 2 som gir uttrykk for at legitim berøvelse av liv forutsetter at maktbruken ikke går lenger enn «absolutely necessary».

En annen tilnærming er bruk av generelle vurderingskriterier som beskriver krav til forholdsmessighet. Som eksempel kan det vises til pl. § 6 andre ledd hvor det fremgår at tiltaket eller midlet «må [...] og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig».¹²⁷⁰ Her ser vi at forholdsmessighetsprinsippet er gitt en «defensiv utforming» ved å uttrykke hva «politiet ikke skal/kan».¹²⁷¹

Den tredje fremgangsmåte er å oppstille konkrete vurderingskriterier for bruk i forholdsmessighetsvurderingen. Som eksempel kan det vises til pl. § 6a som regulerer politiets adgang til å benytte kameraovervåking som politisiært tiltak. Det følger av bestemmelsens andre ledd at «[k]ameraovervåking kan bare benyttes dersom de hensyn som tilsier overvåking, overstiger hensynet til den registrertes personvern. Det skal

¹²⁷⁰ Se også *Instruks om bruk av enkelte typer maktmidler i politiet* hvor det i pkt. 1.1 er valg en tilsvarende tilnærming ved å angi et generelt forholdsmessighetskrav: «De maktmidler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens art og formål og omstendighetene for øvrig.»

¹²⁷¹ I pi. § 3-1 første ledd, som også gir uttrykk for et generelt krav om proporsjonalitet, er prinsippet gitt en «aktiv utforming» ved å angi «hva politiet kan»; «gripe inn på den måten og med de midler som er lovlige, og som finnes nødvendige og forholdsmessige i betraktning situasjonens alvor, tjenestehandlingens art og formål og omstendigheter for øvrig» (min utheving).

særlig legges vekt på hvordan overvåkingen skal skje, samt hva slags område som skal overvåkes.»

Den fjerde tilnærmingen er å betrakte formell lov, i den grad den hjemler inngripende tiltak, som uttrykk for en konkret forholdsmessighetsvurdering. Det forutsetter at lovteksten gir en tilstrekkelig presis angivelse av i hvilke situasjoner (situasjonskriterier) det polisiære midlet eller tiltaket kan anvendes. Når normeringene angir konkret hvilke tiltak som kan anvendes i nærmere bestemte situasjoner,¹²⁷² samt setter begrensninger i tiltakets varighet, kan det tas til inntekt for at «lovgever», i tilfeller hvor tiltaket er nødvendig, har satt grenser for hva som anses som forholdsmessig myndighetsutøvelse. Slike situasjonskriterier vil også utgjøre regelens materielle vilkår.

Straffeloven §§ 17 og 18, henholdsvis bestemmelsen om straffrihetsgrunnene *nødrett* og *nødverge*, kan anvendes som eksempler på normeringer som både angir situasjonsbestemte kriterier og foretar en gradering av krav til forholdsmessighet. Paragraf 17 skjerper kravet til forholdsmessighet mellom mål og middel ved å kreve at risikoen som søkes eliminert (målet) «er langt større» enn skaderisikoen ved den avvergende handling (midlet). Paragraf 18 markerer at den angrepnes interesser står betydelig sterkere enn angriperens ved å lempe kravet til forholdsmessighet.¹²⁷³

I hvilken grad slike normeringer evner å gi veiledning om krav til forholdsmessighet utover det generelle polisiære forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd, er avhengig av to faktorer. Den ene, som viser seg å by på minst utfordringer, er angivelsen av hvilke tiltak/maktmidler bestemmelsen søker å regulere. Som eksempel kan det vises til pl. §§ 7 a, 8 og 9 som konkret regulerer henholdsvis visitasjon, innbringelse og innsettelse i arrest som tiltak. Tilsvarende gjør seg gjeldende for Politidirektoratets rundskriv som har som formål å regulere bruken av spesifikke

¹²⁷² Vi ser her at denne tilnærmingen har klare paralleller til formålkravet, noe som er naturlig all den tid forholdsmessighetsvurderinger foretar en vektning av myndighetsutøvelsens mål og middel.

¹²⁷³ Om strf. § 18 krav til proporsjonal utøvelse av nødverge, se Grønning mfl. 2019 s. 456 flg.

maktmidler. Som eksempel kan det vises til *Instruks for bruk av enkelte typer maktmidler i politiet* som konkret retter sine normeringer mot bruken av blant annet *håndjern, slagvåpen, pepperspray og patruljehund*.¹²⁷⁴

Den andre faktoren knytter seg til den språklige utformingen av de ulike situasjonsbestemte kriterier for bruken av tiltaket/maktmidlet. Som den videre gjennomgang vil vise, preges sentrale politisære normeringer på dette området av stor variasjonsbredde.

12.4.3 Det politisære forholdsmessighetsprinsippet i lys av *lex certa*-kravet

12.4.3.1 Innledende betraktninger

På lik linje med formåls- og behovsprinsippet, har forholdsmessighetsprinsippet regelkarakter idet det uttrykker materielle vilkår som har som formål å regulere den inngripende politisære myndighetsutøvelsen.

Utøvelse av tildelt normeringskompetanse må skje innenfor rammene av fullmaksloven. I den grad utøvelsen av delegert normeringskompetanse går utover hjemmelslovens mandat, ved enten å innskrenke eller utvide rammene for tildelt myndighet, vil praksisen stride både mot lovgivers vilje og legalitetsprinsippets lovskrav. Når pl. § 29, jf. vedtak av 16. november 2000,¹²⁷⁵ delegerer myndighet til å «fastsette særinstrukser i medhold av politiloven § 9, med unntak av våpeninstruksen for politiet», stilles det et implisitt krav om at utøvelsen av delegert normeringskompetanse – som har som formål å regulere politiets inngripende myndighetsutøvelse – reflekterer legalitetsprinsippets *lex certa*-krav om tilstrekkelig klar og presis lovgivning. Det fordrer at normeringene gir presiserende direktiver om myndighetsutøvelsen slik at polititjenestepersonene og borgernes krav om forutberegnelighet ivaretas.

¹²⁷⁴ Se RPOD-2017-10 Instruks om bruk av enkelte typer maktmidler i politiet.

¹²⁷⁵ Se FOR-2000-11-16-1151 «Delegering til POD etter politiloven».

I den videre drøftelsen vil jeg se nærmere på sentrale polisiære normeringer for å undersøke om disse ivaretar legalitetsprinsippets *lex certa*-krav ved å gi presiserende direktiver om krav til proporsjonal myndighetsutøvelse utover hva som allerede kan utledes av det generelle forholdsmessighetsprinsipp, jf. pl. § 6 andre ledd. All den tid normeringene uttrykker konkrete situasjonsbestemte kriterier for myndighetsutøvelsen, må det kunne legges til grunn at ett av formålene nettopp er å angi graderte krav til proporsjonalitet mellom tjenestehandlingens mål og de midler som anvendes for å realisere dette målet. Fremstillingen vil ta utgangspunkt i maktpyramidens gradering av ulike maktmidler.¹²⁷⁶

12.4.3.2 Fysisk makt, herunder bruk av arrestasjonsteknikker¹²⁷⁷

Tjenestepersonens fysiske styrke er i utgangspunktet å anse som det mildeste fysiske maktmidlet.¹²⁷⁸ Dette til tross, er det flere eksempler på at politiets bruk av fysisk makt har hatt dødelig utgang.

Som eksempel kan det vises til et tilfelle hvor en 18 år gammel gutt døde etter å ha blitt pågrepet ved bruk av halsgrep. Bruken av halsgrep ble senere regulert i rundskriv G-72/91 av 21. mai 1991 og G-20/92 av 22. januar 1992. Et annet eksempel på bruk av fysisk makt med dødelig utgang er den såkalte Obiora-saken. Obiora ble i 2006 pågrepet av politiet i Trondheim. Under pågripelsen oppstod det et basketak hvor Obiora gjorde kraftig motstand med påfølgende fysiske anstrengelser. Pågripelsen ble utført ved at Obiora ble lagt i «mageleie» for å bli påsatt håndjern. Mageleiet hadde en negativ konsekvens for Obioras respirasjon med den følge at han senere døde. Politidirektoratet har som en konsekvens av erfaringene fra ovennevnte saker spesifikt regulert bruk av både halsgrep og mageleie i en egen instruks, se RPOD-2007-11 «Halsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv.»

Det faktum at bruk av fysisk makt, avhengig av hvilke teknikker som anvendes, kan ha dødelig utgang tilsier alene at det bør stilles særlig krav *om*, og kvalitative krav *til* den

¹²⁷⁶ Muntlige pålegg som inngripende tiltak behandles ikke da det som tiltak vanskelig kan utfordre forholdsmessighetsprinsippet.

¹²⁷⁷ Se Fredriksen/Spurkeland 2015. s. 256 hvor *arrestasjonsteknikker* anvendes som en «fellesbetegnelse på forskjellige former for bruk av *fysisk makt* med det siktemål å få kontroll over en person som skal pågripes, innbringes eller anholdes» (min utheving).

¹²⁷⁸ Nærmere om temaet, se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 259 flg. og Auglend mfl. 2004 s. 434 flg.

rettslige reguleringen. Et slikt krav har sikker rettslig forankring i statens plikt til å respektere og sikre grunnleggende menneskerettigheter, herunder retten til liv jf. GrL § 92, jf. § 93, sammenholdt med EMK artikkel 2. Krav *om* og *til* rettslig regulering vil skjerpes proporsjonalt med myndighetsutøvelsens potensiale til å krenke grunnleggende menneskerettigheter, herunder retten til livet. Dette standpunkt understøttes ytterligere av Sivilombudsmannens kritikk i Obiora-saken.

Sivilombudsmannen innledet, på eget initiativ, undersøkelse av saken med formål å undersøke politiets rutiner for maktbruk ved pågripelser, særlig bruk av magesele. Sivilombudsmannen konkluderte med at justis- og politimyndigheten ikke i tilstrekkelig grad hadde prioritert arbeidet med de «sikkerhetsmessige konsekvenser av politiets maktbruk», og karakteriserte mangelen som et brudd på de menneskerettighetsforpliktelsene Norge hadde påtatt seg. Se www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/ansvaret-for-politiets-maktbruk-i-forbindelse-med-pagripelser-saerlig-knyttet-til-bruken-av-magesele/.

For at den rettslige regulering av bruken av fysisk makt skal få sin tilsiktede virkning, fordrer det at angjeldende normeringer blant annet angir tilstrekkelig klare og presise situasjonsbestemte kriterier for bruken av makt(-middel). Disse situasjonsbestemte kriteriene, som også utgjør de materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelse, har som formål å synliggjøre graderte krav til proporsjonal myndighetsutøvelse avhengig av maktbruken/-middelets faktiske skadepotensiale.

Det følger av pl. § 6 fjerde ledd at «[p]olitiet kan anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig», og bestemmelsens andre og tredje ledd angir det generelle behovs- og forholdsmessighetsprinsippet. Felles for disse bestemmelsene er at de ikke oppstiller generelle situasjonsbestemte kriterier som gir veiledning i forholdsmessighetsvurderingen.

Som eksempel på et generelt forholdsmessighetsprinsipp som angir situasjonsbestemte kriterier til bruk i en interesseavveining, kan det vises til Finsk polislag § 3. Bestemmelsen foreskriver at «[p]olisens åtgärder ska kunna försvaras i förhållande till hur viktigt, farligt och brådskande dess uppdrag är, det mål som eftersträvas samt uppträdande, ålder, hälsa och andra motsvarande omständigheter som gäller den person som är föremål för åtgärden och övriga omständigheter som inverkar på helhetsbedömningen av situationen.»

Videre finner vi ingen bestemmelser i politiloven som, gjennom å oppstille konkrete situasjonskriterier, regulerer politiets adgang til å anvende makt.

Både Danmark og Sverige har, ved bruk av situasjonskriterier, valgt å konkret angi i hvilke situasjoner politiet har kompetanse til å anvende makt.

Av dansk politilov § 15 fremgår det at: «Politiet må anvende magt 1) med henblik på at forebygge og afværge fare for forstyrrelse af den offentlige fred og orden samt fare for enkeltpersoners eller den offentlige sikkerhed, 2) med henblik på at kontrollere, om nogen besidder eller bærer våben, 3) med henblik på at bringe strafbar virksomhed til ophør eller i forbindelse med efterforskning og forfølgning af strafbare forhold, 4) som led i bistand til andre myndigheder, 5) som led i udførelse af kontrol- og tilsynsopgaver samt 6) med henblik på at vurdere, om et barn eller en beruset, syg eller hjælpeløs person befinder sig i fare.»

Likeså foreskriver den svenske polislagen § 10 første ledd at: «En polisman får, i den mån andra medel är otillräckliga och det med hänsyn till omständigheterna är försvarligt, använda våld för att genomföra en tjänsteåtgärd, om 1. han möts med våld eller hot om våld, 2. någon som skall häktas, anhållas eller annars med laga stöd berövas friheten försöker undkomma eller polismannen annars möts av motstånd när han skall verkställa ett sådant frihetsberövande, 3. det är fråga om att avvärja en straffbelagd handling eller en fara för liv, hälsa eller värdefull egendom eller för omfattande skada i miljön, 4. polismannen med laga stöd skall avvisa eller avlägsna någon från ett visst område eller utrymme eller verkställa eller biträda vid kroppsvisitation, kroppsbesiktning eller annan liknande åtgärd, vid beslag eller annat omhändertagande av egendom eller vid sådan husrannsakan som avses i rättegångsbalken, 5. polismannen med laga stöd skall stoppa ett fordon eller annat transportmedel eller skall kontrollera ett fordon eller ett fordons last, 6. polismannen annars med laga stöd har att bereda sig tillträde till, avspärra, tillstänga eller utrymma byggnad, rum eller område, biträda någon i myndighetsutövning med en sådan eller någon liknande åtgärd eller vid exekutiv förrättning enligt vad som är föreskrivet därom, eller 7 åtgärden i annat fall är oundgängligen nödvändig för den allmänna ordningens eller säkerhetens upprätthållande och det är uppenbart att den inte kan genomföras utan våld.»

Av polisiære normeringer er det kun Politidirektoratets rundskriv om «[h]alsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv.»¹²⁷⁹ som foreskriver situasjonsbestemte kriterier for bruk av fysisk makt.¹²⁸⁰

Hvorfor instruksen, slik overskriften bebuder, kun omhandler disse to arrestasjonsteknikker, vites ikke. En trolig årsaksforklaring er at politiet har erfart at bruken av nettopp disse to teknikker har ført til at den anholdte har avgått med døden. «Lovgivers» valg av tilnærming hva angår rettslig regulering av politiets kompetanse til å anvende fysisk makt gir grunn til undring og reiser flere spørsmål enn den gir svar. Kan tilnærmingen tas til inntekt for at alle andre tenkelige fysiske teknikker er tillatt å bruke? Denne og liknende problemstillinger blir ikke fulgt opp i denne sammenheng.

I rundskrivets punkt 2 har Politidirektoratet søkt å begrense bruken av halsgrep ved å angi at det «kun skal benyttes i nødverge». I tråd med dette omtales *halsgrep* i Politihøgskolens undervisning i arrestasjonsteknikker som *nødvergeteknikker*.¹²⁸¹

Situasjonskriteriet *nødverge* som vilkår for bruk av arrestasjonsteknikker, som har et stort skadepotensial, er betenkelig av to grunner. For det første gir ikke *nødverge* noen presis angivelse av når teknikkene kan anvendes. Ifølge strl. § 18 første ledd, jf. formuleringen «for å avverge et ulovlig angrep», kan det anvendes nødverge mot enhver handling som krenker interesser som rettsorden verner om.¹²⁸² Da bestemmelsen også gjelder ved lovlige pågripelser, jf. andre ledd, kan bestemmelsen påberopes som hjemmelsgrunnlag i ethvert tilfelle hvor politiet pågriper noen for å ha utført en straffesanksjonert handling.

Når en sammenholder strl. § 18 med rundskrivets regulering av bruken av halsgrep, avtegner det seg et bilde av en rettslig regulering som åpner for bruk av halsgrep ved enhver lovlig pågripelse. Utover å konstatere at et slikt tolkningsresultat strider mot pl. § 6 generelle krav om proporsjonal myndighetsutøvelse, gir normeringen liten

¹²⁷⁹ Se RPOD-2007-11 «Halsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv.»

¹²⁸⁰ Politiinstruksens pi. § 5-2 første til tredje ledds inneholder riktignok en formålsbestemmelse hvor det stilles generelle krav om at polititjenestepersonen blant annet må opptre «med den ro og beherskelse som situasjonen krever» og at han ikke «må la seg provosere».

¹²⁸¹ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 256 flg.

¹²⁸² Nærmere om temaet nødverge, se Grønning mfl. 2019 s. 445 flg. og Eskeland 2017 s. 261 flg.

veiledning om når teknikken kan anvendes.¹²⁸³ For det andre legger rundskrivet sammenholdt med strl. § 18 i realiteten til grunn et lempet krav om proporsjonal myndighetsutøvelse da bruken av *halsgrep* og andre «nødvergeteknikker» kun vil være illegitim i den grad bruken «går åpenbart ut over hva som er forsvarlig ...»¹²⁸⁴

Vi har da en situasjon hvor bruken av fysisk makt ikke er nærmere regulert utover hva som kan utledes av det generelle formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6. Politidirektoratets rundskriv, som har hatt til formål å gi «presiserende» direktiver om bruken av nærmere angitte arrestasjonsteknikker som beviselig kan ha meget alvorlige konsekvenser for individet, lemper i realiteten på forholdsmessighetskravet ved å åpne for bruk av teknikkene utover hva som kan utledes av pl. § 6 andre ledd. Det er derfor mye som taler for at normeringen samlet sett ikke oppfyller legalitetsprinsippet *lex certa*-krav da den ikke gir tilstrekkelig veiledning om de rettslige skranker for bruk av arrestasjonsteknikker som har et stort skadepotensial.

Så lenge nødvergebestemmelsen, jf. strl. § 18 også kan påberopes som hjemmel for politisær inngripende myndighetsutøvelse, suspenderer den i realiteten de politisære grunnprinsippene, jf. pl. § 6.¹²⁸⁵

12.4.3.3 Håndjern, slagvåpen, pepperspray og patruljehund

Bruken av håndjern (bendsel), slagvåpen, pepperspray og patruljehund er regulert i eget rundskriv (heretter omtalt som *maktmiddeleinstruksen*).¹²⁸⁶ Ifølge instruksens punkt 1.1 er et av dens formål å «bidra til en ensartet praksis i politiet». Normeringer som bidrar til ensartet myndighetsutøvelse er ikke bare en forutsetning for rettslikhet, men fremmer også legalitetsprinsippet *klarhetskrav*, noe som igjen bidrar til å styrke

¹²⁸³ Som påpekt av Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 257 burde normeringer som regulerer bruk av halsgrep og andre ekstraordinære teknikker klart gi til kjenne at de lovlig kun kan anvendes i ekstraordinære situasjoner, herunder for å ivareta liv og helse.

¹²⁸⁴ Strl. § 18 – nødverge – som politisær kompetansenorm behandles nærmere i kapittel 13.

¹²⁸⁵ Dette temaet vil bli nærmere behandlet i kapittel 13.

¹²⁸⁶ Se Politidirektoratets rundskriv, RPOD-2017-10. Instruks om bruk av enkelte maktmidler i politiet.

individets rett til å kunne forutberegne sin rettslige posisjon. Når det er sagt synes maktmiddelinstruksen å bryte med egen formålsparagraf idet den delegerer til *politisjef* å gi «utfyllende retningslinjer som skal sikre at relevant regelverk og denne instruksen overholdes». ¹²⁸⁷

Det er vanskelig å se de legislative grunner for å gi politisjefer en slik normeringskompetanse all den tid utøvelse av makt, herunder bruk av maktmidler ikke åpner for «lokal tilpassing» da myndighetsutøvelsen må kunne betegnes som «likeartet virksomhetsutøvelse». Lokalt utformede «retningslinjer» bidrar ikke til å etablere enhetlige normeringer, eller felles forståelse for normeringens innhold. Lokalt utformede retningslinjer for bruk av makt og maktmidler i politiet, vil derfor utfordre lex certa-kravet. ¹²⁸⁸ Det innebærer at ordningen ikke bidrar til å fremme polititjenestepersonene og borgerne behov for å forutberegne sin rettsstilling. Ordningen vil dessuten kunne føre til at muligheten for rettslig kontroll med myndighetsutøvelsen svekkes, samtidig som individets rettsstilling blir usikker. Videre vil det bli vanskelig å gjennomføre kravet om likebehandling, med dertil større fare for myndighetsmisbruk. ¹²⁸⁹

Som normering, hvis formål er å gi direktiver «innad og nedad» i politietaten, er maktmiddelinstruksen også beheftet med flere betenkeligheter når det gjelder dens evne til å gi presiserende direktiver om krav til proporsjonal myndighetsutøvelse utover hva som allerede kan utledes av det generelle forholdsmessighetsprinsipp, jf. pl. § 6 andre ledd. Initialt er det å bemerke at instruksens, sammenholdt med pl. § 6 andre ledds generelle krav om forholdsmessig myndighetsutøvelse, synes å foreskrive en fire-trinns forholdsmessighetsvurdering. Det første trinn kommer til uttrykk ved at instruksens i punkt 1.1 spesifikt viser til pl. § 6. Derrest fremheves pi. §§ 3-1 og 3-2s angivelse av krav til forholdsmessighet. Videre foreskriver instruksens at det særskilte maktmidlet

¹²⁸⁷ *Politisjef* er i instruksens punkt 1.3 definert som politimester, visepolitimester og annen fast stedfortreder, Sysselmannen på Svalbard og assisterende sysselmann, Sjef og assisterende sjef for PST, samt Sjef og assisterende sjef for politiets særorgan.

¹²⁸⁸ Om lex certa-kravet i en politisjer kontekst, se 5.7.

¹²⁸⁹ Se Graver 2015 s. 81 flg.

kan anvendes når «bruken fremstår som forholdsmessig». Det fjerde trinnet uttrykkes ved at instruksens tilkjenne gir spesifikke situasjonskrav for bruken av maktmidlene.

Som påpekt ovenfor vil kvalitative krav til utforming av normeringer som gir kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse fremme lex certa-kravet ved å bidra til å forebygge flertydighet og vaghet, og derigjennom ivareta forutberegnelighetskravet. Som tidligere påpekt vil legalitetsprinsippets kvalitative krav til utforming av normeringer, som regulerer inngripende myndighetsutøvelse, øke proporsjonalt med tiltakets inngripende karakter. I så måte synes valg av tilnærming, basert på en fire-trinns angivelse av krav til forholdsmessig myndighetsutøvelse, som lite egnet til å fremme lex certa-kravet.

Det gjenstår å undersøke om instruksens angivelse av spesifikke situasjonskrav for bruken av maktmidlene, evner å gi presiserende direktiver om proporsjonal maktbruk. Instruksens oppbygging, ved at den behandler maktmidlene i følgende rekkefølge; håndjern, slagvåpen, pepperspray og patruljehund, kan tas inntekt for en intern gradering av maktmidlene basert på dets skadepotensiale. Tross dette er det innledningsvis verd å merke seg at instruksens angivelse av situasjonsbestemte krav for bruk av maktmidlene, fremstår som mer abstrakt og vag, desto større skadepotensiale maktmidlet har.

Bruken av *håndjern* (og annet bendsel) er regulert i maktmiddelinstruksens punkt 2.3 andre og tredje avsnitt,¹²⁹⁰ som har følgende ordlyd:

¹²⁹⁰ Se pi. § 3-2 tredje ledd som også regulerer bruken av håndjern. Utover å gjengi politiinstruksens regler, uttrykker maktmiddelinstruksens i liten grad et selvstendig innhold.

«Bruk av håndjern og annet bændsel er særskilt regulert i politiinstruksen § 3-2 tredje ledd. Det fremgår her at slikt utstyr kan benyttes på person som truer med eller som utøver vold under pågrepelse eller under transport, eller der forholdene gir grunn til å frykte at personen i en slik situasjon vil kunne utøve vold eller flykte. Med pågrepelse forstås i denne sammenheng også anholdelse og innbringelse. Med vold forstås i denne sammenheng også skade på eiendom og løsøre. Det fremgår for øvrig av politiinstruksen § 11-3 at det bør brukes transportjern eller håndjern når det foreligger fluktfare under transport.

Videre følger det av § 3-2 tredje ledd at håndjern eller annet bændsel også kan benyttes på person som forsøker å skade seg selv, og ellers for å hindre bevisforspillelse. Det samme må gjelde der hvor forholdene gir grunn til å frykte at personen vil forsøke å skade seg selv eller forspille bevis.»

Håndjern har som formål å passivisere individet, i de konkrete situasjoner som instruksen foreskriver. Videre kan håndjern anvendes i forebyggende øyemed, jf. formuleringen «truer med eller utøver vold», eller «forholdene gir grunn til å frykte ...» Prognosekravet «grunn til å frykte» er innarbeidet i politilovgivningen, jf. blant annet pl. § 7 første ledd nr. 1, og foreskriver at risikoen må være «konkret og nærliggende».¹²⁹¹ Dette sammenholdt med at instruksen oppstiller spesifikke situasjonsbestemte vilkår for bruken av håndjern, bidrar til at maktmiddelinstruksens regulering av adgangen til å anvende håndjern ivaretar legalitetsprinsippet lex certa-krav.

Regulering av bruken av *slagvåpen* og *OC-pepperspray* er underkastet likelydende tekst, henholdsvis i instruksens punkt 3.3 og 4.3. Punkt 3.3 tredje avsnitt, har følgende ordlyd:

«Slagvåpen kan benyttes i faresituasjoner, eller når en tjenestehandling ellers ikke kan gjennomføres uten at tjenesteperson eller andre personer utsettes for fare eller skade, når bruken fremstår som nødvendig, forholdsmessig og forsvarlig, og når lempeligere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige eller forgjeves har vært forsøkt.» (min utheving).

¹²⁹¹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) s. 61. Se også Auglend/Mæland 2016 s. 746 hvor prognosekravet er beskrevet som et krav om «konkret og noenlunde nært forestående» fare, og Borgarting lagmannsretts dom, LB-2005-42222.

Instruksens angivelse av situasjonskriterier synes å bygge på en trinnvis eskalering, fra den mer abstrakte risiko, jf. «faresituasjoner», til den mer konkrete risiko, jf. «utsettes for fare», til situasjoner hvor risikoen har materialisert seg ved at noen «utsettes for skade». Isolert sett uttrykker «faresituasjoner» et flertydig innhold, noe som gjør det vanskelig å avklare kriteriets reelle innhold ut fra en tolking basert på alminnelig språkbruk.¹²⁹² Maktmiddelinstruksens alternative situasjonskriterium, at «tjenestehandlingen ellers ikke kan gjennomføres uten at tjenestepersonen eller andre utsettes for fare eller skade», utgjør i liten grad et avklarende tolkningsbidrag. Formuleringen «uten at tjenestepersonen eller andre utsettes for skade» utgjør et selvstendig kriterium da det hjemler bruk av maktmidlene i situasjoner hvor «faresituasjonen» har materialisert seg ved at noen «utsettes for skade».

Formuleringen «utsettes for fare» synes å falle innenfor formuleringen «faresituasjoner» samtidig som den også utgjør et selvstendig kriterium for bruk av maktmidlene ved å kun gjelde i tilfeller hvor risikoen er rettet mot individet, jf. formuleringen «tjenestepersonen eller andre».

Videre inneholder situasjonskriteriet et prognosekrav, jf. formuleringen «utsettes for» som foreskriver en mer konkret og nærliggende risiko enn «grunn til å frykte», jf. instruksens punkt 2.3.

Vi har da en situasjon hvor den rettslige reguleringen av bruken av slagvåpen og pepperspray er gitt et flertydig innhold, jf. formuleringen «faresituasjoner». Da maktmidlene kan anvendes i preventivt øyemed er det uheldig at bestemmelsen ikke gir uttrykk for prognosekrav som konkretiserer faresituasjonen nærmere. Når en sammenholder situasjonskriteiet «faresituasjoner» med reguleringen av bruk av håndjern, jf. formuleringen «truer med eller utøver vold», gir instruksens uttrykk for

¹²⁹² Nærmere om presiserende tolkning, se Mæhle/Aarli s. 217 flg.

større rom for bruk av slagvåpen og pepperspray enn hva tilfellet er for bruken av håndjern, noe som åpenbart ikke kan ha vært «lovgivers» intensjon.

Det er derfor grunnlag for å hevde at maktmiddelinstruksens regulering av maktmidlene slagvåpen og pepperspray, ved bruk av situasjonskriteriet «faresituasjon», ikke ivaretar legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.

Bruken av *patruljehund* som maktmiddel er nærmere regulert i maktmiddelinstruksens punkt 5.3. Bestemmelsens andre avsnitt har følgende ordlyd:

«Patruljehund kan brukes som maktmiddel for å redde liv, begrense skade på person eller eiendom, sikre bevis, anholde/pågripe/innbringe personer, og ivareta politiets ansvar for beskyttelse av offentlig orden eller samfunnsinteresser, når lempeligere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige eller forgjeves har vært forsøkt.»

Ifølge punkt 5.3 første avsnitt sikter «bruken av patroljehund» til «situasjoner hvor patroljehunden brukes aktivt [...] for å sikre kontroll over person, samt i situasjoner hvor hunden på eget initiativ forsvarer hundeføreren eller seg selv mot angrep fra andre.» Med dette foreskriver instruksens i hvilke situasjoner en patroljehund kan «sendes i angrep» for å nøytralisere en person. Patroljehund må derfor anses som det skarpeste maktmidlet, sammenliknet med de øvrige maktmidler instruksens regulerer.

Ved første øyekast fremstår instruksens regulering av bruk av patroljehund som tilstrekkelig klar og presis da den oppstiller konkrete situasjonskriterier for når maktmidlet kan anvendes. Under forutsetning av at behovsprinsippet er ivarettatt, kan patroljehund, jf. andre avsnitt, brukes som maktmiddel for å «redde liv, begrense skade på person eller eiendom, sikre bevis, anholde/pågripe/innbringe personer, og ivareta politiets ansvar for beskyttelse av offentlig orden eller samfunnsinteresser».

Bruk av formuleringer som «redde liv» er i seg selv uheldig. Forankret i det generelle forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledd er det åpenbart at patroljehund også kan anvendes for å verne om andre og langt mindre alvorlige integritetskrenkelses enn kun å verne om livet. Videre er situasjonskriteriet «begrense skade på person» både isolert sett, og sett i sammenheng med «redde liv», lite presist. Vi kan dermed

konstatere at instruksens regulering av bruken av patruljehund, for å verne om integritetskrenkninger, er flertydig. Et forsøk på å etablere en tilstrekkelig klar og tydelig rettsregel som gir anvisning om når det er legitimt å anvende politihund – ved å sammenholde instruksens normering av bruken av ulike maktmidler for å verne om integritetskrenkninger – fremstår også som fånyttet. Mens håndjern kan anvendes når noen «truer med eller utøver vold ...», og slagvåpen og pepperspray er bestemt for bruk når tjenestepersoner eller andre «utsettes for fare eller skade», kan patruljehund anvendes for å «redde liv» og for å «begrense skade på person». Det kan også nevnes at pl. § 6 b og vi. § 4-3 foreskriver at politiet kan anvende skytevåpen for å hindre alvorlig personskade.

Videre synes instruksens beskrivelse av situasjonskriterier for bruk av patruljehund, å lempe på pl. § 6 andre ledds generelle forholdsmessighetsprinsipp idet den konkret angir at patruljehund også kan «brukes som maktmiddel for å [...] anholde og innbringe personer». Anholdelse er et polisiært tiltak, jf. pl. § 7 andre ledd, og er ment anvendt i situasjoner som er nærmere beskrevet i bestemmelsens første ledd. Det innebærer at tiltakene som er beskrevet i bestemmelsens andre ledd, inklusiv *anholdelse*, kan anvendes i situasjoner hvor det ennå ikke foreligger noen faktisk og fullbyrdet ordenskrengelse eller lovbrudd.¹²⁹³ Det vil i de fleste situasjoner, hvor det foreligger fare for ordenskrengelse eller lovbrudd, åpenbart fremstå som uforholdsmessig å anvende patruljehund som maktmiddel for å effektivere en *anholdelse*, eller for den saks skyld en *innbringelse*.

Politolovgivningens ulike tilnærminger til hvordan krav om forholdsmessig myndighetsutøvelse uttrykkes, gjør det utfordrende å anvende instruksens argumentasjonsressurs ved fastsettelse av eventuelle graderte krav til forholdsmessig myndighetsutøvelse hvor kravet skjerpes proporsjonalt med maktmidlets inngripende karakter.

¹²⁹³ Se Auglend og Mæland 2016 s. 746.

Med unntak av våpeninstruksen, uttrykker de fleste av politiets internrettslige normeringer som regulerer bruken av makt og maktmidler, krav om forholdsmessig myndighetsutøvelse ved å henvise til krav om «forholdsmessighet i medhold av politiloven § 6 ...»¹²⁹⁴

Når en sammenholder vår nasjonale normering av politiets adgang til å anvende henholdsvis slagvåpen og patruljehund med regulering av tilsvarende maktmidler i dansk lovgivning, etterlates det et inntrykk av at en i danske myndigheter har vært mer bevisst legalitetsprinsippets *lex certa*-krav ved utforming av situasjonskriteriene for bruk av maktmidlene. Dette gjelder både kriterienes betydning som angivelse av materielle vilkår for bruken av maktmidlet og som kriterier for forholdsmessighetsvurderingen. I Danmark er politiets bruk av slagvåpen (stav) og patruljehund uttømmende regulert i dansk politilov § 18 og § 19 som med ett unntak har likelydende ordlyd.¹²⁹⁵ Paragraf 18 har følgende ordlyd:¹²⁹⁶

«Stav må kun anvendes med henblik på

1. at afværge et påbegyndt eller overhængende angreb på person,
2. at afværge overhængende fare i øvrigt for personers liv eller helbred,
3. at afværge et påbegyndt eller overhængende angreb på samfundsvigtige institutioner, virksomheder eller anlæg,
4. at afværge et påbegyndt eller overhængende angreb på ejendom,
5. at sikre gennemførelse af tjenestehandlinger, mod hvilke der gøres aktiv modstand, eller
6. at sikre gennemførelse af tjenestehandlinger, mod hvilke der gøres passiv modstand, såfremt tjenestehandlingens gennemførelse skønnes uopsættelig og anden og mindre indgribende magtanvendelse skønnes åbenbart uegnet.»

¹²⁹⁴ Se blant annet *Instruks om bruk av enkelte typer maktmidler i politiet*, pkt. 2.3, 3.3 og 4.3. Som en kuriositet nevner ikke pkt. 5.3, som omhandler bruk av patruljehund som maktmiddel, krav om forholdsmessighet. Tilsvarende, se *arrestinstruksen* pkt. 15.1.

¹²⁹⁵ Jf. dansk Karnov-kommentar til bestemmelsen.

¹²⁹⁶ § 19, som regulerer bruken av patruljehund, inneholder i tillegg et punkt som tillater bruk av patruljehund for «at sikre pågribelse af personer», jf. nr. 5).

Når bestemmelsene gjennomgående bruker formuleringer som at stav og patruljehund kun må anvendes for «at avværge overhengende fare ...» eller «overhengende angreb ...», og «at sikre gjennomførelse af tjenestehandlinger ...» evner lovgivningen å kommunisere situasjonskriterier som med tilstrekkelig presisjon gir veiledning for bruk både i en forholdsmessighetsvurdering, og ved avgjørelse av om det i en konkret situasjon er legitimt å bruke maktmidlet.

12.4.3.4 Skytevåpen

Formålet med dette punkt er å undersøke om pl. § 6 b og våpeninstruksen regulering av politiets adgang til å bruke skytevåpen ivaretar legalitetsprinsippet lex certa-krav ved å gi presiserende direktiver om proporsjonal myndighetsutøvelse, utover hva som allerede kan utledes av det generelle forholdsmessighetsprinsipp, jf. pl. § 6 andre ledd.

Fremstillingen har ikke som siktemål å gi en fullstendig behandling av den rettslige regulering av skytevåpen som maktmiddel, men vil konsentreres rundt pl. § 6 b og vi. § 4-3 første ledd som oppstiller materielle vilkår for politiets *bruk av skytevåpen*.

Politi-loven § 6 b og vi. § 4-3 første ledd har likelydende ordlyd og foreskriver at skytevåpen kan «bare brukes ... i situasjoner hvor»:

- «a) tjenestepersonen selv eller andre trues med eller utsettes for en grov voldshandling eller annen grov integritetskrenkelse, og bruk av våpen fremstår som nødvendig for å hindre tap av menneskeliv eller alvorlig personskade, eller*
- b) det anses påkrevd å pågripe eller stanse person som er domfelt eller med stor grad av sikkerhet mistenkes for drap, andre grove voldshandlinger eller forsøk på slike voldsforbrytelser, eller av personer som av andre grunner anses som særlig farlige for menneskers liv eller helse, Norges selvstendighet, eller som alvorlig truer grunnleggende nasjonale interesser.»*

Fremstillingen vil fokuseres rundt bestemmelsens bokstav a), omtalt som «nødvergebestemmelsen». Bokstav b), omtalt som «pågrepelsesbestemmelsen»,¹²⁹⁷ vies i denne omgang ingen særskilt oppmerksomhet. Bestemmelsen i bokstav b) regulerer i det vesentlige situasjoner hvor det er adgang til å anvende skytevåpen for å pågripe personer som er domfelt eller mistenkt for å ha utført slik adferd som reguleres av bestemmelsen i bokstav a).¹²⁹⁸

I kapittel 10 stilte jeg meg kritisk til ivaretagelsen av politilovgivningens demokratiske legitimitet. Lovfesting av generalfullmakten som hjemmelsgrunnlag for politiets inngripende politisjære myndighetsutøvelse var i realiteten en kodifisering av politiets bransjepraksis. Videre påpekte jeg at sentrale materielle vilkår for inngripende myndighetsutøvelse ble tolket i en fagkontekst. Dette, sammenholdt med fravær av reell domstolskontroll, bidrar til at det etableres en bransjedefinert forståelse av «lovgivers vilje». Ustrakt delegering av normeringskompetanse til politiet har ytterligere forsterket dette inntrykket.

I så måte representerer den rettslige regulering av politiets bruk av skytevåpen ikke noe unntak. Som tidligere påpekt i 4.3.3.4, var formålet med ny pl. § 6 b å lovforankre materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen, uten å endre gjeldende rettstilstand. Lovforankringen ble gjennomført ved at ordlyden i *vi.* § 4-3 ble kopiert over i ny pl. § 6. Videre avstod departementet fra å gi en nærmere redegjørelse om bestemmelsens innhold, men valgte å vise til *Bevæpningsutvalgets* noe summariske fremstilling som synes å bygge på rapport fra *Arbeidsgruppen for vurdering av behov for å endre eller supplere gjeldende våpeninstruks i politiet*. Politloven § 6 b fremstår dermed som en lovteknisk lovforankring av *vi.* § 4-3, og har karakter av kodifisering av bransjepraksis. Dette inntrykket forsterkes som følge av fraværet av en *veileder* som formidler de legislative hensyn og formål som våpeninstruksen av 2015 bygger på. Det er dermed

¹²⁹⁷ Se NOU 2017: 9, vedlegg 2 punkt 1.6 merknader til *vi.* § 4-3. Se også www.lovdato.no, kommentar til § 4-3.

¹²⁹⁸ Se arbeidsgruppens utkast til ny våpeninstruks 2013, punkt 6.6.1 hvor det anlegges felles drøftelse av bestemmelsene i bokstav a) og b) ved å stille spørsmål om «hvilke personkrenkelser som er så alvorlige at de kan berettige at politiet brukes potensielt dødelig makt for å avverge eller stanse utførelsen av handlingen, eller anholde personen som er dømt eller med styrke mistenkt for å ha utført den.»

etablert en situasjon hvor rapporten fra *Arbeidsgruppen for vurdering av behov for å endre eller supplere gjeldende våpeninstruks i politiet*, i praksis blir brukt som veileder. Det bør også tas i betraktning at samtlige av arbeidsgruppens medlemmer har en tilknytning til politiet. Det foreligger dermed en fare for at rapportens anbefalinger og rettslige vurderinger er formet ensidig i et polisiært perspektiv. Rapporten og utkast til ny våpeninstruks kan dermed etterlate et inntrykk av at den «er laget av politiet, for politiet».¹²⁹⁹

Arbeidsgruppen tar i rapportens punkt. 6.7.3 til orde for at *vi*. § 4-3 første ledd bokstav b), jf. formuleringen: «særlig farlig for mennesker liv og helse», hjemler politiets bruk av skytevåpen for å pågripe og hindre at personer som er involvert i alvorlig narkotikakriminalitet flykter. Har lovgiver gitt sin tilslutning til en slik forståelse?

Våpeninstruksen inneholder ingen bestemmelser som på generelt grunnlag uttrykker forholdsmessighetsprinsippet, eller gradert krav om proporsjonal myndighetsutøvelse ved bruk av skytevåpen. Imidlertid er situasjonskriteriene i § 4-3 første ledd ment å konkretisere og normere «det generelle forholdsmessighetsprinsippet i ‘politiloven § 6 andre ledd’».¹³⁰⁰ Vedtakelse av ny pl. § 6 b endrer ikke dette syn og forarbeidene til bestemmelsen berører ikke temaet.

Det kan derfor synes som om «lovgiver» har valgt det som ovenfor er omtalt som den «fjerde tilnærmingen», hvor krav til forholdsmessighet mellom tjenestehandlings mål (pågripe trusselutøveren) og middel (bruk av skytevåpen) må utledes av normens materielle vilkår. Politiloven § 6 b og *vi*. § 4-3 ivaretar med dette to funksjoner, og i begge tilfeller må kravet om tilstrekkelig presis og klar lovgivning, jf. *lex certa*-kravet, ivaretas.

¹²⁹⁹ Se Myhrer 2005 s. 31 som påpeker at i forhold til våpeninstruksen av 1989 bidrar den ikke i tilstrekkelig grad med å fremme et av legalitetsprinsippets bærende hensyn – kravet om demokratisk kontroll. Da våpeninstruksen forvaltes av forvaltningen bidrar den ikke i tilstrekkelig grad med demokratisk kontroll mht. om adgangen til bruk av skytevåpen utvides ved endring. Disse betraktninger gjør seg også gjeldende i tilknytning til våpeninstruksen av 2015.

¹³⁰⁰ Se Myhrer 2005 s. 71 og 72 som i forhold til våpeninstruksen av 1989 gir uttrykk for at §§ 16 og 19-21 stiller konkretiserte krav til forholdsmessighet. Se også Myhrer 2020 s. 138 (om våpeninstruksen av 2015) hvor situasjonskriteriet «grov voldshandling eller annet grov integritetskrenkelse» nevnes.

I mangel av andre autoritative kilder – herunder en *veileder* som gir anvisning om hvordan bestemmelsene skal forstås, samt fravær av domstolskontroll med myndighetsutøvelsen – er man i praksis avhengig av at pl. § 6 b og våpeninstruksens materielle vilkår for bruk av skytevåpen alene gir en tilstrekkelig klar og presis angivelse av situasjonskriterier som danner grunnlaget for vurderingen av om bruken av skytevåpen, i en konkret situasjon, fremstår som forholdsmessig.¹³⁰¹

Det sentrale spørsmål blir dermed om pl. § 6 b alene, eller sammenholdt med våpeninstruksen gir tilstrekkelig presis veiledning om når det er legitimt for politiet å bruke skytevåpen.

Ved en nærmere gjennomgang av vilkårene for politiets bruk av skytevåpen, er det naturlig først å avklare hva som menes med «bruk av skytevåpen», jf. pl. § 6 b og *vi.* § 4-3 første ledds formulering «[s]kytevåpen kan bare brukes ...» Det er på det rene at *bruk* av skytevåpen omfatter avfyring av målrettet skudd og varselskudd. Spørsmålet er om formuleringen også inkluderer situasjoner hvor politiet retter skytevåpenet mot en person samtidig som det formidles en advarsel om at skytevåpen vil bli brukt (trussel om bruk av skytevåpen) dersom han ikke følger nærmere angitte pålegg, jf. *vi.* § 4-2 første ledd bokstav a) og b).

For den enkelte polititjenesteperson har spørsmålet stor aktualitet, idet utfallet av vurderingen har direkte betydning ved avgjørelse av om handlingen er legitim da politiets trussel om bruk av skytevåpen isolert sett utgjør et inngrep, og følgelig krever grunnlag i lov, jf. GrL. § 113.

Politi-loven § 6 b og *vi.* § 4-3 gir ikke direkte svar på spørsmålet. Arbeidsgruppen som utarbeidet forslag til ny våpeninstruks for politiet drøftet temaet og fant at det ikke var behov for en slik definisjon.¹³⁰² Den nærmere begrunnelse for avgjørelsen var at det ikke er «... praktisk mulig å utforme en bestemmelse som tilstrekkelig presist angir når

¹³⁰¹ Se *utkast til ny våpeninstruks for politiet*, punkt 5.2.4 hvor dette kommer til uttrykk: «Slik arbeidsgruppen ser det, er det ikke hensiktsmessig å gjenta de generelle normene i politi-loven § 6 i våpeninstruksen. Instruksen bør derimot inneholde bestemmelser som særlig i forhold til bruk av skytevåpen skjerper eller konkretiserer kravene som følger av de politisære grunnprinsippene.»

¹³⁰² Se *utkast til ny våpeninstruks for politiet*, punkt 6.3.

det er anledning til å true med skytevåpen.» Imidlertid fremmet arbeidsgruppen noen generelle betraktninger om når det vil være adgang til å true med skytevåpen:

«Når det vil være adgang til å true med skytevåpen, reguleres av at det for det første må være en situasjon hvor det er anledning til å bevæpne seg. Dernest må situasjonen ha konkretisert seg i form av en av de farer hvor bruk av skytevåpen kan anses som berettiget og forholdsmessig, jf. her også drøftelsen foran i pkt. 5.3.3. Om det på veien fra bevæpning til avfiring av skudd er berettiget å true med bruk av skytevåpen, må avgjøres på bakgrunn av det generelle prinsippet om stigende maktanvendelse, og innsatsstyrkens taktiske vurderinger.»

Umiddelbart fremstår uttalelsen som oppklarende, men en nærmere gjennomgang viser at så ikke er tilfellet. Innledningsvis påpekes det selvsagte; vilkårene for bevæpning må foreligge før det kan trues med skytevåpen. Dernest knyttes trussel ved bruk av skytevåpen opp mot bestemmelsens materielle vilkår (i form av situasjonskriterier for bruk av våpen), jf. formuleringen «[d]ernest må situasjon ha konkretisert seg i form av en av de farer hvor bruk av skytevåpen kan anses som berettiget og forholdsmessig ...» Avslutningsvis synes uttalelsen å fravike denne tilnærmingen ved å gi uttrykk for at om det er legitimt å true med skytevåpen «må avgjøres på bakgrunn av det generelle prinsippet om stigende maktanvendelse». Isolert sett er sistnevnte formulering tvetydig. For det første kan den tas til inntekt for at trussel om bruk av skytevåpen faller utenfor pl. § 6 b og vi. § 4-3, og dermed må vurderes i lys av forholdsmessighetsprinsippet i pl. § 6 andre ledd. Dernest kan formuleringen tas til inntekt for at en slik trussel anses som «bruk av skytevåpen», og dermed reguleres av bestemmelsene, med den følge at vurderingen av om det skal trues med våpen, avfyres varselskudd og i ytterste konsekvens avfyres målrettet skudd i tillegg må forankres i prinsippet om stigende maktanvendelse.

Avslutningsvis gir uttalelsen uttrykk for at det i en totalvurdering av «om det på veien fra bevæpning til avfiring av skudd er berettiget å true med bruk av skytevåpen», også vil bero på «innsatsstyrkens taktiske vurderinger». En slik tilnærming er åpenbart ikke juridisk holdbar. Innsatsstyrkens taktiske vurderinger kan aldri være bestemmende for,

langt mindre påberopes som argumentasjonsressurser i en tolkningsprosess som har som formål å avklare rettsregler som regulerer, politiets legitime adgang til bruk av skytevåpen. Tvert imot, de materielle vilkår for bruk av skytevåpen vil alltid være bestemmende for innsatsstyrkens taktiske vurderinger, og ikke motsatt.

Forankret i ovennevnte fremstår det som uklart om trussel om bruk av skytevåpen reguleres av pl. § 6 b og *vi.* § 4-3. Imidlertid kan *vi.* § 4-2 tas til inntekt for at trussel om bruk av skytevåpen ikke er tenkt regulert av pl. § 6 b og *vi.* § 4-3. Under den noe misvisende overskriften «[f]remgangsmåte for bruk av våpen», foreskriver *vi.* § 4-2 første ledd bokstav a) og b) at «[n]år omstendighetene tillater det skal polititjenestepersonen før det gjøres bruk av våpen» (min utheving) a) «tilkjennegi at vedkommende handler i egenskap av politi», og b) «oppfordre gjerningspersonen(e) til å etterkomme gitte pålegg, og tydelig advare om at våpen vil bli brukt for å gjennomføre pålegget». For at politiet skal kunne opptre slik bestemmelsen her foreskriver, vil det i enhver situasjon hvor politiet er i direkte konfrontasjon med gjerningsmannen, kreve at polititjenestepersonen har trukket sitt skytevåpen og rettet det mot gjerningspersonen. I praksis kommer dette til uttrykk ved at polititjenestepersonen trekker sitt våpen, retter det mot gjerningspersonen og gir til kjenne at han handler i egenskap av bevæpnet politi samtidig som gjerningspersonen oppfordres til å følge et pålegg som vil bli effektivert ved bruk av skytevåpen dersom det ikke blir fulgt; «Dette er bevæpnet politi, slipp våpenet, eller jeg skyter».

Dersom en sammenholder pl. § 6 b og *vi.* § 4-3 med *vi.* § 4-2, som regulerer fremgangsmåte og vilkår for bruk av varselskudd, er det forsvarlig å legge til grunn at trussel om bruk av skytevåpen ikke reguleres av § 4-3. Bruken av tiltaket vil da forutsette at vilkårene for bevæpning foreligger, jf. *vi.* § 3-2, og vurderingen av *om* det skal tas i bruk må, med utgangspunkt i den konkrete situasjonen, forankres i rettsregelen som legitimer politiets inngripen, sammenholdt med de polisiære grunnprinsippene, særlig behovs-, forholdsmessighets- og forsvarlighetsprinsippet, jf. pl. § 6 fjerde ledd, jf. andre ledd.

En slik forståelse synes imidlertid å stride mot arbeidsgruppens uttalte tilnærming som synes å bygge på at løsningen av spørsmålet kan utledes av *vi.* § 5-3 første ledd bokstav a).¹³⁰³ Våpeninstruksen § 5-3 første ledd bokstav a) gir anvisning på administrativ rapportering om bruk av skytevåpen. Ifølge arbeidsgruppen var et av formålene med bestemmelsen å «indirekte» gi en «definisjon av hva det vil si ‘å true med bruk av skytevåpen’, og bidra til å klargjøre hva som anses som berettiget og forholdsmessig».

Om «lovgiver» har gitt sin tilslutning til arbeidsgruppens tilnærming vites ikke. Uavhengig av dette er arbeidsgruppens valg av tilnærming både lovteknisk og faktisk lite tilfredsstillende idet den ikke evner å gi tilstrekkelig klar og presis veiledning om hva som anses for å være «bruk av skytevåpen». Det blir ikke mer oppklarende når arbeidsgruppen gir uttrykk for at «det avgjørende skal være om tjenstepersonen med sin våpenbehandling har ment å true» (min utheving).¹³⁰⁴ Med andre ord, at han faktisk har truet er ikke avgjørende. Han må i tillegg ha hatt en intensjon om å true.

Det er grunn til å være kritisk til valg av tilnærming. Det er tilstrekkelig å vise til at trussel om bruk av skytevåpen er et inngrep, jf. GrL. § 113. Legalitetsprinsippets *lex certa*-krav oppstiller et ufravikelig krav om at den rettslige regulering av inngripende myndighetsutøvelse må fremstå som tilstrekkelig presis. Dette gjør seg i denne sammenheng særlig gjeldende i forhold til polititjenstepersonens behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling i situasjoner hvor han handler ut fra en tjenesteplikt.

Avslutningsvis stiller jeg meg spørrende til arbeidsgruppens begrunnelse om at det ikke var «... praktisk mulig å utforme en bestemmelse som tilstrekkelig presist angir når det er anledning til å true med skytevåpen.» Uten å gå noe nærmere inn på spørsmålet, konstaterer jeg at finsk polislav § 19, som regulerer «[a]nvendning av skjutvåpen», i

¹³⁰³ Se *vi.* § 5-3, som er plassert i kapittel V og regulerer «[v]åpenforvaltning og kontroll». Bestemmelsen oppstiller en plikt til «i hvert enkelt tilfelle rapportere til Politidirektoratet når a) det verbalt eller i handling er truet med bruk av skytevåpen».

¹³⁰⁴ Se utkast til ny våpeninstruks for politiet, punkt 6.3.

andre ledd definer bruk av skytevåpen til også å omfatte trussel om bruk av skytevåpen.¹³⁰⁵

«Med användning av skjutvapen avses varning för användning av ett skjutvapen som avses i 2 § i skjutvapenlagen, hot om användning av skjutvapen och avlossande av skott. Det betraktas inte som användning av skjutvapen att ta fram och osäkra ett skjutvapen.»

Etter min vurdering gir denne bestemmelsen klar og presis veiledning om hva som anses for «bruk» av skytevåpen, og oppfyller dermed legalitetsprinsippets lex certa-krav.

Ifølge pl. § 6 b og *vi.* § 4-3 første ledd bokstav a) er det en forutsetning for bruk av skytevåpen at polititjenestepersonen selv eller andre «trues med eller utsettes for en [...] grov integritetskrenkelse.» *Grov integritetskrenkelse* fremstår dermed både som et sentralt materielt vilkår og situasjonskriterium ved bedømmelse av om det er forholdsmessig å bruke skytevåpen.

Med *trues* kreves det at faren er *umiddelbar*, se www.lovdata.no, kommentar til § 4-3. I lys av det faktum at behovsprinsippet krever at alle andre adekvate lempeligere midler skal uttømmende være forsøkt, eller fremstå som forgjeves før skytevåpen brukes, må tidsperspektivet *umiddelbart* dreie seg om sekunder før faren materialiseres.

Faren er beskrevet som en *grov integritetskrenkelse*. Hva som er å anse som *grov integritetskrenkelse* gir som tidligere nevnt verken pl. § 6 b eller dens forarbeider noen veiledning om. Våpeninstruksen av 2015 er også taus om dette. I den tidligere *vi.* § 19 ble faren for personkrenkelser angitt på tre ulike måter, henholdsvis «alvorlige voldshandlinger» og «alvorlig personskaide», jf. bokstav a), og «grove voldshandlinger», jf. bokstav b).¹³⁰⁶

Når arbeidsgruppen fant grunn til å fremme forslag om endring av tidligere *vi.* § 19 som regulerte bruken av skytevåpen var det blant annet fordi bestemmelsens angivelse av situasjonskriterier, som legitimerte bruk av skytevåpen, ikke korresponderte med straffelovens bestemmelser om krenkelser av liv, legeme og helbred. Selv om det

¹³⁰⁵ Se finsk polislav - 22.7.2011/872 (Finlex.fi).

¹³⁰⁶ Se tidligere våpeninstruks for politiet (1989)§ 19.

teknisk sett vil være «mulig å gå gjennom straffelovgivningen og ta stilling til hvilke straffbare handlinger det må foreligge fare for, før politiet gis adgang til å gjøre bruk av skytevåpen», så arbeidsgruppen på en slik løsning som uheldig da «bestemmelsen ville bli kasuistisk og ganske uoversiktlig.»¹³⁰⁷

Forankret i straffeloven av 2005 sin gradering av personkrenkende handlinger, falt arbeidsgruppen ned på «at trussel om eller foretakelser av personkrenkende handlinger som etter ny straffelov kan medføre fengsel i 10 år eller mer, som utgangspunkt må anses som ‘en grov voldshandling eller annen grov integritetskrenkelse’».¹³⁰⁸

Arbeidsgruppen var bevisst utfordringene med å angi kriterier som beskriver terskelen for når bruken av skytevåpen kan anses som forholdsmessig, samt utfordringene med å finne begrep som mest dekkende beskriver disse kriteriene. For å fange opp alle disse handlingene skulle situasjonskriteriet «grov integritetskrenkelse» utgjøre en «syntese av de forskjellige atferdstypene som berettiger at politiet gjør bruk av skytevåpen».¹³⁰⁹

Arbeidsgruppens intensjon med å angi *grov integritetskrenkelse* som situasjonskriterium var å etablere et enkelt og klart regelverk som beskriver når bruk av skytevåpen er legitim.¹³¹⁰

En utfordring ved bruken av begreper som har som formål å «sammenfatte «enkeltheter til en helhet»,¹³¹¹ er faren for at begrepet enten gir en for snever eller for vid angivelse av bestemmelsens virkeområde. Spørsmålet i så måte er om formuleringen *grov integritetskrenkelse* gir en tilstrekkelig presis veiledning med hensyn til hvilke adferder som legitimerer bruk av skytevåpen i nødvergesituasjoner og rettshåndhevende øyemed?

¹³⁰⁷ Se utkast til ny våpeninstruks, punkt 6.6.1.

¹³⁰⁸ Se arbeidsgruppens utkast til ny våpeninstruks for politiet, punkt 6.6.4.

¹³⁰⁹ Se arbeidsgruppens utkast til ny våpeninstruks for politiet, punkt 6.6.1.

¹³¹⁰ Se utkast til ny våpeninstruks punkt 6.6.1.

¹³¹¹ Se definisjon av «syntese», jf. snl.no.

Situasjonskriteriet *grov integritetskrenkelse* vil i en forholdsmessighetsvurdering gi veiledning om hvilke interesser som politiet kan beskytte ved bruk av skytevåpen i to henseender. For det første er det kun individets integritet som kan påberopes som beskyttelsesverdig interesse. Dette velger jeg å kalle handlingens *objektive grovhet*. Dernest må forholdsmessighetsvurderingen også ta i betraktning handlingens *relative grovhet*,¹³¹² som kommer til uttrykk gjennom arbeidsgruppens forslag om at bestemmelsen skal omfatte «trussel om eller foretakelse av personkrenkende handlinger som etter ny straffelov kan medføre fengsel fra 10 år og oppover».¹³¹³

I rapporten foretar arbeidsgruppen en kasuistisk gjennomgang av relevante bestemmelser i straffeloven som regulerer adferd som kan være dekkende for formuleringen *grov integritetskrenkelse*. Som eksempel nevnes grov kroppsskade, jf. strl. §§ 274 og 275, grov mishandling i nære relasjoner, jf. strl. § 283 og grov kjønnslemlestelse, jf. § 285. Videre nevnes seksuallovbrudd så som voldtekt til samleie mv. og grov voldtekt, jf. henholdsvis §§ 292 og 293. Tilsvarende for voldtekt av barn under 14 år, jf. §§ 300 og 301. Ytterligere nevner arbeidsgruppen grov frihetsberøvelse, jf. § 255, grov menneskehandel, jf. §§ 258 og 259, samt bestemmelser om folkemord, jf. §§ 101-103, for å nevne noen. Når arbeidsgruppen i sin rapport valgte å gi en kasuistisk gjennomgang av ulike typer adferd som de mente gav politiet adgang til å bruke skytevåpen, var fremstillingen kun ment som illustrasjon uten intensjon om å gi en fullstendig eller direkte avgjørende opplysning, se rapport om ny våpeninstruks for politiet, punkt 6.6.5.

Situasjonskriteriet *grov integritetskrenkelse* vil dermed omfatte et ikke ubetydelig antall straffebud som beskriver en rekke typer adferder, som hver for seg kan reflektere ulike grader av alvorlighet med hensyn til den faktiske faregraden. Hver for seg skal adferden som disse straffebudene omhandler, legitimere politiets bruk av skytevåpen for å forebygge og stanse en umiddelbar fare for krenkelse eller for å pågripe en som er domfelt eller mistenkt for en slik integritetskrenkelse.

Basert på en naturlig språklig forståelse er det vanskelig å gi en tilstrekkelig presis angivelse av hva som skal forstås med *grov integritetskrenkelse*. For å skape større klarhet med hensyn til hvilken adferd som var å betrakte som *grov integritetskrenkelse*,

¹³¹² Sml arbeidsgruppens utkast til ny våpeninstruks, punkt 6.6.1.

¹³¹³ Se arbeidsgruppens utkast til ny våpeninstruks, punkt 6.6.4.

foreslo arbeidsgruppen – som ovenfor nevnt – å knytte vilkåret opp mot straffebud som omhandlet integritetskrenkelser som hadde en strafferamme på 10 år eller mer. I seg selv er en slik tilnærming lite klargjørende. Som påpekt ovenfor refereres det til et ikke ubetydelig antall bestemmelser i straffeloven som gir en til dels lovteknisk beskrivelse av adferd som legitimerer bruk av skytevåpen. Arbeidsgruppen synes å ha vært bevisst denne problemstillingen da de gav klart uttrykk for at det er:¹³¹⁴

«påkrevd at det i motivene til den nye instruksen gis en forholdsvis presis angivelse av for hvilke typer straffbare handlinger hvor det av rettshåndhevelsesshensyn kan gjøres bruk av skytevåpen for å pågripe.»

Det er i skrivende stund ikke utarbeidet slike *motiver* til våpeninstruksen, og som påpekt ovenfor gir forarbeidene til ny pl. § 6 b liten veiledning. Følgelig har vi ikke noen autoritative kilder som i en tolkningsprosess kan bidra til å avklare de rettslige skranker for politiets adgang til bruk av skytevåpen. All den tid politiets bruk av skytevåpen sjelden eller aldri er gjenstand for domstolskontroll, står vi igjen med arbeidsgruppens kasuistiske gjennomgang av hva som anses som *grov integritetskrenkelse*.

Det kan også stilles spørsmål om arbeidsgruppen har lykket med sin intensjon om å forenkle reguleringen av politiets adgang til å bruke skytevåpen. *Grov integritetskrenkelse*, som en syntese for all adferd som legitimerer bruk av skytevåpen, fremstår i denne sammenheng som lite egnet til å fremme legalitetsprinsippet *lex certa*-krav. Polititjenestepersonen, som handler under tidspress og stress, må gjennom en deduksjonsprosess – hvor syntesen (*grov integritetskrenkelse*) brytes ned i sine enkelte bestanddeler uttrykt gjennom et utall av straffebud – for å skaffe seg kunnskaper om det er legitimt å anvende skytevåpen i nødverge- eller rettshåndhevelssituasjoner.¹³¹⁵

¹³¹⁴ Se rapport om ny våpeninstruks, punkt 6.6.3.

¹³¹⁵ Se www.juridika.no, lovkommentar til vi. § 4-3 hvor over 30 ulike straffebestemmelser i gitte situasjoner vurderes å legitimere bruk av skytevåpen i en nødverge eller rettshåndhevelsessituasjon.

Proessen fremstår som et sirkelresonnement da vi ender opp i en situasjon hvor adferd – uttrykt ved straffebud – som kan legitimere bruk av skytevåpen er forsøkt samlet i en syntese, hvor syntesens innhold forklares ved å vise til de samme straffebud som syntesen er en sammenfatning av.

Vi er da ikke kommet nærmere en avklaring av hvilke adferder som legitimerer bruk av skytevåpen. Tvert imot, vi står igjen med en opplisting av et ikke ubetydelig antall straffebud som gir en «ikke fullstendig eller direkte avgjørende» lovteknisk beskrivelse av adferd som legitimerer bruk av skytevåpen.

Forankret i analysen over er det grunnlag for å reise spørsmål om den rettslige regulering av politiets adgang til å bruke skytevåpen tilfredsstillende legalitetsprinsippets *lex certa*-krav. Da det ikke lar seg utlede av pl. § 6 b, dens forarbeider eller våpeninstruksens hva som menes med *grov integritetskrenkelse*, og det heller ikke finnes andre autoritative argumentasjonsressurser som bidrar til å klargjøre hvilke adferder som er å forstås som *grov integritetskrenkelse*, gir ikke pl. § 6 b og våpeninstruksens materielle vilkår for bruk av skytevåpen, tilstrekkelig presise direktiver om proporsjonal myndighetsutøvelse, utover hva som allerede kan utledes av det generelle forholdsmessighetsprinsipp, jf. pl. § 6 andre ledd.

I Danmark og Sverige har man valgt en annen tilnærming for å synliggjøre når politiet legitimt kan anvende skytevåpen.

Dansk politilov § 17 gir en uttømmende oppregning av situasjoner hvor skytevåpen kan anvendes som maktmiddel. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Skydevåben må kun anvendes med henblik på

- 1) at afværge et påbegyndt eller overhængende farligt angreb på person,
- 2) at afværge overhængende fare i øvrigt for personers liv eller for, at personer pådrager sig alvorlige helbredsskader,
- 3) at afværge et påbegyndt eller overhængende farligt angreb på samfundsvigtige institutioner, virksomheder eller anlæg,
- 4) at sikre pågribelsen af personer, der har eller med rimelig grund mistænkes for at have påbegyndt eller gennemført et farligt angreb på person, medmindre der ikke skønnes at være risiko for, at den pågældende på ny vil gøre sig skyldig i et sådant angreb,

- 5) at sikre pågribelsen af personer, der har eller med rimelig grund mistænkes for at have påbegyndt eller gennemført et farligt angreb på samfundsvigtige institutioner, virksomheder eller anlæg, eller
- 6) at sikre pågribelsen af personer, der har eller med rimelig grund mistænkes for at have begået alvorlige forbrydelser mod statens selvstændighed og sikkerhed, mod statsforfatningen eller de øverste statsmyndigheder.

Se også svenske myndigheters regulering av politiets adgang til bruk av skytevåpen, jf. «Kungörelse (1969:84) om polisens användning av skjutvapen». Paragrafene 1 og 2 regulerer henholdsvis adgangen til bruk av skytevåpen i nødverge- og rettshåndhevelsessituasjoner. Se særlig § 2 som gir en uttømmende anvisning om når politiet i rettshåndhevelsessituasjon kan anvende skytevåpen.

Felles for disse normeringene er at de, gjennom angivelse av materielle vilkår, gir konkret veiledning om hvilke situasjonskriterier som er bestemmende i en forholdsmessighetsvurdering av bruken av skytevåpen.

En slik normeringspraksis vil fremme legalitetsprinsippets lex certa-krav. Polititjenestepersonen som handler ut fra en tjenesteplikt, og med fare for å pådra seg et straffeansvar gis på denne måten mer presis og direkte veiledning om når skytevåpen legitimt kan anvendes. Praksisen fremmer også individets rettssikkerhet gjennom økt forutberegnelighet. Konkret informasjon om hvilke typer adferd som legitimerer politiets bruk av skytevåpen, gir han i en pågripelsessituasjon muligheten til å innrette sin opptreden med formål å eliminere risikoen for at politiet tar i bruk skytevåpen. Videre synes denne tilnæringsmåte å styrke legalitetskontrollen, så vel som den sosiale kontrollen med politiets myndighetsutøvelse. Ytterligere vil en slik praksis bidra til at normeringen blir mer offentlig «tilgjengelig», noen som fremmer den offentlige debatt rundt politiets myndighetsutøvelse. På sikt vil dette styrke normeringens demokratiske legitimitet.

12.5 Avsluttende merknader

Ovenfor har jeg redegjort for tre sentrale polisiære grunnprinsipper, henholdsvis formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippet. Gjennom å avklare prinsippenes rettslige innhold i politilovgivningens ulike sentrale forskrifter, instruksjer og direktiver, har analysen avdekket at angjeldende normeringer – som alle er utslag av utøvelse av tildelt normeringskompetanse – ikke med tilstrekkelig grad av klarhet og tydelighet gir uttrykk for prinsippenes reelle innhold.

Analysene etterlater et bestemt inntrykk av at normeringene, som i en eller annen form gir uttrykk for behovs- og forholdsmessighetskrav, ikke bygger på en konsistent og enhetlig tilnærming til prinsippenes innhold.

Som den store hovedregel inneholder normeringene ingen gradert angivelse av krav til forholdsmessig myndighetsutøvelse. Og i den grad det er gjort forsøk på en slik gradering preges den av flertydighet, vaghet og mangel på harmonisering av situasjonskriterier som med tilstrekkelig klarhet angir graderte krav til forholdsmessig myndighetsutøvelse som øker proporsjonalt med tiltakets inngripende karakter. Manglende bevissthet hva angår situasjonsbestemte kriterier betydning for gjennomføring av forholdsmessighetsvurderingen av inngripende myndighetsutøvelse er fremtredende.¹³¹⁶

Umiddelbart er det grunn til å stille spørsmål om den polisiære normering på dette punkt er forenelig med EMKs angivelse av krav til proporsjonal myndighetsutøvelse. Som nevnt operer konvensjonen med en gradering av krav til forholdsmessighet.¹³¹⁷ Som eksempel kan det vises til at EMK artikkel 2 nr. 2 stiller krav om at maktbruken må være «absolutely necessary», og med dette tilkjenner en strengere forholdsmessighetsvurdering enn formuleringen «necessary in a democratic society», jf. artikkel 8 nr. 2.¹³¹⁸

Som påpekt ovenfor vil de polisiære grunnprinsippene i kraft av å gi uttrykk for rettslige prinsipper utgjøre konstitusjonelle skranker for den inngripende myndighetsutøvelsen. Prinsippene må videre forstås i betydningen «i retten» ved at de gir uttrykk for et selvstendig materielt innhold. Selv om prinsippene ikke utgjør selvstendige inngrepshjemler, er de bestemmende for hvordan allerede eksisterende kompetanse skal utøves. I en slik kontekst er det berettiget å stille spørsmål om normeringene fremmer legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.

¹³¹⁶ Samlet utgjør disse to faktorer også sentrale komponenter i en rettslig prøving av om normeringen oppfyller legalitetsprinsippets presisjonskrav (*lex certa*-kravet). Nærmere om det polisiære legalitetsprinsippet se kapittel 5.

¹³¹⁷ Se 6.4.4 hvor EMDs krav om forholdsmessighet er nærmere omtalt.

¹³¹⁸ Se *McCann and Others v. The United Kingdom* (1995), punkt 149 hvor EMD uttaler at maktbruk i relasjon til EMK artikkel 2 «must be strictly proportionate to the achievement of the aims».

Fremstillingen foretar ingen intern rangering av formåls-, behovs- og forholdsmessighetsprinsippets rettslige betydning i lys av legalitetsprinsippets lex certa-krav. I den grad det kan foretas en slik intern rangering, med påfølgende skjerpet kvalitative krav til normeringer som uttrykker prinsippene, fremstår det for meg som naturlig at det bør stilles strengest krav til normeringer som angir forholdsmessighetsprinsippet, sammenliknet med de to øvrige prinsippene.

Dette postulat krever en nærmere begrunnelse. Selv om prinsippene har regel-karakter og utgjør konstitusjonelle skranker for politiets inngripende myndighetsutøvelse, fokuserer de på ulike sider (interesser) ved myndighetsutøvelsen. Når det foretas en formålsvurdering, stilles det spørsmål om myndighetsutøvelsen/tjenestehandlingen søker å ivareta et formål som rettsordenen anerkjenner – et legitimt formål. Her er det alene det offentlige interesser som står i fokus og ivaretas da vurderingen ensidig fokuserer på statens uttalte formål og behov for det inngripende tiltaket. Tilsvarende gjør seg gjeldende i behovsvurderingen, hvor ulike alternative midler eller tiltak er gjenstand for en nødvendighetsvurdering i lys av uttalte formål og behov.

Det er først ved en forholdsmessighetsvurdering at individets rettigheter kommer i fokus. Her blir individets rettigheter gjort til gjenstand for en interesseavveining, med statens behov for å gjennomføre tiltaket i den andre vektsskålen. Dette alene tilsier at det i lys av lex certa-kravet må stilles skjerpede krav til tilstrekkelig klare og tydelige normeringer som har som formål å beskrive krav til forholdsmessig polisiær inngripende myndighetsutøvelse.

13. Nødverge som hjemmelsgrunnlag for politiets polisiære inngripende myndighetsutøvelse

13.1 Innledning

I kapittel 14 behandler jeg sentrale polisiære normeringer som regulerer politiets kompetanse til polisiær frihetsberøvelse. Disse normeringer kan betegnes som *spesielle rettferdiggjøringsgrunner*.¹³¹⁹

Når politiet anholder en person, utføres en handling som i utgangspunktet rammes av bestemmelsen om frihetsberøvelse, jf. strl. § 254, men da pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd legitimerer politiets handling, foreligger det et kompetansegrunnlag som rettferdiggjør politiets inngripende myndighetsutøvelse.

I dette kapitlet skal jeg se nærmere på strl. § 18 om nødverge som kompetansegrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse. Fremstillingen vil begrenses til bestemmelsens første og andre ledd. Nødvergeinstituttet utgjør sammen med nødrett og selvtækt *generelle rettferdiggjøringsgrunner* i strafferetten.¹³²⁰

Straffeloven § 18 har følgende ordlyd:¹³²¹

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*
- 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 pågripelse eller søker å hindre at noen unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff.

¹³¹⁹ Nærmere om sondringen *spesiell* og *generell rettferdiggjøringsgrunn*, se Grønning mfl. 2019 s. 412-414.

¹³²⁰ For en nærmere fremstilling av straffelovens rettferdiggjøringsgrunner generelt, og nødverge spesielt, se. Grønning mfl. 2019. s. 408 flg. Se også Andenæs 2016 s. 150 flg. hvor *nødverge* omtales som *generell straffrihetsgrunn*.

¹³²¹ Se lovdata.no (pr. 29.08.19).

Utøving av offentlig myndighet kan bare møtes med nødverge når myndighetsutøvingen er ulovlig, og den som gjennomfører den, opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt.

Når strl. § 18 omtales som en *generell rettferdiggjøringsgrunn* er det fordi den, på nærmere vilkår, legitimerer utøvelsen av en i utgangspunktet straffsanksjonert handling. Nødvergehandlingen er ikke bare straffri, men også rettmessig.¹³²² Bestemmelsens første ledd gir med dette uttrykk for et defensivt innrettet kompetansegrunnlag hvor det er angriperen som, med sin handling, tar initiativet og dermed initierer den avvergende handling. Den angrepne fremstår som defensiv idet han er tvunget til å verne om sine interesser.¹³²³

Ifølge pl. § 1 første ledd skal staten «sørge for den polititjenesten som samfunnet har behov for». Statens maktmonopol presiseres ytterligere i pl. § 26 første ledd som uttrykkelig forbyr privat rettshåndhevelse. Politiet vil aldri kunne være «allemåtsnærtstående». Følgelig vil individet stadig oppleve at politiet, i sin forvaltning av statens maktmonopol, er utilstrekkelig.¹³²⁴ Når staten ikke kan garantere for ivaretagelse av individets rettigheter i enhver sammenheng, har individet ikke bare en interesse i, men også en rett til å kunne verne om egne interesser. Straffeloven § 18 har i så måte sin klare berettigelse. Nødvergeinstituttet som kompetansegrunnlag for borgernes «redningshandling» komplimenterer statens maktmonopol samtidig som det bidrar til å oppfylle statens plikt til å sikre menneskerettighetene.¹³²⁵ Nødvergeinstituttet fremstår dermed som et substitutt for manglende nærvær av primæransvarlig myndighetsorgan – i dette tilfellet politiet – som kan håndheve

¹³²² Se Innst. O. nr. 72 (2004–2006), punkt 8, hvor begrepet *straffrihetsgrunner* anvendes som synonym til *rettferdiggjøringsgrunner*.

¹³²³ Tilsvarende, se Boucht/Frände 2007 s. 98 og Norée 2008 s. 43. Se også Helminen mfl. 2000 s. 287.

¹³²⁴ Tilsvarende, se Augdahl 1920 s. 5: «... og på den anden side erkjendelsen av, at de ordinære retshåndhevelsesmidler i så henseende ikke alltid er tilstrækkelige.»

¹³²⁵ Se Auglend 2016 s. 367–368 beskriver situasjonen som følgende: «Nødvergeinstituttet kan sies å være en konsekvens av at staten i disse situasjonene er faktisk ute av stand til å yte borgerne den garanterte beskyttelsen mot fysiske angrep mot egen person eller eiendom. Dermed svikter den grunnleggende forutsetningen for det statlige maktmonopolet.»

individets interesser. Nødvergeinstituttet må dermed betraktes som et legitimt unntak fra statens maktmonopol.¹³²⁶

I den videre fremstillingen behandles i 13.2 nødvergeinstituttet slik det kommer til uttrykk i strl. § 18. Fremstillingen har ikke som ambisjon å behandle temaet i sin fulle bredde, men kun å peke på sider ved bestemmelsen som har særlig aktualitet i en polisiær kontekst.¹³²⁷ I 13.3 gjøres det rede for strl. § 18 aktualitet som kompetansegrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse, før nødvergeinstituttet presenteres og drøftes i en polisiær kontekst i 13.4. Denne delen av fremstillingen vil sette søkelys på de rettslige implikasjoner forbundet med bestemmelsens funksjon som polisiært kompetansegrunnlag for inngripende myndighetsutøvelse.¹³²⁸ Avslutningsvis, i 13.5, foretas det en de lege feranda-vurdering av nødvergeinstituttet som polisiær kompetansenorm.

13.2 Om strl. § 18 – nødverge

For at en handling skal kunne karakteriseres som en nødvergehandling, jf. strl. § 18, er det fire sentrale grunnvilkår som må være oppfylt, henholdsvis krav om *ulovlig angrep*, jf. første ledd bokstav a), *formålskravet*, jf. første ledd, bokstav a) og andre ledd, *behovskravet*, jf. første ledd bokstav b) og *proporsjonalitetskravet*, jf. første ledd bokstav c).

Ved nødverge «står rett mot urett».¹³²⁹ «Uretten» er beskrevet med situasjonskravet «ulovlig angrep» som sikter til enhver handling som krenker en «rettsbeskyttet interesse».¹³³⁰

¹³²⁶ Se Boucht 2011 s. 388 som gir uttrykk for tilsvarende.

¹³²⁷ For en bredere og utfyllende fremstilling av temaet, se Grønning mfl. 2019 kapittel 17, og juridika.no (3. september 2019), kommentarer til strl. § 18.

¹³²⁸ Med *rettslige implikasjoner* siktes det *rettslige konsekvenser eller følger*.

¹³²⁹ Se Grønning mfl. 2019 s. 445.

¹³³⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003 – 2004), punkt 30.1, kommentar til § 18. Se også Grønning mfl. 2019 s. 447 og Andenæs 2016 s. 161 hvor det påpekes at nødverge kan utøves til fordel for et hvilket som helst rettsgode.

I *Eskeland 2017* s. 262 gis det uttrykk for at «angrep», jf. strl. § 18 første ledd må forstås i samsvar med den alminnelige språkbruk og da i betydningen «en aktiv handling rettet mot et bestemt mål, for å skade og – eventuelt – derved oppnå noe annet, f.eks. penger, innflytelse eller seksuell tilfredsstillelse» (mine uthevelser). Dersom uttalelsen, med dette, gir uttrykk for at «angrep» krever at angriperen må ha en bestemt målsetting med den krenkende handling (se mine uthevelser), så er dette i beste fall unyansert. Også handlinger som objektivt sett er en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse er å regne som et ulovlig angrep, jf. strl. § 18 første ledd. Den som opplever at naboen i beruset tilstand klatrer inn soveromsvinduet i den tro at han tar seg inn i egen bolig, er utsatt for et «ulovlig angrep». Selv om naboen «handler i god tro», er hans handling objektivt sett rettsstridig.

Det innebærer at «angriperens handling må være i strid med rettsreglene»,¹³³¹ men det er ikke noe krav om at det ulovlige angrepet er straffsanksjonert,¹³³² selv om dette vil være situasjonen i de fleste tilfeller.¹³³³ Nødverge kan også utøves på vegne av tredjeperson. Uttrykket *angrep* er ment å avgrense adgangen til å utøve nødverge mot «mer bagatellmessige offentlige interesser».¹³³⁴

Tilsvarende synes lagt til grunn i tysk rett. Se Roxin 1997, som uttrykker følgende: «So sind Rechtsgüter der Allgemeinheit nicht notwehrfähig; die Allgemeinheit ist kein ‘anderer’ i.S.d. § 32 II. Andernfalls würde jeder Bürger sich zum Hilfspolizisten aufschwingen und das staatliche Gewaltmonopol außer Kraft setzen können.»

«Ulovlig angrep» omfatter ikke bare pågående, men også fremtidige krenkelser som nødvendiggjør umiddelbar handling.¹³³⁵ Det kreves ikke at faren for angrep er nært forestående eller overhengende.¹³³⁶ Samtidig er det ikke tilstrekkelig at det bare er «en mulighet til stede for et angrep»¹³³⁷ Utover disse yttergrensene, er det vanskelig å oppstille absolutte krav som angir når preventiv nødverge er tillatt.¹³³⁸ *Kjerschow* la til grunn at angrepet måtte «være nogenlunde umiddelbart forestående, således at det kan

¹³³¹ Se Gröning mfl. 2019 s. 448.

¹³³² Se HR-2009-1180-U avsnitt 9 hvor retten uttaler følgende: «For at det skal foreligge nødverge etter straffeloven § 48 må det foreligge et rettsstridig angrep. Det er ikke noe vilkår at angrepet er straffbart». Se også Andenæs 2016 s. 162 flg.

¹³³³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1 kommentarer til § 18.

¹³³⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, merknader til § 18.

¹³³⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 14.3.3.1.

¹³³⁶ Se NOU 1992: 23, punkt 7.2.3.3. Se også juridika.no (3. september 2019), kommentar til straffeloven § 18, punkt 3.3.2.

¹³³⁷ Se NOU 1992: 23, punkt 7.2.3.3.

¹³³⁸ Av generell interesse (men av mindre betydning for uttrykket *angreps* betydning i en politisær sammenheng), se Augdahl 1920 s. 16 flg.

betegnes som et virkelig, ikke et alene mulig, efter lengere eller kortere tidsforløp, inntredende angrep. Forberedelsen til et angrep kan dog være av den art, at angrepet må sies allerede dermed å være innledet.»¹³³⁹

For å ytterligere belyse sitt standpunkt viste Kjerschow til et eksempel (trolig hentet fra SKM 1896) hvor en skipskaptein hadde fått opplysninger om at mannskapet hadde til hensikt å begå mytteri og drepe han om to dager, når skipet var ankommet et nærmere angitt sted. I en slik situasjon må angrepet betraktes som innledet.

Kjerschow sin tilnærming synes å harmonere med dagens rettstilstand. Høyesterett har i en avgjørelse inntatt i Rt. 1982 s. 1216, på generelt grunnlag, uttalt at «en handling kan ha karakteren av berettiget nødverge, selv om den ikke er svar på et akutt angrep, men på en situasjon som har bygget seg opp over lengre tid.»¹³⁴⁰ Videre påpekes det i forarbeidene til straffeloven (2005) at det som er «avgjørende for adgangen til å øve nødverge når angrepet ikke er påbegynt eller umiddelbart forestående, er om nødvergehandlingen er nødvendig for å avverge angrepet».¹³⁴¹

I svensk rett benyttes formuleringen «ett påbörjat eller överhängande brottsligt angrepp» for å markere krav til faren for krenkelser, jf. BrB 24 kap. § 1 andre ledd nr. 1. Umiddelbart kan en få inntrykk av at det med dette oppstilles strengere krav for utøvelse av nødverge etter svensk rett, sammenliknet med norsk rett. En nærmere gjennomgang av forarbeidene til bestemmelsen tyder på at så ikke er tilfellet. Ifølge jf. SOU 1988:7 s. 72-73 er «över-hängande» ment å gi uttrykk at den angripne «i vissa fall [kan] använda nödvärnsåtgärd på ett något tidigare stadium» enn hva som var tilfellet etter den tidligere bestemmelsen som krevde at angrepet var «omedelbart förestående». For å eksemplifisere dette, vises det til tilsvarende eksempel med sjøkapteinen som Kjerschow viste til for å belyse hva som anses som «for å avverge et ulovlig angrep». Nærmere om denne grensedragningen i svensk rett, se Boucht 2011 s. 300 flg.

Det må dermed kunne legges til grunn at spørsmål knyttet til rettmessigheten av en handling, som har som formål å avverge et fremtidig angrep, ikke ensidig vil fokusere på angrephandlingens nærhet i tid, sted og utførelse,¹³⁴² men avhenger av resultatet av

¹³³⁹ Se Kjerschow 1930 s. 135.

¹³⁴⁰ Se Rt. 1982 s. 1216, på s. 1218. Kjennelsen omhandlet en gårdseier som påberopte nødverge som rettfærdiggjøringsgrunn. Han hadde skutt mot rein som over lengre tid hadde forårsaket skader på hans dyrket mark.

¹³⁴¹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) punkt 30.1, kommentarer til strl. § 18.

¹³⁴² Se NOU 1992: 23, punkt 7.2.3.3 som nevner følgende om relevante situasjonsbestemte kriterier: «Ved vurderingen av angrepet vil det særlig være vesentlig hvor stor sannsynlighet det er for at et angrep skal finne sted. Det kan også ha betydning hvor konkret tidspunktet og eventuelt stedet for angrepet er. Videre vil det være vesentlig hvor lang tid som antas å ville gå

en prøving av nødvendigheten av forsvarshandlingen i lys av risikoens (angrepets) art, grad og konsekvens dersom den materialiseres. Med andre ord må risikoen, som det fremtidige angrepet representerer, veies opp mot forsvarshandlingens inngripende karakter. Forsvarshandlingen må i en slik kontekst fremstå som både *nødvendig* og *forholdsmessig*, jf. strl. § 18 første ledd bokstav b) og c). Det er en kjensgjerning at i tilfeller hvor en risiko ikke har materialisert seg, eller angrep påbegynt, vil subsidiaritetsprinsippets krav om bruk av minst mulig inngripende tiltak gjøre seg særlig gjeldende.¹³⁴³

Kravet om *formålsrettet* myndighetsutøvelse ved inngripende tiltak er, som tidligere gitt uttrykk for, en sentral rettssikkerhetsgaranti mot vilkårlig myndighetsutøvelse.¹³⁴⁴ Straffeloven § 18 om nødverge, som har et større nedslagsfelt enn bare offentlig myndighetsutøvelse, oppstiller også formålkrav, jf. første ledd bokstav a): «for å avverge» (min utheving), og andre ledd: «iverksetter» og «søker å hindre».

Sammenliknet med nødvergebestemmelsen i strl. (1902) § 48, innebærer formuleringen «for å» et skjerpet krav til formålsrettet forsvarshandling. Straffeloven (1902) § 48 oppstilte kun krav om at det «objektivt sett forelå en nødvergesituasjon»,¹³⁴⁵ og at den som handlet skjønnte dette,¹³⁴⁶ samt at forsvarshandlingen rent faktisk var egnet til å avverge et ulovlig angrep.¹³⁴⁷ Med strl. § 18 første ledds formulering «for å», kan det utledes krav om at forsvarshandlingen

for angrepet skal finne sted og dermed hvilke andre muligheter som foreligger enn å øve nødverge. Momenter av betydning er om det er tid til å kontakte politiet og om man kan regne med hjelp derifra til å avverge angrepet, eller om det er tid til å flykte når dette fremstår som en naturlig løsning. Videre vil det ha betydning hvilken interesse angrepet vil bli rettet mot, f.eks om det er liv, legeme eller materielle verdier. Også farligheten av angrepet må tillegges vekt, dvs vurdert ut fra angrepssituasjonen og skademulighetene. Stedet hvor man befinner seg, vil også kunne være av betydning».

¹³⁴³ Se HR-1996-15-A hvor Høyesterett påpekte at strl. (1902) § 48 også kommer til anvendelse som kompetansenorm ved avverging av fremtidige angrep som ikke lar seg avverge på annen måte: «Når det dreier seg om fremtidige angrep, vil imidlertid muligheten for å avverge det på annen måte enn ved nødvergehandlinger, vanligvis være større enn i en akutt angrepssituasjon, og det bør skje en streng vurdering av hvilke andre muligheter som foreligger.» Se også Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, kommentarer til § 18.

¹³⁴⁴ Det polisiære formålkravet er tidligere behandlet i 12.2.

¹³⁴⁵ Tilsvarende synes lagt til grunn i svensk rett, jf. BrB 24 kap. § 1, se SOU 1988: 7 s. 70-71 hvor dette kommer til uttrykk.

¹³⁴⁶ Se Juridika.no (3. september 2019), kommentar til strl. § 18, punkt 4.4. (3. september 2019).

¹³⁴⁷ Se Gröning mfl. 2019 s. 453.

må ha som formål å verne om en beskyttelsesverdig interesse.¹³⁴⁸ Dagens nødvergebestemmelse utelukker med dette muligheten for å påberope nødverge som rettfærdiggjøringsgrunn i tilfeller hvor handlingen alene er motivert ut fra ønske om å hevne seg. Men om hevn inngår som del av vedkommende sitt motivasjonsgrunnlag, avskjæres ikke adgang til å påberope strl. § 18 så lenge handlingen også har som formål å avverge/stanse et ulovlig angrep.

Videre uttrykker strl. § 18 første ledd bokstav b) et *behovskrav*. Handlingen er kun lovlig «når den ikke går lenger enn nødvendig». Med dette oppstilles det, på lik linje med pl. § 6 andre ledd, krav om at vedkommende må velge det minst inngripende tiltaket (subsidiaritetskravet) som er egnet til å avverge angrepet (adekvanskravet), og forsvarshandlingen må opphøre når angrepet er avverget eller opphørt (tilstrekkelighetskravet).¹³⁴⁹

I teorien er strl. § 18 første ledds behovskrav, jf. formuleringen «ikke går lenger enn nødvendig», omtalt som et subsidiaritetskrav, se Grønning mfl. 2019 s. 454. Som tidligere påpekt er kravet om subsidiaritet sammen med adekvans- og tilstrekkelighetskravet, i politiretten ansett som utledet av behovskravet. Videre utgjør behovs- og forholdsmessighetskravet to adskilte prinsipper i politiretten, men som påpekt av Grønning mfl. 2019 s. 455 vil vurderingen av behovsprinsippet subsidiaritetskrav gli over i en forholdsmessighetsvurdering «der fordeler og ulemper ved flere handlingsalternativer veies mot hverandre».

Hvilken avvergende handling som fremstår som nødvendig i den konkrete situasjonen, vil avhenge av personens oppfattelse og forutsetning for å vurdere faren ved angrepet. Vurderingen av om forsvarshandlingen var nødvendig må derfor skje etter en objektiv norm, og forankres i vedkommende persons subjektive oppfatning av situasjonen. I den grad hans eventuelle feilvurderinger skyldes uaktsomhet, kan han straffes dersom den uaktsomme handling er kriminalisert.¹³⁵⁰

Det fjerde grunnvilkåret, *forsvarlighetskravet*, fremgår av bestemmelsens første ledd bokstav c). Her gis det uttrykk for at forsvarshandlingen ikke kan gå «åpenbart ut over

¹³⁴⁸ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, kommentarer til § 18.

¹³⁴⁹ Om det polisiære behovsprinsippet, se 12.3.

¹³⁵⁰ Se juridika.no (3. september 2019), kommentarer til strl. § 18, punkt 4.2.

hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld».¹³⁵¹

I dansk rett er det uenighet i om «der ligger noget selvstændigt i kravet om nødvendighed i forhold til kravet om forsvarlighed», samtidig som det er enighet i at de har en nær sammenheng med den følge at det ikke er avgjørende om de ulike krav til forsvarshandlingen utledes av nødvendighetskravet eller forsvarlighetskravet, se Elholm 2003 s. 23.

Uttrykket *åpenbart* gir til kjenne at bestemmelsen ikke oppstiller krav om balanse mellom forsvarshandlingens formål om å avverge et konkret ulovlig angrep, og konsekvensen av det midlet eller tiltaket som anvendes. Bestemmelsen gir med andre ord anvisning på at den som forsvarer seg er innrømmet rom for at også «uforholdsmessige» forsvarshandlinger kan rettfærdiggjøres så fremt den ikke fremstår som «åpenbart» uforsvarlig.¹³⁵² I realiteten gis det her uttrykk for en forholdsmessighetsvurdering som har som formål å foreta en etisk vurdering av forsvarshandlingen.¹³⁵³ Når bestemmelsen fremhever hva slags interesse som angrepet krenker som et sentralt kriterium, er dette i tråd med nødvergeinstituttets intensjon om å fremme den angrepnes interesser som sterkere og mer beskyttelsesverdige enn angriperens.

Det forhold at nødvergeinstituttet vektet den angrepnes interesser som mer beskyttelsesverdige enn angriperens, er et sentralt vurderingstema ved avgjørelse av om det fremstår som forholdsmessig «å ta angriperens liv for å berge den angrepnes liv». Som påpekt av Roxin kan verdien av liv som sådan ikke gjøres til gjenstand for vekting: «[w]o es allerdings um das Rechtsgut des menschliche Lebens geht, sind Quantifizierungen unzulässig. Vor dem Recht hat jedes menschliche Leben, wie sich schon aus den Art. 1, 2, 3 GG ergibt, gleichen Rang; einen unterschiedlichen 'Lebenswert' gibt es nicht», se Roxin 1997 s. 622.

¹³⁵¹ Det polisiære forholdsmessighetsprinsippet er nærmere behandlet i 12.4.

¹³⁵² Se Fredriksen s. 114 – tidligere omtalt i avhandlingens kapittel 12 – hvor han tar til orde for at det også i forhold til det polisiære proporsjonalitetsprinsippet, jf. pl. § 6 ikke kan oppstilles krav om fullstendig balanse mellom tjenestehandlingens mål og virkemiddel: «Situasjonen kan da godt være at den tyngende virkningen er noe større enn den nytten som oppnås, uten at inngrepet av den grunn er uforholdsmessig. Avviket må bare ikke bli 'urimelig' stort».

¹³⁵³ Se HR-1992-146-B som viser til lagmannsrettens grundige drøftelse av nødvergespørsmålet, og siterer lagmannsretten på følgende: 'Sett på denne bakgrunn er lagmannsretten kommet til at den foretatte forsvarshandling fra tiltaltes side med bruk av kniv er 'ubetinget utilbørlig' og således ikke nødverge i lovens forstand. Denne vurdering kan sies å være lagmannsrettens 'etiske dom' over nødvergehandlingen'. Se også juridika.no (3. september 2019), kommentarer til strl. § 18, punkt 4.2.

Med formuleringen «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig ...» var siktemålet å markere at strl. (2005) § 18 «i noe mindre grad ville tolerere overskridelser» sammenliknet med nødvergebestemmelsen i strl. (1902) § 48, som krevde at forsvarshandlingen ikke måtte være «ubetinget utilbørlig». Tross dette er det, som påpekt av departementet, «meningen at den angrepne skal ha rikelige marginer i sin vurdering av hva som er etisk forsvarlig».¹³⁵⁴

En nærmere vekting av den krenkede interesse må bygge på en totalvurdering av en rekke omstendigheter, slik de oppfattes av den som iverksetter forsvarshandlingen. Det er i den forbindelse naturlig å ta hensyn til *omfanget av krenkelsen*, herunder hvilken type retts gode som er truet og hvilke typer skade som kan forårsakes. Samlet vil disse og liknende kriterier bidra til å belyse angrepets potensielle konsekvens. Isolert sett gir ikke dette svar på sannsynligheten for at skaden materialiseres, dersom forsvarshandlingen ikke iverksettes. Angrepets potensielle omfang må derfor også holdes opp mot hvor stor sannsynlighet det er for at angrepet vil bli gjennomført.¹³⁵⁵ På denne måten er vurdering av risikoen for at angrepet skal gjennomføres, og føre til en konkret interessekrenkelse, knyttet opp mot både en sannsynlighets- og konsekvensvurdering.

Når bestemmelsen gir uttrykk for at forsvarlighetsvurderingen også omfatter «angriperens skyld», er det i teori, med støtte i rettspraksis, begrunnet i at den som forsettlig krenker en annens interesse er mer å klandre enn den som ved et hendelig uhell har forårsaket en krenkelse. Likeledes vil en person uten skyldevne (strafferettslig utilregnelig) ikke anses for å ha utvist skyld i strafferettslig forstand. I den grad den angrepne er klar over disse omstendigheter vil det «kreves i større grad enn ellers at man søker å unngå de mest dramatiske midler til sitt forsvar.»¹³⁵⁶

Ifølge strl. § 18 første ledd, bokstav c) er «angriperens skyld» et sentralt vurderingsmoment i forsvarlighetsvurderingen. Jeg har tidligere påpekt at det

¹³⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 14.3.3.4.

¹³⁵⁵ Se juridika.no (3. september 2019), kommentarer til strl. § 18, punkt 4.3.

¹³⁵⁶ Se Gröning mfl. 2019 s. 458. Se også Henricson 2016 s. 260 flg. som i forhold til dansk rett fremhever «angriperens person, herunder hans mentale habitus. Det er af betydning, om det er et bam eller en sindssyg person, man står over for ...»

polisiære forsvarlighetskravet, jf. pl. § 6 fjerde ledd må betraktes som synonymt med *forholdsmessighetskravet*. Straffeloven § 18 gir, på lik linje med pl. § 6 fjerde ledd, uttrykk for et selvstendig nødvendighetskrav, jf. bestemmelsens første ledd, bokstav b). Tross dette er det grunn til å stille spørsmål om angriperens skyld er et kriterium som inngår i en *forholdsmessighetsvurdering*, se Gröning mfl. 2019, s. 458. Det faktum at et barn på 14 år (uten skyldevne), og ikke en mann på 40 år, er i ferd med å krenke en beskyttelsesverdig interesse, påvirker ikke vektingsprosessen hvor den interesse som står i fare for å bli krenket, sammenholdes med den nødvendige forsvarshandlingens inngripende karakter. Videre er det, som påpekt av *Elholm*, «neppe praktisk muligst at operere med fastlagte aldersgrænser» for hva som anses som barn. Videre vil det i praksis være umulig for politiet, i situasjonen «der og da», å vurdere alderen til en person. Ytterligere må det faktum at politet har en plikt til å avverge faren tillegges avgjørende vekt. Et «angreb fra en 14-årig kan være præcis så farligt, som fra en 18-årig», se *Elholm* 2003, s. 31.

En tilnærming hvor omstendighetene «utvist skyld og skyldevne» fordrer at den som forsvarer seg i større grad må søke «å unngå de mest dramatiske midler i sitt forsvar», gir i realiteten anvisning på en *nødvendighetsvurdering*, hvor det er et spørsmål om den planlagte forsvarshandlingen fremstår som det minst inngripende tiltaket som er egnet til å avverge angrepet. Tilsvarende synes lagt til grunn i finsk strafferetts bestemmelse om nødverge. Ifølge strafflagen 4. kap. § 4 skal det ved en forsvarlighetsvurdering av forsvarshandlingen «beaktas angreppets art och styrka, försvararens och angriparens person samt övriga omständigheter».

Denne divergensen i beskrivelsen av tilnærmingen vil i praksis neppe påvirke sluttresultatet av en prøving av nødvergehandlingens rettmessighet, da nødvendighetskravet inngår som et sentralt vurderingsmoment i en forsvarlighetsvurdering.

Ifølge strl. § 18 andre ledd gjelder bestemmelsen om nødverge i første ledd «tilsvarende for den som iverksetter en lovlig pågripelse eller søker å hindre at noen unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff.» Forankret i lovens ordlyd, kan det innledningsvis kort slås fast at bestemmelsen ikke hjemler pågripelser, men stiller som vilkår for anvendelse at det iverksettes en «lovlig pågripelse». Det innebærer at strl. § 18 første ledd kan påberopes som kompetansegrunnlag for bruk av makt av «den som iverksetter en lovlig pågripelse». Med dette gir strl. § 18 uttrykk for at bestemmelsen om nødverge ikke bare gjelder ved de klassiske nødvergesituasjoner, hvor formålet er å avverge eller stanse et ulovlig angrep, men også kommer til anvendelse i rettshåndhevelsesøyemed.

Det som kjennetegner rene rettshåndhevelsessituasjoner er at det ikke nødvendigvis kan utledes av situasjonen en fare for, eller et pågående angrep. Den som flykter for å unngå pågrepelse, eller for å unndra seg gjennomføring av frihetsstraff, kan neppe karakteriseres som å utgjøre et «ulovlig angrep». Det samme vil gjelde den som passivt «ikke samarbeider». Dersom den som pågripes utøver vold for å unnvike, vil voldsutøvelsen i seg selv utgjøre et ulovlig angrep på en rettsbeskyttet interesse, nemlig retten til å effektivere en lovlig pågrepelse, jf. strpl. §§ 173 og 176. Det er først i situasjoner hvor individets effektivisering av en lovlig pågrepelse krever bruk av makt, at strl. § 18 andre ledd får en «selvstendig betydning». Som påpekt av *Øyen* oppstiller straffeprosessloven kun materielle vilkår, kompetanseregler og saksbehandlingsregler for pågrepelse. I den grad det er behov for å anvende makt må hjemmelen søkes i strl. § 18 andre ledd, jf. første ledd, se *Øyen* 2019 s. 206 flg.

13.3 Strl. § 18 – aktualitet som kompetansegrunnlag for inngripende polisiær myndighetsutøvelse

Forut for vedtakelsen av politiloven av 1995 var det kun straffeloven av 1902s bestemmelser om nødverge og nødrett, jf. henholdsvis §§ 48 og 47 som ved generell lov kodifiserte politiets fullmakter til inngripende polisiær myndighetsutøvelse.¹³⁵⁷

Et av departementets siktemål med lovrevisjonen og utarbeidelse av politiloven av 1995 var å kodifisere politiets ulovfestede hjemler til inngrep, uten pretensjoner om å utvide politiets kompetanse eller på andre måter endre den rettslige situasjonen.¹³⁵⁸ Det foreligger heller ingen uttalelser i forarbeidene som tyder på at formålet med vedtakelsen av pl. § 6 var å erstatte nødvergebestemmelsens betydning som polisiært kompetansegrunnlag. Nødvergebestemmelsen i strl. (1902) § 48 ble forutsatt videreført som kompetansegrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse uten nærmere rettslige overveielser.

I teorien er det tatt til orde for vedtakelsen av politiloven av 1995, med dens generelle hjemmelen for maktbruk i § 6 fjerde ledd, førte til at strl. (1902) § 48 tredje ledd mistet

¹³⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 2.5.

¹³⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) punkt 2.6.1 hvor følgende er uttalt: «Ved utformingen av utkastets § 7 har departementets siktemål vært å lovfeste dagens rettslige situasjon. Bestemmelsen innebærer m.a.o. ingen utvidelse av politiets myndighet».

sin betydning som selvstendig metodebestemmelse.¹³⁵⁹ Straffelovkommisjonen gav uttrykk for et tilsvarende syn i sitt arbeid med ny straffelov (2005), og mente at «det er mer naturlig at grensene for maktbruken fastlegges gjennom en tolking av de bestemmelsene som regulerer hjemmelsgrunnlaget».¹³⁶⁰ Kommisjonen viste i den forbindelse til daværende Eidsivating lagmannsretts høringsuttalelse hvor det ble gitt uttrykk for at:

‘... hjemmelen for og rammene for politiets maktutøvelse bør finnes i politirettslige regler, eventuelt i straffeprosesslovgivningen. Det gir uheldige assosiasjoner at politiets adgang til pågripelse m.m forankres i en bestemmelse om nødverge’.

På dette grunnlag foreslo kommisjonen å sløyfe bestemmelsen om pågripelse i strl. (1902) § 48 tredje ledd. Departementet valgte imidlertid å videreføre bestemmelsen i strl. (2005) § 18 andre ledd, og påpekte i den forbindelse blant annet at «[b]estemmelsen supplerer reglene i politiloven § 6 og straffeprosesslovens bestemmelser om pågripelse ...» Videre ble det fremhevet at «[h]envisningen til første ledd innebærer at også reglene om straffritak eller straffnedsettelse ved overskridelse av nødvergeretten får tilsvarende anvendelse i de situasjonene annet ledd regulerer.»¹³⁶¹

Bestemmelsens aktualitet som kompetansegrunnlag for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse ble endelig avgjort av Høyesterett i 2007, i forbindelse med rettens behandling av spørsmålet om tre polititjenestepersoner hadde gjort seg skyldig i ulovlig utøvelse av makt under en pågripelse.¹³⁶² For Høyesterett anførte påtalemyndigheten at rettmessigheten av myndighetsutøvelsen måtte vurderes etter kriteriene i pl. § 6 og ikke etter strl. (1902) § 48. Høyesterett var ikke enig i dette, og påpekte at resultatet av arbeidet med ny straffelov (2005) var at bestemmelsen om straffrihet ved pågripelser

¹³⁵⁹ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 236. Når forfatterne bruker benevnelsen *metodebestemmelse* siktes det til regler som «fastsetter hvordan et inngrep skal gjennomføres», i motsetning til benevnelsen *inngreps hjemler* som omhandler regler som «fastsetter hvilke inngrep som kan brukes og når de kan brukes», se s. 231.

¹³⁶⁰ Se NOU 2002: 4, punkt 8.3.6.

¹³⁶¹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, kommentarer til § 18.

¹³⁶² Se HR-2007-1474-A.

var videreført i strl. § 18 andre ledd, «uten at pågripelse foretatt av politiet settes i noen særstilling».¹³⁶³ På dette grunnlag konkluderte retten med at:¹³⁶⁴

«... spørsmålet om straffrihet for polititjenestemenns handlinger i forbindelse med pågripelse fortsatt må vurderes ut fra straffeloven § 48 tredje ledd, det vil si at avgjørelsen vil måtte bero på om handlingen har vært nødvendig og om den må anses 'ubetinget utilbørlig'».

Med dette slo Høyesterett fast at strl. § 18 om nødverge må anses som *lex specialis* i forhold til politilovgivningens kompetansenormer.

Spørsmålet om nødvergeinstituttets aktualitet som kompetansegrunnlag for inngripende politisær myndighetsutøvelse, drøftes også i tysk rett.

Spørsmålet om nødvergeinstituttets posisjon som kompetansegrunnlag for politisær myndighetsutøvelse synes uavklart både i lovgivningen og den vitenskapelige diskurs

På delstatsnivå er det eksempler på lovgivning som går i ulik retning uten at relasjonen til den strafferettslige reguleringen av nødverge på føderalt nivå avklares. Som eksempel kan det vises til politiloven i Bremen (BremPolG) § 10 tredje ledd hvor det fremgår at regler om nødverge ikke kan påberopes som politisær kompetansenorm: «Die zivil- und strafrechtlichen Vorschriften über Notwehr, Nothilfe oder Notstand begründen keine polizeilichen Befugnisse». Motsetningsvis, se politiloven for Niedersachsen (NPOG) § 71 andre ledd som gir uttrykk for at loven ikke innskrenker politiets adgang til utøvelse av nødverge: «Die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.»

Den vitenskapelige diskurs i Tyskland preges også av ulikt syn på spørsmålet. Det politisære perspektivet (Polizeirechtliche Theorie) legger til grunn at nødverge og nødrett er utelukket som politisært kompetansegrunnlag. Politiet må forankre sin myndighetsutøvelse i spesielle kompetansenormer som legitimerer den konkrete inngripende handlingen

I henhold til den strafferettslige tilnærmingen (Strafrechtliche Theorie) kanbestemmelsene om nødverge og nødrett påberopes som politisær kompetansenorm i situasjoner hvor dette fremstår som nødvendig, og det ikke finnes særskilte politisære normeringer som gir politiet inngrepskompetanse. Den juridiske diskurs langs disse to argumentasjonslinjer berører en rekke rettslige implikasjoner som, innenfor denne avhandlingens rammer, ikke lar seg belyse i sin fulle bredde For en innføring i den tyske diskurs om temaet, se Pewestorf 2009 og Beaucamp 2003.

¹³⁶³ Se HR-2007-1474-A, avsnitt 30.

¹³⁶⁴ Se HR-2007-1474-A, avsnitt 32.

13.4 Strl. § 18 i en polisiær kontekst

13.4.1 Innledende betraktninger

I en polisiær kontekst kan nødvergeinstituttets anvendelsesområde, som kompetansegrunnlag for den inngripende polisiære myndighetsutøvelse, forklares med følgende figur:¹³⁶⁵

Nødvergeinstituttet som polisiært kompetansegrunnlag



Figur 19

Når politiet *forfølger* straffbare forhold (se figurens «4») er det naturlig å trekke den konklusjonen at muligheten for å påberope strl. § 18 som polisiært kompetansegrunnlag er utelukket når lovbruddet er fullendt. På dette tidspunktet er den pågående rettighetskrenkelsen opphørt, og det «ulovlige angrepet» er derved avsluttet. Slik er det imidlertid ikke. Som påpekt ovenfor i 13.3, og som jeg vil komme tilbake

¹³⁶⁵ Figuren er tidligere vist til i 10.2.

til senere, hjemler bestemmelsens andre ledd utøvelse av nødverge i rettshåndhevelsesøyemed.¹³⁶⁶

Polisiære tiltak som retter seg mot handlinger som objektivt sett utgjør et pågående lovbrudd, eller forsøk på et lovbrudd uten at krenkelsen er fullbyrdet, er naturlig å betrakte som forsvarshandlinger med formål å *stanse* en krenkelse (se figurens «3»). Tilsvarende vil en handling som retter seg mot situasjoner hvor lovbruddet ikke er påbegynt, men det foreligger «en eller annen grad av fare for at lovbruddet vil bli begått dersom det ikke gripes inn»,¹³⁶⁷ kunne betraktes som *avdekkende* (se figurens «2») eller *forebyggende* (se figurens «1») forsvarshandlinger.¹³⁶⁸

Som denne lille introduksjonen viser, har nødvergeinstituttet stor aktualitet som polisiært kompetansegrunnlag. I det følgende skal jeg se nærmere på noen rettslige implikasjoner forbundet med instituttets funksjon som netopp dette.

13.4.2 Kan nødvergeinstituttet betraktes som en polisiær kompetansenorm?

Den første rettslige implikasjonen, forbundet med nødvergeinstituttets posisjon som polisiær kompetansenorm, er om strl. § 18 i det hele tatt kan betraktes som en *kompetanseregulering* for myndighetsutøvelse.¹³⁶⁹ Utøvelse av beslutningsmyndighet er en positiv og offensiv handling som innen forvaltningen har som formål å operasjonalisere politiske beslutninger.¹³⁷⁰ I så henseende gir kompetansenormene politiet fullmakt til å iverksette konkrete tjenestehandlinger, om nødvendig ved bruk av makt.

Straffeloven § 18 første ledd må kunne sies å ha et annet formål. Bestemmelsen er tidligere omtalt som en *generell rettferdigjøringsgrunn*, hvor forsvarshandlingen

¹³⁶⁶ Se strl. § 18 andre ledd: «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».

¹³⁶⁷ Om det polisiære farebegrepet, se Boucht 2018, og Auglend 2016 s. 538 flg.

¹³⁶⁸ Sml. Fredriksen 2015 s. 439.

¹³⁶⁹ Ovenfor i 4.2.2 er *kompetanseregulering* brukt i betydningen normeringer som «oppstiller nærmere betingelser for beslutningsmyndighet».

¹³⁷⁰ Om forvaltningens oppgaver, se Graver 2015 s. 47 flg hvor forvaltningens oppgaver er inndelt i følgende tre hovedkategorier: «Forvaltningen opptre som øvrighet, som produsent av samfunnsmessige fellestjenester og som apparat for sikring av befolkningens og enkeltindividets grunnleggende velferd». Se også Eckhoff/Smith 2014 s. 68 flg.

neppe kan sies å hvile på *beslutningsmyndighet*, men må betraktes som en defensiv redningshandling, framtvunget av en nødsituasjon,¹³⁷¹ Videre er dens formål alt annet enn å operasjonalisere politiske beslutninger. I en slik kontekst fremstår det som kunstig å omtale nødvergeinstituttet som en kompetanseregulering for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse.¹³⁷² I realiteten oppstiller strl. § 18 materielle vilkår for når en ellers straffbar handling, som har som formål å redde egne eller tredjepersons rettsbeskyttede interesser, kan rettferdiggjøres.¹³⁷³

13.4.3 Nødvergeinstituttets formål

Den andre rettslige implikasjonen, forbundet med nødvergeinstituttet som kompetansegrunnlag for politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse, knytter seg til instituttets formål og unntak fra statens maktmonopol. Som påpekt ovenfor stenger statens maktmonopol, jf. pl. § 1 første ledd sammenholdt med § 26 første ledd, i utgangspunktet for individets adgang til privat rettshåndhevelse. Nødvergeinstituttet har som formål å lempe på maktmonopolet ved å gi individet adgang til privat rettshåndhevelse i situasjoner hvor staten ikke evner å ivareta individets rettsbeskyttede interesser. Dette skjer ved at strl. § 18 utvider individets handlefrihet i nærmere angitte situasjoner som i utgangspunktet er straffesanksjonert, ved å rettferdiggjøre handlingen.¹³⁷⁴

I praksis er nødvergeinstituttet et substitutt for manglende nærvær av primæransvarlig myndighetsorgan – i dette tilfellet politiet – som kan håndheve individets interesser.¹³⁷⁵

I en slik kontekst fremstår det som et rettslig paradoks at politiet, i kraft av primæransvarlig myndighetsorgan, som er satt til å forvalte statens maktmonopol, også

¹³⁷¹ Se Pewestorf 2009, punkt A, som gir uttrykk for samme prinsipielle tilnærming til nødvegebestemmelsen i tysk rett § 32 StGB: «Außerdem ist ihnen gemein, dass sie gegenüber staatlicher Hilfe subsidiär sind und daher eine bestimmte Notsituation voraussetzen. Deswegen werden sie gemeinsam unter den Begriffen Jedermannrechte bzw. Notrechte betrachtet».

¹³⁷² Motsetningsvis, se Eckhoff/Smith 2018 s. 346 som omtaler strl. § 17 om nødrett som en sedvanerettslig kompetanseregulering.

¹³⁷³ Se NOU 2019: 14, punkt 23.2.6 hvor det gis uttrykk for at de strafferettslige bestemmelsene om nødrett og nødverge, jf. strl. §§ 17 og 18, ikke er «hjemmelsbestemmelser, men straffrihetsgrunner».

¹³⁷⁴ Sml. Beaucamp 2003, punkt III.3.

¹³⁷⁵ Se Boucht 2011 s. 363 flg. hvor nødvergeinstituttets subsidiære funksjon drøftes.

kan påberope nødvergeinstituttet som rettferdiggjøringsgrunn for den inngripende polisiære myndighetsutøvelse. Nødvergeinstituttets formål og bærende hensyn kan neppe sies å gjøre seg særlig gjeldende i forhold til polisiær inngripende myndighetsutøvelse.

13.4.4 Nødvergeinstituttets legislative begrunnelse

Den tredje rettslige implikasjonen referer seg til departementets begrunnelse for å videreføre strl. (1902) § 48 tredje ledd som polisiær kompetansenorm i ny straffelov, jf. strl. (2005) § 18 andre ledd.¹³⁷⁶ Som begrunnelse anførte departementet at:¹³⁷⁷

«Bestemmelsen supplerer reglene i politiloven § 6 og straffeprosesslovens bestemmelser om pågrepelse, men har en viss selvstendig betydning blant annet ved borgerlige pågripelser. Henvisningen til første ledd innebærer at også reglene om straffritak eller straffnedsettelse ved overskridelse av nødvergeretten får tilsvarende anvendelse i de situasjonene annet ledd regulerer.»

At strl. § 18 andre ledd har selvstendig betydning «ved borgerlige pågripelser» er forståelig. Som tidligere påpekt angir strpl. §§ 173 og 176 kun materielle vilkår for borgerlig pågripelser. I den grad det er behov for å anvende makt ved effektivering av en pågrepelse, må maktbruken hjemles i strl. § 18 andre ledd, jf. første ledd. Det samme gjør seg ikke gjeldende ved politiets effektivering av straffeprosessuelle pågripelser, eller polisiære frihetsbegrensninger og –berøvelser. Her vil det være naturlig å søke hjemmel for maktbruken i politilovens bestemmelser.

Så når departementet fremhever at «[b]estemmelsen supplerer reglene i politiloven § 6 og straffeprosesslovens bestemmelser om pågrepelse» må det, i en polisiær kontekst, forstås som om strl. § 18 angir materielle vilkår for bruk av makt som ikke kan utledes av politilovens bestemmelser, og som fremstår som nødvendig for at etaten skal kunne ivareta sin samfunnsoppgave.

¹³⁷⁶ All den tid strl. (1902) § 48 i sin helhet ble videreført som polisiær kompetansenorm, har begrunnelsen også aktualitet i forhold til videreføring av bestemmelsen som sådan.

¹³⁷⁷ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), punkt 30.1, kommentarer til § 18.

Politoloven § 6 fjerde ledd, som gir uttrykk for at «[p]olitiet kan anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig», blir ofte benevnt som politiets hjemmel for bruk makt.¹³⁷⁸ Bestemmelsen hjemler isolert sett ikke politiets maktutøvelse som sådan.¹³⁷⁹ Om makt kan anvendes i en konkret situasjon må også vurderes i lys av rettsgrunnlaget for tjenestehandlingen, jf. pl. §§ 7-13, som aktualiserer spørsmålet om bruk av makt.¹³⁸⁰ Det er derfor naturlig å omtale pl. § 6 fjerde ledd som en sekundær hjemmel,¹³⁸¹ som gir uttrykk for at makt kan anvendes i den grad den initiale tjenestehandling kan forankres i pl. §§ 7-13, dog under forutsetning av at bestemmelsene ikke utelukker bruk av makt.¹³⁸²

Foruten å gi uttrykk for at makt «kan» anvendes «i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig», oppstiller pl. § 6 fjerde ledd ingen situasjonskriterier som foreskriver *når* makt kan anvendes. I en slik kontekst synes strl. § 18, slik departementet påpeker, å supplere reglene i pl. § 6, da bestemmelsen oppstiller «ulovlig angrep» som kriterier for hvilke situasjoner politiet kan foreta inngripende myndighetsutøvelse, herunder utøve makt.

Også i Sverige, Danmark og Finland er *nødvergeinstituttet* kompetansegrunnlag for politiets myndighetsutøvelse. Til tross for dette har myndighetene valgt å gi regler i politiloven som regulerer i hvilke situasjoner makt og maktmidler kan anvendes.

Svensk polislagen § 10 første ledd punkt 1–7 foreskriver i hvilke situasjoner polititjenestepersonen kan anvende makt med formål å gjennomføre en tjenestehandling (*tjenesteåtgärd*). I tillegg fastslår bestemmelsens tredje ledd at polititjenestepersonen i visse tilfeller har rett til å anvende makt i nødverge, jf. brottsbalken (BrB) kapittel 24, se Berggren/Munck 2016 s. 85 flg. for en nærmere fremstilling. BrB 24:2 andre ledd fastslår at en polititjenesteperson kan anvende makt i de situasjoner og under de forutsetninger som er nevnt i polislagen § 10, se Zila 2017, punkt 2.1 og Boucht 2011 s. 334.

¹³⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995), punkt 2.5 hvor det er uttalt at «[h]jemmelen for maktbruk fremgår av utkastets § 6».

¹³⁷⁹ Se Fredriksen 2015 s. 78.

¹³⁸⁰ Se 4.4; «Fastlegging av gjeldende rett».

¹³⁸¹ Se Auglend/Meland 2016 s. 665.

¹³⁸² Som eksempel på tiltak som er hjemlet i pl. § 7 første ledd, jf. andre ledd, men som utelukker bruk av makt er tiltakene «forby opphold», «avvise» og «bortvise».

Tilsvarende inneholder dansk politilov § 15 en uttømmende oppstilling av situasjonskriterier for når politiet kan anvende makt, se pro.karnovgroup.dk (3. september 2019), kommentarer til § 15, og Henricson 2016 s. 250. Bestemmelsen må ses i sammenheng med §§ 17-20 som regulerer bruken av visse typer maktmidler, henholdsvis skytevåpen, kølle, hund og gass. Felles for disse bestemmelsene er at de også regulerer når maktmidlene kan anvendes i nødverge. Som eksempel kan det vises til § 17 første ledd, punkt 1 som gir uttrykk for at skytevåpen kan anvendes for «at avværges et påbegyndt eller overhængende farligt angreb på person». Tilsvarende § 18 første ledd, punkt 1 og § 19 første ledd, punkt 1 som gir uttrykk for at henholdsvis kølle og polititjenestehund kan brukes for «at avværges et påbegyndt eller overhængende angreb på person» (sml. dansk strl. § 13 om nødverge som har følgende ordlyd: «Handlinger foretagne i nødverge er straffri, for så vidt de har været nødvendige for at modstå eller avværges et påbegyndt eller overhængende uretmæssigt angreb ...»). Bestemmelsene må imidlertid ikke betraktes som en uttømmende oppstilling av lovlige maktmidler. I den grad andre maktmidler anvendes, må bruken vurderes i lys av behovs- og forholdsmessighetsprinsippet, jf. § 16, se Henricson 2016 s. 256 flg. I alle tilfeller vil rettmessigheten av maktanvendelsen også måtte vurderes i lys av dansk straffelov § 13 om nødverge. se Henricson 2013 s. 137.

Finsk polislag § 17 første ledd oppstiller situasjonskriterier for når polititjenestepersonen kan anvende maktmidler. Videre gir bestemmelsens andre ledd uttrykk for at politiet også har rett til å utøve nødverge, jf. finsk straffelov kapittel 4, § 4. På lik linje med dansk politilov, regulerer finsk politilov adgangen til bruk av skytevåpen, jf. kapittel 2, § 19.

Et interessant spørsmål, som aktualiseres i kjølvannet av departementets begrunnelse for å videreføre nødvergeinstituttet i en polisier kontekst, er som følger: Hvilken betydning kan nødvergeinstituttet, jf. situasjonskriteriet «ulovlig angrep», tillegges som supplerende kompetansegrunnlag for den polisier myndighetsutøvelsen?

Når en sammenholder straffeloven § 18 første ledd med pl. § 7 fremstår nødvergeinstituttet som både overlappende og komplimenterende. Ifølge pl. § 7 første ledd kan politiet *gripe inn* i forhold til enhver adferd som forstyrrer eller står i fare for å forstyrre den offentlige ro og orden, samt handlinger som krenker individets og allmenhetens sikkerhet og/eller utgjør et lovbrudd. Bestemmelsen gir med dette uttrykk for å verne om enhver rettsbeskyttet interesse som i en polisier kontekst synes å falle inn under «ulovlig angrep», jf. strl. § 18 første ledd. Politiloven § 7 første ledd må dermed kunne betraktes som en konkretisering av nødvergeinstituttets situasjonskriterium «ulovlig angrep». Likeledes vil tiltakene *anholdelse* jf. pl. § 7 andre

ledd (samt *innbringelse*, jf. pl. §§ 8 og 9) falle innenfor «*pågrepelse*», jf. strl. § 18 andre ledd.

Når nødvergeinstituttet også betraktes som komplimenterende, knytter det seg i realiteten til pl. § 7 andre ledd, som foreskriver hvilke *midler, metoder* eller *forholdsregler* politiet kan ta i bruk for å nøytralisere en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse som er nevnt i første ledd,¹³⁸³ Mens politiloven § 7 andre ledd gir en tilnærmet uttømmende angivelse av politisære midler og metoder som kan tas i bruk,¹³⁸⁴ åpner nødvergeinstituttet i realiteten for bruken av hvilke som helst midler eller metoder så lenge forsvarshandlingen er motivert ut fra et formål om å nøytralisere et angrep på et rettsbeskyttet rettsgode, og forsvarshandlingen «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig». Vi kan dermed konstatere at nødvergeinstituttet, i en politisær kontekst, kan tillegges betydning som supplerende kompetansegrunnlag da det gir politiet fullmakt til å ta i bruk andre *midler, metoder* og *forholdsregler* enn de som er nevnt i pl. § 7 andre ledd.

Om nødvergeinstituttet med dette gir uttrykk for en hensiktsmessig og rettslig forsvarlig tilnærming til regulering av politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse kan belyses i to ulike dimensjoner, henholdsvis legalitetsprinsippets lovskrav, og statens plikt til å respektere og sikre individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse, jf. Grl. og EMK. Nedenfor i 13.4.5 behandles først spørsmålet om nødvergeinstituttet som kompetansenorm står seg i forhold til legalitetsprinsippets lovskrav. Deretter drøftes i 13.4.6 spørsmålet om instituttet ivaretar statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene.

¹³⁸³ Nærmere om pl. § 7 andre ledd, se Auglend/Mæland 2016 s. 754 flg.

¹³⁸⁴ Se Auglend/Mæland 2016 s. 788-791 hvor spørsmålet er om pl. § 7 andre ledds katalogisering av midler og metoder kan betraktes som uttømmende i lys av formuleringen «blant annet».

13.4.5 Nødvergeinstituttet som polisiær kompetansenorm i lys av *lex certa*-kravet.

Den fjerde rettslige implikasjonen knytter seg til spørsmålet om nødvergeinstituttet, som polisiær kompetansenorm, tilfredstiller de særlige krav til tolking og etablering av normer som kan utledes av legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.¹³⁸⁵

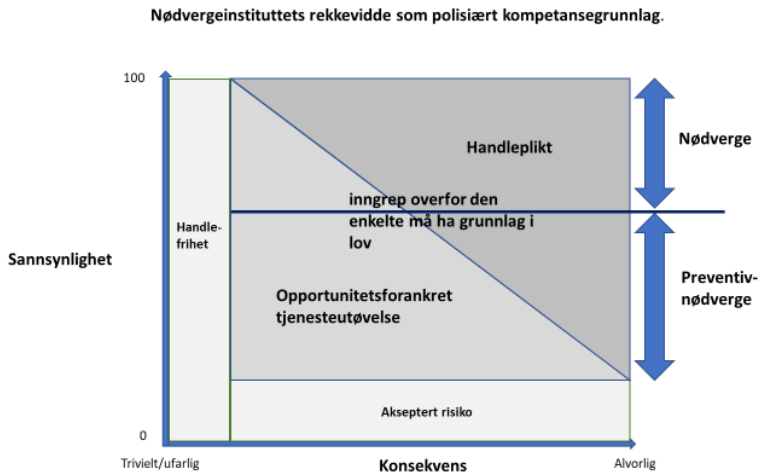
For å belyse denne problemstillingen vil den videre fremstilling sondre mellom utøvelse av *nødverge* og *preventiv nødverge*.¹³⁸⁶ Mens utøvelse av *nødverge* sikter til forsvarshandlinger som har som formål å *stanse* en pågående eller umiddelbar fare for krenkelse, skal *preventiv nødverge* forstås i betydningen tiltak som har som formål å *forebygge* og *avdekke* fremtidige krenkelser.

Med støtte i Høyesteretts avgjørelse, jf. HR-2007-1474-A har jeg ovenfor lagt til grunn at nødvergeinstituttet som kompetansegrunnlag er videreført, uten noen begrensninger for den polisiære myndighetsutøvelsen. Da strl. § 18 også legitimerer *preventiv nødverge*, vil bestemmelsen – som vist med figuren i 13.4.1 – i utgangspunktet kunne påberopes som kompetansegrunnlag for politiets inngripende tiltak når formålet er både å stanse pågående krenkelser, samt avverge og forebygge risikoen for fremtidige krenkelser av rettsbeskyttede interesser.

¹³⁸⁵ Nærmere om det polisiære legalitetsprinsippet, se 5.7.

¹³⁸⁶ Sondringen *nødverge* og *preventiv nødverge* har i praksis liten rettslig relevans. Som nevnt tidligere, er det avgjørende for spørsmålet om utøvelsen av nødverge var legitimt, angrepets aktualitet ut fra en konkret vurdering av behovet «for en umiddelbar avverging av det forestående angrepet», jf. Grønning mfl. 2019 s. 450 flg. Andenæs 2016 s. 163 gir imidlertid uttrykk for at «[d]et må betraktes som et åpent spørsmål om preventivt nødverge kan godtas også overfor mer generelle trusler om fremtidige angrep».

I lys av legalitetsprinsippet kan problemstillingen, knyttet til nødvergeinstituttets rekkevidde som polisiært kompetansegrunnlag, illustreres med følgende figur:



Figur 20

I en kontekst hvor politiet setter søkelys på adferd som har potensiale til å krenke rettsbeskyttede samfunnsinteresser og/eller andre individers rettsbeskyttede interesser, vil noen handlinger og typer adferd fremstå som «trivielle og ufarlige» uansett hvor høy sannsynlighet det er for at risikoen materialiseres. Slik atferd faller innenfor den *alminnelige handlefrihet*. Det samme gjør adferd som har meget alvorlige konsekvenser dersom risikoen materialiseres, men risikoen er allment akseptert. Som eksempel på slik *akseptert risiko* er bilkjøring. Utenfor disse to grupper, faller all annen adferd som vil utgjøre en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse dersom risikoen materialiseres. Det er i tilknytning til slik adferd at spørsmålet om strl. § 18 første ledd som kompetansegrunnlag for politiets forebyggende og avvergende virksomhet aktualiseres.

Risikoadferd som har høy sannsynlighet for å føre til en krenkelse kan, som vist på figuren, tenkes å utløse en handleplikt hos politiet selv om konsekvensene vurderes som lave, idet den så vidt tangerer grensen for handlefrihet. Tilsvarende handleplikt kan inntre når adferden så vidt tangerer grensen for den aksepterte risiko, men konsekvensen vurderes som meget alvorlig dersom risikoen materialiseres. Mellom disse ytterpunkter er det en rekke scenarier som alle kan medføre en handleplikt for politiet. I alle andre tilfeller vil politiet, som vist på figuren, kunne utøve skjønn med hensyn til om de ønsker å intervenere polisært og eventuelt straffeprosessuelt.¹³⁸⁷

Når sannsynligheten for at en risiko vil materialiseres blir tilstrekkelig høy (markert med sort horisontal strek i figuren), er det som følge av at det foreligger en konkretisert, umiddelbar og overhengende fare for krenkelse av en rettsbeskyttet interesse. Enhver forsvarshandling som har som formål å *stanse* eller *avverge* en slik krenkelse, må betraktes som utøvelse av *nødverge*. I alle andre tilfeller, hvor sannsynligheten for at risikoen skal materialisere seg vurderes som lavere, men dog høyere enn bare *mulig*, vil en eventuell forsvarshandling fra politiets side måtte betraktes som *preventiv nødverge*.

I tilfeller hvor det pågår en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse, eller noen har iverksatt handlinger som viser at det er en overhengende og åpenbar fare for slike krenkelser, synes det forsvarlig å legge til grunn at strl. § 18 første ledds situasjonskriterium «for å avverge et ulovlig angrep» oppfyller legalitetsprinsippets materielle krav til utforming av lover som påberopes som hjemmelsgrunnlag for inngripende polisære myndighetshandlinger. Enhver borger vil forstå hva som er å regne som en «rettsbeskyttet interesse», samt identifisere egne handlinger som krenker, eller står i fare for å krenke slike interesser. Vedkommende har da nødvendig forutsetning for å innrette sin adferd med formål å unngå å bli utsatt for myndighetenes inngripende tiltak. Dersom han velger å utføre en handling som krenker en sådan interesse, vil han også forstå at myndighetsutøvelsen, i form av politiets inngripende

¹³⁸⁷ Om den *relativiserte straffeforfølgingsplikten* og polititjenestepersoners adgang til *opportunitetsforankret tjenesteutøvelse*, se Kjelby 2019 henholdsvis s. 121 flg. og s. 234 flg.

tiltak, er innrettet med det formål å nøytralisere (avverge) handlingen. Lovteksten fremstår i så måte som tilstrekkelig klar og tydelig, og tolkningsproduktet – rettsregelen som hjemler inngrep – evner å skape tilstrekkelig grad av forutberegnelighet.

Mer utfordrende, i forhold til legalitetsprinsippets *lex certa*-krav, blir det når man tar i betraktning at strl. § 18 ikke angir noen rettslige rammer med hensyn til hvilke *midler*, *metoder* eller *fremgangsmåter* politiet kan velge for å stanse eller avverge en krenkelse. Som påpekt ovenfor oppstiller EMD krav om at individet skal ha mulighet til også å forutse hvilke følger en konkret handling kan få, uten krav om at følgene må fremstå som sikre.¹³⁸⁸ I juridisk teori er det drøftet om pl. § 7 andre ledd, jf. formuleringen «blant annet», oppfyller EMKs lovskrav, drøftet.¹³⁸⁹ Denne diskusjonen, eller for den saks skyld knyttet til vårt nasjonale lovskrav i Grl. 113, fremstår som fãnyttes i lys av det faktum at strl. § 18 første ledd på dette punkt komplementerer pl. § 7 andre ledd ved å åpne for bruken av ethvert middel eller tiltak som fremstår som nødvendig og proporsjonalt. Det blir dermed vanskelig for individet å forutse hvilke følger en konkret handling kan få.

En vurdering av om strl. § 18, som kompetansegrunnlag for den polisiære myndighetsutøvelsen, på dette punkt strider mot legalitetsprinsippets *lex certa*-krav, vil kreve en grundig og bredt anlagt analyse av til dels intrikate og komplekse juridiske grensdragninger som det vil føre for langt å behandle innenfor rammen av denne avhandlingen. Jeg vil i denne sammenheng derfor begrense meg til å peke på følgende: Det faktum at Høyesterett realitetsbehandlet spørsmålet om det var legitimt av politiet å bruke maglite (tung lommelykt) som slagvåpen under pågripelse,¹³⁹⁰ til tross for at lommelykt ikke er et autorisert maktmiddel, viser at strl. § 18 – i en polisiær kontekst – synes å gi «blankofullmakt» med hensyn til bruk av midler og metoder, forutsatt at

¹³⁸⁸ Se punkt 6.4.2 hvor temaet er behandlet.

¹³⁸⁹ Se Auglend/Meland 2016 s. 788-791 som konkluderer med at uttrykket «blant annet» bør kunne aksepteres som «konvensjonsmessig passabel». Sml. NOU 2004:6, punkt 5.4.2 hvor det gis uttrykk for at det også er «i dårlig samsvar med legalitetsprinsippet at oppregningene av tiltakene i politiloven § 7 andre ledd tilsynelatende ikke er ment å være uttømmende».

¹³⁹⁰ Se HR-2008-905-A, avsnitt 17 som må ses i sammenheng med HR-2007-1474-A, særlig avsnitt 17 flg., hvor Høyesterett realitetsbehandler bruken av lommelykt som slagvåpen i forhold til strl. (1902) § 48.

bruken «ikke går åpenbart utover hva som er forsvarlig». Det er derfor mye som taler for at strl. § 18, som polisiær kompetansenorm, på dette punkt utfordrer legalitetsprinsippets *lex certa*-krav. Dette inntrykket forsterkes ytterligere idet manglende rettslig regulering av hva som anses som legale maktmidler og metoder skaper grobunn for vilkårlig myndighetsutøvelse og undergraver målet om effektiv kontroll med tjenesteutøvelsen.

Tysk teori fremhever også at nødvergeinstituttet, som polisiær kompetansenorm, ikke er av en tilsvarende kvalitet som positivt utformet polisiære normeringer. Se Pierot mfl. 2014 s. 208 som, med henvisning til annen litteratur, påpeker følgende: «Aber den Notrechtsvorbehalten fehlt die Qualität verwaltungsrechtlicher Befugenisnormen [...]; das Strafrecht mit seinen Rechtfertigungsgrundlagen sind auseinanderzuhalten [...]. Da seine Mal geht es um individuelles Handeln, um persönliche Verantwortung, das andere Mal um hoheitliches Handeln und die Aufgaben und Befugnisse des Staats.

Den siste tilnærmingen til spørsmålet om strl. § 18 svarer opp til de særlige krav til tolking og etablering av normer, som kan utledes av legalitetsprinsippets *lex certa*-krav, knytter seg til bestemmelsens betydning som kompetansegrunnlag for politiets utøvelse av *preventiv nødverge*.¹³⁹¹

Ifølge pi. § 3-1 tredje ledd skal politiet «[s]å langt tjenesten og forholdene ellers tillater [...] i ethvert tilfelle [...] gripe inn på forhånd med forebyggende og regulerende tiltak mot forestående lovbrudd eller fredskrenkelses». Kriminalitetsforebyggende arbeids sentrale posisjon som metode underbygges ytterligere ved at det, rettet mot personnivå, er nevnt særskilt som et av regjeringens satsingsområder.¹³⁹²

Foruten pl. §§ 6 b-13, som omhandler spesifikke tiltak, eksisterer det ikke normeringer som i lovs form regulerer politiets polisiære inngripende forebyggende virksomhet. Spørsmålet om nødvergeinstituttet kan påberopes som generelt kompetansegrunnlag for politiets kriminalitetsforebyggende arbeid har derfor stor relevans.

¹³⁹¹ Fremstillingen vil på dette punkt avgrenses mot politiloven kapittel III a. som hjemler politiets sikkerhetstjeneste adgang til bruk av tvangsmidler i forebyggende øyemed i forhold til bestemte typer lovbrudd.

¹³⁹² Se f.eks. Prop. 1 S (2018–2019), punkt 1.4.3.

I figuren over er grensen mellom *akseptert risiko* og adferd som aktualiserer politiets inngripen markert med horisontal strek som angir en terskelverdi – en nedre grense – for politiets inngrepskompetanse. Terskelverdien for adgang til politiets utøvelse av «preventiv» nødverge, jf. strl. § 18 er ikke angitt, og gir uttrykk for at verdien er en enhetlig og konstant størrelse.

Uten pretensjoner om å behandle temaet i sin fulle bredde, er det et faktum at fravær av en klar og presis angivelse av terskelverdier for inngripende myndighetsutøvelse i seg selv vil kunne rokke ved legalitetsprinsippets *lex certa*-krav. Jeg vil begrense min fremstilling av temaet til å kort påpeke at strl. § 18 ikke inneholder en terskelverdi som angir krav til sannsynlighet for utøvelse av preventiv nødverge. Som påpekt i forarbeidene er den nærmere avgrensning av når det kan utøves preventiv nødverge uklar, se NOU 1992: 23, punkt 7.2.3.3. I praksis vil vurdering av nødvergehandlingens rettmessighet avgrenses til et spørsmål om den fremstod som *nødvendig og forholdsmessig*.

Fravær av en definert terskelverdi har også betydning for muligheten for kvalitativ kontroll med myndighetsutøvelsen, og for den enkelte polititjenestepersons mulighet til å vurdere rettmessigheten av egne handlinger, se Boucht 2018 punkt 2.4. Det kan også legges til at angivelse av en klar og presis terskelverdi vil bidra til å forebygge vilkårlig myndighetsutøvelse.

Avslutningsvis finner jeg grunn til å påpeke at politilovens kompetansenormer for inngrep i forebyggende øyemed oppstiller differensierte krav til sannsynlighet. Som eksempel kan det vises til § 6 b som foreskriver at skytevåpen kan anvendes når lempeligere midler «åpenbart» ikke vil føre frem. Videre foreskriver § 7 at politiet kan gripe inn når det foreligger «grunn til frykt» for forstyrrelser av den offentlige ro og orden. Dernest oppstiller § 7a som terskelverdi for visitasjon med formål å avdekke våpen at «det er grunn til å undersøke» enten i situasjon eller på steder hvor det «erfaringsmessig» finner sted slike straffbare handlinger, eller i situasjoner hvor det er «grunn til å anta ...». Ytterligere gir § 8 første ledd nr. 2 politiet kompetanse til å innbringe noen som ikke etterkommer pålegg om å fjerne seg fra offentlig sted, når omstendighetene «gir skjellig grunn til å frykte ...» Avslutningsvis kan det vises til pl. § 7 fjerde ledd som, uten å angi terskelverdi, foreskriver at politiet kan gripe inn på andre offentlige myndigheters ansvarsområde når det foreligger «fare» for alvorlige ordensforstyrrelser.

Om angivelsen av differensierte krav til sannsynlighet er et resultat av en bevisst strategi fra lovgivers side, vites ikke. Uansett fremstår det som utfordrende for den enkelte polititjenesteperson å forholde seg til et utall av terskelverdier som med varierende presisjonsnivå angir sannsynlighet som grunnlag for inngrepskompetanse. I finsk politilov har man valgt å operere med en fast terskelverdi – «skålig misstanke» – som er sammenfallende med terskelverdien for adgangen til å iverksette etterforskning, se Boucht 2018 punkt 2.4.

Situasjoner som aktualiserer spørsmålet om iverksettelse av forebyggende tiltak kjennetegnes ved at risikoen, for en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse, er udefinert

med hensyn til tidspunkt for utførelse, handlingens karakter og eventuelt offer for krenkelsen. Det foreligger derfor ikke grunnlag for politiet til å intervensere med formål å *avverge* eller *stanse* en konkret eller nærliggende krenkelse.

Politidirektoratet har for sin virksomhet lagt til grunn følgende definisjon av *kriminalitetsforebyggende virksomhet*:¹³⁹³

«Arbeid politiet planmessig og systematisk utfører alene eller i samarbeid med andre for å redusere risikoen for kriminalitet».

Det innebærer at når virksomheten rettes mot individet har den som formål å identifisere (og påvirke) adferd som tilkjenner en prognosebasert risiko for at vedkommende vil kunne krenke en rettsbeskyttet interesse. En potensiell nødvergesituasjon, og for den saks skyld nødrettssituasjon,¹³⁹⁴ kan eksistere over en lang tidshorison hvor «risikobildet» er forholdsvis konstant og uavklart før den eventuelt materialiseres i form av en konkret og nærliggende risiko for interessekrenkelse. Problemstillingen kan belyses med følgende eksempel:

En ungdom har over tid endret adferd, noe som har skapt bekymring i hans nærmiljø. Politiet, som ikke har konkrete holdepunkter for at en krenkelse av en rettsbeskyttet interesse «er under oppseiling», har merket seg at vedkommende har droppet ut av skolen. I tillegg har han skiftet omgangskrets og uttaler seg stadig kritisk, og er til dels fiendtlig innstilt, til «styre og stell». Politiet ønsker i sakens anledning å iverksette flere konkrete forebyggende tiltak rettet mot vedkommende. En udefinert, men prognosebasert risiko ligger til grunn for politiets beslutning om å rette et planmessig og systematisk fokus på vedkommende med formål å kartlegge adferd, familieforhold og sosial omgangskrets. Av aktuelle tiltak vurderer politiet bruk av åpen og skjult tilstedeværelse for å fortløpende innhente informasjon i ulike sosiale medier hvor vedkommende opptrer. Videre ønsker politiet å ta kontakt med hans sosiale

¹³⁹³ Se *Kriminalitetsforebygging som politiets primærstrategi 2018–2020*, punkt 3.

¹³⁹⁴ Se Grønning mfl. 2019 s. 425 som i forhold til nødverge korrekt påpeker at det ikke kreves «at faren vil realisere seg umiddelbart. Også en fare som har vart lenge og en fare som vil kunne være til stede i lang tid fremover før den eventuelt resulterer i skade, kan utgjøre en nødrettssituasjon». Dette vil også gjøre seg gjeldende for situasjoner hvor spørsmålet om utøvelse av preventiv nødverge gjør seg gjeldende.

omgangskrets med formål å etablere kontakter som kan gi politiet informasjon om eventuelle bekymringer. Vekterne i byen skal også kontaktes slik at de kan være politiets «øyne og ører» overfor vedkommende. Alt med formål å kunne intervensere tidlig for å forebygge/avverge, dersom han utfører handlinger som krenker en annens rettsbeskyttede interesser.

Det vil i denne sammenheng føre for langt å drøfte om de enkelte tiltak, som er nevnt i eksemplet, isolert sett utgjør et inngrep i privatlivets fred, jf. Grl. §102 og EMK artikkel 8.¹³⁹⁵ Men dersom en ser de enkelte tiltak i sammenheng, fremstår det som klart at i alle fall virksomheten som sådan utgjør en krenkelse av rett til respekt for privatlivet og familielivet. Følgelig krever virksomheten grunnlag i lov, jf. Grl. § 113.¹³⁹⁶

Ved vurdering av om strl. § 18 første ledd oppfyller legalitetsprinsippets *lex certa*-krav som hjemmelsgrunnlag for politiets forebyggende inngripende tiltak, er det naturlig å ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd, jf. «å avverge et ulovlig angrep».

Det er på det rene at desto tidligere – i forhold til en fullbyrdet handling – politiet iverksetter sine tiltak, desto mer *vag* og *flertydig* vil formuleringen «å avverge et ulovlig angrep» fremstå når den prøves mot det faktiske risikobildet. Utfordringen med hensyn til flertydighet og vaghet knytter seg ikke bare isolert til rettsnormens uttrykk eller tekstlige utforming, jf. «å avverge et ulovlig angrep», men oppstår når formuleringen søkes anvendt på et faktum som aktualiserer et grenseoverskridende antall tilfeller av ulike adferder som kan tenkes å manifestere en fremtidig risiko som vurderes som mer enn bare «mulig».

Som fremhevet i 4.2.5 er det først når en tolkningsprosess kobles opp mot et gitt faktum at sluttproduktet kan benevnes som en rettsregel. Fastsetting av en lov eller rettsregels innhold, herunder prøve den i forhold til

¹³⁹⁵ Grl. § 102 og EMK artikkel 8 som konstitusjonelle skranke for politiets politisære inngripende myndighetsutøvelse, er nærmere behandlet under 6.9.

¹³⁹⁶ Se 6.9.3–6.9.6 hvor «tålegrensen» for hvor tyngende myndighetsutøvelsen må være for å utgjøre et inngrep, i relasjon til EMK artikkel 8, drøftes.

legalitetsprinsippets lovskrav er kontekstuellet uløselig knyttet til et gitt faktum. Det er gjennom en slik stadig prøving at lovens tekstlige uttrykk står til prøve opp mot legalitetsprinsippet.

Det samme vil gjelde i forhold til mengden av tiltak og metoder som i en slik kontekst fremstår som både nødvendig og proporsjonal. Dette gjør seg særlig gjeldende i forhold til bestemmelsens rekkevidde med hensyn til *når*, og med *hvilke* midler og metoder politiet kan intervensere i forebyggende øyemed.

I fravær av andre autoritative kilder, eksempelvis rettsavgjørelser og forarbeider som kan bidra med støttemomenter i en tolkningsprosess, er det ikke mulig å skape tilstrekkelig forutberegnelighet rundt strl. § 18 første ledd som kompetansenorm for politiets kriminalitetsforebyggende virksomhet. Både polititjenestepersonen og det enkelte individ vil dermed mangle nødvendige rettslige forutsetninger for å definere bestemmelsens rekkevidde som polisiær kompetanseregulering for inngripende myndighetsutøvelse. For individet vil dette konkret innebære at han fratras muligheten til å innrette seg for å unngå å bli eksponert for politiets inngripende forebyggende tiltak, og/eller forutse hva som må «tåles» av eventuelt inngripende tiltak dersom han utviser en adferd som overskrider handlefriheten og/eller den tillatte risiko. Individet vil da stå i fare for å kunne bli utsatt for inngripende tiltak over en lang og udefinert tidshorisont. I den grad tiltakene ikke suspenderer hans rettigheter,¹³⁹⁷ vil vedkommende forbli ukjent med eksistensen av tiltakene, men dog likevel være utsatt for et inngripende tiltak.

Dersom det ukritisk legges til grunn at strl. § 18 legitimerer polisiære inngripende tiltak i kriminalitetsforebyggende øyemed har man i realiteten etablert en ny generalfullmakt som polisiær kompetansenorm innenfor politiets kriminalitetsforebyggende arbeid hvor det stilles lite strenge krav til situasjonen som rettferdiggjør den inngripende myndighetsutøvelsen.¹³⁹⁸

¹³⁹⁷ Se figur i 6.9.4 som illustrasjon på sontringen ikke inngripende /inngripende tiltak i forhold til om rettigheter suspenderes.

¹³⁹⁸ Se NOU 2019: 14 punkt 23.2.6 hvor det samme syn fremmes i forhold til strl. § 17 om nødrett som supplement til den positive normering i helse- og omsorgslovgivningen.

Det synes derfor forsvarlig å konkludere med at strl. § 18 første ledd, som kompetansegrunnlag for politiets kriminalitetsforebyggende virksomhet, ikke svarer opp til de særlige krav til tolking og etablering av normer på det polisiære legalitetsprinsippets område.¹³⁹⁹ I lys av legalitetsprinsippets betydning som rettskildesprinsipp må derfor strl. § 18 første ledd tolkes innskrenkende ved at den utelukkes anvendt som kompetansegrunnlag for inngripende polisiære tiltak i forebyggende øyemed. Følgelig vil legalitetsprinsippets forbudsnorm forby inngripende tiltak i kriminalitetsforebyggende øyemed som ikke har grunnlag i formell lov.

13.4.6 Nødvergeinstituttet som polisiær kompetansenorm i lys av statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene

Som bebudet ovenfor knyttes den sjette rettslige implikasjonen forbundet med strl. § 18s funksjon som polisiært kompetansegrunnlag, til spørsmålet om nødvergeinstituttet ivaretar og fremmer statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, jf. Grl. § 92. For å belyse problemstillingen vil jeg først se nærmere på nødvergebestemmelsens krav til forholdsmessig og forsvarlig forsvarshandling.

En polititjenesteperson må alltid forsikre seg om at eventuell inngripende myndighetsutøvelse har grunnlag i lov, jf. Grl. § 113. Det innebærer at han under planlegging og gjennomføring av oppdraget fortløpende må vurdere forholdsmessigheten av inngripende tiltak i lys av endringer i de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for myndighetsutøvelsen. I ytterste konsekvens kan polititjenestepersonen, som påpekt tidligere, oppleve at spørsmålet om det foreligger rettslig grunnlag for inngripende myndighetsutøvelse, herunder hva som metodisk og taktisk fremstår som forsvarlig, må underkastes en rekke ulike forholdsmessighetsvurderinger. For å illustrere dette kan det vises til følgende praktiske eksempel:

Politibetjentene Ås og Lillevik rykker ut til et boligområde etter melding fra en bekymret beboer som mener at noen hadde avfyrt skudd i nrområdet. Ås og Lillevik, som er bevæpnet med politiets skytevåpen, påtreffer Olsen bærende

¹³⁹⁹ Se Boucht 2011 s. 408 som synes å innta et tilsvarende standpunkt i forhold til nødvergeinstituttets betydning som polisiær kompetansenorm i svensk rett: «Problemet med att uppfatta nödvärns- och nödbestämmelserna som befogenhetsgrundande stadganden är, enligt detta argument, att dessa bestämmelser såsom tämligen öppna generalklausuler inte är förenliga med de krav på noggrannhet och precision som bör ställas på normer som berättigar till inträng i enskildas individualsfärer».

på en hagle. Han er beruset og hevder at han er på kaninjakt. Politiet vurderer at Olsen ikke oppfyller våpenforskriftens edruelighetskrav, og at jakt i boligområde utgjør et åpenbart brudd på våpenlovens regler om forsvarlig omgang med våpen. Politiet finner det derfor nødvendig å pågripe han. Da Olsen er bevæpnet og noe aggressiv, velger tjenestemennene å foreta en pågripelse ved bruk av tjenestevåpen. Olsen nekter å slippe haglen som peker ned mot bakken. Politiet beslutter å skyte et skudd i Olsens arm slik at han mister haglen.

Beslutningen om å pågripe Olsen ved bruk av skytevåpen må i realiteten underkastes fire ulike forholdsmessighetsvurderinger. For det første må politiet vurdere om «det etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep», jf. strpl. § 170 a, å pågripe Olsen. Andre trinn i forholdsmessighetsvurderingen knytter seg til valg av polisært tiltak, metode og øvrige forholdsregler, jf. pl. § 6 andre ledd, jf. formuleringen «stå i forhold til». Når effektivisering av tiltaket aktualiserer bruk av makt, må myndighetsutøvelsen underkastes en tredje forholdsmessighetsvurdering, jf. pl. § 6 fjerde ledds forsvarlighetskrav. Ytterligere vil situasjonen aktualisere en fjerde forholdsmessighetsvurdering, jf. strl. § 18, enten fordi politiet står overfor en overhengende fare for en rettsbeskyttet interessekrenkelse og derfor må utøve preventiv nødverge, jf. bestemmelsens første ledd, eller maktutøvelsen vurderes som ledd i iverksettelse av en «lovlig pågripelse», jf. bestemmelsens andre ledd. Kravet er i begge situasjoner at tjenestehandlingen ikke går «ut over hva som er forsvarlig».

Ovenfor i 13.2 la jeg til grunn at strl. § 18 første ledd med formuleringen «åpenbart uforsvarlig» på generelt grunnlag anlegger en tilnærming hvor den som forsvarer seg er innrømmet en romsligere norm hvor også «uforholdsmessige» forsvarshandlinger kan rettferdiggjøres så fremt den ikke fremstår som «åpenbart» uforsvarlig. I 13.4.5 konkluderte jeg med at strl. § 18 første ledd i realiteten gav politiet blankofullmakt med hensyn til bruk av maktmidler og valg av taktisk tilnærming så lenge kravet til nødvendig og forholdsmessig myndighetsutøvelse var overholdt. Spørsmålet i denne sammenheng er om strl. § 18 første ledd også innrømmer politiet større handlingsrom med hensyn til hva som anses som forholdsmessig og forsvarlig myndighetsutøvelse sammenliknet med pl. § 6 andre og fjerde ledd, som henholdsvis oppstiller krav om at politiets midler må «stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig», og angir at politiet kan anvende makt «i den utstrekning det er [...] forsvarlig».¹⁴⁰⁰

¹⁴⁰⁰ Nærmere om forholdsmessighetsvurderingen, jf. strpl. § 170a, se Øyen 2019 s. 229 flg.

Ifølge strl. (1902) § 48 ble utøvelse av nødverge ansett som legitim i den grad forsvarshandlingen ikke fremstod som «ubetinget utilbørlig».¹⁴⁰¹ I en politisær kontekst har Høyesterett tolket denne formuleringen som et uttrykk for at politiet i sin myndighetsutøvelse måtte innrømmes en «forholdsvis romslig ramme» ved vurdering av handlingen i ettertid.¹⁴⁰² Som påpekt ovenfor ble forsvarlighetskravet i strl. (2005) § 18, gitt en ny språklig utforming, jf. formuleringen «åpenbart går ut over hva som er forsvarlig». Formålet med endringen var å foreta en generell innskjerping av forsvarlighetskravet, ved å markere at «loven i mindre grad tolererer overskridelser».¹⁴⁰³ Det må derfor legges til grunn at innskjerpingen også vil gjelde overfor politisær myndighetsutøvelse hvor strl. § 18 påberopes som kompetansegrunnlag.

I kommentarene til strl. (1902) § 48 tredje ledd er politiets handleplikt fremhevet som én begrunnelse for å innrømme politiet et «romligere spillerom», se juridika.no (3. september 2019), kommentarene til strl. (1902) § 48 tredje ledd, hvor følgende er anført: «En sak for seg er at siden en politimann normalt har plikt til å pågripe eller å hindre en fange i å flykte når lovens vilkår er oppfylt, skal det antakelig noe mer til for at maktanvendelsen må anses som 'ubetinget utilbørlig', enn for privatpersoner.» En slik begrunnelse står seg også i dag hva gjelder strl. § 18 første og andre ledd.

Tross denne generelle innskjerpingen, vil nødvergeinstituttet også i en politisær kontekst fremdeles gi uttrykk for større spillerom for feilvurderinger, sammenliknet med en forholdsmessighetsvurdering som alene er forankret i pl. § 6.¹⁴⁰⁴

Tilsvarende gjør seg også gjeldende etter svensk rett, se Boucht 2011 s. 384: «Området för tillåtet agerande enligt BrB 24:1 (inklusive dess putativa dimension), vars gräns för tillåter agerande är 'uppenbart oförsvarligt', är mer omfattande än vad som gäller enligt den offentlighetsregleringen i PL 10 § (och BrB 24:2), som förutsätter att polismannens agerande är både 'behövligt' och 'försvarligt'...»

¹⁴⁰¹ Se strl. § 48 første ledd: «... det i Betragtning af Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode ei heller maa agtes ubetinget utilbørligt at tilføie et saa stort Onde som ved Handlingen tilsigtet.»

¹⁴⁰² Se Rt. 1995 s. 661.

¹⁴⁰³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, kommentar til § 18.

¹⁴⁰⁴ Dette ble lagt til grunn av Høyesterett i HR-2008-905-A (se avsnitt 24) etter strl. (1902) § 48 hvor retten fant grunn til å minne på at «at handlingen kan være straffri selv om den overskrider hva som følger av politiloven § 6». Dette prinsippet må anses videreført i strl. (2005) § 18.

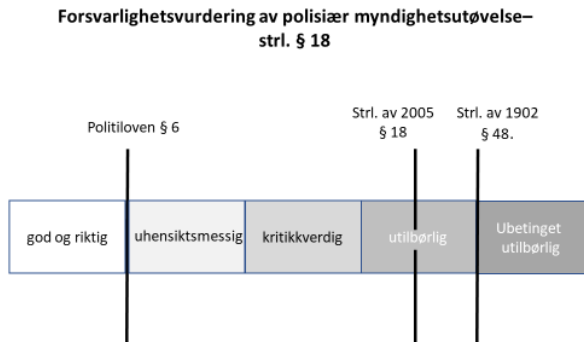
Det innebærer at i alle tilfeller hvor polititjenestepersonen kan påberope seg utøvelse av nødverge, jf. strl. § 18, er det ikke det polisiære forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6 andre ledds krav om at tjenestehandlingen må «stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig», som er bestemmende for hvordan tjenestehandlingen legitimt kan gjennomføres, men et spørsmål om tjenestehandlingen «åpenbart [har gått] ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld». Når det er sagt vil, som påpekt av Høyesterett, de «prinsipper for politiets maktutøvelse som finnes i politiloven § 6 annet ledd, jf. også politiinstruksen, [...] imidlertid komme sentralt inn i vurderingen av hva som må anses som 'ubetinget utilbørlig' etter § 48 tredje ledd jf. annet ledd».¹⁴⁰⁵

Uten pretensjoner om å foreta en fullendt analyse av denne innbyrdes «graderingen» av forsvarlighetsvurderingen og dens rettslige betydning, begrenser jeg meg til å konstatere at også strl. (2005) § 18 innrømmer politiet «økt romslighet» ved vurdering av handlingens forsvarlighet sammenliknet med pl. § 6. Følgelig oppstiller strl. § 18 et avvikende krav til forholdsmessig og forsvarlig myndighetsutøvelse, sammenliknet med pl. § 6 andre og fjerde ledd.

Et annet spørsmål, som ikke blir forfulgt i denne sammenheng, er om polititjenestepersonen også kan påberope seg strl. § 81 første ledd, bokstav b) som gir retten adgang til å frifinne den som har overskredet grensen for nødverge, når «særlige grunner tilsier frifinnelse». Spørsmålet har ikke, så vidt meg bekjent, vært til behandling i domstolene. Spørsmålet ble heller ikke drøftet i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), punkt 30.1, kommentarer til § 81. Den naturlige tilnærming til spørsmålet, forankret i bestemmelsens betingelsesløse knytning til strl. § 18, er at den også gjelder ved polisiær myndighetsutøvelse, se Auglend/Mæland 2016 s. 676 som synes å gi uttrykk for tilsvarende syn. I dansk rettsteori fremstår tilsvarende spørsmål også uavklart. Henricson 2016 s. 261 mener at politiet på grunn av utdanning og erfaring ikke kan påberope seg bestemmelsen. Elholm 2003 s. 40-41 er ikke like bastant idet han gir uttrykk for at det er urimelig å helt utelukke at politiet kan påberope seg bestemmelsen.

¹⁴⁰⁵ Se HR-2007-1793-A, avsnitt 11.

Sondringen mellom en forsvarlighetsvurdering forankret i pl. § 6 og nødvergeinstituttet, jf. strl. (1902) § 48 og strl. (2005) § 18, kan illustreres med følgende figur:



Figur 21

Politilovgivningen generelt, og de polisiære grunnprinsippene spesielt, søker å ivareta kvalitative krav gjennom å fremme kriterier som beskriver «god og riktig» myndighetsutøvelse. Nødvergeinstituttet, jf. strl. § 18 har et annet fokus. Her er formålet å synliggjøre grensen for lovlig myndighetsutøvelse gjennom å oppstille kriterier som beskriver grensdragningen mellom straffri og straffbare handlinger. Når pl. § 6 og strl. § 18 fremstår som alternative kompetansegrunnlag, hvor nødvergeinstituttet har status som *lex specialis* i forhold til politiloven, etableres det en

situasjon hvor strl. § 18s krav til forsvarlig og forholdsmessig myndighetsutøvelse, de facto suspenderer tilsvarende krav utledet av pl. § 6.¹⁴⁰⁶

En konsekvens av dette er at politietaten er fratatt muligheten til å regulere hva som anses som legitim bruk av fysisk makt og maktmidler. Likeledes vil nødvergeinstituttet bryte med formålet med etatens autorisering av polititjenestepersoners på grunnlag av fastsatte kompetansekrav for utøvelse av makt og bruk av maktmidler. Problemstillingene kan belyses med følgende praktiske eksempler:

Bruken av fysisk makt i form av *halsgrep* er dokumentert som en svært farlig arrestasjonsteknikk da den kan føre til en relativt rask kvelningsdød.¹⁴⁰⁷ På dette grunnlag besluttet Justisdepartementet i 1991 å nedlegge forbud mot bruk av halsgrep som arrestasjonsteknikk.¹⁴⁰⁸ Etter pålegg fra Arbeidstilsynet måtte departementet i 1992 utferdiget et nytt rundskriv hvor det ble presisert at nødvergeinstituttet åpner for bruk av halsgrep i nødvergesituasjoner.¹⁴⁰⁹ Denne tilnærmingen er senere videreført i Politidirektoratets rundskriv.¹⁴¹⁰ Vi ser her at nødvergeinstituttet stengte for departementets adgang til å ivareta kvalitative krav til tjenesteutøvelsen ved å forby bruken av *halsgrep* som arrestasjonsteknikk.

Nødvergeinstituttet har ført til at bruken av teknikken halsgrep – som Justisdepartementet i utgangspunktet ønsket å forby brukt – skal vurderes i lys av strl. § 18 første ledd, og ikke i tråd med grunnprinsippene for politiets myndighetsutøvelse, jf. pl. § 6, noe som fremstår som et rettslig paradoks.

Et annet praktisk eksempel, er den rettslige reguleringen av politiets bruk av slagvåpen. Bruken av slagvåpen var tidligere regulert i våpeninstruks av 1989, men er nå regulert i Politidirektoratets rundskriv.¹⁴¹¹ Ifølge våpeninstruksen av 1989 § 17 var «[a]lle typer køller og ridepisk» å regne som politiets slagvåpen. Hva som nå anses som politiets

¹⁴⁰⁶ Tilsvarende synes lagt til grunn i svensk politirett. Se Westerlund mfl. 2018 s. 30: «Så har t ex en polis i en nödvärms- eller nödsituation rätt att använda även annars otillatna hjälpemedel. Han får även åsidosätta de föreskrifter som reglerar polisens användande av hjälpemedel. Se også Norée 2000 s. 242.

¹⁴⁰⁷ *Halsgrep* som arrestasjonsteknikk er omhandlet ovenfor i 12.4.3.2.

¹⁴⁰⁸ Se departementets rundskriv G 72/91.

¹⁴⁰⁹ Se departementets rundskriv G 20/92: «Bestemmelsen i strl. § 48 om nødverge åpner som kjent for en konkret og skjønsmessig vurdering av om en ellers straffbar handling er rettmessig og straffri når den som begår handlingen utsettes for et rettmessig angrep.»

¹⁴¹⁰ Se RPOD-2007-11 som blant annet regulerer bruken av halsgrep.

¹⁴¹¹ Se RPOD-2017-10.

slagvåpen er i Politidirektoratets rundskriv presisert til å omfatte «teleskopbatong, langkølle og ridepisk». I tidligere omtalte avgjørelse, inntatt i HR 2007-1474-A, tok retten stilling til politiets bruk av lommelykt som slagvåpen. Retten uttalte i den forbindelse at de stilte seg tvilende til om politiets bruk av lommelykten som slagvåpen var forenelig med våpeninstruksen av 1989. Etter å ha vist til instruksens regulering av bruken av slagvåpen, uttalte retten at de ikke tar stilling til om det i det «hele tatt var adgang til å benytte en Maglite lommelykt som våpen i den situasjonen som forelå», og at en ikke kan se «at den situasjon som forelå på noen som helst måte kunne forsvare en så drastisk handling».¹⁴¹² Høyesterett opphevet på denne bakgrunn lagmannsrettens frifinnende dom på grunn av lovanvendelsesfeil. Da saken på nytt var til behandling i Høyesterett, jf. HR-2008-905-A, var rettmessigheten av bruken av lommelykten som slagvåpen igjen tema. I avgjørelsen påpekte retten følgende:¹⁴¹³

«Til første del av dette sitatet minner jeg om at handlingen kan være straffri selv om den overskrider hva som følger av politiloven § 6. Men, som førstvoterende fremhever i avsnitt 40 i den forrige saken, handlingen må «vurderes i lys av prinsippene i politiloven § 6 annet ledd». I denne sammenheng er det av betydning at i kommentaren til vi. § 16.3 heter det at «[b]ruker man kølle, må slag ikke rettes mot hodet, men mot ben eller armer». Det er etter dette mye som kan tale for at slagene var i strid med våpeninstruksen. Men da straffeloven § 48 tredje ledd åpner for straffrihet selv om denne instruksen er overskredet, er dette ikke i seg selv avgjørende for straffbarheten av de aktuelle slagene» (min uthevelse).

Med dette gis det uttrykk for at nødvergeinstituttet suspenderer departementet og Politidirektoratets kompetanse til å definere hva som kjennetegner kvalitativ myndighetsutøvelse i tilfeller hvor strl. § 18 kan påberopes som polsiær kompetansenorm.

Vi har da en situasjon hvor politilovgivningens kvalitative krav, herunder krav om forholdsmessig og forsvarlig myndighetsutøvelse står i fare for kun å uttrykke en

¹⁴¹² Se HR-2007-1474-A, avsnitt 54.

¹⁴¹³ Se HR-2008-905-A, avsnitt 24.

idealmålestokk for god og riktig myndighetsutøvelse, mens strl. § 18 de facto utgjør den reelle målestokken.

Etatens streben etter å oppfylle definerte kvalitative krav til myndighetsutøvelsen ivaretas best gjennom intern opplæring som har som formål å operasjonalisere rettslige krav til myndighetsutøvelsen. I så måte utfyller politilovgivningens en sentral rolle som internt korrektiv for «god og riktig» myndighetsutøvelse, uavhengig av nødvergeinstituttets posisjon som polisiær kompetansenorm. Men det forutsetter imidlertid at den internrettslige normeringen «er tro» mot det som fremstår som idealmålestokken for god og riktig myndighetsutøvelse.

En gjennomgang av internrettslige normeringer viser imidlertid en trend hvor nødvergeinstituttet inkorporeres i politilovgivningen, med den følge at det etableres en ny normalitet hvor idealmålestokken for god og riktig myndighetsutøvelse bygger på nødvergeinstituttets normeringer. Som eksempel på en slik utvikling kan det vises til våpeninstruksen av 2015 som regulerer politiets bruk av skytevåpen.

Ifølge FNs grunnprinsipper for bruk av makt og skytevåpen, artikkel 1 er Norge, gjennom implementering av lovgivning som regulerer politiets bruk av skytevåpen, (etisk) forpliktet til å begrense ulovlig og vilkårlig bruk av makt og skytevåpen. Selv om FNs grunnprinsipper ikke eksplisitt nevner kvalitative krav til normeringene, må et slikt krav innfortolkes i grunnprinsippene. Uten et slikt krav ivaretas ikke grunnprinsippenes formål om bl.a. å sikre at normeringene blir «brought to the attention of law enforcement officials as well as other persons, such as judges, prosecutors, lawyers, members of the executive branch and the legislature, and the public», se FNs Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials.

Ifølge § 3-1 første ledd er det «[b]are tjenestepersoner med gyldig godkjenning [som] kan bevæpnes» (min utheving). Med dette oppstilles det spesifikke og kvalitative krav til myndighetsutøvelsen. Inngripende polisiær myndighetsutøvelse, som potensielt sett kan ha dødelig utgang, skal kun utføres av autorisert personell som innehar nødvendig formalkompetanse.¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁴ I flg. vi. § 1-5 første ledd, bokstav a) er Politidirektoratet gitt myndighet til å gi «utfyllende bestemmelser til denne instruksen, herunder bestemmelser om opplæring og godkjenning av personell.» Utfyllende bestemmelser er gitt i RPOD-2016-1.

Men kravet om autorisert og kompetent personell er ikke absolutt idet bestemmelsen alternativt gir politiet kompetanse til å bevæpne ikke-autoriserte polititjenestepersoner i nødvergesituasjoner, jf. formuleringen: «antas å kreve umiddelbar væpnet innsats for å avverge eller stanse voldsanvendelse mot person, og godkjent personell ikke vil være tilgjengelig i tide.» Med dette inkorporeres nødvergeinstituttet i våpeninstruksens regulering av politiets kompetanse til å anvende skytevåpen.

Som rettslig normering harmonerer den med nødvergeinstituttet, men strengt tatt fremstår unntaksbestemmelsen som overflødig i lys av strl. § 18.¹⁴¹⁵ Politiloven § 6 b og våpeninstruksens regulering av bruk av skytevåpen er bygd opp og utformet i tråd med nødvergeinstituttet. Bestemmelsens ordlyd gir det facto bud om at skytevåpen kan anvendes i tråd med nødvergeinstituttet. Når «lovgiver» så vedtar en unntaksbestemmelse for situasjoner som «antas å kreve umiddelbar væpnet innsats ...» er det i realiteten etablert en nødvergebestemmelse i nødvergebestemmelsen!

Et annet eksempel er Politidirektoratets internrettslige regulering av bruken av slagvåpen i politiet. I tidligere rundskriv av 2007 ble det gitt følgende spesifikke direktiver om bruk av kølle som slagvåpen:¹⁴¹⁶

«Slagvåpen kan benyttes mot følgende deler av kroppen:

- *Over- og underarm*
- *Lår og legger*
- *Tvers over skulderbladene*
- *«Stuss» over enden*
- *Knehasene*

Det er ikke tillat å slå eller støte mot andre deler av kroppen/hode enn det som fremkommer ovenfor.»

Da instruksen ble revidert,¹⁴¹⁷ ble punkt 3.3, femte avsnitt – som omhandler bruk av slagvåpen – gitt følgende ordlyd:

¹⁴¹⁵ Se Myhrer 2020 s. 86.

¹⁴¹⁶ Se RPOD 2007-04-10.

¹⁴¹⁷ Se RPOD-2017-10.

«*Slagvåpen skal så vidt mulig bare benyttes mot de store muskelgruppene*» (min utheving).

Vi ser her at den rettslige reguleringen av bruk av slagvåpen har endret karakter fra å konkret angi hva som anses som legitim bruk av slagvåpen, til å uttrykke en «nødvergereservasjon». Formuleringen «så vidt mulig» åpner for at slagvåpen også kan anvendes mot andre deler av kroppen.

Ved å inkorporere nødvergeinstituttet i politilovgivningen etableres det en ny idealmålestokk for god og riktig myndighetsutøvelse som tar utgangspunkt i nødvergeinstituttets noe mer romslige norm for forsvarlig og forholdsmessig myndighetsutøvelse. Følgelig vil politilovens grunnprinsipper for god og riktig myndighetsutøvelse tape sin betydning som rettslig korrektiv ved at de harmoniseres med nødvergeinstituttets krav til forholdsmessig og forsvarlig forsvarshandling.

Et av formålene med å oppstille polisiære normeringer som definerer hva som anses som legitime maktmidler, og legitim bruk av disse, er å sikre at den inngripende myndighetsutøvelsen lever opp til de kvalitative krav som stilles til tjenesteutøvelsen. Som tidligere påpekt er definerte kvalitative krav til myndighetsutøvelsen en nødvendig forutsetning for statens ivaretagelse av plikten til å respektere menneskerettighetene. Uten slike definerte krav, øker faren for at politiets inngripende myndighetsutøvelse bygger på vilkårlighet og myndighetsmisbruk.

Forankret i analysen ovenfor er det grunnlag for å hevde at nødvergeinstituttet, som polisiær kompetansenorm, de facto påvirker utviklingen av *idealmålestokken* for god og riktig myndighetsutøvelse ved at det etableres en ny normalitet hvor krav til forholdsmessig og forsvarlig polisiær myndighetsutøvelse i større grad bygger på nødvergeinstituttet. Følgelig er det etablert en praksis hvor kvalitative krav til myndighetsutøvelsen lempes.

På sikt kan utviklingen føre til at statens plikt til å sikre menneskerettighetene, ved etablering av kvalitativ lovgivning som regulerer den inngripende myndighetsutøvelsen, undergraves. Innretning av myndighetsutøvelsen går over fra å fokusere på kriterier for god og riktig myndighetsutøvelse til å bruke kriterier for

straffri myndighetsutøvelse som rettesnor. Dette vil igjen føre til at definerte kvalitative krav til myndighetsutøvelsen viskes ut, med påfølgende fare for at politiets inngripende myndighetsutøvelse bygger på vilkårlighet og dermed fremmer myndighetsmisbruk. Konsekvensen av en slik utvikling er at den inngripende myndighetsutøvelsen i mindre grad reflekterer nødvendig grad av respekt for menneskerettighetene.

13.4.7 Nødvergeinstituttet som polisiær kompetansenorm i rettshåndhevelsesøyemed – strl. § 18 andre ledd

13.4.7.1 Introduksjon

I en polisiær kontekst er det i praksis vanskelig å avgjøre om det er strl. § 18 første ledd eller andre ledd som utgjør rettsgrunnlaget for maktutøvelsen ved effektuering av pågripelser. Når polititjenestepersonen intervensjonerer for å stanse et pågående «ulovlig angrep», eller han opplever å bli angrepet under sin tjenesteutøvelse, vil vedkommende legge til grunn et dobbelt formål for sin myndighetsutøvelse, henholdsvis nøytralisere det ulovlige angrepet og pågripe gjerningspersonen.

Dersom gjerningspersonens voldsutøvelse er rettet mot pågripelsen i et forsøk på å unnvike, må politiets myndighetsutøvelse kunne betraktes som en forsvarshandling, jf. strl. § 18 første ledd, da gjennomføring av en lovlig pågripelse er en rettsbeskyttet interesse. Slike og liknende situasjoner, kjennetegnes ved at tidspunktet for når angrepet er nøytralisert er sammenfallende med når pågripelsen er fullendt. Følgelig gjør ikke strl. § 18 andre ledd seg gjeldende som selvstendig kompetansenorm for maktutøvelsen.

Det er i tilfeller hvor pågripelsen ikke er initiert av et umiddelbart forutgående ulovlig angrep, at strl. § 18 andre ledd får betydning som selvstendig polisiær kompetansenorm. Dette vil gjelde i situasjoner hvor politiet skal effektuere en forhåndsplanlagt pågripelse, eller formålet er «å hindre at noen unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff», jf. strl. § 18 andre ledd. Den videre drøftelsen vil derfor fokusere på strl. § 18 andre ledds funksjon som

kompetansenorm for maktutøvelse under effektivering av forhåndsplanlagte pågripelser.¹⁴¹⁸

14.4.7.2 Kort om strl. § 18 andre ledd i en politisær kontekst

Strl. § 18 andre ledd foreskriver at:¹⁴¹⁹

«Reglene 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.»

Som «pågrepelse» regnes både straffeprosessuelle pågripelser, jf. strpl. kapittel 14, og politisær frihetsberøvelser og -begrensninger, jf. pl. kapittel II.¹⁴²⁰ Hva som i en politisær kontekst anses som «lovlig» pågrepelse, er straffeloven og forarbeidene tause om.¹⁴²¹ Spørsmålet er heller ikke direkte behandlet i forarbeidene til strl. (1902), men kommisjonen henviste til et engelsk lovutkast som gav følgende regel:¹⁴²²

«Enhver offentlig Tjenestemand, der i Henhold til eller uden Dommerordre lovligen søger at paagribe nogen for en Forbrydelse, for hvilken han efter denne Lovs Bestemmelser kan paagribes uden Ordre, og enhver, som lovligen staar ham bi herved, er, saafremt den, der skal paagribes, tager Flugten for at undgaa Paagribelsen, berettiget til at anvende saadan Vold, som maa være nødvendig for at hindre, at han undkommer, med mindre dette kan hindres ved rimelige Midler paa en mindre voldsom Maade.»

Uavhengig av om henvisningen kan tas til inntekt for kommisjonens syn, gir den uttrykk for at vurderingen av om en pågrepelse er «lovlig», jf. strl. § 18 andre ledd, må forankres i det underliggende primære rettsgrunnlaget som hjemler politiets pågrepelse.¹⁴²³ En slik tilnærming gjelder imidlertid ikke uinnskrenket. Straffeloven § 18 første ledd gjelder tilsvarende for situasjoner som omhandles av bestemmelsens andre ledd. «[L]ovlig» begrenses dermed til å omfatte materielle vilkår som kan utledes

¹⁴¹⁸ Tilfeller hvor noen «unndrar seg varetektsfengsling eller gjennomføring av frihetsstraff» vil danne grunnlag for pågrepelse uten at det er naturlig å betrakte unndragelseshandlingen som et «ulovlig angrep».

¹⁴¹⁹ Bestemmelsen er ment å videreføre strl. § 48 tredje ledd uten realitetsendringer, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1.

¹⁴²⁰ Se Auglend/Meland 2016 s. 674 og Meland 2012 s. 144-145.

¹⁴²¹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1.

¹⁴²² Se SKM (straffelovkommisjonen) av 1885 Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov. II Motiver s. 87. Se Grønning mfl. 2019 s. 466.

¹⁴²³ Tilsvarende, se Grønning mfl. 2019 s. 466.

av det underliggende rettsgrunnlaget, sammenholdt med krav om formålsrettet og nødvendig myndighetsutøvelse. Når strl. § 18 andre ledd dermed gir uttrykk for at «[r]egelen i første ledd gjelder tilsvarende ...», siktes det i en politisær kontekst til første ledds forsvarlighetskrav.¹⁴²⁴

Oppsummert kan strl. § 18 andre ledd ikke påberopes som rettsgrunnlag for en pågripelse. Følgelig har den ingen rettslig betydning for spørsmålet om politiet har hjemmel til å foreta en straffeprosessuell eller politisær pågripelse. Bestemmelsens betydning som «supplerende» politisær kompetansenorm er følgelig begrenset til å angi hva som anses som forsvarlig maktutøvelse, og i den forbindelse gir bestemmelsen – slik påpekt ovenfor – uttrykk for et romsligere forsvarlighetskrav ved effektuering av pågripelser enn hva som kan utledes av pl. § 6 fjerde ledd.

13.4.7.3 Strl. § 18 andre ledd – effektuering av forhåndsplanlagte pågripelser

Utledet av det faktum at strl. § 18 første ledds forsvarlighetsnorm, jf. «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig», også gjelder ved pågripelser, jf. bestemmelsens andre ledd, vil forsvarlighetsnormen også gjelde ved forhåndsplanlagte pågripelser. Som tidligere påpekt vil dermed bestemmelsen etablere et insitament for å kunne planlegge og gjennomføre politisære operasjoner som fremstår som uforholdsmessig inngripende, så lenge de «ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig». Bestemmelsens romslige forsvarlighetsnorm gir politiet større handlingsrom ved spørsmålet om «det der og da i det hele tatt skal aksjoneres», og åpner for bruk av mer inngripende midler og metoder enn hva som kan utledes av pl. § 6.¹⁴²⁵

¹⁴²⁴ Se Grønning mfl. 2019 s. 467 hvor det gis uttrykk for at formuleringen sikter til «subsidiaritetskravet og proporsjonalitetskravet». Som tidligere påpekt blir pl. § 6 fjerde ledds forsvarlighetskrav tolket som et krav om forholdsmessig myndighetsutøvelse. I forhold til strl. § 18 første ledd vil en forsvarlighetsvurdering omfatte omstendigheter knyttet både til krav om nødvendig og forholdsmessig myndighetsutøvelse.

¹⁴²⁵ Se Auglend/Meland 2016 s. 637 hvor det gjøres rede for avveininger utledet av pl. § 6 proporsjonalitetsprinsipp. Se også s. 645 flg. om forsvarlighetsprinsippet.

Spørsmålet er om en slik «taktisk fremgangsmåte» står seg i forhold til strl. § 18s krav til «etisk forsvarlig» myndighetsutøvelse.¹⁴²⁶ Problemstillingen kan belyses ved å se nærmere på situasjoner hvor politiet velger ikke å intervensere tidlig for å forebygge alvorlig kriminalitet, men i stedet avventer situasjonen for å kunne pågripe gjerningspersonene når de har overtrådt forsøkets nedre grense, med påfølgende større risiko for at skytevåpen må anvendes under pågripelsen.¹⁴²⁷

Problemstillingen kan belyses med følgende praktiske eksempel. Ifølge NRK hadde politiet gode kunnskaper om at noen hadde planlagt å ta seg inn i DnB NOR sine lokaler for å begå et grovt ran (se www.nrk.no/norge/to-skutt-under-ransforsok-1.513529). Politiet valgte ikke å intervensere tidlig med formål å forebygge lovbruddet, men i stedet å plassere polititjenestepersoner i banken i påvente av at gjerningspersonene skulle ta seg inn i lokalene slik at pågripelsen kunne skje etter at den nedre grense for forsøksstraff var overskredet. Natt til 15. august 2004 tok bevæpnet politi oppstilling i banklokalene, og ut på natten skjøt og pågrep de to gjerningspersoner inne i lokalet mistenkt for forsøk på grovt ran. Begge gjerningspersonene, som var bevæpnet, ble skadet.

Det er ikke uvanlig at politiet finner grunn til å bevæpne seg ved effektivering av forhåndsplanlagte pågripelser.¹⁴²⁸ Spørsmål om politiet har kompetanse til å anvende skytevåpen må forankres i pl. § 6 andre ledd, jf. fjerde ledd, sammenholdt med pl. § 6 b og våpeninstruksen, jf. pl. § 29 første ledd.¹⁴²⁹

Politi-loven § 6 b første ledd og vi. § 4-3 første ledd er gitt en utforming som har til felles med strl. § 18, at de i bokstav a) regulerer bruken av skytevåpen i nødvergesituasjoner, mens bokstav b) omhandler bruk av skytevåpen i rettshåndhevelsesøyemed.¹⁴³⁰ Det innebærer at i alle situasjoner hvor skytevåpen brukes for å effektivere en pågripelse, vil polititjenestepersonene kunne påberope strl.

¹⁴²⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1 til § for en nærmere fremstilling av «etisk forsvarlig» som vurderingstema.

¹⁴²⁷ Se Myhrer 2020 s. 33 flg. hvor berettigelsen av en slik taktisk tilnærming drøftes i tilknytning til vi. § 4-3 sitt krav om at skytevåpen kun kan anvendes når det er «absolutt nødvendig».

¹⁴²⁸ Se vi. § 3-2 første ledd, bokstav b) som foreskriver at politiet kan bevæpne seg «når omstendighetene gir grunn til å tro at tjenestepersonene i tjenesteoppdraget kan komme til å stå overfor en situasjon som er særlig farlig for dem eller andre».

¹⁴²⁹ «Kongen fastsetter en alminnelig tjenesteinstruks for politiet. Departementet gir tjenestereglementer og særinstruks. Dette kan omfatte instruks om bevæpning av polititjenestemenn i daglig tjeneste for et begrenset tidsrom når det anses nødvendig for å håndtere en alvorlig trusselsituasjon, samt for et ubegrenset tidsrom når det ut fra trusselbildet anses nødvendig for å gi tilstrekkelig beskyttelse av sårbare objekter. Politimesteren kan utstede utfyllende tjenesteregler når lokale forhold gjør dette påkrevd.»

¹⁴³⁰ Se Myhrer 2020 s. 138 som omtaler vi. § 4-3 første og andre ledd som henholdsvis «nødvergebestemmelsen» og «pågripelsesbestemmelsen»

§ 18 som kompetansegrunnlag for maktutøvelsen. Dette gjelder også ved forhåndsplanlagte pågripelser.

Avgjørelsen av om en forsvarshandling er «etisk forsvarlig», jf. strl. § 18, vil i sin alminnelighet bero på en totalvurdering av en rekke omstendigheter, herunder om den angrepne på noen måter kan bebreides for at situasjonen oppstod (forutgående provokasjon),¹⁴³¹ og hvordan det ulovlige angrepet ble søkt avverget. Sistnevnte vil omfatte en vurdering av nødvendigheten og forholdsmessigheten av forsvarshandlingen.

Selv om politiet i eksemplet ovenfor neppe kan anses å ha fremprovosert situasjonen i DnB NOR sine lokaler (det ulovlige angrepet) som nødvendiggjorde bruk av skytevåpen under pågripelsen, foreligger det parallelliteter. I en situasjon hvor politiet hadde kontroll over hendelsesforløpet, foretok de et bevisst valg. Av to alternative taktiske tilnærminger unnlot de å iverksette forebyggende tiltak, og i stedet styre hendelsesforløpet i en retning som krevde bruk av taktiske metoder og midler som økte faren for bevæpnet konfrontasjon med påfølgende fare for polititjenestepersonene måtte ta i bruk potensielt dødelig makt.

Det følger av pl. § 2 nr. 2 og pi. § 2-2 nr. 1 at politiet «skal» forebygge kriminalitet (min utheving). Videre står forebygging sentralt i målformuleringen for politiets virksomhet, jf. pl. § 1 andre ledd og pi. § 2-1 andre ledd. Sistnevnte gir uttrykk for at politiet i ethvert tilfelle gjør «best nytte for seg hvis det på forhånd lykkes i å forebygge eller avverge lovbrudd eller ordensforstyrrelser». Bestemmelsene gir med dette uttrykk for en hovedstrategi, uten at de kan tas til inntekt for å oppstille en konkret plikt til å forebygge. Se Auglend/Meland 2016 s. 318 hvor følgende er uttalt: «Plikten er altså ikke bare begrenset til å motvirke, hindre eller stanse henholdsvis mulige, forestående eller konkrete krenkelser av lovlydighet og orden. Det skal også drives en generell forebyggende virksomhet rettet mot krenkelsens bakenforliggende årsaker».

¹⁴³¹ Se Rt. 1991 s. 455 hvor Høyesterett tok stilling til om en polititjenesteperson som stod tiltalt for utøvelse av vold på sin fritid, kunne påberope seg nødverge som rettferdiggjøringsgrunn. I den forbindelse uttalte retten at (s. 457): «Videre må det totale hendelsesforløp tas i betraktning, jf at domfelte uten foranledning eglet seg inn på de to fornærmede. Det at domfelte er politimann med de særlige krav som da stilles til å vise selvbeherskelse, kommer endelig også inn ved bedømmelsen. Det siste må gjelde selv om domfeltes voldsutøvelse ikke hadde sammenheng med tjenesten.»

Det kan derfor konstrueres en årsakssammenheng mellom politiets beslutning og den omstendighet at skytevåpen ble brukt. Denne årsakssammenhengen styrkes ytterligere i situasjoner hvor politiet legger til grunn for sine disposisjoner at de sannsynligvis vil stå overfor bevæpnede gjerningspersoner som har vilje og evne til å anvende våpen for å unndra seg pågripelsen. Politiets taktiske vurderinger og valg har derved innskrenket muligheten til å iverksette lempeligere tiltak og makt, og i ytterste konsekvens styrt hendelsesforløpet mot en væpnet konfrontasjon.

Eksemplet ovenfor har klare likhetstrekk med saken *McCann and Others v. The United Kingdom* (se 6.6.3 hvor saken er omtalt). Her konstaterte EMD at det forelå en krenkelse av artikkel 2 da myndighetenes beslutning om å utsette intervensjoner i realiteten gjorde det umulig for involverte tjenestepersoner å foreta en pågrep uten å bruke dødelig makt. Formålet med en slik taktisk tilnærming, å skaffe tilveie bevis for domfellelse, er ikke legitimt når mistenkte utsettes for inngrep som potensielt kan føre til døden.

I en slik kontekst er det mye som taler for at politiet er like mye å klandre for sine disposisjoner som den som har fremprovosert angrepshandlingen. Politiets taktiske valg må derfor, i en totalvurdering av om maktutøvelsen var etisk forsvarlig, tillegges en ikke ubetydelig vekt.

Elholm synes å gi uttrykk for at det kan utledes av subsidiaritetsprinsippet en plikt for politiet til å unngå «at fremkalde en situation, hvor anvendelse af skydevåpen bliver nødvendigt». Se *Elholm* 2003 s. 24.

Følgelig er det mye som taler for at bruk av strl. § 18 andre ledd som polisært kompetansegrunnlag ved forhåndsplanlagte pågripelser som krever bevæpning, ikke står seg i en «etisk forsvarlighetsvurdering».

13.5 Nødvergeinstituttet som polisær kompetansenorm – de lege ferenda

I 13.4 har jeg pekt på en rekke rettslige implikasjoner forbundet med nødvergeinstituttets funksjon som kompetansegrunnlag for politiets polisære

myndighetsutøvelse, noe som gjør det vanskelig å forsvare en videreføring av strl. § 18 som «supplerende» polisier kompetansenorm.¹⁴³²

I tysk politilovgivning, se blant annet Saarländisches Polizeigesetz (SPoIG) § 8 tredje ledd, er det uttrykkelig slått fast at: «Die zivil- und strafrechtlichen Vorschriften über Notwehr oder Notstand begründen keine polizeilichen Befugnisse.» Dette blir også lagt til grunn i teori, se Schenke 2018 s. 19-20 som påpeker at generelle rettferdiggjøringsgrunner, som nødverge, ikke kan påberopes som rettsgrunnlag for politiets inngripende myndighetsutøvelse: «Keine Rechtsgrundlage für belastende polizeiliche Eingriffe bilden die allgemeinen Rechtfertigungsgründe.»

Ifølge Schenke vil normer som gir uttrykk for generelle rettferdiggjøringsgrunner ikke leve opp til lovprinsippets krav om tilstrekkelig presisjon med tanke på innhold, formål og omfang. («Sie genügen nicht den Erfordernissen des Prinzipz des Gesetzesvorbehalts (Art. 20 III GG), das eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung verlangt»). Dernest er disse bestemmelsene utformet for å regulere rettsforholdet mellom individer. Av den grunn gir ikke bestemmelsene anvisning på konstitusjonelle krav/begrensninger som skal forebygge vilkårlig og overskridende myndighetsutøvelse. («Zudem tragen die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, da sie auf das Bürger-Bürger-Verhältnis zugeschnitten sind, nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen des Übermaßverbots und den sonstigen grundrechtlichen Begrenzungen staatlichen Handelns Rechnung.»)

Hva som var departementets nærmere begrunnelse for å videreføre bestemmelsen om nødverge, jf. strl. § 18 som polisier kompetansenorm er usikkert, men mye tyder på at beslutningen var forankret i en hypotese om at ordningen har sin berettigelse da den gir polititjenestepersoner, som både er underlagt en tjeneste- og handleplikt, et legitimt vern mot strafforfølgning i tilfeller hvor det begås «mindre alvorlige» tjenestefeil.¹⁴³³

¹⁴³² I arbeidet med ny straffelov 2005 ble strl. § 18 andre ledd forslått sløyfet som polisier kompetansenorm. *Straffelovkommisjonen* begrunnet forslaget med at bestemmelsen hadde mistet sin aktualitet i lys av vedtakelse av politiloven av 1995, særlig § 6 andre ledd. Forslaget ble ikke tatt til følge.

¹⁴³³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 14.3.3.3 hvor Politiets fellesforbund fremmet følgende i forhold til berettigelsen av regel om straffrihet ved overskrivelse av nødverge: Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004), punkt 14.3.3.3 hvor Politiets fellesforbund fremmet følgende i forhold til berettigelsen av regel om straffrihet ved overskrivelse av nødverge: «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, enten ved at han anvender noe for sterke maktmidler i pågripelses- eller rømmingssituasjoner, eller at han bruker noe mer makt enn strengt tatt nødvendig. Etter Utkastets § 3-5, første ledd vil en slik handling bli straffri med mindre tjenestemannen åpenbart går utover det forsvarlige i betraktning av angrepets farlighet, den angrepne interesse og angriperens skyld'. Uten regelen i tredje ledd kan tjenestemannen risikere å bli straffet for ulovlig maktbruk (...).»

I den videre drøftelsen skal jeg se nærmere på hypotesen om at bortfall av strl. § 18 som polisiær kompetansenorm vil frata polititjenestepersoner et legitimt vern mot strafforfølgning.¹⁴³⁴ Påstanden om at strl. § 18 dekker et reelt behov må i en slik kontekst bygge på at politilovgivningen alene, eller sammenholdt med relevant straffelovgivning, ikke innrømmer den enkelte polititjenesteperson tilstrekkelig margin for at ikke enhver tjenstlig feilvurdering eller feildisponering skal kunne lede til straffeansvar.¹⁴³⁵

Som tidligere påpekt oppstiller pl. § 6 fjerde ledd en forsvarlighetsnorm for utøvelse av makt, og ifølge høyesterettspraksis innrømmer bestemmelsen den enkelte polititjenesteperson en margin for tjenstlige feilvurderinger uten at det medfører straffansvar. I HR-1995-45-A hadde Høyesterett til behandling spørsmålet om en politimester kunne straffes for overtredelse av strl. (1902) § 228 første ledd idet han hadde tatt tak i kraven til en innbragt og dratt han opp av en stol. Høyesterett gav uttrykk for at maktbruken ikke fremstod som nødvendig, og at den trolig hadde sammenheng med hans irritasjon over den innbragtes opptreden. Videre påpekte retten at det stilles strengere krav til tjenestepersonens selvbeherskelse da han «må tåle mer enn andre». Isolert sett gir rettens uttalelser grunn til å trekke den konklusjonen at politimesteren gjorde seg skyldig i overtredelse av strl. (1902) § 228 første ledd, idet han forsettlig, og alene motivert ut fra «irritasjon», utøvet makt uten at det i en polisiær kontekst fremstod som nødvendig. Når retten fant grunnlag for å frifinne vedkommende, ble det begrunnet i at «[n]år det som her dreier seg om en maktbruk som ligger i det nedre område for straffeloven § 228, bør ikke enhver overskridelse av det strengt nødvendige lede til straffansvar».

¹⁴³⁴ Se Boucht 2011 s. 465 som stiller spørsmål om «nödvärnsrätt är nödvändig for att polisen effektivt skall kunna fullgöra skyddsplikten.»

¹⁴³⁵ Drøftelsens av om politilovgivningen alene uttrykker en ren etisk sikkerhetsventil som i tilstrekkelig grad gir rom for feilvurderinger, vil konsentreres rundt «aktive tjenestehandlinger», dvs. handlinger som søker å påvirke omverden (nærmere om *handling*, se Grønning mfl. 2019 s. 110 flg). Selv om utøvelse av nødverge kan ha elementer av passivitet er det i praksis, og i en polisiær kontekst i forbindelse med utøvelse av en aktiv handling at nødvergeinstituttet aktualiseres som kompetansenorm. Det innebærer at tjenestefeil i form av unlatelser ikke blir drøftet.

Denne tilnærmingen ble videreført i HR-2003-537-A. Høyesterett, som opphevet lagmannsrettens frifinnende dom, sa seg enig med lagmannsrettens som uttalte følgende:¹⁴³⁶

«Det er likevel klart at avgjørelsen av om makt skal anvendes i stor grad må bero på skjønnsmessige vurderinger tatt av den aktuelle tjenestemann i situasjoner som kan være meget vanskelig å takle, og at det derfor i noen grad må gis rom for feilvurderinger uten at det derved kan konstateres at vedkommende tjenestemann har gjort seg skyldig i noe straffbart.»

Når Høyesterett her legger til grunn at det «i noen grad må gis rom for feilvurderinger uten at det derved kan konstateres at vedkommende tjenestemann har gjort seg skyldig i noe straffbart», pekes det på at rettstridige tjenestehandlinger nødvendigvis ikke er straffbare. Det innebærer at polititjenestepersonen innrømmes en margin for feilvurderinger.

En nærmere analyse av «hvor stort rom» for feilvurderinger som innrømmes, må forankres i straffebed som retter seg mot tjenestefeil. Det ligger i sakens natur at en tjenestehandling – handling utført for å fremme et tjenstlig formål – alltid er forsettlig utført. Dersom myndighetsutøvelsen skjer innenfor politilovens rammer for legitim tjenesteutøvelse, foreligger det, som tidligere omtalt, en spesiell rettfærdiggjøringsgrunn. I alle andre tilfeller hvor tjenestepersonen bygger sine vurderinger og disposisjoner på feil fakta, eller han med grunnlag i korrekt faktum feiler i sin vurdering av hva som fremstår som nødvendig og forholdsmessig, vil tjenestehandlingen være i strid med politilovens kompetanseregler for utøvelse av inngripende myndighetsutøvelse, uten at det nødvendigvis leder til et straffeansvar.

Vurderingen av om tjenestehandlingen rammes av et straffebed, beror på om den faller innenfor straffebestemmelsens angivelse av den kriminaliserte adferd (det objektive

¹⁴³⁶ Se HR-2003-537-A, avsnitt 18.

straffbarhetsvilkåret),¹⁴³⁷ og om tjenstepersonen har utvist tilstrekkelig grad av skyld.¹⁴³⁸ I de tilfeller hvor tjenstepersonen har handlet forsettlig uten tanker om å fremme et tjenstlig formål, vil handlingen måtte vurderes etter strl. § 173 alene, eller sammenholdt med den/de alminnelige straffebestemmelsene på området.¹⁴³⁹

En tjensteperson som anvender makt mot en person som han har pågrepet, påsatt håndjern og for øvrig har fullstendig kontroll over, utøver inngripende myndighetsutøvelse som ikke fremmer et tjenstlig formål. Vedkommende vil derfor kunne oppleve at vurderingen av om handlingen er straffbar, forankres i straffeloven kapittel 25 om voldslovbrudd.

I andre tilfeller, hvor vedkommende har handlet forsettlig med tanke på å fremme et tjenstlig formål,¹⁴⁴⁰ må vurderingen av om den rettsstridige tjenstehandlingen er straffbar, forankres i strl. § 172, jf. § 171 som har følgende ordlyd:¹⁴⁴¹

§ 171. Tjenestefeil

Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som utøver eller bistår ved utøving av offentlig myndighet, og grovt bryter sin tjensteplikt.

§ 172. Grovt uaktsom tjenestefeil

Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes grovt uaktsom tjenestefeil.

Objektivt sett foreligger det brudd på tjensteplikten når polititjenstepersonen har handlet i strid med rettslige normeringer som angir materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelsen.¹⁴⁴² Konstatert av en slik objektiv «tjenestefeil» er imidlertid ikke tilstrekkelig for at handlingen skal rammes av strl. § 172, jf. § 171. Det kreves i tillegg at tjenstefeilen er «grov», jf. formuleringen «grovt bryter sin tjensteplikt» i § 171. Vilkåret «grovt» har betydning i to sammenhenger. For det første må avviket fra korrekt handlemåte være grovt, og for det andre må det være tale om

¹⁴³⁷ Nærmere om den *kriminaliserte adferd*, se Matningsdal 2016 s. 5. Se også Grøning mfl. 2019 s. 108 flg. (omtalt som *kriminalisert gjerning*).

¹⁴³⁸ Nærmere om skyldkravet i strafferetten, se Matningsdal 2016 s. 8.

¹⁴³⁹ Se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 9.17.5.

¹⁴⁴⁰ Som påpekt av departementet, kan bestemmelsen også brukes i konkurrans med andre straffebestemmelser, se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4.

¹⁴⁴¹ Jf. lovdata.no (01.10.19)

¹⁴⁴² Som eksempel på slike normeringer, se Rt. 1993 s. 1021 hvor retten gjennomgår relevante normeringer som regulerer en arrestforvarers tjensteplikter.

brudd på en tjenesteplikt av en viss betydning.¹⁴⁴³ Som påpekt i forarbeidene vil avviket være tydeligst i de «klare overskridelser av materiell kompetanse».¹⁴⁴⁴

Et klart eksempel på overskridelse av materiell kompetanse ble behandlet av Høyesterett i Rt. 1995 s. 20 (tidligere omtalt i 5.5.3.1). En polititjenesteperson ble idømt bot for å ha tvangsmedisinert en utlending med formål å få han til å forholde seg rolig under uttransport. Tvangsmedisineringen som inngripende tiltak manglet enhver forankring i en materiell polisier kompetansenorm.

Vurderingen av hva som anses som grov tjenestefeil må dermed ta utgangspunkt i en objektiv norm for *god og riktig* myndighetsutøvelse i den konkrete situasjonen.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1988 s. 384 kan tjene som eksempel på den konkrete situasjonens betydning ved fastsettelsen av norm for god og riktig tjenesteutøvelse. Avgjørelsen omhandler en polititjenesteperson som i byretten ble frifunnet for legemsbeskadigelse, jf. strl. (1902) § 48 tredje ledd, men domfelt for overtredelse av strl. (1902) § 352 – uforsiktig omgang med våpen. Høyesterett fant imidlertid grunnlag for også å frinne vedkommende for overtredelse av strl. (1902) § 352. Etter en dramatisk forfølgelse av to ungdommer, som hadde truet politiet med skytevåpen, hvor politiet i den avsluttende fasen skjøt den ene i leggen og rykket frem for å få kontroll over mistenkte nr. 2, gikk det av et skudd som traff vedkommende i hodet. Polititjenestepersonen som avfyrte vådeskuddet hadde rykket frem småløpende med hanen på revolveren spent og fingeren på avtrekkeren. Da han kom frem til mistenkte nr. 2, tok han tak i vedkommendes hode og trykket han ned mot bakken samtidig som han holdt revolveren i høyre hånd. På dette tidspunktet gikk skuddet av og traff mistenkte i hodet.

Når retten vurderte om polititjenestepersonens handlinger og taktiske vurderinger representerte et avvik fra normen for god og riktig tjenesteutøvelse, tok de utgangspunkt i den foreliggende situasjon som de beskrev som «uhyre farlig og kritisk» for politiet. Videre fremhevet retten at den «foregående forfølgelse av de to guttene

¹⁴⁴³ Se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4, merknader til § 171.

¹⁴⁴⁴ Se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4, merknader til § 171.

[...] gjorde det klart at en sto overfor to bevegne forbrytere og at en måtte regne med at de ikke ville nøle med å bruke våpenet». Videre var retten av den oppfatning at «[f]aren skrev seg fra B og C og var rettet mot politifolkene og sivile. Det var nødvendig å bringe denne situasjonen til opphør».

Ved vurdering av om en tjenestehandling utgjør en feil, og eventuelt dens grovhet, må normen for *god og riktig myndighetsutøvelse* avstemmes med den faktiske situasjonen. Jo mer kritisk situasjonen fremstår for polititjenstepersonen – med hensyn til tidspress, og umiddelbar og overhengende fare for liv og helse – desto mindre blir polititjenstepersonens objektive handlingsrom, og i ytterste konsekvens kan han oppleve at situasjonen utfordrer det som frem til da har vært ansett som norm for korrekt fremgangsmåte. Følgelig vil strl. § 172, jf. 171 angivelse av hva som objektivt sett anses som brudd på tjenesteplikten, innskrenkes tilsvarende. Når vi i tillegg tar i betraktning at normen innskrenkes ytterligere ved at «feilen» må være grov, ser vi at straffebudets objektive dimensjon innrømmer politiet et stort rom for objektive feil før straffansvar aktualiseres.

Den faktiske situasjonen, eller situasjonsbeskrivelsen, har også betydning for straffansvarets subjektive dimensjon da den danner grunnlag for hvilke forventninger som kan stilles til tjenstepersonens håndtering av risikoen som hans tjenestehandling representerer. Straffeloven § 172 oppstiller som skyldkrav at tjenstepersonen har handlet «grovt uaktsomt». Hva som anses som grovt uaktsomt er legaldefinert i strl. § 23 andre ledd.¹⁴⁴⁵

«Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.»

Vurderingen av om handlingen er «er svært klanderverdig og [om] det er grunnlag for sterk bebreidelse», må, jf. bestemmelsens første ledd, ta utgangspunkt i «kravet til forsvarlig opptreden på et område», sammenholdt med om vedkommende ut fra «sine personlige forutsetninger kan bebreides».

¹⁴⁴⁵ Nærmere om strl. § 23, se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), punkt 30.1, kommentarer til § 23.

Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at avgjørelsen av om en polititjenesteperson har opptrådt grovt uaktsomt beror på en vurdering av om det foreligger en «kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet».¹⁴⁴⁶ Med dette gis det uttrykk for kvalitative forventninger til myndighetsutøvelsen, forventninger som må avstemmes med en definert rolleforventning som kan stilles til enhver polititjenesteperson som utfører oppdrag, som både er farlig for dem selv, mistenkte og omgivelsene. Dersom situasjonen, som ovenfor påpekt, både er farlig og kritisk, og tjenestepersonen handler under betydelig tidspress og stress, vil avvik fra en definert «normalsituasjon» lettere aksepteres.¹⁴⁴⁷

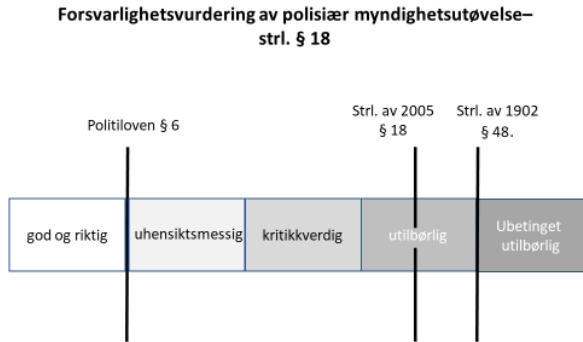
Dette synes også å ha vært Høyesteretts tilnærming i Rt. 1988 s. 384. Ved vurdering av om polititjenestepersonens opptreden avvek fra en «definert normalsituasjon» la retten til grunn at det i forhold til mistenkte nr. 2 var sikrest for polititjenestepersonen, «ut fra hans forutsetninger å holde våpenet i single action.»¹⁴⁴⁸ Videre gav retten uttrykk for at den hadde «vanskelig for å tilegne [seg] en annen oppfatning enn at en slik fremrykking – som ble bedømt som sikrest i forhold til den faren truet fra – måtte være rettmessig i forhold til straffeloven § 352 første ledd selv om handlingen medførte en viss fare for andre enn dem som skulle pågripes, jf regelen i straffeloven § 48 tredje ledd og prinsippene om lovlig offentlig myndighetsbestemmelse og nødrett». Sondring mellom forsvarlighetsvurderingen av polisier myndighetsutøvelse, forankret i

¹⁴⁴⁶ Se Rt. 1986 s. 670 og HR-1993-129-A. Denne aktsomhetsnormen synes videreført i straffeloven (2005), jf. Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4, merknader til § 172 hvor det vises til de to nevnte høyesterettsavgjørelsene. Formuleringen «grov uforstand i tjenesten», jf. strl. (1902) § 325 beskrev både skyldkravet og den straffbare handlingen, se Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4, merknader til § 172. Se HR-2018-2452-A, punkt 16 flg. hvor det gjøres rede for «grov uaktsomhet», jf. strl. § 23.

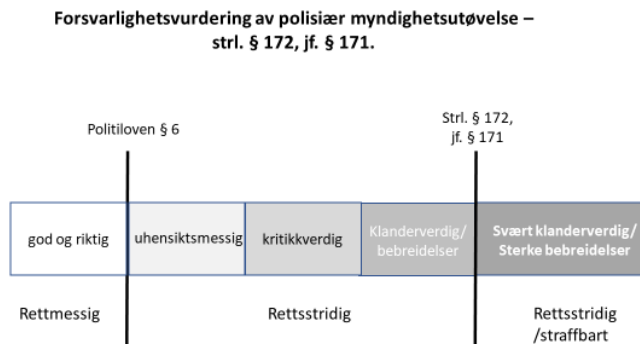
¹⁴⁴⁷ Tilsvarende, se Grønning mfl. 2019 s. 268.

¹⁴⁴⁸ «Singel action» betyr at hanen er spent slik at det kreves mindre trykk for å avfyre ett skudd.

henholdsvis strl. § 18, og strl. §171, jf. § 172, kan illustreres med følgende figurer:



Figur 22



Figur 23

Forankret i ovennevnte er det grunnlag for å hevde at hypotesen, om at bortfall av strl. § 18 som polisiær kompetansenorm vil frata politiet et legitimt vern mot strafforfølgning i tilfeller hvor det begås «mindre alvorlige tjenestefeil», kan – både rettslig og faktisk – avkreftes. Politilovgivningen sammenholdt med straffelovens bestemmelser om tjenestefeil, § 172, jf. § 171, innrømmer etter min vurdering den enkelte polititjenesteperson tilstrekkelig margin for at ikke enhver tjenstlig feilvurdering eller feildisponering skal kunne lede til straffeansvar for tjenestepersonen.

Når det er sagt vil en polititjenesteperson, sammenliknet med en alminnelig borger, i gitte situasjoner innrømmes mindre romslighet med hensyn til hva som fremstår som etisk forsvarlig. Polititjenestepersonen har gjennom utdanning og praksis ervervet kunnskaper som gir han større forutsetninger for å vurdere og håndtere kritiske situasjoner som krever bruk av makt. Videre råder polititjenestepersonen over maktmidler som gjør at han i større grad kan anvende mindre inngripende tiltak som er egnet til å realisere formålet med myndighetsutøvelsen, enn hva som er tilfellet for den alminnelige borger.¹⁴⁴⁹

En tilnærming hvor straffverdigheten av politiets inngripende myndighetsutøvelse bygger på strl. § 172, jf. § 171, vil også harmonere med grensen for borgerens adgang til å utøve nødverge mot den offentlige tjenestehandlingen.¹⁴⁵⁰ Det følger av strl. § 18 tredje ledd at nødverge kan utøves «når myndighetsutøvingen er ulovlig, og den som gjennomfører den, opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt.» Med dette fastslår bestemmelsen uttrykkelig at selv om tjenestehandlingen er ulovlig kan den ikke møtes med nødverge dersom tjenestepersonen ikke opptrer grovt uaktsomt. Tilnærmingen vil også være forenelig med individets lydighetsplikt overfor politiets pålegg, jf. pl. § 5. Som påpekt av Høyesterett i Rt. 1981 s. 21 vil den enkelte borger ha en alminnelig plikt

¹⁴⁴⁹ Tilsvarende Boucht 2011 s. 466.

¹⁴⁵⁰ Nærmere om temaet, se Grønning mfl. 2019 s. 463 flg.

til å etterkomme politiets pålegg selv om pålegget faktisk bygger på uriktige faktiske forutsetninger.¹⁴⁵¹

Videre vil en forsvarlighetsvurdering av polisiær myndighetsutøvelse forankret i pl. § 6 fjerde ledd sammenholdt med strl. § 172, jf. § 171 bidra til at myndighetene – med formål å fremme kvalitative krav til myndighetsutøvelsen – med bindende virkning kan regulere hvilke maktmidler som kan anvendes. Ordningen vil også fremme god kontroll med myndighetsutøvelsen. Myndighetsutøvelsen som fremstår som rettstridig, uten å være straffbar, kan gjøres til gjenstand for administrativ vurdering og forføyning, jf. statsansatteloven §§ 25 og 26.¹⁴⁵² Det er derfor mye som taler for at nødvergeinstituttets funksjon som «supplerende» polisiær kompetansenorm bør opphøre.¹⁴⁵³

¹⁴⁵¹ Saken gjaldt spørsmålet om personer som demonstrerte mot Alta vassdrags-reguleringen var pliktig til å følge politiets pålegg om å fjerne seg til tross for at pålegget bygget på uriktige faktiske forutsetninger.

¹⁴⁵² Se lov-2017-06-16-67.

¹⁴⁵³ Se Boucht 2011 s. 385 hvor tilsvarende syn i forhold til svensk politilovgivning fremmes. Her vises det til SOU 1982:63 s. 91 hvor det i arbeidet med politiloven i Sverige utalte utvalget at '[d]et är dessuten en uppenbar fördel om polisens tjänsteplikter så långt som möjligt får stöd positiva bestämmelser och inte behöver härledas ur straffrihetsbestämmelserna'.

14. Polisiær frihetsberøvelse

14.1 Innledning

I 6.8 har jeg drøftet individets konstitusjonelle vern mot frihetsberøvelser. Når jeg nå skal avklare om nærmere bestemte polisiære tiltak, som representerer en suspensjon av individets bevegelsesfrihet, utgjør en *frihetsberøvelse*, er det naturlig å forankre drøftelsen i GrL § 94 første ledd. Utover å slå fast at «fengsling» og «berøvelse av friheten» er å anse som *frihetsberøvelse*, gir ordlyden ingen nærmere veiledning ved avgjørelse av spørsmålet. Forarbeidene er også tause.¹⁴⁵⁴ Det innebærer at høyesterettspraksis, sammen med EMD-praksis, utgjør de sentrale argumentasjonsressurser ved vurdering av hvilke polisiære tiltak som i en nasjonal kontekst anses som *frihetsberøvelser*.

Som tidligere påpekt har EMD gitt uttrykk for at spørsmålet,¹⁴⁵⁵ om statens inngripende tiltak er å anse som en *frihetsberøvelse*, beror på en konkret vurdering. Det sentrale vurderingstemaet er om tiltaket som sådan må betraktes som et klart avvik fra normalsituasjonen for individiditet.¹⁴⁵⁶ Sentrale vurderingsmomenter er inngrepets art/intensitet, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.¹⁴⁵⁷

I utgangspunktet fremstår skillet mellom *frihetsberøvelse* og andre *frihetsbegrensede* tiltak som lite relevant i en nasjonal rettslig kontekst. Både *frihetsberøvelser* og andre

¹⁴⁵⁴ Dersom det konstateres å foreligge en ulovlig *frihetsberøvelse*, jf. GrL § 94 første ledd og EMK artikkel 5 nr. 1, vil det også være aktuelt å ta stilling til om omstendigheter ved frihetsberøvelsen har krenket andre rettigheter, som for eksempel *privatlivets fred*, jf. GrL § 102 og EMK artikkel 8. Spørsmål knyttet til slike «avledede» rettigheter vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen.

¹⁴⁵⁵ Se 6.8.3.

¹⁴⁵⁶ Se *Engel and Others v. The Netherlands*, punkt 59. Avgjørelsen er tidligere omhandlet i 6.8.3.

¹⁴⁵⁷ Som påpekt i 6.4 gir EMK anvisning om nærmere bestemte minimumsrettigheter som den enkelte stat er forpliktet til å sikre og respektere. Utover disse minimumsrettigheter står den enkelte stat fritt til å vedta normeringer som gir individet et ytterligere vern. Spørsmålet om politilovgivningen, i forhold til EMK artikkel 5 gir uttrykk for et ytterligere vern blir ikke forfulgt i denne sammenheng. Det legges til grunn for den videre drøftelse at politilovgivningens regulering av frihetsberøvelser harmonerer med EMK artikkel 5.

frihetsbegrensninger er å betrakte som inngrep, jf. GrL. § 113, og krever følgelig grunnlag i lov. Da EMK bare legitimerer frihetsberøvelser i nærmere bestemte situasjoner, jf. artikkel 5 nr. 1, vil imidlertid sondringen få direkte betydning for lovgivers handlingsrom ved innretning av lovgivning som regulerer *frihetsberøvelse* som polisiært tiltak.¹⁴⁵⁸

Politilovgivningen sonderer ikke mellom *frihetsberøvelse* og *frihetsbegrensning*, og angir heller ingen vurderingsmomenter som kan bidra ved fastsettelse av den nærmere grensedragningen.¹⁴⁵⁹ Forarbeidene til politiloven av 1995 er også tause om dette teamet. Riktignok behandles ulike tiltak, hvor noen benevnes som *frihetsberøvelse*, uten at begrepsbruken gir grunnlag for en antitese.

Som tidligere omtalt er staten, jf. EMK artikkel 1, forpliktet til å sikre enhver de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen. Straffesanksjonering av handlinger som anses for å være ulovlige *frihetsberøvelser* er et relevant tiltak for å ivareta statens sikringsplikt. Ved fastsettelse av hva som i en nasjonal kontekst regnes som *frihetsberøvelse*, er det derfor naturlig å se hen til strl. § 254 – om frihetsberøvelse. Ifølge bestemmelsen foreligger en *frihetsberøvelse* når noen rettsstridig fratras friheten.¹⁴⁶⁰ Som eksempel på fratakelse av friheten, nevnes «innesperring» og «bortføring», uten at det dermed gis en uttømmende angivelse av bestemmelsens rekkevidde.¹⁴⁶¹ Det sentrale temaet er om noen; «på annen måte rettsstridig fratras noen frihet». Om det foreligger en frihetsberøvelse i strafferettslig forstand vil bero på en konkret helhetsvurdering hvor det er naturlig å ta utgangspunkt i tilsvarende kriterier som EMD legger til grunn for sin tolking av EMK artikkel 5.¹⁴⁶²

¹⁴⁵⁸ Tilsvarende, se Fredriksen 2015 s. 341.

¹⁴⁵⁹ Sml. dansk politilov som tydelig tilkjennevir hva som er å anse som en *frihetsberøvelse*, se § 3, sammenholdt med for eksempel §§ 5 tredje ledd og § 8 fjerde ledd.

¹⁴⁶⁰ *Rettsstridig* gir uttrykk for en rettsstridsreservasjon som åpner for at lovanvender kan tolke bestemmelsens innskrenkende i tilfeller hvor ordlyden rammer handlinger som lovgiver ikke har ment å ramme. Rettsstridsreservasjonen påvirker ikke bestemmelsens betydning som argumentasjonsressurs ved nærmere fastsettelse av hva som i en politier kontekst anses som frihetsberøvelse.

¹⁴⁶¹ Sml. Kjerschow 1930 s. 565 hvor *frihetsberøvelse* er beskrevet som «å beta en annen hans evne til overensstemmende med hans vilje å forlate sitt nuværende opholdssted og bevege sig fritt omkring.»

¹⁴⁶² Se 6.8.3 hvor *Engel-kriteriene* behandles.

Når det gjelder inngrepets *art*, må «frihetsberøvelsen normalt ha skjedd ved fysiske hindringer.»¹⁴⁶³ Det kan imidlertid tenkes unntak. I HR-2002-1230 la Høyesterett til grunn at det også kan foreligge en frihetsberøvelse selv om det ikke er lagt fysiske hindringer for fornærmede.¹⁴⁶⁴

Overført i en polisiær kontekst kan det derfor tenkes at en person har vært utsatt for en *frihetsberøvelse* selv om det ikke ligger fysiske hindringer til grunn for politiets inngripende tiltak. Som eksempel kan nevnes fotballdommeren som får pålegg av politiet om å avvente i garderoben fordi politiet frykter at sinte supportere vil angripe han dersom han går ut. Tilsvarende når politiet pålegger noen å oppholde seg på et nærmere angitt sted mens politiet avklarer vedkommendes rolle i en klagesak.

Et annet sentralt vurderingsmoment er tiltakets varighet. Høyesterettspraksis viser at frihetsbegrensninger av svært kort tidsrom er å betrakte som frihetsberøvelser. I HR-2015-1343-A, som riktignok gjaldt straffeutmåling for trusler og frihetsberøvelse, ble frihetsbegrensning over et tidsrom på 20 minutter ansette som frihetsberøvelse. Videre ble det i HR-1995-65-A lagt til grunn at en *frihetsbegrensning* som varte i 5-10 minutter også var å betrakte som en *frihetsberøvelse*.¹⁴⁶⁵ I en totalvurdering er det også naturlig å legge vekt på handlingens virkning og gjennomføringsmåte. Er det tale om et «bastant og drastisk inngrep» i vedkommendes bevegelsesfrihet,¹⁴⁶⁶ er dette noe som tillegges betydelig vekt.

I praksis rettes politiets frihetsbegrensende tiltak i det vesentlige mot enkeltindivider, noe som muliggjør en konkret og individualisert vurdering av om inngrepet er å anse som en legitim *frihetsberøvelse*, jf. GrL. § 94, sammenholdt med EMK artikkel 5. Men

¹⁴⁶³ Se juridika.no, kommentar til strl. § 254 (pr. 11. oktober 2019).

¹⁴⁶⁴ Se HR-2002-1230 hvor fornærmede på grunn av alvorlige trusler og kroppskrenkelser valgte å bli med gjerningspersonene. Se også Rt. 2005 s. 463 hvor Høyesterett tok stilling til lagmannens rettsbelæring hvor det ble gitt uttrykk for at «frihetsberøvelse» krevde en fysisk hindring, jf. strl. § 254. Høyesterett la til grunn at lagmannens rettsbelæring var uttrykk for feil lovanvendelse, og uttalte at «selv om det ikke foreligger slike fysiske hindringer, kan det – etter en samlet vurdering av de konkrete omstendighetene i saken – dreie seg om en ulovlig frihetsberøvelse.» (se avsnitt 18). Motsetningsvis, se Fredriksen 2017 s. 189 som gir uttrykk for at «... det [er] uten rettslig betydning hvordan frihetsberøvelsen skjer. Det kreves likevel at fratakelsen skjer ved hjelp av fysiske midler ... En 'frihetsberøvelse' som skjer gjennom psykisk påvirkning, vil være å anse som tvang ...»

¹⁴⁶⁵ Forsvareren anførte forgjeves at frihetsberøvelsen måtte betraktes som en del av ranshandlingen, og ikke som en selvstendig forbrytelse.

¹⁴⁶⁶ Se HR-1995-65-A.

i lys av *Austin-saken*,¹⁴⁶⁷ hvor EMD la til grunn en innskrenkende tolkning av uttrykket *frihetsberøvelse*, er det behov for å foreta en særskilt vurdering av politiets inngrep i bevegelsesfriheten som rettes mot store menneskemasser som sådan, uten pretensjon om å ramme individualiserte individer. Slike tiltak vil da få karakter av *anholdelse* alene, eller i kombinasjon med påfølgende *fjerning*.¹⁴⁶⁸ I den senere drøftelse av *om*, og eventuell *hvilke* rettslige implikasjoner anvendelsen av slike tiltak vil kunne få i en nasjonal kontekst, er det behov for å skille denne type tiltak fra tiltak som tradisjonelt omtales som *anholdelse* og *fjerning*. I det følgende vil tiltak som suspenderer en større gruppe individers bevegelsesfrihet, uten pretensjon om å ramme den enkelte som individ, benevnes som *lukket optisk følge*.¹⁴⁶⁹

Forankret i den foregående gjennomgangen av *frihetsberøvelse* i en nasjonal kontekst, sammenholdt med tidligere fremstillinger av EMK artikkel 5,¹⁴⁷⁰ synes det forsvarlig å legge til grunn at i tilfeller hvor politiets inngrep i bevegelsesfriheten retter seg mot individualiserte personer, bygger norsk politilovgivning på en tilsvarende forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse* som kan utledes av EMK artikkel 5. Imidlertid er det, i lys av EMDs avgjørelse i *Austin-saken*, grunn til å stille spørsmål om det samme gjelder i tilfeller hvor tiltaket – slik som ved *lukket optisk følge* – rettes mot en gruppe personer som sådan uten at bruken av tiltak vurderes individuelt i forhold til den enkelte berørte. En nærmere drøfting av om uttrykket *frihetsberøvelse* er tillagt et videre innhold nasjonalt enn hva som legges til grunn i EMK, vil derfor knyttes til tiltaket *lukket optisk følge*.

Den videre fremstilling har et todelt siktemål. For det første ønsker jeg å avklare om nærmere bestemte polisiære tiltak som representerer en suspensjon av individets bevegelsesfrihet, utgjør en *frihetsberøvelse*, jf. Grl. § 94 første ledd, sammenholdt med EMK artikkel 5. Den andre målsetting er å avklare om angjeldende bestemmelser

¹⁴⁶⁷ Avgjørelsen er omhandlet i 6.8.3.2. Rettens flertall vek tilbake fra å betrakte politiets tilbakeholdelse av over 1000 personer i ca. 7 timer som en frihetsberøvelse, og konkluderte med at det forelå en frihetsbegrensning.

¹⁴⁶⁸ Selv om tiltaket som sådan ikke er omhandlet i politiloven, er det naturlig å vurdere rettmessigheten av tiltaket i lys av pl. § 7 andre ledd, jf. første ledd.

¹⁴⁶⁹ Opprinnelsen til, og betydningen av *lukket optisk følge*, forklares i 14.2.3.

¹⁴⁷⁰ Se 6.8.

fremmer formålskriterier som er forenelig med Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1s uttømmende angivelse av når staten legitimt kan fravike individets grunnlovs- og konvensjonsforankrede vern mot *frihetsberøvelse*. Disse to temaer vil bli fortløpende behandlet i forhold til ulike polisiære tiltak som presenteres i 14.2–14.4.

14.2 «Anholdelse», «fjerning» og «lukket optisk følge»

14.2.1 Anholdelse

Anholdelse, jf. pl. § 7 andre ledd, representerer en fullstendig suspensering av personens bevegelsesfrihet, med formål om å bringe en situasjon under kontroll,¹⁴⁷¹ avklare den anholdtes rolle,¹⁴⁷² eller underkaste han en tjenstlig undersøkelse.¹⁴⁷³

I praksis vil en *anholdelse* skje ved at politiet gir personen et pålegg om å forbli på stedet. Det følger av pl. § 5 at vedkommende «plikter straks å rette seg etter» pålegget, noe som innebærer et forbud mot å forlate stedet. Se også Fredriksen 2015 s. 309. Å unnlate å rette seg etter pålegget om å forbli på stedet, er straffbart, jf. pl. § 30 første ledd nr. 1.

Som tiltak innebærer *anholdelse* at personen ikke forflyttes geografisk, men underkastes kontroll og forblir i politiets varetekt, på stedet. Ved avgjørelse av om en *anholdelse* er å regne som frihetsberøvelse, kan det ikke stilles krav om at personen fysisk er forhindret fra å bevege seg. Som tidligere nevnt følger det av høyesterettspraksis at det også kan konstateres frihetsberøvelse i tilfeller hvor det ikke foreligger en slik fysisk hindring.¹⁴⁷⁴ Denne tilnærmingen er også i samsvar med EMDs avgjørelse i *Shimovolos v. Russia*, hvor retten vektla at *anholdelsen* var koblet opp mot trusler om bruk av makt dersom personen ikke frivillig ble på stedet, og han ikke fikk

¹⁴⁷¹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 769.

¹⁴⁷² Med formål om å avklare hans rolle, vil «anholdelse» som tiltak ofte være en forløper til «innbringelse».

¹⁴⁷³ Eksempel på tjenstlig undersøkelse, er tilfeller hvor politiet gjennomfører en visitasjon for å avdekke våpen, jf. pl. § 7 a. Personen må i dette tilfellet anses anholdt så lenge visitasjonen pågår.

¹⁴⁷⁴ Se Rt. 2002 s. 1707 hvor Høyesterett konkluderte med at det forelå en frihetsberøvelse. Saken gjaldt en person som, på grunn av alvorlige trusler og kroppskrenkninger, valgte å bli med gjerningspersonene.

forlate stedet uten politiets tillatelse. Forsøk på å unndra seg en *anholdelse* ville bli møtt med umiddelbar pågrep og trussel om straffesanksjonering.¹⁴⁷⁵ *Anholdelse* må betraktes som et «bastant og drastisk» tiltak, idet politiet tar fullstendig kontroll over personens bevegelsesfrihet. Dersom politiet under hele eller deler av anholdelsen anvender håndjern, vil dette forsterke inngrepets intensitet ytterligere.¹⁴⁷⁶

På lik linje med *fjerning*, vil varigheten av *anholdelsen* stå sentralt i en konkret vurdering av om tiltaket utgjør en *frihetsberøvelse*.¹⁴⁷⁷ EMD-praksis viser at kortvarige anholdelser på stedet uten etterfølgende innbringelse, kan utgjøre en *frihetsberøvelse*.¹⁴⁷⁸

I tiden forut for endringen av dansk politilov § 3 (se 14.2.3) ble også kortvarige anholdelser regnet som frihetsberøvelser i dansk rett. I forarbeidene til dansk politilov, se KBET 2002 nr. 1410 – Betænkning nr. 1410 om politilovgivning, s. 90, er det lagt til grunn at «[s]ærligt for så vidt angår frihedsberøvelse sondres i loven mellem indbringelse og anholdelse. Indbringelse indebærer, at en person bliver medtaget til en politistation eller andet sted, som benyttes i polititjenesten, mens anholdelse alene forudsætter tilbageholdelse af en person for en kortere periode, f.eks. i en patruljevogn eller lignende.» Med dette legges det til grunn at selv kortvarige anholdelser er å regne som frihetsberøvelse. Se også s. 112 hvor følgende er uttalt: «Frihedsberøvelse kan imidlertid dække over en lang række af indgreb lige fra meget kortvarige frihedsberøvelser på stedet til indbringelse på stationen og anbringelse i venterum. Frihedsberøvelse af en person kan i den forbindelse dække over situationer, der vel knapt nok af den pågældende opfattes som frihedsberøvelse, f.eks. hvis politiet af hensyn til en persons sikkerhed kortvarigt tilbageholder den pågældende med henblik på at holde ham væk fra et farligt sted, f.eks. i forbindelse med tumulter under afholdelse af sportsarrangementer.» Se også Henricson 2016 s. 194 hvor det vises til dansk Høyesteretts avgjørelse inntatt i U 1997.522 ØLD, hvor kontroll av en persons identitet av en varighet på 4 minutter ble ansett som en anholdelse, og hvor Henricson i den forbindelse gir uttrykk for at «[h]ar politiet tilkendegivet, at den pågældende må anses for anholdt, foreligger der en frihedsberøvelse, uansett varigheden.»

¹⁴⁷⁵ Se 6.8.3.4 hvor avgjørelsen er omhandlet. Selv om klager ikke var innelåst kom EMD frem til at det forelå en frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel 5. Det ble lagt vekt på at politiet hadde truet med å bruke makt dersom han ikke fulgte med frivillig, og fikk ikke forlate stedet uten politiets tillatelse.

¹⁴⁷⁶ Se Fredriksen 2015 s. 351-352.

¹⁴⁷⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 769 som gir uttrykk for at «anholdelse [...] som hovedregel må rubiseres som en frihetsberøvelse». Tilsvarende, Fredriksen 2015 s. 351 og 409.

¹⁴⁷⁸ Se *Gilland and Quinton v. The United Kingdom* (tidligere omtalt i 6.8.3.4) hvor en anholdelse på stedet, i en varighet av 30 minutter, ble betraktet som en frihetsberøvelse. Se også Fredriksen 2015 s. 313 og s. 350 flg.

Varigheten av en *anholdelse* er ikke spesifikt regulert i politiloven,¹⁴⁷⁹ men i lys av lovens system kan ikke noen holdes tilbake utover den absolutte tidsbegrensningen for innbringelse, som er fire timer, jf. pl. § 8 andre ledd.

14.2.2 Fjerning

Fjerning som polisiært tiltak er også regulert i pl. § 7 andre ledd, og innebærer at personen «fysisk og mot sin vilje, gjerne med makt, føres, geleides, bæres eller kjøres bort fra et sted vedkommende ikke har lov til å oppholde seg».¹⁴⁸⁰ I lys av subsidiaritetsprinsippet krav om at politiet alltid skal tilstrebe å anvende det minst inngripende tiltak som er egnet til å nå målet med tjenestehandlingen, vil *fjerning* som hovedregel være en direkte oppfølging av manglende etterlevelse av en *bortvisning*.¹⁴⁸¹

Når politiet iverksetter tiltaket *fjerning* innebærer det at personen, i det tidsrommet tiltaket pågår, er underkastet politiets kontroll og myndighet. Følgelig er hans bevegelsesfrihet suspendert. *Fjerning* har dermed likhetstrekk med *anholdelse* som polisiært tiltak.¹⁴⁸² Da *fjerning* – i motsetning til *bortvisning* – nødvendigvis innebærer at politiet resolutt fysisk geleider, bærer eller kjører personen vekk fra stedet, får tiltakets gjennomføringsmåte karakter av å være et bastant og drastisk inngrep.

Fjerning vil vanligvis mangle karakter av *innesperring*, men har klare likhetstrekk med det tiltaket i tilfeller hvor personen plasseres i patruljebilens låste cellerom under transport. Når tiltaket *fjerning* ikke medfører innesperring av individet, vil varigheten av tiltaket få sentral betydning.¹⁴⁸³ *Fjerning* som forløper seg over et kort tidsrom,

¹⁴⁷⁹ Flere personer tilknyttet det høyreekstreme miljøet i Oslo ble anholdt natt til 17. mai 1998 og satt i arrest. De ble holdt tilbake langt ut over firetimers grensen i pl. § 8 andre ledd. Politimesteren, som anførte at pl. ikke inneholdt noen angivelse av hvor lenge en anholdelse kunne opprettholdes og påberopte nødrettsbetraktninger, ble ikke hørt av Riksadvokaten som ila politidistriktet foretaksstraff. Nærmere om saken, se Auglend/Mæland 2016 s. 769-770.

¹⁴⁸⁰ Se Auglend/Mæland 2016 s. 767. Se også Fredriksen/Spurkeland 2015, s. 128 og Fredriksen 2015 s. 307 hvor «fjerning» som tiltak beskrives som «en fysisk forflytning av vedkommende bort fra det sted hvor hans nærvær er uønsket.»

¹⁴⁸¹ «Bortvisning» er å betrakte som et pålegg om å fjerne seg. Se Auglend/Mæland 2016 s. 765. «Bortvisning» som tiltak innebærer at en person blir nektet fortsatt opphold på et bestemt sted, se Fredriksen 2015 s. 304.

¹⁴⁸² Se Auglend/Mæland 2016 s. 767 og s. 769.

¹⁴⁸³ Se for eksempel *Foka-saken* som er omtalt i 6.8.3.

eksempelvis hvor politiet geleider en person ut av et idrettsanlegg eller forsamlingshus, er ikke naturlig å karakterisere som en *frihetsberøvelse*. I tilfeller hvor vedkommende fjernes over en lengere avstand, vil imidlertid tidsaspektet sammenholdt med de øvrige kriterier gi tiltaket karakter av en *frihetsberøvelse*.

HR-1995-96-A kan tjene som eksempel på et tilfelle hvor politiets bruk av tiltaket *fjerne*, må karakteriseres som en frihetsberøvelse. Saken gjaldt spørsmålet om to polititjenestepersoner hadde overtrådt strl. av 1902 § 325 første ledd nr. 3 om utilbørlig opptreden. De hadde fjernet en beruset person som nektet å følge pålegget om å forlate en oppgang i en bygård. Vedkommende ble kjørt fra stedet til Maridalen, ca. én mil fra Oslo sentrum, hvor han ble satt av. Retten gav uttrykk for at transport over en strekning på rundt tre kilometer var å betrakte som fjerning i politilovens forstand.

I teori er det lagt til grunn at selv relativt kortvarig fjerning, i tilfeller hvor det er anvendt makt, innebærer en *frihetsberøvelse*.¹⁴⁸⁴ Denne forståelsen synes å harmonere med EMDs tilnærming i *Gilland and Quinton v. The United Kingdom*.¹⁴⁸⁵

14.2.3 Lukket optisk følge

Uttrykket *lukket optisk følge* er ikke tidligere anvendt i norsk politirett, men er hentet fra dansk politilovgivning og er beskrevet som et:¹⁴⁸⁶

«centralt redskab i politiets indsats for hurtigst og bedst muligt at gribe ind over for uroligheder og afværge den fare, der udgar herfra, herunder ved at flytte de personer der giver anledning til faren, til et mere egnet sted.»

Som tiltak har *lukket optisk følge* elementer av *anholdelse* og *fjerning*, og må dermed kunne utledes av pl. § 7 andre ledd. Så lenge tiltaket opprettholdes vil individet være under politiets kontroll, og bevegelsesfriheten er fullstendig suspendert.

Som tidligere påpekt la EMD i *Austin-saken* til grunn at polisierere tiltak som suspenderer bevegelsesfriheten til store menneskemasser over en tidsperiode på 6-7 timer, ikke utgjør en *frihetsberøvelse* i EMKs forstand. Utover å fastslå bestemte

¹⁴⁸⁴ Se Auglend/Mæland 2016 s. 767. Se også Fredriksen 2015 s. 409 som legger til grunn at *fjerning* «normalt vil måtte regnes som frihetsberøvelse».

¹⁴⁸⁵ Avgjørelsen er tidligere omhandlet under 6.8.3.

¹⁴⁸⁶ Se forarbeider til endring av dansk politilov; LFF 2018-11-14 nr. 96.

minimumsrettigheter, får avgjørelsen ikke betydning ved fastsettelse av individets nasjonalt forankrede rettigheter. Den enkelte stat står fritt til å vedta rettigheter utover EMKs minimumsrettigheter. Med andre ord, i tilfeller hvor EMD-praksis – slik som i *Austin-saken* – gir uttrykk for «endret syn» på gjeldende rett, og dermed endrer rettighetens karakter, får dette ikke rettslige følger for det «ytterligere vern» som eventuelt kan utledes av nasjonal lovgivning.

Fredriksen synes å legge til grunn at EMDs avgjørelse i *Austin-saken* medførte en tilsvarende innskrenkende fortolkning av uttrykket frihetsberøvelse i norsk politilovgivning. For å belyse sitt ståsted uttaler han følgende:

«Eksempelvis ville det å holde igjen deler av publikum på en fotballtribune en halvtime lenger enn det øvrige publikum, uten at det trekkes noe skille mellom 'bråkmakere' og andre, neppe kunne vært forenlig med EMK art. 5, uten den innskrenkende tolkning av begrepet 'frihetsberøvelse' som *Austin-dommen* innebærer», se Fredriksen 2015, s. 271 274.

Det kan diskuteres om eksemplet ovenfor er egnet til å belyse temaet. Det er mye som taler for at tilbakeholdelse av publikum på en fotballbane over et kortere tidsrom trolig ligger innenfor den allment aksepterte tålegrense, og dermed ikke utgjør et inngrep. Videre er det allment kjent at det ved store idrettsarrangementer, og i særdeleshet fotballkamper som trekker mange tilskuere, jevnlig vil oppstå behov for å sluse tilskuerne puljevis ut av stadion. Ved å oppsøke slike arrangementer med kunnskaper om disse forutsetninger, kan det legges til grunn at den enkelte har samtykket til tiltaket. Problemstillingen vil ikke bli fulgt opp i denne sammenheng.

Det må derfor foretas en selvstendig vurdering for å avklare om *lukket optisk følge*, eller lignende tiltak som suspenderer bevegelsesfriheten til store menneskemasser, utgjør en *frihetsberøvelse* i en nasjonal kontekst. Temaet er ikke omhandlet i rettspraksis eller politilovens forarbeider.

I tiden forut for *Austin-saken* var den herskende oppfatning både i norsk rett¹⁴⁸⁷ og utledet av EMD-praksis at spørsmålet om en polisier *frihetsbegrensning* var å anse som en *frihetsberøvelse*, måtte vurderes i tråd med inngrepets *art, intensitet, varighet, virkning og gjennomføringsmåte*.¹⁴⁸⁸ Om tiltaket var rettet mot større menneskemasser

¹⁴⁸⁷ Se. 6.8.3.1.

¹⁴⁸⁸ Se *Engel and Others v. The Netherlands*, omtalt i 6.8.3.1.

som et «kollektivt inngrep», eller mot enkeltindivider, ble ikke tillagt betydning i vurderingen. Følgelig ble bruken av *lukket optisk følge*, eller liknende tiltak – slik som i *Austin-saken*, hvor over tusen personer opplevde at bevegelsesfriheten ble fullstendig suspendert over en periode på 6-7 timer – betraktet som en *frihetsberøvelse*. Dette var også den rådende rettsoppfatningen i dansk rett.

I U.2018. 1690 hadde dansk Høyesterett til behandling et sivil søksmål rettet mot dansk politi som hadde anvendt tiltaket *lukket optisk følge* for å få kontroll på en større menneskemasse som deltok på en gatefest som fant sted i København i oktober 2014.

På bakgrunn av *Austin-saken* konkluderte dansk Høyesterett med at politiets bruk av lukket optisk følge, i en varighet av ca. 1,5 timer, ikke var å anse som frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel 5. Imidlertid var retten av den oppfatning at bruken av metoden, i lys av dets karakter og varighet, var å betrakte som frihetsberøvelse etter dansk politilov. Tilsvarende ble også lagt til grunn i forarbeidene til endring av dansk politilov. Se LFF 2018-11-14 nr. 96 punkt 2.2 (forarbeider til endring av dansk politilov) hvor det, som en følge av EMDs avgjørelse i *Austin-saken*, ble lag til grunn «at frihetsberøvelsesbegrepet i [dansk politilov hadde] et videre anvendelsesområde end frihetsberøvelsesbegrepet i EMRK.»

EMDs avgjørelse i *Austin-saken* førte til en innskrenking av individets EMK-vern mot frihetsberøvelser, uten at den kan tillegges tilsvarende virkning for rettigheter utledet av nasjonal lovgivning. Når det er sagt, er det imidlertid relevant å stille spørsmål om Grunnlovsreformen av 2014 førte til at rettigheter utledet av nasjonal lovgivning ble harmonisert med EMK.

Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser vil alltid gi uttrykk for korresponderende rettigheter utledet av EMK. Som påpekt av *Menneskerettighetsutvalget* må «Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser [...] tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse».¹⁴⁸⁹

Tross dette må det kunne legges til grunn at grunnlovsreformen ikke medførte at rettigheter, nedfelt i både Grunnloven og formell norsk lov, automatisk ble harmonisert

¹⁴⁸⁹ Se Dok. 16 (2011–2012), punkt 15.4.

med tilsvarende rettigheter utledet av EMK.¹⁴⁹⁰ En slik slutning kan verken utledes av Grunnlovens forarbeider eller *Menneskerettighetsutvalgets* mandat.¹⁴⁹¹ Reformens formål var å styrke menneskerettighetenes stilling, herunder gi disse rettigheter grunnlovsrang.¹⁴⁹² En slik tilnærming fremmer også Høyesteretts konstitusjonelle ansvar, jf. Grl. § 88,¹⁴⁹³ for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.¹⁴⁹⁴

Det kan derfor legges til grunn at Grl. § 94 speiler EMKs forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse*, jf. EMK artikkel 5, uten å innskrenke dets betydning i nasjonal lovgivning.¹⁴⁹⁵ Det innebærer at individets utvidede vern mot *frihetsberøvelser*, som følge av at nasjonal lovgivning opererer med en videre forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse*, vil bestå inntil det finner sted en nasjonal lovendring som harmoniserer uttrykket med dets betydning i EMK.¹⁴⁹⁶

Tilsvarende tilnærming ble lagt til grunn ved endring av dansk politilov i 2019.¹⁴⁹⁷ Før lovendringen hadde dansk politilov § 3 følgende ordlyd:

«Politiet kan uden for de tilfælde, hvor indgreb er hjemlet i anden lovgivning, alene foretage indgreb over for borgerne i det omfang, det følger af bestemmelserne i dette kapitel.»

¹⁴⁹⁰ Se Bårdsen 2015b, punkt IV som fremhever at «reformen ikke skulle etablere nye rettigheter, sammenlignet med det som allerede fulgte av norsk og internasjonal rett.» Det må tilsvarende kunne legges til grunn at reformen heller ikke skulle svekke rettigheter allerede etablert ved nasjonal lovgivning.

¹⁴⁹¹ Se Dok. 16 (2011–2012) og Innst. 169 S (2012–2013).

¹⁴⁹² Se Innst. 169 S (2012–2013), punkt 1.1.

¹⁴⁹³ Grl. § 88 foreskriver at «Høyesterett dømmer i siste instans». Se Bårdsen 2015a om teamet «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol».

¹⁴⁹⁴ Se HR-2015-206-A (57) hvor Høyesterett fremhever det naturlige utgangspunkt om at «[d]et er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».

¹⁴⁹⁵ Se Aall 2014 som gir uttrykk for at, i tråd med prinsippbestemmelsen i Grl. § 92 «bør de nye grunnlovsbestemmelsene, så langt det er naturlig, tolkes i lys av tilsvarende – og ofte mer utviklede – internasjonale bestemmelser», uten at «EMK-reglene [kan] brukes som argument for å redusere vernet etter grunnlovsbestemmelsene.»

¹⁴⁹⁶ Som eksempel fra et annet rettsområde hvor formell lov gir individet større rettigheter enn hva som kan utledes av Grl. og EMK, se NOU 2019: 14 punkt 13.2: «Særlig skal nevnes pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd som slår fast et krav om hjemmel for all yting av helsehjelp – uavhengig av hvor lite inngripende denne måtte være. Dette hjemmelkravet rekker sannsynligvis lenger enn det som følger så vel av Grunnlova, menneskerettslige forpliktelser og tradisjonell norsk forvaltningsrett».

¹⁴⁹⁷ Se Lov 2019-01-30 nr. 83 om ændring af lov om politiets virksomhed (frihedsberøvelse).

Foranledning til lovendringen var dansk Høyesteretts tidligere omtalte behandling av et sivilt søksmål i anledning dansk politi sin inngripen i en gatefest som fant sted i København i oktober 2014.¹⁴⁹⁸ I lys av *Austin-saken* påpekte Justisministeriet «at frihedsberøvelsesbegrebet i [dansk politilov hadde] et videre anvendelsesområde end frihedsberøvelsesbegrebet i EMRK.» Denne forskjellen var både «utilsigtet og uhensigtsmæssig.»¹⁴⁹⁹ For å innskrenke anvendelsesområdet for det dagjeldende frihedsberøvelsesbegrepet i politiloven, og bringe det i overensstemmelse med Danmarks internasjonale forpliktelser, herunder i harmoni med EMK artikkel 5, ble politilovens § 3 endret, og gitt følgende ordlyd:¹⁵⁰⁰

«Politiet kan uden for de tilfælde, hvor indgreb er hjemlet i anden lovgivning, alene foretage indgreb over for borgerne i det omfang, det følger af bestemmelserne i dette kapitel. Frihedsberøvelse i medfør af denne lov skal begrænses til tilfælde, hvor mindre indgribende midler ikke findes tilstrækkelige til at afværge fare. Frihedsberøvelse forstås i denne lov i overensstemmelse med Danmarks internationale forpliktelser.» (min uthevelse).

Det må derfor legges til grunn, utledet av *Austin-saken* og som følge av ovennevnte endring av dansk politilov, at norsk politilovgivning opererer med en videre forståelse av uttrykket *frihedsberøvelse* enn hva som legges til grunn både etter EMK og dansk politilovgivning. Følgelig vil norsk politis bruk av *lukket optisk følge*, eller tilsvarende tiltak, i en nasjonalrettslig kontekst betraktes som en *frihedsberøvelse*.

¹⁴⁹⁸ Se dansk Høyesterett U.2018. 1690.

¹⁴⁹⁹ Se LFF 2018-11-14 nr. 96 punkt 2.2.

¹⁵⁰⁰ Se pro.karnovgroup.dk (pr. 22.10.19).

14.2.4 Politiloven § 7 første ledds ulike inngrepssituasjoner i lys av EMK artikkel 5

Politiloven § 7 første og andre ledd har følgende ordlyd:¹⁵⁰¹

Politiet kan gripe inn

1 for å stanse forstyrrelser av den offentlige ro og orden eller når omstendighetene gir grunn til frykt for slike forstyrrelser

2 for å ivareta enkeltpersoners eller allmennhetens sikkerhet

3 for å avverge eller stanse lovbrudd.

Politiet kan i slike tilfeller blant annet regulere ferdsele, forby opphold i bestemte områder, visitere person eller kjøretøy, uskadeliggjøre eller ta farlige gjenstander i forvaring, avvise, bortvise, fjerne eller anholde personer, påby virksomhet stanset eller endret, ta seg inn på privat eiendom eller område eller påby områder evakuert.

Bestemmelsen foreskriver når tiltakene *anholdelse, fjerning og lukket optisk følge* kan anvendes. Bestemmelsens første ledd nr. 1 omfatter inngrepssituasjoner hvor formålet er å «stanse forstyrrelser av den offentlige ro og orden eller når omstendighetene gir grunn til frykt for slike forstyrrelser». En rettslig vurdering av rettmessigheten av polisierne frihetsberøvende tiltak, som søker å fremme dette formålet, må forankres i EMK artikkel 5 nr. 1, bokstav b eller c.

Ifølge EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b, er en *frihetsberøvelse* legitim når den gjennomføres for blant annet å «sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt». Straffeloven kapittel 20 straffesanksjonerer forstyrrelser av den offentlige ro, orden og sikkerhet. Bestemmelsene kommuniserer til alle individer en «forpliktelse foreskrevet ved lov» om å avstå fra handlinger som krenker bestemmelsene.

Politiloven § 7 første ledd nr. 1, jf. andre ledd hjemler også preventiv frihetsberøvelse med formål å forebygge slike forstyrrelser, jf. formuleringen; «når omstendighetene gir grunn til frykt for slike forstyrrelser». Som tidligere påpekt i 6.8.4.2 vil preventiv

¹⁵⁰¹ Lovdata.no pr. 11.02.20.

frihetsberøvelse, i en EMK kontekst, være legitim i to henseender. For det første, i situasjoner – slik som i *Ostendorf-saken* – hvor *frihetsberøvelsen* er en direkte følge av manglende etterlevelse av pålegg gitt av politiet, jf. pl. § 5. Og for det andre – slik som i *S., V. and A. v. Denmark*¹⁵⁰² – når det foreligger en konkret og begrunnet frykt for at den *anholdte* ville gjennomføre handlingene dersom han ikke blir frarøvet friheten. Frykten anses som konkret når den er spesifikk med hensyn til tid og sted for utførelse og hvem/hva som står i fare for å rammes.¹⁵⁰³ I sistnevnte tilfellet må vurderingen forankres i EMK artikkel 5 nr. 1 c.

For inngrepssituasjoner som følger av pl. § 7 første ledd nr. 2 og 3, henholdsvis «ivareta enkeltpersoners eller allmennhetens sikkerhet» og «for å avverge eller stanse lovbrudd», vil rettmessigheten av tiltakene *anholdelse* og *fjerning* også måtte vurderes i lys av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Krenkelse av interesser omhandlet i pl. § 7 første ledd nr. 2 og 3 vil enten være straffesanksjonert, eller regulert av sivilrettslige normeringer om aktsom opptreden.¹⁵⁰⁴ Det foreligger dermed en forpliktelse ved lov.

I likhet med pl. § 7 første ledd nr. 1, hjemler også pl. § 7 første ledd nr. 2 og 3 politisære inngrep i preventivt øyemed, jf. formuleringen «for å ivareta» og «for å avverge». Hva gjelder spørsmålet om tiltakets legitimitet, vises det til hva som ovenfor er uttalt om pl. § 7 første ledd nr. 1.

Forankret i ovennevnte, synes det forsvarlig å legge til grunn at i tilfeller hvor tiltakene *anholdelse* og *fjerne*, jf. pl. § 7 andre ledd er å regne som *frihetsberøvelser*, vil eventuell anvendelse av tiltakene i inngrepssituasjoner som er nevnt i pl. § 7 første ledd ikke reise noen rettslige utfordringer knyttet til spørsmålet om tiltakets rettmessighet, jf. EMK artikkel 5.

Det gjenstår å vurdere tiltaket *lukket optisk følge*. Ovenfor konkluderte jeg med at tiltaket, i en EMK-kontekst, er å anse som en *frihetsbegrensning*, mens det i en

¹⁵⁰² *Ostendorf-saken* gjaldt spørsmål om *frihetsberøvelse* i form av *innbringelse* var legitim. De hensyn og vilkår som EMD vektla vil også gjøre seg gjeldende ved mindre inngripende *frihetsberøvelser*, som ved *anholdelse*.

¹⁵⁰³ Preventiv politisær frihetsberøvelse er nærmere behandlet i 6.8.4. Se også Fredriksen 2015 s. 408 flg. som i lys av *Engel-saken* drøfter spørsmål om rettmessighet av en preventiv frihetsberøvelse for å sikre overholdelse av fremtidige forpliktelser.

¹⁵⁰⁴ Se Fredriksen 2015 s. 424.

nasjonalrettslig kontekst, er å betrakte som en *frihetsberøvelse*. Det er i den forbindelse av interesse å avklare om denne divergensen, fra et nasjonalrettslig ståsted, reiser noen særlige rettslige implikasjoner for politiets inngripende myndighetsutøvelse.

Det faktum at vår nasjonale politilovgivning opererer med en videre forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse*, enn hva som legges til grunn i EMK, vil ikke påvirke EMDs prøving av om en konkret begrensning i individets bevegelsesfrihet utgjør en *frihetsberøvelse*, jf. EMK artikkel 5. EMD vil alltid legge til grunn den forståelsen av uttrykket som til enhver tid kan utledes av EMK. Følgelig vil den delen av vår nasjonale forståelse av uttrykket som faller utenfor EMK artikkel 5, i en EMK kontekst måtte vurderes i forhold til EMKs 4. tilleggsprotokoll, artikkel 2 som regulerer myndighetenes adgang til å foreta begrensninger i individets *bevegelsesfrihet*.¹⁵⁰⁵

Uavhengig av spørsmålet om den divergerende forståelse av hva som anses for å være en *frihetsberøvelse*, reiser noen særlige rettslige implikasjoner for politiets myndighetsutøvelse, vil spørsmålet om hvilken forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse* som legges til grunn i en EMK-kontekst, ha betydning for individets rett til å få prøvd rettmessigheten av tiltaket.

Kort fortalt har den enkelte rett til å få avgjort lovligheten av en frihetsberøvelse for en domstol, jf. EMK artikkel 5 nr. 4. Tilsvarende prøvingsrett i en nasjonal kontekst er regulert i Grl. § 95 første ledd. Foreligger det en frihetsbegrensning, jf. EMKs tilleggsprotokoll nr. 4, artikkel 2, er prøvingsretten begrenset til en «effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet», jf. EMK artikkel 13. I en nasjonal kontekst er prøvingsretten knyttet til en «uavhengig og upartisk domstol», jf. Grl. § 95 første ledd.

Hva gjelder polisiære frihetsberøvelser er det grunnlag for å hevde at retten til «snarest mulig»/ «speedily» prøving, jf. Grl. § 94 andre ledd og EMK artikkel 5 nr. 4, fremstår som illusorisk. Polisiære frihetsberøvelser vil ha en varighet av noen få timer. Følgelig vil vedkommende alltid løslates før det vil være praktisk mulig å stille vedkommende for en domstol. Det innebærer at «snarest mulig»/ «speedily» må, slik Fredriksen 2015, s. 356 legger til grunn, underkastes en innskrenkende fortolkning. Prøvingsretten kan dermed kun gjøres gjeldende i tilfeller hvor risikoen som ligger til grunn for frihetsberøvelsen vil vare så lenge at fremstilling for en domstol er praktisk mulig. Se også EMDs avgjørelse i *S., V. and A. v. Denmark*, som riktignok

¹⁵⁰⁵ Nærmere om sontringen *frihetsberøvelse* og *frihetsbegrensning*, se 6.8.3.

gjaldt forståelsen av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav c (temaet er omhandlet i 6.8.4.3).

I praksis vil individets konstitusjonelle rett til prøving av rettmessigheten av en polisiær frihetsberøvelse forankres i Grl. § 95 første ledd, sammenholdt med EMK artikkel 6 nr. 1. Mens EMK artikkel 6 nr. 1 kun stiller krav om prøvingsrett for et «domstollignende organ», som for eksempel Trygderetten, må det trolig etter Grl. § 95 kunne utledes en rett til å få prøvd saken for et organ som regnes som en domstol etter domstoloven, se Backer 2015 s. 97. Den som pretenderer å være utsatt for ulovlig *frihetsberøvelse*, kan i medhold av tvl. 1-3 reise sak for domstolen med krav om fastsettelsesdom på at den polisiære *frihetsberøvelsen* utgjorde brudd på EMK, se HR-2014-206-A (42) med videre henvisning til Rt. 2011 s.1666 (32) hvor det fremholdes «som sikker rett at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK – at dette utgjør et ‘rettskrav’ i prosessuell forstand».

Når det skal tas stilling til *om* og eventuelt hvilke rettslige implikasjoner sontringen *frihetsbegrensning – frihetsberøvelse* medfører, kan det være formålstjenlig å ta utgangspunkt i danske myndigheters nærmere begrunnelse av behovet for endring av dansk politilov.

I lovens forarbeider ble behovet for å endre forståelsen av uttrykket *frihetsberøvelse* i dansk politilov i samsvar med EMK artikkel 5, begrunnet i rettslige implikasjoner av prosessuell karakter. Ved *frihetsberøvelser* påhviler det politiet «en plikt til at sikre dokumentation for forløbet, herunder tilstrækkelig dokumentation for, hvilke personer der har været frihedsberøvet, således at der foreligger et relevant grundlag for rettens eventuelle efterfølgende stillingtagen til frihedsberøvelsens lovlighed.»¹⁵⁰⁶ Med dette påpekte justisministeriet at dansk lovgivning oppstiller prosessuelle krav til gjennomføring av en *frihetsberøvelse* som både utfordret politiets evne til å anvende *lukket optisk følge* innenfor lovens rammer, samtidig som kravene fremstod som kontraproduktive.

Identifisering og registrering av flere hundre, ja kanskje tusen av individer som utsettes for *lukket optisk følge*, vil i mange situasjoner kreve mer personelle ressurser enn hva politiet har for hånden. Absolutte krav om identifisering og registrering av individer som er berørt av tiltaket vil kunne føre til at politiet unnlater å bruke metoden, og i

¹⁵⁰⁶ Se LFF 2018-11-14 nr. 96, punkt 2.2.

stedet ser seg nødt til å anvende andre mer inngripende maktmidler som ikke stiller tilsvarende prosessuelle krav til gjennomføring.¹⁵⁰⁷ Som eksempel kan nevnes bruk av gass for å flytte og oppløse menneskemasser. Og i den grad politiet tar metoden i bruk, ville kravet om identifisering og registrering av berørte individer, medføre at inngrepet i utstrekning må opprettholdes i betydelig lengere tid enn hva det polisiære formålet med bruken av tiltaket tilsier. Følgen av dette var at et i utgangspunktet «relativt kortvarig og hurtigt virkende indgrep i tilfælde af uroligheder [...] udstrækkes i uforholdsmæssigt lang tid.»¹⁵⁰⁸

Ved å bringe uttrykket *frihetsberøvelse* i dansk politilov i harmoni med EMK artikkel 5, var det dansk lovgivers intensjon å fjerne kravet om identifisering og registrering av personer som utsettes for *lukket optisk følge*, eller lignende tiltak. Videre ble det lagt til grunn at så lenge metoden ikke var å anse som en *frihetsberøvelse* vil behovsprinsippets subsidiaritetskrav ikke gjøre seg gjeldende.¹⁵⁰⁹ Dernest vil den som utsettes for metoden ikke omfattes av retspleielovens kapittel 43a som oppstiller rett til å få prøvd administrative frihetsberøvelser for retten.¹⁵¹⁰

Retten til å få prøvd spørsmålet om rettmessigheten av politiets inngrep i individets bevegelsesfrihet enten for en domstol, jf. EMK artikkel 5 nr. 4, eller for en annen uavhengig og upartisk nasjonal myndighet, jf. EMK artikkel 13, er en grunnleggende forutsetning for å sikre individets menneskerettigheter. Det innebærer at det også etter

¹⁵⁰⁷ Utdfordringen synes også å gjøre seg gjeldende for svensk politi, jf. polislag § 27 første ledd nr.3 som oppstiller krav om at personer som «avvisas, avslågnas, omhåndteres eller grips» skal registreres.

¹⁵⁰⁸ Se LFF 2018-11-14 nr. 96.

¹⁵⁰⁹ Se LFF 2018-11-14 nr. 96: «En følge af, at visse indgreb - f.eks. lukket optisk følge – efter lovændringen ikke anses som frihedsberøvelse efter politiloven, vil være, at de betingelser, der efter politiloven knytter sig til politiets brug af frihedsberøvelse, ikke finder anvendelse. Det gælder lovens betingelse om, at frihedsberøvelse alene kan anvendes om nødvendigt, hvis mindre indgribende midler ikke er tilstrækkelige til at afværge faren. Det gælder også lovens betingelse om, at en frihedsberøvelse skal være så kortvarig og skånsom som muligt og så vidt muligt ikke må udstrækkes ud over henholdsvis 6 eller 12 timer.»

¹⁵¹⁰ Men som påpekt av Justitsministeriet, vil «politiet også fremover på begæring [...] kunne forelægge spørsmålet om indgrebs lovlighed for retten, hvis det gøres gældende, at der har været tale om frihedsberøvelse, og hvis sagens samlede omstændigheder taler for indbringelse, jf. ovenfor. På den baggrund vurderes forslaget ikke at rejse spørgsmål i forhold til grundlovens § 71, stk. 6.», jf. LFF 2018-11-14 nr. 96.

norsk rett må oppstilles et tilsvarende krav til identifisering og registrering av personer som utsettes for polisiære *frihetsberøvelser*.

Forankret i danske myndigheters begrunnelse for å innskrenke betydningen av uttrykket *frihetsberøvelse* i dansk politilov,¹⁵¹¹ er det av interesse å avklare *om*, og eventuelt i hvilken grad en tilsvarende innskrenking av uttrykket *frihetsberøvelse* i norsk politirett, vil føre til at politiet kan ta i bruk *lukket optisk følge*, uten forutgående krav om vurdering av tiltakets nødvendighet (subsidiaritetskravet) og forholdsmessighet (i snever forstand) i forhold til berørte personer, og uten krav om etterfølgende identifisering og registrering.

Når jeg i min fremstilling velger å inkludere spørsmål om krav til forutgående forholdsmessighetsvurdering (i snever forstand), skyldes det – som påpekt i 12.1 – at rettmessigheten av et polisiært inngripende tiltak alltid skal vurderes på grunnlag av blant annet nødvendighets- og forholdsmessighetsprinsippet, jf. pl. § 6 andre og fjerde ledd.

Uavhengig av sontringen *frihetsbegrensning* – *frihetsberøvelse*, vil nødvendigvis et tiltak som suspenderer individets bevegelsesfrihet, uten en forutgående og konkret vurdering av nødvendighet og forholdsmessighet i forhold til det enkelte berørte individ, forutsette at både kravet til nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand, lempes.

I *Austin-saken* ble flere tusen personer, både demonstranter og «uskyldige», innesperret på et avgrenset område i 6-7 timer. I en slik setting må det ha fremstått som umulig for politiet å foreta en individualisert prøving av forholdsmessigheten overfor det enkelte individ som ble berørt av tiltaket. Følgelig må EMD ha lagt til grunn, for sin prøving av myndighetsutøvelsen at i tilfeller hvor politiet – etter en streng behovsprøving – finner det nødvendig å ta i bruk *lukket optisk følge*, eller lignende tiltak, vil behovet «suspendere» forholdsmessighetskravet.¹⁵¹² I teorien er det, med støtte i EMDs

¹⁵¹¹ Som påpekt ovenfor, ble det i forarbeidene til endring av dansk politilov fremhevet at en av konsekvensene av lovendringen var at betingelsen, om at bruken av *frihetsberøvelse* kun var å anse som nødvendig «hvis mindre inngribende midler ikke er tilstrækkelige til at avværge faren», ikke lenger gjorde seg gjeldende.

¹⁵¹² Sml. Fredriksen 2015 s. 274 som synes å legge tilsvarende til grunn, men som også gir uttrykk for at politiets «behov» kan være avgjørende for om et tiltak skal rubriseres som *frihetsbegrensning* eller *frihetsberøvelse*: «Det som avgjøres i *Austin-dommen*, er at det å stenge en menneskemengde inne i en ring av politifolk i åtte timer, ikke behøver å være en *frihetsberøvelse* i henhold til EMK art. 5, dersom et strengt behovsprinsipp gjør det nødvendig å bruke dette virkemidlet for å opprettholde ro og orden i forbindelse med masseoptøyer».

tilnærming i *Austin-saken*, tatt til orde for at reelle hensyn tilsier at tilsvarende tilnærming kan utledes av pl. § 7.¹⁵¹³

Utfordringen med en slik tilnærming er at tiltaket *lukket optisk følge* er å betrakte som en *frihetsberøvelse* i en nasjonal kontekst, og Grl. § 94 nr. 1 oppstiller et ufravikelig konstitusjonelt krav om at «[f]rihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Følgelig vil «reelle hensyn», forankret i politiets behov, neppe kunne tas til inntekt for å fravike grunnlovsbestemmelsens krav om at frihetsberøvende tiltak ikke må utgjøre et uforholdsmessig inngrep.¹⁵¹⁴

Dersom lovgiver hadde valgt å innskrenke betydningen av uttrykket *frihetsberøvelse* i norsk politilovgivning tilsvarende som i dansk politilov, ville *lukket optisk følge* og tilsvarende tiltak, også i en nasjonalrettslig kontekst, i større grad kunne betraktes som en *frihetsbegrensning*. Dette kan utledes direkte av ordlyden i Grl. § 106 som omhandler bevegelsesfriheten som grunnleggende menneskerettighet. Uten å oppstille tilsvarende krav som Grl. § 94 første ledd, om at inngrepet «må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep», foreskriver bestemmelsen at «[e]nhver som oppholder seg lovlig i riket, kan fritt bevege seg innenfor rikets grenser og velge sitt bosted der». Når Grl. § 106 ikke oppstiller tilsvarende materielle begrensninger i bruken av *frihetsbegrensende* tiltak, vil det være adgang til å påberope «internrettslige reelle hensyn», som begrunnelse for politiets bruk av *lukket optisk følge*. Men adgangen er strengt formålsregulert. I tråd med EMKs tilleggsprotokoll nr. 4, artikkel 2 nr. 3 må «internrettslige reelle hensyn» begrenses til hva som «er nødvendig i et demokratisk samfunn». Det kreves derfor at politiet må kunne påvise et sterkt begrunnet behov for å kunne ta i bruk tiltaket for å håndtere situasjoner som utgjør en alvorlig trussel mot den offentlige trygghet og sikkerhet.

¹⁵¹³ Se Fredriksen 2015 s. 275: «internrettslige reelle hensyn ... taler i seg selv med betydelig styrke for at slike inngrep kan hjemles i § 7».

¹⁵¹⁴ Menneskerettighetsutvalget foreslo å ta inn en egen forholdsmessighetsbegrensning i Grl., se Dok 16 (2011–2012), punkt 13.6, uten at dette ble fulgt opp av Stortinget. Høyesterett har imidlertid innfortolket en slik generell forholdsmessighetsbegrensning, se blant annet HR-2014-2288-A (avsnitt 28) og HR-2015-289-A (avsnitt 52).

Et ytterligere praktisk problem, som en eventuell lovendring ikke vil løse, men som ble påberopt som begrunnelse for å innskrenke uttrykket *frihetsberøvelse* i dansk politilov, var kravet om at enhver som ble utsatt for *frihetsberøvelse* skulle identifiseres og registreres. Norsk politilovgivning oppstiller en generell plikt for politiet til å registrere politisiære tiltak. Ifølge pi. § 7-1, jf. politiregisterforskriften § 53-1 skal politiet føre vaktjournal, og formålet med føringen er blant annet «å sikre notoritet om alle vesentlige forhold og opplysninger vedrørende ordning, planlegging og utførelse av polititjenesten». En fortolkning, basert på en naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd, tilsier at ethvert inngrep i individets rettigheter, jf. Grl. § 113, er å betrakte som et «vesentlig [...] forhold», noe som vil innebære en plikt for politiet til å registrere og identifisere ethvert individ som utsettes for et inngripende tiltak, uavhengig av om tiltaket kan rubriseres som *frihetsbegrensning* eller *frihetsberøvelse*.

I lys av blant annet nødvendighetsprinsippets subsidiaritetskrav, jf. pl. § 6 andre ledd må imidlertid bestemmelsen underkastes en innskrenkende fortolkning. En praksis som krever at den som er gjenstand for et polisiært tiltak identifiseres og registreres, vil nødvendigvis kreve at politiet *anholder* vedkommende for å avkreve informasjon om «navn, fødselsdato, fødselsår, stilling eller bopel», jf. strl. § 162. Følgelig vil tradisjonelle polisiære tiltak, som *avvisning* og *bortvisning*, bli illusorisk da de i realiteten får karakter av *fjerning*. For å unngå at pi. § 7-1, jf. politiregisterloven § 53-1 fører til at politiets må iverksette mer inngripende tiltak enn hva som er nødvendig i lys av myndighetsutøvelsens formål, må forståelsen av «vesentlige forhold» avpasses og begrenses til situasjoner hvor det primære tiltaket i seg selv suspenderer individets bevegelsesfrihet, som for eksempel ved *anholdelse* og *innbringelse*.

Om en innskrenkende forståelse av uttrykket *frihetsberøvelse* vil føre til forenklede prosessuelle krav til bruken av *lukket optisk følge* og tilsvarende tiltak, vil i realiteten bero på omstendigheter uavhengig av sondringen *frihetsbegrensning* – *frihetsberøvelse*. I den daglige tjenesteutøvelsen vil det være vanskelig for politiet å på forhånd vurdere det enkelte frihetsbegrensende tiltaks endelige karakter. En situasjon, som initialt vurderes til å kreve en kortvarig anholdelse med påfølgende *fjerning*, kan

utvikle seg med den følge at politiet må opprettholde frihetsbegrensningen i større utstrekning, eventuelt at menneskemassene må flyttes over en lengre strekning enn hva som var forhåndsplanlagt. Ytterligere kan det ikke utelukkes at det kan oppstå behov for å iverksette supplerende inngripende tiltak, som for eksempel ytterligere bruk av fysisk makt, kølle og skjold for å forhindre at menneskemassene bryter ut av sperringen, eller for å «drive» menneskemassen i ønsket retning.

Det som i utgangspunktet var planlagt som et *frihetsbegrensende* inngrep har, på grunn av tiltaks art, karakter og intensitet, endret karakter til en *frihetsberøvelse*. Når tiltaket endrer karakter til *frihetsberøvelse*, vil kravet om identifisering og registrering av de som er berørt av tiltaket gjøre seg gjeldende, noe politiet må ta høyde for i sin planlegging og gjennomføring av myndighetsutøvelsen.

Videre må det legges til grunn som uomtvistet at individets grunnlovsforankrede rett til å få prøvd lovligheten av et presumtivt frihetsberøvende tiltak ikke forutsetter at spørsmålet om det foreligger en *frihetsberøvelse* er avklart før retten til domstolsprøving inntre, jf. GrL. § 95. Det er tilstrekkelig at individet pretenderer å være utsatt for ulovlig frihetsberøvelse.¹⁵¹⁵ En annen tilnærming ville i realiteten overlate til politiet, i siste instans, å ta stilling til om et inngrep er å anse som en *frihetsberøvelse*, noe som ville svekket individets grunnlovsforankrede rett til prøving av spørsmålet, og i verste fall bidra til å gjøre den illusorisk.¹⁵¹⁶ Det innebærer at politiet også må foreta identifisering og registrering i tilfeller hvor det kan tenkes at individet vil anføre å være utsatt for en *frihetsberøvelse*, selv om vedkommende de facto kun har vært utsatt for en *frihetsbegrensning*.

¹⁵¹⁵ Se Aall 2018 s. 88 som påpeker at det i forhold til EMK artikkel 13 er tilstrekkelig at det foreligger en «prosedabel påstand». Tilsvarende vil måtte legges til grunn, jf. tvisteloven § 1-3.

¹⁵¹⁶ Det kan synes som om dette ble lagt til grunn som premiss for endring av dansk politilov, jf. LFF 2018-11-14 nr. 96: «Justitsministeriet bemærker i den forbindelse, at politiet også fremover på begæring vil kunne forelægge spørgsmålet om indgrebets lovlighed for retten, hvis det gøres gældende, at der har været tale om frihedsberøvelse, og hvis sagens samlede omstændigheder taler for indbringelse, jf. ovenfor. På den baggrund vurderes forslaget ikke at rejse spørgsmål i forhold til grundlovens § 71, stk. 6.»

Ytterligere kan det anføres at individets grunnlovsforankrede rett til å få prøvd lovligheten av forvaltningsmyndighetens tiltak, med styrke taler for at det eksisterer en generell plikt for politiet til å identifisere og registrere enhver som utsettes for polisiære inngripende tiltak uavhengig av sonderingen *frihetsbegrensning – frihetsberøvelse*. Den som vil reise sak for domstolen om et rettskrav må påvise et reelt behov for å få saken avgjort i forhold til saksøkte, jf. tvl. § 1-3. Med dette oppstiller bestemmelsen som prosessforutsetning, ved et eventuelt sivilt søksmål mot staten, krav om rettslig interesse.¹⁵¹⁷ For den som sammen med hundrevis, ja kanskje tusenvis av andre individer har vært utsatt for politiets inngripende tiltak i bevegelsesfriheten, kan det være vanskelig å føre bevis for å ha vært utsatt for inngrepet. Uten et krav om identifisering og registrering, vil det i slike situasjoner være vanskelig å føre bevis for tilknytning til rettskravet.

Bruken av *lukket optisk følge*, og liknende tiltak, vil forutsetningsvis også ramme uskyldige tredjepersoner. Og når det er politiet som foretar seg noe som aktualiserer rettskravet – i dette tilfellet spørsmål om et inngripende tiltak utgjør en krenkelse av menneskerettighetene – er det naturlig å oppstille en plikt for politiet til å sikre notoritet over hvem som utsettes for tiltaket. En tilsvarende dokumentasjonsplikt kan ikke pålegges den enkelte som utsettes for tiltaket, da vedkommende, uten noe forvarsel og mot sin vilje, er bragt inn i situasjonen som aktualiserer spørsmålet om rettslig prøving av politiets myndighetsutøvelse. For å hindre at individets grunnlovsforankrede rett til å få prøvd spørsmålet om tiltakets rettmessighet for domstolen, blir et spørsmål om rettslig interesse, må registreringen være av en slik kvalitet at registeret har negativ troverdighet.

Forankret i drøftelsene ovenfor er det derfor mye som taler for at en eventuell tilsvarende harmonisering av uttrykket *frihetsberøvelse* i norsk politilov med EMK artikkel 5 – i tilfeller hvor politiet iverksetter tiltak som suspenderer bevegelsesfriheten

¹⁵¹⁷ Om temaet *rettslig interesse*, se Nisja og Shetelig 2015 og C. Bernt 2011.

til store menneskemasser over et kort tidsrom – i seg selv ikke vil føre til av kravet om identifisering og registrering av den som utsettes for tiltaket, bortfaller.¹⁵¹⁸

Skal en slik lovendring få sin tilsiktede virkning må den trolig ledsages av en lovendring som suspenderer kravet om at den som pretenderer å ha vært utsatt for en ulovlig innskrenking i bevegelsesfriheten, må sannsynliggjøre tilstrekkelig grad av sakstilknytning, jf. tvl. § 1-3 andre ledd.¹⁵¹⁹ Dette vil bidra til at individets grunnlovsforankrede rett til å få prøvd rettmessigheten av tiltaket for en domstol ikke marginaliseres til et spørsmål om kravet til partstilknytning er oppfylt. På denne måte sikres at politiets inngripende tiltak, i form av suspensjon av den enkeltes bevegelsesfrihet, underkastes en reell domstolsprøving, hvor forholdsmessigheten av tiltaket vurderes i vid forstand for å prøve om tiltaket som sådan var proporsjonalt i forhold til formålet med myndighetsutøvelsen.

14.3 «Innbringelse»

14.3.1 Introduksjon

Som tiltak er *innbringelse* nærmere regulert i pl. §§ 8 og 9,¹⁵²⁰ og innebærer at politiet fjerner personen fra et hvilket som helst sted, med formål å bringe han til politiets lokalteter.¹⁵²¹

Politoloven § 8 første ledd benevner lokalitetene som «politistasjon, lensmannskontor eller annet lokale som benyttes under polititjenesten», se Auglend/Mæland 2016 s. 797 for nærmere om krav til innbringelseslokalet. Politiloven § 9 inneholder ingen tilsvarende beskrivelse, men utledet av

¹⁵¹⁸ Se Stevnsborg 2019a som synes å gi uttrykk for tilsvarende oppfatning av konsekvensene av endring av dansk politilov: «Det står med andre ord ikke ganske klart, hvad konsekvensen egentlig bliver i praksis af den nyaffattede § 3 i politiloven.»

¹⁵¹⁹ Nærmere om krav til partstilknytning, se Skoghøy 2017 s. 439 flg.

¹⁵²⁰ I arrestforskriften (RPOD-2018-11) punkt 1.2 er politiets tiltak, jf. pl. §12, også omtalt som «innbringelse», jf. formuleringen «Hjemmel for innbringelse til politiarrest fremgår av politiloven § 8, § 9 og § 12». Da pl. § 12 andre ledd beskriver politiets inngripende tiltak som «ta hånd om» og «midlertidig forvaring», velger jeg å behandle bestemmelsen som en «egen kategori» frihetsbegrensning.

¹⁵²¹ Tilsvarende, Fredriksen 2015 s. 314.

bestemmelsens formål, om å ta den berusede i midlertidig forvaring ved å sette han i arrest, kan det utledes krav om at lokalitetene må inneholde en godkjent politiarrest. Se arrestforskriften (RPOD-2018-11) punkt 2 og 3 som angir krav til bemanning og utforming av lokaliteter som benyttes som politiarrest.

Politi-loven §§ 8 og 9 benevner ikke *innbringelse* som en *frihetsberøvelse*, men pi. kapittel 9 synes å legge til grunn at *innbringelse*, jf. pi. § 9-1, er å betrakte som en *frihetsberøvelse*. Dette kan utledes av kapitte-loverskriften: «Frihetsberøvelse av personer som forstyrrer den offentlige orden og fred». Tiltærmingen samsvarer med EMDs forståelse av begrepet slik det er lagt til grunn i EMK artikkel 5. I praksis innebærer en *innbringelse* at personen først *anholdes*, for så å bli transportert fra stedet til en av politiets lokaliteter. Tiltaket *innbringelse* er dermed mer «bastant og drastisk» enn en *anholdelse*. Elementet av tvang er overskyggende da tiltaket forutsetter bruk av tvang ved anholdelsen, og vedkommende blir innesperret under transport og forutsetningsvis innsatt i arrest ved ankomst politiets lokaliteter.¹⁵²²

Det er derfor naturlig å karakterisere enhver «*innbringelse*» hvor personen innesperres, som en *frihetsberøvelse*, jf. Grl. § 94 og EMK artikkel 5.¹⁵²³ En prøving av rettmessigheten av en *innbringelse* må derfor forankres i Grl. § 95 første ledd, sammenholdt med EMK artikkel 5. Foruten å oppfylle vårt nasjonale lovskrav, jf. Grl. § 95 («uten i lovbestemte tilfeller»), må en *innbringelse* falle innenfor én av EMK artikkel 5 nr. 1 seks sine uttømmende alternative kategorier frihetsberøvelse.¹⁵²⁴

14.3.2 Politiloven § 8

Politi-loven § 8 første ledd nr. 1 og 2 foreskriver at politiet kan foreta *innbringelser* som et ledd i opprettholdelsen av offentlig ro og orden. Tiltaket kan ifølge bestemmelsens første ledd nr. 1 rettes mot pågående forstyrrelser, jf. formuleringen «den som forstyrrer», og jf. nr. 2 også anvendes for å forebygge slike forstyrrelser forutsatt at vedkommende først er gitt et pålegg om å fjerne seg, som han unnlater å følge.

¹⁵²² Tilsvarende, se *Novotka v. Slovakia*. Avgjørelsen er tidligere omhandlet i 6.8.3.4.

¹⁵²³ Tilsvarende, se Fredriksen 2015 s. 348 og 349.

¹⁵²⁴ EMK artikkel 5 oppstiller også et lovskrav, jf. formuleringene «prescribed by law» og «the lawful detention». Nærmer om temaet, 6.8.2 og Aall 2018 s. 365 flg.

En rettslig prøving av om en *innbringelse*, jf. pl. § 8 første ledd nr. 1 og 2, utgjør en legitim frihetsberøvelse, må forankres i EMK artikkel 5 nr. 1, bokstav b eller c. I *Ostendorf-saken* bygget EMD på bestemmelsens bokstav b:¹⁵²⁵ «for å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt».

Politi-loven § 8 første ledd nr. 1 oppstiller ikke som vilkår for *innbringelse* at forstyrrelsen av den offentlige ro og orden må være straffbar.¹⁵²⁶ Det er tilstrekkelig at den utviste adferd faktisk har virket forstyrrende, jf. formuleringen: «den som på offentlig sted forstyrrer ...»¹⁵²⁷ Men som tidligere påpekt vil en forstyrrelse av offentlig ro og orden som hovedregel være straffesanksjonert, jf. strl. kapittel 20, og dermed representere en krenkelse av en lovpålagt forpliktelse. Følgelig vil en *innbringelse*, jf. pl. § 8 første ledd nr. 1 falle innenfor EMK artikkel 5 nr. 1 b.

I tilfeller hvor ordensforstyrrelsen ikke er straffesanksjonert, eller på annen måte krenker en lovforankret rettighet, utgjør den ikke en krenkelse av en lovpålagt forpliktelse, og en eventuell *innbringelse* kan derfor ikke forankres i EMK artikkel 5 nr. 1 b. I slike tilfeller må politiet først gi vedkommende et pålegg om å stanse sitt forehavende, jf. pl. § 7 andre ledd, jf. § 6 første ledd. Dersom vedkommende ikke følger politiets pålegg, jf. pl. § 5, er dette straffbart, jf. pl. § 30 første ledd nr. 1. Unnlåtelsen av å følge pålegget vil utgjøre en krenkelse av en lovpålagt forpliktelse som faller innenfor EMK artikkel 5 nr. 1 b.

Politi-loven § 8 første ledd nr. 2 hjemler preventiv *frihetsberøvelse*, når en person ikke etterkommer pålegg om å fjerne seg og det er «skjellig grunn til å frykte» at han vil forstyrre den alminnelige ro og orden. *Innbringelse* som følge av manglende etterlevelse av et slikt pålegg er legitimt, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 b, noe som ble lagt

¹⁵²⁵ *Ostendorf-saken* er tidligere omtalt i 6.8.4.

¹⁵²⁶ Bestemmelsen retter seg også mot forstyrrelser av lovlig ferdsel: «den som på offentlig sted forstyrrer ro og orden eller den lovlige ferdsel».

¹⁵²⁷ Tilsvarende, se Auglend/Mæland 2016 s. 798.

til grunn i *Ostendorf-saken*, hvor EMD aksepterte preventiv frihetsberøvelse fordi innbringelsen var en direkte følge av manglende etterlevelse av pålegg gitt av politiet.

Som påpekt ovenfor i 6.8.4 foretar EMD i *S., V. and A. v. Denmark* en kursendring ved å utvide politiets adgang til polisiær preventiv frihetsberøvelse. Etter å ha konstatert at EMK artikkel 5 nr. 1 b ikke kom til anvendelse da *frihetsberøvelsen* ikke bygde på manglende etterlevelse av et forutgående pålegg, fant retten at *frihetsberøvelsen* var legitim, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 c.¹⁵²⁸

I *S., V. and A. v. Denmark* var *innbringelsen* hjemlet i dansk politilov § 5 tredje ledd, jf. første ledd som foreskriver at politiet kan *frihetsberøve* «den eller dem, der giver anledning til faren» for forstyrrelse av den offentlige orden samt fare for enkeltpersoners og den offentlige sikkerhet. I motsetning til dansk politilov, oppstiller norsk politilov, jf. § 8 nr. første ledd nr. 2, som absolutt vilkår at tiltaket kun kan anvendes mot «den som ikke etterkommer pålegg fra politiet om å fjerne seg fra offentlig sted». Følgelig vil både lovskravet utledet av vårt nasjonale legalitetsprinsipp,¹⁵²⁹ og EMK,¹⁵³⁰ utgjøre en skranke for norsk politis bruk av tilsvarende fremgangsmåte som dansk politi i *S., V. and A.-saken*.

EMDs avgjørelse i *S., V. and A. Denmark* viser at EMK artikkel 5 nr. 1 legitimerer bruk polisiær preventiv *frihetsberøvelse* i form av *innbringelse* i større utstrekning enn hva som kan utledes av pl. § 8.

Ifølge pl. § 8 første ledd nr. 3 kan politiet også *innbringe* den som nekter å oppgi personalia, eller som har oppgitt informasjon som det er grunn til «å tvile på riktigheten av», jf. pl. § 8 første ledd nr. 3. Som tidligere omtalt er manglende brudd på identifikasjonsplikten straffesanksjonert, jf. strl. § 162. Det foreligger dermed en lovpålagt forpliktelse om å oppgi personalia, og politiets *frihetsberøvelse* i form av

¹⁵²⁸ Den nærmere begrunnelse for EMDs avgjørelse i *S., V. and A. v. Denmark*, er behandlet i 6.8.4.

¹⁵²⁹ Se kapittel 5, særlig 5.7.

¹⁵³⁰ Se 6.4.2 og 6.8.2.

innbringelse, jf. pl. § 8 første ledd nr. 3, er derfor forenelig med EMK artikkel 5 nr. 1 b.

Det følger av pl. 8 første ledd nr. 4 at «den som treffes på eller ved et sted der det må antas å være begått en forbrytelse umiddelbart forut», kan *innbringes*. Bestemmelsen, som mangler enhver forankring i ordens- og sikkerhetsrelaterte formål, må sies være av straffeprosessuell karakter idet den ivaretar hensyn til etterforskningen i dens initialfase.¹⁵³¹ Da det ikke er straffbart å befinne seg på eller ved et sted det er begått et lovbrudd, vil en *frihetsberøvelse* forankret i pl. § 8 første ledd nr. 4 ikke være forenelig med EMK artikkel 5 nr. 1 b.

Det er flere eksempler på at politiets polisierø oppgaver flyter over i etatens ansvar for ivaretagelse av straffeforfølgningen.¹⁵³² Politiloven § 8 første ledd nr. 4 er et slikt eksempel idet den har en felles grenseflate med straffeprosessuelle pågripelser, jf. strpl. kapittel 14. Det følger av § 171 at en person, på nærmere bestemte vilkår, kan pågripes når det foreligger «skjellig grunn til mistanke» for at han har begått lovbrudd som kan medføre «høyere straff enn fengsel i 6 måneder». Politiloven § 8 første ledd nr. 4 oppstiller ikke et tilsvarende mistankekrav. Det er tilstrekkelig at den som innbringes er påtruffet «på eller ved et sted ...». Bestemmelsen angir ingen begrensning av bestemmelsens anvendelsesområde i forhold til strpl. § 171.

I teorien er det tatt til orde for at pl. § 8 første ledd nr. 4 også hjemler innbringelse av personer som kan mistenkes for å ha begått lovbruddet, og at en slik *frihetsberøvelse* kan være forenelig med EMK artikkel 5 nr. 1 c i tilfeller hvor det foreligger en «rimelig mistanke» for at vedkommende har begått en straffbar handling.¹⁵³³

¹⁵³¹ Se Auglend/Mæland 2016 s. 805.

¹⁵³² Tilsvarende, se Kjelby 2007.

¹⁵³³ Se Fredriksen 2015 s. 465 flg. Se også Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 182 hvor det gis uttrykk for tilsvarende syn: «Innbringelseshjemmen i nr. 4 tar ikke noe forbehold for den situasjon at det allerede i utgangspunktet skulle være grunnlag for skjellig grunn til mistanke mot én eller flere av dem som er på eller ved stedet. Hvor tre personer står foran et knust butikkvindu, og to av dem er helt ukjente for politiet, men den tredje er en kjent vinningskriminell, må det trolig være anledning til å beslutte innbringelse av alle tre, selv om det skulle være sannsynlighetsovervekt for at den kjente vinningskriminelle er skyldig i for eksempel forsøk på grovt tyveri. I og med at det er hjemmel for innbringelse av alle

Det er flere grunner som taler for at en slik forståelse av pl. § 8 første ledd nr. 4s rekkevidde, bygger på en feilslutning. For det første, og som tidligere påpekt i 12.2, oppstiller vårt konstitusjonelt forankrede formålsprinsipp krav om at politiets inngripende myndighetsutøvelse må ha som siktemål å fremme formål som rettsordenen som sådan og/eller den påberopte normeringen søker å ivareta. Tilsvarende krav om formålsbestemt myndighetsutøvelse kan utledes av EMK.¹⁵³⁴ Når en ser pl. § 8 første ledd nr. 4 i sammenheng med straffeprosesslovens regler om etterforskning og anvendelse av tvangsmidler, trer det klart frem at bestemmelsens formål er å understøtte etterforskningen.

For å forebygge at bevis kan gå tapt i sakens initialfase, åpner bestemmelsen for bruk av *innbringelse* i arbeidet med å avklare den enkelte persons rolle i og tilknytning til det antatte lovbruddet. Bestemmelsens formål og anvendelsesområde retter seg mot «ikke-mistenkte personer [som] midlertidig kan berøves friheten uten å få status som siktet når det er behov for å iverksette nærmere undersøkelser.»¹⁵³⁵ I en slik kontekst vil *frihetsberøvelse* av enhver som politiet har avklart rollen til på gjerningsstedet, inklusive personer som politiet finner grunn til å rette mistanke mot, falle utenfor pl. § 8 første ledd nr. 4s anvendelsesområde. Det innebærer at i alle tilfeller hvor politiet har konkludert med at en person kan mistenktes for forholdet, og for øvrig har avklart hans identitet, må eventuelle videre undersøkelser rettet mot han, anses som etterforskning, jf. strpl. § 224.¹⁵³⁶

For det andre vil straffeprosessloven i slike tilfeller alltid anses som *lex specialis* i forhold til politiloven, noe som isolert taler for at pl. § 8 første ledd nr. 4 ikke kommer til anvendelse ovenfor personer som er mistenkt. Og for det tredje vil en slik utvidet forståelse av pl. § 8 første ledd nr. 4s rekkevidde kunne skape grobunn for vilkårlig myndighetsutøvelse, idet politiet, i initialfasen av en etterforskning, kan velge en

tilstedeværende, blir det ikke nødvendig å kontakte påtalemyndigheten med tanke på straffeprosessuell pågripelse av den ene det er skjellig grunn til mistanke mot.»

¹⁵³⁴ Se 6.4.3 hvor temaet er behandlet.

¹⁵³⁵ Se Auglend/Mæland 2016 s. 805.

¹⁵³⁶ Se Kjelby 2019 s. 358 hvor det fremheves at bestemmelsen «angir *straffesakens* 'inngangsport'» og «det stilles ikke særlig strenge krav» til iverksettelse av etterforskning, jf. «rimelig grunn».

fremgangsmåte som fratrar mistenkte lovbestemte rettigheter som tilkommer en siktet, jf. strpl. § 82 andre ledd.

Følgelig er anvendelsesområdet for pl. § 8 første ledd nr. 4 avgrenset til *frihetsberøvelse* av «ikke-mistenkte personer», som treffes på eller ved et sted der det, umiddelbart forut, må antas å være begått lovbrudd av en viss alvorlighet.

Det må derfor legges til grunn at pl. § 8 første ledd nr. 4 som kompetansenorm for *frihetsberøvelser* er i strid med EMK artikkel 5.¹⁵³⁷

For å bringe bestemmelsen i harmoni med EMK artikkel 5, tar Fredriksen til orde for at det ved lov – tilsvarende svensk rättergangsbalken kapittel 23, § 8 – «etableres en plikt som de aktuelle personene som skal innbringes, må gis anledning til å oppfylle frivillig», se Fredriksen 2015 s. 467-469. Uten å behandle spørsmålet i sin fulle bredde, er det grunnlag for å stille spørsmål om en slik tilnærming er forenelig med EMK artikkel 5. Det faktum at en persons plikt til å følge med politiet til politistasjonen hviler på en normering og ikke en faktisk handling, vil ikke få betydning for vurderingen av om innbringelsen som sådan utgjør en *frihetsberøvelse*. En lovbestemt plikt for den enkelte til å følge med politiet til avhør, vil i realiteten utgjøre en lovbestemt plikt til å la seg *frihetsberøve*, noe som ikke endrer realitetene i forhold til en prøving av pågripelsen, jf. EMK artikkel 5. Sml. strpl. § 230 tredje ledd som oppstiller en plikt for vitnet og mistenkte til etter innkalling «å møte på politistasjon eller lensmannskontor» for å avklare om han er villig til å forklare seg. Her foreligger det ikke en *frihetsberøvelse* da vedkommende person på egenhånd pålegges å ta seg frem til politiet, og kan forlate stedet etter å ha gitt uttrykk for at han ikke ønsker å forklare seg. En slik avklaring kan også skje uten oppmøte. Nærmere om temaet, se Øyen 2019 s. 164.

14.3.3 Politiloven § 9¹⁵³⁸

Som normering kan pl. § 9 betraktes både som en pliktnorm og en fullmaktsnorm.¹⁵³⁹ Bestemmelsens betydning som pliktnorm kommer særlig til uttrykk i fjerde og femte ledd som oppstiller en plikt for politiet til å fremstille den berusede for helsepersonell i nærmere angitte tilfeller. Som pliktnorm må bestemmelsen også ses i sammenheng

¹⁵³⁷ Sml. Fredriksen 2015 s. 467.

¹⁵³⁸ Fremstillingen har ikke som formål å gi en inngående behandling av materielle vilkår for politiets behandling av berusede personer. Se Auglend/Meland 2016 s. 811 flg. og Fredriksen 2015 s. 469 flg. for en gjennomgang av pl. § 9s materielle vilkår for innbringelse på grunn av beruselse.

¹⁵³⁹ Om *pliktnorm* og *kompetansenorm*, se 4.2.2.

med pl. § 2 nr. 4 som foreskriver at politiet skal «yte borgerne hjelp og tjenester i faresituasjoner, i lovbestemte tilfeller og ellers når forholdene tilsier at bistand er påkrevet og naturlig».¹⁵⁴⁰ Den videre fremstillingen vil fokusere på bestemmelsens betydning som fullmaktsnorm for politiets inngrep overfor berusede personer.

Politoloven § 9 suppleres av pi. § 9-1, som, i lys av legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113, må underkastes en innskrenkende fortolkning. For det første synes instruksens å utvide pl. § 9s anvendelsesområde ved at den åpner for at også personer som på grunn av «annen adferd» enn beruselse kan innbringes. Videre må en fortolkning av bestemmelsens rekkevidde avgrenses mot pi § 9-1 første ledds uttrykkelige utsagn om at innbringelsen kan følge av sedvane.

Beruselse i pl. § 9s forstand vil foreligge når vedkommende anses som «sterkt påvirket».

Som påpekt av Auglend/Mæland 2016 s. 812 oppstiller bestemmelsen ingen krav til beruselsesgrad, men utledet av høyesterettspraksis – blant annet HR-1993-85-S – må beruselsen være klart synlig. I forhold til dagjeldende drikkekapslov § 17 la Høyesterett til grunn at «[s]om regel kan imidlertid en person bare anses som beruset i relasjon til § 17 når han er sterkt påvirket, jf Rt-1980-1154 og Rt-1985-727.» Følgelig vil alkoholkonsentrasjon i seg selv ikke være utslagsgivende. Det avgjørende er om det, basert på objektive og verifiserbare opplysninger om hans adferd, foreligger holdepunkter for å konkludere med at han er *beruset*, se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) punkt V, kommentar til § 9.

Beruselsen behøver ikke være forårsaket av spesifikke rusmidler. Ethvert middel som er egnet til å gi en berusende eller bedøvende virkning oppfyller lovens vilkår.¹⁵⁴¹

Foruten grunnvilkåret om *beruselse*, oppstiller bestemmelsen tre alternative situasjonskriterier som vilkår for inngrep, samt at adferden er utøvd «på grunn av beruselsen».¹⁵⁴² Situasjonskriteriene ivaretar og fremmer ulike formål, jf. pl. § 9 første ledd. Innledningsvis er det det *offentliges interesse* som søkes ivaretatt ved at bestemmelsen retter seg mot den som «forstyrrer den offentlige ro og orden eller den lovlige ferdsel». Derneft fremmes *borgernes interesser* idet grunnlag for politiets tiltak kan være at vedkommende «forulemper [...] eller volder fare for [...] andre.

¹⁵⁴⁰ Sml. dansk politilov § 11 hvor første ledd oppstiller en plikt til å hjelpe (hjelpeforanstaltninger) den berusede, mens andre til fjerde ledd foreskriver politiets komeptanse til inngrep. Se pro.kanovgroup.dk, kommentar til bestemmelsen.

¹⁵⁴¹ Nærmere om *beruselse*, se også Fredriksen 2015 s. 471 flg.

¹⁵⁴² Nærmere om årsakskravet, se Fredriksen 2015 s. 470.

Bestemmelsens tredje situasjonskriterium omhandler berusede personer som voldet «fare for seg selv», og fremmer med dette formålet om å dra omsorg over den berusede. Når de nærmere rettslige rammer for myndighetsutøvelsen skal fastsettes, må disse formålsbetraktninger tillegges ulik vekt.

Politoloven § 9 første ledd, sammenholdt med andre ledd, angir at politiet som primært inngrep overfor berusede personer, kan foreta *innbringelse* og innsettelse i *arrest*.¹⁵⁴³ Dersom den berusede «er ute av stand til å ta vare på seg selv eller gjøre rede for seg», oppstiller bestemmelsens fjerde ledd to alternative fremgangsmåter. Politiet må enten «straks vurdere umiddelbart å overføre» vedkommende til helseinstitusjon, og dersom slik overføring ikke finner sted, skal den berusede «ha legetilsyn ved innsettelse i arresten».

Innbringelse av en beruset person med hjemmel i pl. § 9, vil, på lik linje med innbringelse, jf. pl. § 8, utvilsomt utgjøre en *frihetsberøvelse*. Tiltakets karakter av *frihetsberøvelse* forsterkes ytterligere ved at vedkommende også kan innsettes i arrest. En rettslig prøving av om *frihetsberøvelsen* er legitim, må ta utgangspunkt i Grl. § 94 første ledd, jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e: «lovlig frihetsberøvelse av alkoholister».¹⁵⁴⁴ Foruten å kreve at *frihetsberøvelsen* må omfatte «alkoholister» oppstiller bestemmelsen ikke noen nærmere formålskrav for *frihetsberøvelsen*. Etter en naturlig ordlydsfortolkning er en beruset person, jf. pl. § 9, nødvendigvis ikke å anse som «alkoholiker». EMD-praksis viser imidlertid at uttrykket «alkoholiker» skal forstås i en videre betydning:¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴³ Tiltakene *innbringelse* og *innsettelse i arrest* er nevnt i henholdsvis bestemmelsens første og andre ledd, og slik bestemmelsen er bygd opp gir den uttrykk for at innbringelse er det primære tiltaket, mens innsettelse i arrest er et sekundært og oppfølgende tiltak. Bestemmelsen kan ikke forstås slik. Da *innbringelsen* tjener et formål utover å bare innbringe den berusede, beskriver bestemmelsens andre ledd formålet som «settes i arrest». Følgelig gir bestemmelsens første og andre ledd uttrykk for det primære tiltaket; innbringe for å innsettes i arrest.

¹⁵⁴⁴ Tilfeller hvor en beruset person henholdsvis; «forstyrrer den offentlige ro og orden eller den lovlige ferdsel» og «forulemper [...] eller voldet fare for [...] andre», jf. pl. § 9 første ledd, første og andre alternative situasjonskriterier, vil som hovedregel være straffesanksjonert. Det innebærer at rettmessigheten av *frihetsberøvelsen* også kan vurderes i lys av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

¹⁵⁴⁵ Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 60-61 (61).

«the term “alcoholics” should be understood in the light of the object and purpose of Article 5 § 1 (e) of the Convention. It indicates that the object and purpose of this provision cannot be interpreted as only allowing the detention of “alcoholics” in the limited sense of persons in a clinical state of “alcoholism”. The Court considers that, under Article 5 § 1 (e) of the Convention, persons who are not medically diagnosed as “alcoholics”, but whose conduct and behaviour under the influence of alcohol pose a threat to public order or themselves, can be taken into custody for the protection of the public or their own interests, such as their health or personal safety.»

En *frihetsberøvelse* av en beruset person, jf. pl. § 9 fremstår dermed i utgangspunktet som forenelig med EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.¹⁵⁴⁶ Men for at tiltaket skal anses som legitimt, må det også være «‘lawful’ and free from arbitrariness».¹⁵⁴⁷ Som påpekt i 6.1, forutsetter legalitetsprinsippets lovskrav at politiets virksomhet utøves innenfor effektueringsprinsippenes rettslige rammer, jf. pl. § 6, med hensyn til blant annet tiltakets formål, middel, retning og intensitet.

Politiloven § 9 første ledd, første og andre alternative situasjonskriterier, henholdsvis «forstyrrer den offentlige ro og orden eller den lovlige ferdsel» og «forulemper [...] eller volder fare for [...] andre», har klare likhetstrekk med inngrepssituasjonen beskrevet i pl. 8 første ledd nr. 1 og 2, og § 7 første ledd nr. 1 og 2.¹⁵⁴⁸ Tross dette er bestemmelsenes angivelse av lovlige polisære tiltak vesensforskjellige. Mens pl § 8 hjemler *innbringelse* og § 9 hjemler bruk av *innbringelse* og *innsettelse i arrest*, oppstiller, som tidligere påpekt, pl. § 7 en rekke tiltak av både *frihetsbegrensende* og *frihetsberøvende* karakter.

Som inngrepshjemmel må imidlertid pl. § 9 tolkes og anvendes i lys av pl. § 7. Det faktum at en person er å anse som beruset i relasjon til pl. § 9, utelukker ikke at pl. § 7 kommer til anvendelse dersom hans adferd forstyrrer «den offentlige ro og orden», eller anses som en forulemping av andre, jf. pl. § 7 første ledd nr. 1 og 2. Det innebærer at tiltak som nevnt i pl. § 7 andre ledd også kan anvendes i forhold til den berusede

¹⁵⁴⁶ Se også Kjølbros 2017 s. 413.

¹⁵⁴⁷ Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 72 flg.

¹⁵⁴⁸ Se pl. § 7 første ledd nr. 1 og 2: «for å stanse forstyrrelser av den offentlige ro og orden» og «for å ivareta enkeltpersoners [...] sikkerhet».

personen. En slik tilnærming følger direkte av *behovsprinsippets subsidiaritetskrav*,¹⁵⁴⁹ jf. pl. § 6 andre ledd som oppstiller en plikt for politiet til å vurdere mindre inngripende alternative tiltak før *innbringelse* iverksettes. Dette er også lagt til grunn i pi. § 9-1 andre ledd:¹⁵⁵⁰

«Berusede personer bør i regelen ikke pågripes når de har kjent bopel eller oppholdssted og antas i stand til å komme seg dit ved egen hjelp uten ytterligere ordensforstyrrelser. Ordensforstyrrelser ellers bør bare pågripes når de unnlater å etterkomme politiets oppfordring om å forholde seg rolig eller begi seg bort fra stedet».

Følgelig vil *innbringelse*, jf. pl. § 9 alltid være et subsidiært tiltak som kommer til anvendelse når andre «svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige», jf. pl. § 6 andre ledd. En slik forståelse følger også av EMK artikkel 5, jf. EMDs avgjørelse i *Witold Litwa v. Poland*:¹⁵⁵¹

«an intoxicated person does not necessarily have to be deprived of his liberty since he may just as well be taken by the police to a public health-care establishment or to his place of residence».

Det tredje situasjonskriteriet som ifølge pl. § 9 første ledd hjemler *innbringelse* og eventuell *innsettelse* i arrest, er tilfeller hvor personen «volder fare for seg selv», på grunn av beruselsen. Det er mange årsaker og omstendigheter som kan utgjøre en fare for den berusede, og disse kan inndeles i to grupper. Den første gruppen har jeg valgt å omtale som *ytre omstendigheter*. Her er det forhold utenom selve inntaket av rusmidler som utgjør faren, men inntaket har svekket personens dømmekraft med den følge at hans evne til kritisk refleksjon rundt faren forbundet med ulike aktiviteter og handlinger, svekkes. Som eksempel kan nevnes den som legger seg i en snøskavl for å sove, eller som velger å gå hjem langs en trafikkert motorvei. Her er det kulden med

¹⁵⁴⁹ Om *behovsprinsippet*, se 12.3.

¹⁵⁵⁰ Sml dansk politilov § 11 fjerde ledd hvor *innbringelse* til arrest fremstår som siste alternative løsning: «Findes mindre indgribende midler, jf. stk. 2 og 3, ikke tilstrækkelige til at afværge faren for den berusede eller andre eller for den offentlige orden eller sikkerhed, kan den berusede om nødvendigt frihedsberøves, jf. § 3, med henblik på hjemtransport, overgivelse til andre, der på forsvarlig måde kan tage sig af den pågældende, indbringelse til hospital, forsorgshjem eller lignende eller indsættelse i detention.»

¹⁵⁵¹ Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 79.

fare for å fryse ihjel, og faren for å bli påkjørt, som utgjør risikoen. Den andre gruppen er *omstendigheter ved den berusede*, hvor det er selve inntaket av rusmidler som representerer faren, enten alene eller i samvirke med andre sykdommer eller helseplager. Som eksempel kan nevnes inntak av rusmidler som nedsetter bevissthetsnivået, og/eller kan føre til akutt rusforgiftning.

På lik linje med annen inngripende myndighetsutøvelse er det et ufravikelig krav om at *innbringelse* og eventuell innsettelse i *arrest* «must be compatible with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness».¹⁵⁵² Kravet om å beskytte individet mot vilkårlig myndighetsutøvelse gjør seg særlig gjeldende i tilfeller hvor lovgivningen gir politiet inngrepskompetanse til å utføre omsorgs- og hjelpetiltak, mot den «hjelpetrengende» sin vilje.¹⁵⁵³ Det innebærer at i de tilfeller hvor politiet «umyndiggjør» individer, som har sin generelle beslutningskompetanse i behold, for å påtvinge han omsorg og helsehjelp, er det grunnlag for å stille skjerpede krav til nødvendig, forholdsmessig og formålsrettet myndighetsutøvelse.¹⁵⁵⁴

EMD-praksis synes å innta en tilsvarende tilnærming også i forhold til ikke-beslutningskompetente personer. For en nærmere fremstilling av utviklingen, se Østendstad 2018 s. 17 flg. Utviklingen kan illustreres med utgangspunkt i *H.M. v. Switzerland* (avsnitt 40-48) (2002), hvor retten la til grunn at tvangsinnleggelse av en eldre dement kvinne på sykehus ikke var å anse som *frihetsberøvelse*. I *M.S. v Croatia (No. 2)* (avsnitt 98 og 110) (2015) påpekte retten i tråd med gjeldende rettspraksis at:

«it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible. The established principles of medicine are admittedly, in principle, decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist».

¹⁵⁵² Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 73.

¹⁵⁵³ I den grad den berusede ønsker hjelp og assistanse, vil politiets tiltak mangle enhver karakter av inngrep og frihetsberøvelse.

¹⁵⁵⁴ Se HR-2010-902A, punkt 27 flg. som kan tas til inntekt for et skjerpet behovs- og formålkrav. Se særlig punkt 30 hvor retten uttalte følgende: «Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige».

Tross dette fant retten at tvangsbehandlingen av en kvinne i en varighet av 15 timer utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 3 på grunn av brudd på krav til nødvendig og forholdsmessig myndighetsutøvelse:

«Thus, the Court is not satisfied that it was conclusively established that the use of restraints was to prevent the alleged attacks and that other means of trying to calm the applicant down, or less restrictive means, had been unsuccessfully tried. The Court therefore concludes that the Government have failed to show that the use of physical restraints on the applicant for fifteen hours was necessary and proportionate in the circumstances.»

I praksis innebærer et skjerpet behovs- og formålskrav at politiet alltid må gjennomføre det minst inngripende tiltaket som er egnet til å fremme formålet med myndighetsutøvelsen, i dette tilfellet sørge for at faren som truer den berusede opphører.¹⁵⁵⁵

Om politiets inngripende tiltak lever opp til normen for nødvendig og formålsrettet myndighetsutøvelse, vil være et sentralt element i en prøving av handlingens lovlighet.¹⁵⁵⁶

Hva som utgjør faren for den berusede, vil være styrende for hvilke tiltak som kan iverksettes for å fremme formålet med myndighetsutøvelsen. I tilfeller hvor risikoen knyttes til *ytre omstendigheter* vil det, utledet av behovs- og formålskravet, oppstilles en forventning om at politiet iverksetter det minst inngripende tiltak som fører til at den berusede ikke lenger eksponeres for disse omstendighetene.¹⁵⁵⁷ Følgelig må politiet, i forhold til den som påtreffes liggende i en snøskavl eller gående langs en motorvei, alltid velge transport til bopel som primærtiltak da det er egnet til å fremme formålet med myndighetsutøvelsen, samtidig som det er mindre inngripende enn *innbringelse* og *innsettelse i arrest*. Uavhengig av hvilke andre ytre faktorer som forårsaker faren som truer den berusede, vil *innbringelse* og *innsettelse i arrest* alltid være et subsidiært tiltak. Fravær av en slik streng praktisering av behovs- og

¹⁵⁵⁵ Sml. Østenstad 2018 s. 16 som også legger til grunn at EMK artikkel 5 inneholder en *nødvendighets-* og *forholdsmessighetsstandard*.

¹⁵⁵⁶ Fravær av nødvendig og forholdsmessig myndighetsutøvelse tyder på vilkårlighet. Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 78.

¹⁵⁵⁷ Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 79 som er omtalt ovenfor.

forholdsmessighetsprinsippet, kan i ytterste konsekvens lede til at *innbringelsen* og den etterfølgende *innsettelse i arrest* utgjør en krenkelse av EMK artikkel 5 nr. 1.¹⁵⁵⁸

I tilfeller hvor faren knytter seg til *omstendigheter ved den berusede*, er det grunnlag for å stille spørsmål om dagens lovgivning fremstår som utilstrekkelig, med den følge at statens inngripende tiltak, som påtvinger den berusede omsorgs- og hjelpetiltak, i enhver henseende står i fare for å fremstå som vilkårlig myndighetsutøvelse.

Et naturlig utgangspunkt for en analyse av denne hypotesen, er at vurdering av om myndighetsutøvelsen er legitim ikke ensidig kan forankres i en prøving av de polisiære kompetansenormer, og politiets inngripende tiltak. For å sikre at staten ivaretar «de rettigheter og friheter» som er fastlagt i EMK del I, jf. artikkel 1, må prøvingen fokusere på staten som sådan sin forvaltning og utøvelse av inngripende myndighet. En annen tilnærming vil kunne føre til at statens ansvar for å sikre og respektere menneskerettighetene pulveriseres.

En rettslig prøving av om statens inngripende myndighetsutøvelse – i tilfeller hvor faren knytter seg til *omstendigheter ved den berusede* – er egnet til å fremme lovens formål, kan derfor ikke ensidig forankres i det *vertikale plan* hvor kun polisiære kompetansenormer underkastes en prøving.¹⁵⁵⁹ I et statlig perspektiv inngår polisiære normeringer i et strukturelt system. Politiloven § 9 angir på dette punkt et helsefremmende formål ved at den hjemler politiets adgang til å anvende makt mot individer som på grunn av inntak av rusmidler utgjør en fare for seg selv. Politiets frihetsberøvende tiltak er i seg selv ikke helsefremmende, og da det ligger utenfor politiets primære oppgaver å gi helsebehandling, vil en rettslig prøving av myndighetsutøvelsen også måtte omfatte det *horisontale plan*.¹⁵⁶⁰ Fokus må rettes på den inngripende myndighetsutøvelse som sådan, noe som krever at rettsnormer fra

¹⁵⁵⁸ Se *Witold Litwa v. Poland*, punkt 80 hvor retten uttalte følgende: «The absence of any such considerations in the present case, although expressly provided for by the domestic law, has finally persuaded the Court that the applicant's detention cannot be considered 'lawful' under Article 5 § 1 (e). There has therefore been a breach of that provision.»

¹⁵⁵⁹ Det *vertikale plan* vil omfatte rettsnormer som Grunnloven, politiloven, politiinstruksen og ulike direktiver og ordrer, for å nevne noen.

¹⁵⁶⁰ Sondringen *vertikal plan* og *horisontal plan* er tidligere omhandlet i 4.2.2.

andre rettsområder som hviler på tilsvarende formålsforankring, og som søker å regulere samme eller lignende forhold, må inkluderes i en prøving av om myndighetsutøvelsen er legitim, jf. EMK artikkel 5 nr. 1.

Dersom den inngripende myndighetsutøvelsen er begrunnet i *omstendigheter ved den berusede*, vil kravet om formålsrettet myndighetsutøvelse forde at politiets *frihetsberøvelse*, jf. pl. § 9, følges opp ved at den berusede gis helsehjelp, om nødvendig ved bruk av tvang. Uten en slik korresponderende kompetanse til å tvangsbehandle den berusede, vil politiets (statens) maktutøvelse fremstå som vilkårlig da innbringelse og innsettelse i arrest i seg selv ikke fremmer lovens formål.

Tolking og nærmere fastsettelse av statens kompetanse til å anvende tvang for å underkaste individet helse- og omsorgstjenester, må ta utgangspunkt i hovedregelen om at «helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke», jf. pasient og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 4-1.¹⁵⁶¹ Individets autonomi utgjør dermed en sentral skranke for kompetansens rekkevidde.¹⁵⁶²

Ifølge pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b) har «personer mellom 16 og 18 år, med mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art», samtykkekompetanse. Det er det naturlig å stille spørsmål om vilkåret «tiltakets art», innebærer at personer i en alder av 16, og som har inntatt rusmidler som utgjør en fare for vedkommende sin helse, mister sin beslutningskompetanse.

Uten å behandle spørsmålet i sin fulle bredde, er det forsvarlig å legge til grunn at vedkommende har sin beslutningskompetanse i behold så lenge han skjønner rekkevidden av sin handling, og er i stand til å vurdere konsekvensene av den. HR-2004-908-A kan tas til inntekt for en slik tilnærming. Høyesterett tok her stilling til om en kvinne og en mann som hadde satt sprøyter med amfetamin på en 15 år gammel jente kunne straffes for legemsfornærmelse. Høyesterett kom frem til at jenta hadde samtykkekompetanse. Da hun skjønte rekkevidden av handlingen og dens konsekvenser, kom strl. (1902) § 235 til anvendelse og de tiltalte kunne ikke straffes. I utgangspunktet skal det svært mye til for at et individs beslutningskompetanse bortfaller, jf. pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. formuleringen «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i HR-2010-902-A (avsnitt 30) hvor

¹⁵⁶¹ Se NOU 2019: 14 punkt 5.2.1.

¹⁵⁶² Se NOU 2019: 14 punkt 13.2. Se også helsepersonelloven § 7, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9. Se også Ot.prp. nr. 12 (1998–1999), del IV, merknader til § 4-9.

det gis uttrykk for at spørsmål om bortfall av samtykkekompetanse kan oppstå «i mer ekstreme tilfeller».

Ifølge pl. § 9 første ledd kan politiet *innbringe* den som «volder fare for seg selv». Formuleringen «volder fare» *gir* uttrykk for at faren må bygge på objektiv og verifiserbar informasjon. Når faren knytter seg til *ytre omstendigheter* hvor den berusede foretar risikofylte handlinger, som å «balansere [...] på toppen av et høyt rekkverk»,¹⁵⁶³ er det i praksis enkelt å vurdere risikoen forbundet med den berusedes adferd. Mer problematisk er det når fare knytter seg til *omstendigheter ved den berusede*. En konkret vurdering av om inntaket av rusmidler utgjør en direkte fare for den berusedes helse, er vanskelig.¹⁵⁶⁴

Politoloven § 9 første ledd oppstiller ikke et prognosekrav som angir hvilken sannsynlighet som må legges til grunn for vurderingen av faren i slik situasjoner. Bestemmelsens femte ledd kan imidlertid gi veiledning.¹⁵⁶⁵ Her fremgår det at politiet har en plikt til å fremstille den «innbrakte» for helsepersonell når «det er grunn til å tro» at hans helsetilstand er slik at helsetilsyn anses nødvendig. Utleddet av bestemmelsen må det kunne legges til grunn at fremstillingsplikten inntreffer allerede på det tidspunktet politiet *anholder* den berusede. Følgelig foreskriver bestemmelsen en plikt til å fremstille den berusede, før han innbringes, dersom «det er grunn til å tro at [...] helsetilstanden for øvrig er slik at helsetilsyn anses nødvendig». Farer som knyttes til selve inntaket av rusmidler vil falle inn under «helsetilstanden for øvrig». Det må derfor kunne legges til grunn at pl. § 9 første ledd *gir* uttrykk for at politiet kan innbringe personer, som på grunn av inntak av rusmidler, *gir grunn til å tro* «volder fare for seg selv».

Med prognosekravet «grunn til å tro» er det ment å oppstille krav om «en viss grad av sannsynlighet», uten at det må foreligge sannsynlighetsovervekt. Det er tale om en

¹⁵⁶³ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 187.

¹⁵⁶⁴ Forarbeidene gir ingen veiledning. I juridisk teori drøftes «fare» i forhold til det som jeg omtaler som «ytre omstendigheter», se. Auglend/Mæland 2016 s. 815 og Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 185.

¹⁵⁶⁵ Politiloven § 9 fjerde ledd regulerer tilfeller hvor den berusede «er ute av stand til å ta vare på seg selv eller å gjøre rede for seg». I slike tilfeller vil den berusede ofte fremstå som tilnærmet «komatøs», og det kan presumeres samtykke til helsehjelp.

«betydelig lavere grad av sannsynlighet», og «reelle hensyn tilsier også at kriteriet praktiseres liberalt». ¹⁵⁶⁶ Et slikt lavt prognosekrav er forenelig med bestemmelsens funksjon som *pliktnorm* som oppstiller en plikt til politiet til å yte nødvendig hjelp for den «hjelpetrengende». Så lenge hjelpen er ønsket, foreligger det samtykke, og politiets myndighetsutøvelse er legitim. Spørsmålet er om et slikt lavt prognosekrav også kan legges til grunn ved fastsettelse av bestemmelsens betydning som *kompetansenorm*. En forutsetning for en slik tilnærming er, slik tidligere påpekt, at politiets bruk av tvang for å fremstille den berusede for helsepersonell kan følges opp av helsevesenet, om nødvendig ved bruk av tvang, for å gi adekvat helsebehandling med formål å eliminere risikoen som inntaket av rusmidlet representerer.

Helsepersonelloven (hpl.) § 7 første ledd oppstiller en plikt for helsepersonell til «straks [å] gi den helsehjelp de evner». Plikten er imidlertid begrenset til situasjoner hvor det «antas at hjelpen er påtrengende nødvendig». Prognosekravet *antas* å oppstille tilsvarende lavt krav til sannsynlighet som *grunn til å tro*, jf. pl. § 9 femte ledd.

At hjelpen må være «påtrengende nødvendig» tilsier at det skal ganske mye til for at plikten skal inntre. ¹⁵⁶⁷ Bestemmelsen «er ment å fange opp situasjoner som krever livreddende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon.» ¹⁵⁶⁸

Når en sammenholder pl. § 9 med hpl. § 7 fremgår det tydelig at pl. § 9 oppstiller en lavere terskel for politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse for å dra omsorg overfor den berusede, sammenliknet med hpl. § 7s terskel for helsepersonells plikt til å gi helsehjelp, om nødvendig ved bruk av tvang. Vi kan dermed konstatere at individets autonomi er underkastet større begrensninger etter pl. § 9, enn hva som er

¹⁵⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 61 (2003–2004) punkt 12, merknader til § 9.

¹⁵⁶⁷ Nærmere om «påtrengende nødvendig», se Aasen 2000 s. 484 flg.

¹⁵⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), 26.2, merknader til § 7.

tilfellet etter helsepleieloven § 7.¹⁵⁶⁹ Divergensen og den tilknyttede problemstilling kan belyses med følgende eksempel:

I juni 2011 døde en ung kvinne i arresten ved Bergen sentrum politistasjon.¹⁵⁷⁰ Politiet mottok melding fra AMK (Akuttmedisinsk kommunikasjonsentral) om at en kvinne hadde ringt og sagt at hun ville ta sitt liv. Ved ankomst stedet, bistod politiet med å få kvinnen inn i en ambulanse. Kvinnen forlot imidlertid ambulansen uten å bli fremstilt på legevakten. Senere på kvelden ble politiet igjen kontaktet av AMK som informerte at kvinnen på nytt hadde ringt og uttalt at hun ville ta sitt liv. Kvinnen ble påtruffet og kjørt i ambulanse til legevakten hvor hun var i konsultasjon hos lege. Det ble konstatert at hun hadde tatt heroin. Hun ble holdt under oppsyn, men det ble ikke vurdert å være grunnlag for å holde henne tilbake med tvang. Kvinnen forlot legevakten, og politiet ble kontaktet og informert om at hun hadde stukket fra legevakten. Kvinnen ble på nytt plukket opp av politiet, og kjørt til legevakten i ambulanse. Politiet gav uttrykk for at drukkenskapsarrest ikke var rette stedet for kvinnen. Legevakten på sin side vurderte kvinnen som «et ordensproblem». Da helsevesenet ikke kunne anvende tvang, og «ingen ønsket at hun bare skulle bli overlatt til seg selv, med fare for at noe skulle tilstøte henne», ble kvinnen hentet av en patrulje og nedsatt i drukkenskapsarrest, jf. pl. § 9. Kvinnen ble neste morgen funnet død. Det antas at dødsårsaken var påvirkning av medikamenter/narkotika.

Det fremgår ikke av Spesialenhetens vedtak hvilke av de tre situasjonskriteriene, jf. pl. § 9, som ble vurdert å komme til anvendelse. Men ut fra faktum synes det klart at saken er vurdert i lys av situasjonskriteriet «volder fare for seg selv», hvor faren knyttes til *omstendigheter ved kvinnen* i form av inntak av rusmidler.

Saken belyser at ovennevnte divergens mellom politiets adgang til å *frihetsberøve* kvinnen med formål å fremstille henne for helsepersonell, jf. pl. § 9, og helsepersonells adgang til å gi helsebehandling ved tvang, jf. hpl. § 7, medførte at myndighetsutøvelsen

¹⁵⁶⁹ Helsepersonelloven omfatter den akutte fare, mens helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 – tvangstiltak overfor rusede regulerer bruk av tvang i tilfeller hvor faren knytter seg til omfattende og vedvarende misbruk.

¹⁵⁷⁰ Se *Spesialenheten for politisakers* vedtak i sak 10248474 av 3. januar 2012.

som sådan ikke var egnet til å fremme lovens formål. I denne saken hadde politiet en lovforankret kompetanse til å *frihetsberøve* kvinnen, jf. pl. § 9, men ingen fagkompetanse til å gi henne nødvendig helsehjelp. Helsevesenet, som hadde nødvendige fagkompetanse, manglet inngrepskompetanse for å kunne gi nødvendig helsehjelp med tvang.¹⁵⁷¹

Mangelfull og inkonsekvent normering, som kompetansegrunnlag for statens tvangstiltak rettet mot kvinnen, kommer også til uttrykk ved at kvinnens beslutningskompetanse er tillagt ulikt innhold i lovgivning som regulerer sekvensielt avhengig myndighetsutøvelse.

Som den store hovedregel vil en person som har et rusproblem anses for å ha sin beslutningskompetanse i behold. Hans rusproblem viser manglende kontroll av viljestyrt adferd (motivasjonssvikt),¹⁵⁷² noe som ikke kan tillegges betydning i spørsmål om beslutningskompetanse. Det er på det rene at politiets inngrepskompetanse, jf. pl. § 9, suspenderte deler av kvinnens beslutningskompetanse, og hun måtte dermed avfinne seg med at politiet frarøvet henne friheten og fremstilte henne for helsepersonell. Når hun ble fremstilt for legeundersøkelse hadde hun fremdeles i behold sin kompetanse til å ta stilling til om hun ønsket å la seg underkaste medisinsk behandling. Ved å ikke samtykke til å la seg underkaste medisinsk behandling, fratok hun myndighetene muligheten til å iverksette tiltaket som fremstod som nødvendig, herunder adekvat, for å eliminere faren som dannet grunnlaget for *frihetsberøvelsen*. Følgelig var myndighetsutøvelsen vilkårlig, da politiets forutgående *frihetsberøvelse* alene ikke var egnet til å realisere lovens formål.

Myndighetsutøvelsens karakter av vilkårlighet forsterkes ytterligere når en tar i betraktning at kvinnens utøvelse av grunnleggende menneskerettigheter, ved å motsette seg medisinsk behandling, førte til at hun på nytt opplevde at beslutningskompetansen

¹⁵⁷¹ Jf. helse og omsorgstjenesteloven § 10-2, se Ot.prp. nr. 29 (1990–1991), punkt 6.5 hvor det gjøres rede for grunnlaget for bruk av tvang.

¹⁵⁷² Se NOU 2019:14, punkt 14.4.2.6.2.

delvis ble suspendert, og hun måtte igjen tåle å la seg *frihetsberøve*, men denne gang for å bli *innsatt i arrest*, jf. pl. § 9 andre ledd.¹⁵⁷³ Manglende helhetlig lovgivning førte til at kvinnen ble gjenstand for en «kvasiløsning» hvor hun måtte la seg *frihetsberøve* i form av arrest – et tiltak som åpenbart er mer inngripende enn tvungen helsehjelp – og ble underkastet et tilsynsregime som ikke er innrettet for å kunne detektere enhver livstruende endring i hennes helsetilstand.

I lys av ovennevnte vil politiets *frihetsberøvelse* av berusede som «volder fare for seg selv», hvor faren knytter seg til inntak av rusmidler, i to henseender kunne utgjøre en krenkelse av menneskerettighetene. Den ene knytter seg til at *innbringelsen* til politistasjonen med etterfølgende *nedsettelse i arrest*, vil fremstå som vilkårlig myndighetsutøvelse da tiltaket ikke er egnet til å fremme formålet, i dette tilfellet fjerne den omstendighet som utgjør faren for den berusede. Følgelig vil myndighetsutøvelse som ikke oppfyller formålskravet heller ikke oppfylle lovskravet, jf. GrL § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1. For det andre, og i den grad det kan utledes en plikt for staten til å sikre livet og helsen til den som ved inntak av rusmidler volder fare for seg selv, vil fravær av lovgivning som gir helsevesenet anledning til å gi behandling ved tvang, kunne utgjøre et brudd på statens sikringsplikt. I ytterste konsekvens kan det konstateres krenkelse av EMK artikkel 2 dersom vedkommende avgår ved døden som følge av manglende medisinsk behandling. Staten vil ikke kunne høres med at det ikke foreligger lovhjemmel for det «adekvate tiltaket». Utledet av statens plikt til å sikre menneskerettighetene oppstilles det i gitte situasjoner en ufravikelig plikt til å vedta nødvendig lovgivning som sørger for at sikringsplikten bli reell.

Analysen ovenfor viser at pl. § 9, som *kompetansenorm*, «legitimerer» myndighetsutøvelse som ikke er forenelig med det skjerpede nødvendighets- og formålskravet som gjelder i tilfeller hvor lovgivningen gir politiet inngrepskompetanse for å utføre omsorgs- og hjelpetiltak mot den «hjelpetrengende sin vilje. Vi har da en

¹⁵⁷³ *Arrestinstruksen* punkt 1.2 legger til grunn at «[h]jemmel for innbringelse til politiarrest fremgår av politiloven § [...] 12». Dette medfører ikke riktighet. Politiloven § 12 nevner ikke at den som tas i *midlertidig forvaring* kan innsettes i arrest. Men i praksis vil den psykisk syke, mens han er i politiets forvaring innsettes i arrest, da dette er det eneste tilbudet politiet har som gir helkontinuerlig overvåking og tilsyn.

situasjon hvor pl. § 9 fremmer myndighetsutøvelse som ikke anses for å være «‘lawful’ and free from arbitrariness», og følgelig er i strid med Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

Legitim myndighetsutøvelse, jf. pl. § 9 fordrer derfor økt bevissthet rundt bestemmelsens betydning både som *pliktnorm* og *kompetansenorm*.

Når departementet, som omtalt ovenfor, gir uttrykk for at pl. § 9 femte ledds prognosekrav «grunn til å tro» gir uttrykk for en «betydelig lavere grad av sannsynlighet», og «reelle hensyn tilsier også at kriteriet praktiseres liberalt»,¹⁵⁷⁴ må dette forstås kun å gjelde i forhold til bestemmelsens betydning som *pliktnorm*. Det innebærer at, i alle tilfeller hvor «det er grunn til å tro» at den berusede «volder fare» for seg selv, har politiet en plikt til å tilby sin assistanse. Dersom den berusede takker nei til tilbudet om assistanse, og vedkommende vurderes å være beslutningskompetent, må dette respekteres som en avgjørelse som ligger innenfor vedkommende selvbestemmelsesrett.

Når pl. § 9s betydning som *kompetansenorm* skal fastlegges, vil det skjerpede krav om nødvendig, forholdsmessig og formålsrettet myndighetsutøvelse gjøre seg gjeldende. Her vil de konkrete omstendigheter som påberopes som begrunnelse for den inngripende myndighetsutøvelsen være bestemmende for den nærmere fastlegging av bestemmelsens rekkevidde som kompetansenorm.

I tilfeller hvor det foreligger *ytre omstendigheter*, må politiet – utledet av behovsprinsippets subsidiaritetskrav og i tråd med EMD-praksis – vurdere fremstilling på helsestasjon eller transport til bolig som primærtiltak. Følgelig vil innsettelse i arrest, jf. pl. § 9 andre ledd, alltid fremstå som et subsidiært tiltak.

For å sikre at statens myndighetsutøvelse som sådan etterlever formålkravet, vil det i andre tilfeller – dvs. når det alene er den berusedes inntak av rusmidler som aktualiserer

¹⁵⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 61 (2003–2004) punkt 12, merknader til § 9.

inngrep, jf. pl. § 9 - være behov for å bringe bestemmelsen i harmoni med hpl. § 7s regulering av helsepersonells plikt til å gi helsehjelp, om nødvendig ved bruk av tvang.¹⁵⁷⁵ I denne sammenheng kan pl. § 9 og hpl. § 7, med tilhørende forarbeider og rettspraksis, ses på som ulike rettskilder som uttrykker kompetansenormen for statens inngripende myndighetsutøvelse rettet mot personer som på grunn av inntak av rusmidler utgjør en fare for seg selv. Som rettskilder fremstår de i disharmoni da de gir uttrykk for ulike inngrepsterskler tross det faktum at bestemmelsene fremmer et likeartet formål om å gi helseomsorg/-hjelp.

Da begge bestemmelsene gir myndighetene kompetanse til å foreta inngripende tiltak rettet mot individet, vil legalitetsprinsippet stenge for en harmonisering som bygger på en utvidet tolking av hpl. § 7.¹⁵⁷⁶ Vi står da igjen med, som eneste alternativ, å tolke pl. § 9 innskrenkende som kompetansenorm. Det innebærer at bestemmelsens betydning som fullmaktsnorm, som hjemler politiets bruk av tvang i form av *frihetsberøvelse* for å fremstille den berusede for lege må, i tråd med hpl. § 7, avgrenses til tilfeller hvor det «antas at hjelpen er påtrengende nødvendig».

14.4 Politiloven § 12

14.4.1 Innledende betraktninger

Politoloven § 12 foreskriver en plikt for politiet til å gi «[h]jelp til syke m.v.» Hva som menes med «syke m.v.» (min uthevelse) er uklart. Både lovens ordlyd og forarbeidene nevner kun «syke», og er tause med hensyn til hva som faller inn under «m.v.» I lys av bestemmelsens funksjon som helse- og omsorgsnorm som etablerer en handleplikt for politiet, må uttrykket «syke m.v.» omfatte enhver som på grunn av helserelaterte årsaker «ikke er i stand til å ta vare på seg selv». Det innebærer at blant annet

¹⁵⁷⁵ Nærmere om harmonisering av rettskilder for å skape én rettsregel, se Mæhle/Aarli 2017 s. 322 flg.

¹⁵⁷⁶ Nærmere om legalitetsprinsippet, se kapittel 5.

tilskadekomme og eldre, som i en konkret situasjon faktisk er ute av stand til å ta vare på seg selv, omfattes.¹⁵⁷⁷ *Syke* omfatter også psykisk syke personer. Dette er forutsetningsvis lagt til grunn i bestemmelsens andre ledd, som hjemler *midlertidig forvaring* av personer som er til fare for andre.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med pl. § 2 nr. 4 som gir uttrykk for at en av politiets oppgaver er å «yte borgerne hjelp og tjenester i faresituasjoner, i lovbestemte tilfeller og ellers når forholdene tilsier at bistand er påkrevet og naturlig». Videre er det naturlig å se hen til pl. § 27 første og tredje ledd som foreskriver en plikt for politiet til å iverksette og organisere redningsinnsats når menneskers liv og helse er truet, samt iverksette nødvendige tiltak for å avverge fare og begrense skade ved ulykker og katastrofelignende situasjoner. Hjelpplikten er nærmere regulert pi. §§ 12-2 og 12-3.

Politiets hjelpeplikt er alltid subsidiær, jf. pl. § 12 første ledd: «når ingen pårørende eller andre ansvarlige er til stede og kan ta seg av dem». Bestemmelsen oppstiller to alternative tiltak, enten «ta hånd om», jf. bestemmelsens første ledd, eller «midlertidig forvaring», jf. andre ledd.

14.4.2 «ta hånd om»

Politi-loven § 12 første ledd fokuserer utelukkende på hjelpeaspektet,¹⁵⁷⁸ og må derfor betraktes som en pliktnorm og ikke en kompetansenorm, noe som fremheves i forarbeidene.¹⁵⁷⁹ Tiltak som iverksettes innenfor bestemmelsens rettslige rammer er dermed ikke å anse som et inngrep, jf. Grl. § 113.

Bestemmelsen oppstiller en plikt for politiet til å «ta hånd om» syke. Dette kan utledes av bestemmelsens andre ledd, jf. formuleringen: «Når det er åpenbar grunn til å frykte at en person som politiet må ta hånd om etter første ledd ...» (min utheving).

¹⁵⁷⁷ Se Auglend/Mæland 2016 s. 828 som nevner «tilskadekomme».

¹⁵⁷⁸ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 204.

¹⁵⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) kapittel III, punkt 2.6.4: «I utkastets § 12 slås det fast at politiet har en plikt til å hjelpe eller besørge hjelp til syke personer som er ute av stand til å ta vare på seg selv.». Se også kapittel V, kommentar til § 12 hvor det fremheves at: «I første ledd lovfestes politiets hjelpeplikt overfor syke personer».

Pliktens innhold og omfang vil primært bestå i å varsle «andre ansvarlige», jf. pl. § 12 første ledd: «Politiet skal hjelpe eller sørge for hjelp ...» (min uthevelse). Plikten til å «ta hånd om» har dermed som primært siktemål å «søke å finne frem til en tryggende plassering» for den syke. Som eksempler på «betryggende plassering» nevnes «legehjelp» og «ansvarlig helsemyndighet».

En forutsetning for politiets hjelpeplikt, er imidlertid at hjelpetiltaket er ønsket av den syke, dvs. at vedkommende samtykker til hjelpen. Ved fastsettelse av krav til samtykke er det, med utgangspunkt i en kontekstuell tolking, naturlig å stille tilsvarende krav til samtykke, jf. pl. § 12 første ledd, som etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Ifølge § 4-2 kan samtykke gis «uttrykkelig eller stilltiende». Det oppstilles dermed ikke noe formkrav til samtykke. Samtykke anses som stilltiende «dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen». For en nærmere fremstilling av *samtykke*, jf. pbrl. kapittel 4, se Søvig 2018 s. 41 flg.

I praksis innebærer dette at pl. § 12 første ledd, som den store hovedregel, kun er anvendelig i forhold til somatisk syke personer. Psykisk syke «som ikke er i stand til å ta vare på seg selv», vil som den store hovedregel ikke ha innsikt i eget sykdomsbilde, og vil derfor som hovedregel ikke samtykke til hjelp, og/eller mangle samtykkekompetanse.

14.4.3 «midlertidig forvaring»

Politiloven § 12 andre ledd hjemler bruk av *forvaring* overfor syke personer. *Forvaring* gir uttrykk for en permanent tilstand, og i relasjon til pl. § 12 er varigheten angitt ved to alternative kriterier.¹⁵⁸⁰ Personen kan holdes i «midlertidig forvaring inntil betryggende plassering er funnet», og skal være «så kortvarig som mulig, og må ikke strekke seg over en varighet av 24 timer».¹⁵⁸¹ *Forvaringen* inneholder dermed også element av *anholdelse* og *innbringelse*, og har for øvrig alle kjennetegn ved en *frihetsberøvelse*, jf. Grl. § 94 første ledd og EMK artikkel 5 nr. 1.¹⁵⁸²

¹⁵⁸⁰ Se Auglend/Mæland 2016 s. 833.

¹⁵⁸¹ Fristen begynner å løpe fra anholdelse, se Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) kapittel V, kommentarer til § 12.

¹⁵⁸² Nærmere om temaet *frihetsberøvelse*, se 6.8.

Det kan stilles spørsmål om statens aktverdige formål med myndighetsutøvelsen, i dette tilfellet å dra omsorg for den syke, innebærer at det inngripende tiltaket mister karakter av *frihetsberøvelse*. EMD synes å anlegge en slik tilnærming i *Järvinen v. Finland* (avgjørelsen er tidligere omtalt i 6.8.3.2), men endret senere kurs i *Creangă v. Romania* (også tidligere omtalt i 6.8.3.2). Det innebærer at myndighetenes aktverdige formål som subjektivt kriterium ikke skal vektlegges. Det må også, i forhold til pl. § 12, legges særlig vekt på at tiltaket «midlertidig forvaring» primært ikke er et «helsetiltak», men et sikkerhetstiltak for å verne individet mot seg selv, eller for å verne andre mot individet.

Også etter pl. § 12 andre ledd er politiets hjelpeplikt subsidiær da det er helsevesenet, sosialvesenet eller pårørende som har hovedansvaret for å ta hånd om syke.¹⁵⁸³ All den tid bestemmelsen kun hjemler tiltak av midlertidig karakter, har politiets inngrep, i fravær av primæransvarlig organ, som formål å avhjelpe et akutt behov.

Selv om bestemmelsen ikke uttrykkelig nevner det, må det underforstått innfortolkes et krav om årsakssammenheng mellom personens tilstand, jf. «syk» og det at han utgjør en «fare for seg selv eller andre». Det gjør at det i praksis er få situasjoner hvor bestemmelsen kommer til anvendelse overfor somatisk syke personer.¹⁵⁸⁴

Frihetsberøvelse, jf. pl. § 12 andre ledd, alene begrunnet i en somatisk sykdom som ikke utgjør en smittefare, vil dessuten ikke være forenelig med Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1. I den grad personens adferd forårsaker fare, enten for seg selv eller andre, og adferden kan knyttes til en «sykdom», er det en presumsjon for at psykisk sykdom er en del av årsaksbildet.

Det innebærer at *midlertidig forvaring*, jf. pl. § 12 andre ledd, for alle praktiske tilfeller, og som den store hovedregel kun er anvendelig i forhold til psykisk syke personer.¹⁵⁸⁵

Videre er det naturlig å legge til grunn krav om årsakssammenheng mellom personens psykiske sykdom og at han utgjør «en fare for seg selv eller andre», noe som tilsier at det må foreligge en sinnslidelse av en viss alvorlighetsgrad. Forutsatt at

¹⁵⁸³ Se Auglend/Mæland 2016 s. 829.

¹⁵⁸⁴ Som eksempel på at bestemmelsen vil kunne komme til anvendelse i forhold til somatisk syke, kan nevnes tilfeller hvor noen er smittet av ebola virus eller Covid-19. Vedkommende vil da utgjøre en fare både for seg selv og andre. Bruk av *forvaring* i et slikt tilfelle, vil også utgjøre et legitimt unntak fra retten til frihet, jf. Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1, bokstave.

¹⁵⁸⁵ Det kan kort bemerkes at politisær frihetsberøvelse, jf. pl. § 12 andre ledd av en person som er til fare for seg selv, alene på grunn av en somatisk sykdom som ikke utgjør en smitterisiko, vanskelig lar seg forene med en av EMK artikkel 5 nr. 1s uttømmende angitte unntak fra retten til frihet.

myndighetsutøvelsen oppfyller krav om formålsrettet, nødvendig og proporsjonal myndighetsutøvelse, vil en slik *frihetsberøvelse* være forenelig med Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1, bokstav e.

På lik linje med *frihetsberøvelser* av berusede som på grunn av inntak av rusmidler volder fare for seg selv,¹⁵⁸⁶ jf. pl. § 9 første ledd, vil formålsprinsippet oppstille et ufravikelig krav om at politiets bruk av *midlertidig forvaring*, jf. pl. § 12 andre ledd, følges opp ved at den syke gis helsehjelp,¹⁵⁸⁷ om nødvendig med bruk av tvang. Uten en slik korresponderende kompetanse til å kunne tvangsbehandle den syke, vil statens maktutøvelse fremstå som vilkårlig, da *midlertidig forvaring* av en psykisk syk person i inntil 24 timer i politiets arrest i seg selv ikke er egnet til å fremme lovens formål. Det innebærer at politiets myndighetsutøvelse alene må ha som formål at *frihetsberøvelsen følges* opp ved at den syke umiddelbart fremstilles for legeundersøkelse. Det følger av psykisk helsevernloven (phvl.) § 3-1 første ledd, jf. andre ledd, jf. § 1-3 at politiet kan begjære slik legeundersøkelse gjennomført.

Bruk av *midlertidig forvaring*, jf. pl. § 12 andre ledd, forutsetter at det er «åpenbar grunn til å frykte» at personen er til fare for seg selv eller andre. I politirettslig sammenheng er vilkåret «åpenbart grunn til» tolket som et krav om at den syke med overveiende sannsynlighet representerer, eller vil utgjøre en fare for seg selv eller andre.¹⁵⁸⁸ Vurderingen må bygge på objektiv og verifiserbar informasjon. En legeundersøkelse, jf. phvl. § 3-1, kan om nødvendig gjennomføres med tvang, jf. bestemmelsens andre ledd.

Når politiet har fremstilt den syke for legeundersøkelse, opphører politiets funksjon som primæransvarlig organ i forhold til vedkommende. I den grad legen har behov for assistanse for å gjennomføre undersøkelsen, vil politiet ha en bistandsplikt, jf. phvl. § 3-6 og pl. § 2 nr. 6.

For å gjennomføre tvungen legeundersøkelse oppstiller phvl. § 3-1 andre ledd krav om at det må foreligge et «behov». Uttrykket *behov* angir i seg selv ikke noe presist

¹⁵⁸⁶ Se 14.3.3.

¹⁵⁸⁷ Et slikt krav kan også utledes direkte at pl. § 12 andre ledds krav om at en «slik forvaring skal være så kortvarig som mulig».

¹⁵⁸⁸ Se Auglend/Mæland 2016 s. 832.

prognosekrav med hensyn til sannsynligheten for at vedkommende er psykisk syk. I forarbeidene til bestemmelsen er det uttalt som vilkår for tvungen legeundersøkelse at «det er grunn til å tro» at vilkårene for etablering av tvungen psykisk helsevern er oppfylt.¹⁵⁸⁹ «Grunn til å tro» synes å uttrykke tilsvarende prognosekrav som «grunn til frykt», jf. pl. § 7 første ledd nr. 1. Uttrykket *behov* oppstiller visse kvalifikasjonskrav til situasjoner som legitimerer bruk av tvungen legeundersøkelse. «Faren», som danner grunnlag for undersøkelsen, må være konkret og nærliggende, uten at det kreves sannsynlighetsovervekt.¹⁵⁹⁰

Psykisk helsevernloven § 3-1 andre ledd oppstiller dermed et lavere prognosekrav for gjennomføring av tvungen legeundersøkelse av den antatt psykisk syke, enn hva som kreves for å frarøve han friheten ved *midlertidig forvaring*, jf. pl. § 12 andre ledd.

Denne divergensen vil i seg selv ikke aktualisere spørsmål om vilkårlig myndighetsutøvelse. Prognosekravet «åpenbar grunn til å frykte», jf. pl. § 12 andre ledd, som vil utgjøre startpunktet for statens inngripende myndighetsutøvelse, samsvarer med phvl. § 3-2 nr. 4s angivelse av prognosekravet for tvungen observasjon «overveiende sannsynlig» som blant annet knytter seg til om pasienten har en alvorlig sinnslidelse».

Samlet sett fremstår dermed lovgivningen, på dette punkt, som konsistent, noe som bidrar til å sikre at politiets myndighetsutøvelse – som ledd i sekvensielt avhengig myndighetsutøvelse – fremmer kravet om formålsrettet myndighetsutøvelse.

Som påpekt ovenfor er det en forutsetning for at politiets *midlertidige forvaring* av den syke skal anses som legitim, at myndighetsutøvelsen også er *nødvendig* og *forholdsmessig*. I denne sammenheng vil behovsprinsippets subsidiaritetskrav og krav til *adekvat* og *tilstrekkelig* myndighetsutøvelse, fordre at politiet ikke opprettholder

¹⁵⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006), kapittel 12, merknader til § 3-1, sammenholdt med Ot.prp. nr. 11 (1998–1999), del IV, kapittel 14, merknader til § 3-5.

¹⁵⁹⁰ Se Fredriksen/Spurkeland 2015 s. 92 flg.

forvaringen over et lengere tidsrom enn hva som er nødvendig, men umiddelbart fremstiller den syke for legeundersøkelse da dette fremstår som det minst inngripende tiltaket som er egnet til å fremme formålet med myndighetsutøvelsen.¹⁵⁹¹ Med dagens velutbygde helsevesen, hvor behovet for øyeblikkelig helsehjelp dekkes gjennom landsdekkende legevaktordninger som tilbyr 24/7-tjenester, er det en reell fare for at pl. § 12 andre ledds angivelse av politiets adgang til å holde den psykisk syke i *midlertidig forvaring* i inntil 24 timer, skaper grobunn for bekvemmelighetsbasert myndighetsutøvelse, hvor den faktiske begrunnelsen for bruk av langvarig *midlertidig forvaring* er forankret i faktiske omstendigheter knyttet til helsevesenets innretning av helsetjenestene.

Det er vanskelig å peke på legislative reelle hensyn som tilsier at en psykisk syk person, som har akutt behov for legetilsyn, skal måtte tåle å vente noe lenger på behandling enn en som er utsatt for en tilsvarende alvorlig og akutt somatisk sykdom.

Dersom samfunnets håndtering av en psykisk syk person fører til at vedkommende underkastes midlertidig forvaring og innsettes i politiarrest, jf. pl. § 12 andre ledd, er det en presumsjon for at frihetsberøvelsen er bekvemmelighetsbasert og følgelig utgjør en krenkelse av vedkommendes rett til frihet, jf. Grl. § 94 og EMK artikkel 5 nr. 1. Tiltakets karakter av å utgjøre en krenkelse styrkes proporsjonalt med tiltakets varighet opp mot 24 timers fristen. Det må også tas i betraktning at midlertidig forvaring av psykisk syke i politiets arrester neppe kan sies å fremme prinsippet om at myndighetenes inngripende tiltak skal ivareta individets krav på menneskeverd.

14.5 Politiloven § 13 – «Pålegg om å møte for politiet»

Når politiet «har grunn til å tro at en person under 15 år har begått en ellers straffbar handling, eller at en person under 18 år har begått en straffbar handling, kan den

¹⁵⁹¹ Om krav til *tilstrekkelig* myndighetsutøvelse, utledet av behovsprinsippet, se 12.3.

mindreårige og foreldrene pålegges å møte for politiet til samtale for å forebygge ytterligere lovbrudd», jf. pl. § 13 fjerde ledd. En skriftlig innkalling, jf. bestemmelsens fjerde ledd, vil utgjøre et inngrep, jf. GrL. § 113 da den umiddelbart etablerer en lovbestemt plikt for foreldrene og barnet til å møte hos politiet til avtalt tid, jf. pl. § 5.

Om foreldre og barns skal anses som *frihetsberøvet* når de oppfyller sin lovpålagte plikt ved å møte til samtale hos politiet er mer usikkert, men der er mye som taler for at så er tilfellet. Det faktum at foreldrene og barnet på egen hånd tar seg frem til politiets lokasjon, kan ikke tas til inntekt for at det ikke foreligger en frihetsberøvelse. Det fremgår uttrykkelig av pl. § 13 femte ledd at politiet er gitt adgang til å avhente foreldrene og barnet dersom de ikke møter, noe som partene opplyses om i innkallingen. Innkallingen kommuniserer dermed et klart budskap om at partene har en lovpålagt plikt til å møte, og dersom de unnlater å møte vil politiet anvende tvang og makt for å effektivere pålegget. Situasjonen har dermed klare likhetstrekk med saken: *Shimovolos v. Russia* hvor klager ble forelagt at han ville bli innbrakt ved bruk av makt dersom han ikke fulgte med politiet til politistasjonen. EMD la til grunn at det forelå en frihetsberøvelse, og uttalte i den forbindelse at klager (pkt. 50) “*was brought to the police station under a threat of force and he was not free to leave the premises without the authorization of the police officers. The Court considers that there was an element of coercion which, notwithstanding the short duration of the arrest, was indicative of a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1.*” Det faktum at politiets tiltak har karakter av omsorg- og hjelpetiltak og dermed må sies å ha et aktverdig og forebyggende formål, kan heller ikke tillegges nevneverdig vekt. Som påpekt av Myhre Lie 2020 er politiets hjelpe- og omsorgsrolle ofte «uløselig knyttet til kontroll og makt.»

Selv om det er usikkert om «pålegg om å møte for politiet» er å anse som en *frihetsberøvelse*, vil en avhenting av foreldrene og barnet, for ikke å ha møtt etter lovlig innkalling jf. bestemmelsens femte ledd, inneha alle kjennetegn ved en *frihetsberøvelse*. For det første, *avhenting* fratar oppmøte hos politiet enhver karakter av samtykke, noe som ville utelukket *frihetsberøvelse*.¹⁵⁹² Når politiet oppsøker foreldrene og barnet med pålegg om å bli med, må inngrepet isolert sett betraktes som en *anholdelse*.¹⁵⁹³ Og den etterfølgende transporten til politistasjonen eller lensmannskontoret, er å regne som en *innbringelse*. Selv om det ikke utøves makt, men

¹⁵⁹² Se *Storck v. Germany*, punkt 74. Avgjørelsen er tidligere omtalt i punkt 6.8.3.

¹⁵⁹³ Se *Fredriksen/Spurkeland 2015*, s. 139 hvor det sentrale element i en «anholdelse» beskrives som følgende: «... den anholdte har forbud mot å forlate det stedet politiet og den anholdte befinner seg på i anholdelsesøyeblikket, inntil politiet gir beskjed om noe annet.»

kun gis et verbalt pålegg om å følge med politiet, vil situasjon, slik som i *Shimovolos v. Russia* – i kraft av et lovbestemt pålegg om å møte – kommunisere en underliggende trussel om bruk av makt og straffesanksjoner ved manglende etterlevelse av pålegget, jf. pl. § 13 femte ledd og pl. § 5, jf. § 30 første ledd nr. 1.¹⁵⁹⁴

Pålegg om oppmøte hos politiet, jf. pl. § 13 fjerde ledd, har klare likhetstrekk med innkalling av vitner og mistenkte til avhør hos politiet, jf. strpl. § 230 tredje ledd, men reglene ivaretar ulike formål. Av strpl. § 230 tredje ledd fremgår det at formålet er «å avklare om han er villig til å forklare seg for politiet». Det innebærer at oppmøteplikten ikke er absolutt. Dersom vedkommende, på et tidligere tidspunkt, gir til kjenne at han ikke ønsker å forklare seg, faller grunnlaget for møteplikten og eventuell avhenting bort.¹⁵⁹⁵ Formålet med møteplikten hos politiet, jf. pl. § 13 fjerde ledd, er ikke å avklare om personen er villig til å la seg avhøre, men å gjennomføre en «samtale for å forebygge ytterligere lovbrudd». Eller som departementet legger til grunn i forarbeidene.¹⁵⁹⁶

«å forebygge en kriminell utvikling hos en ung person som politiet mener befinner seg i en risikosone for dette. Politiet kan innkalle til slike samtaler når det finner det hensiktsmessig.»

Det innebærer at foreldrene og barnet ikke kan nøytralisere møteplikten ved å henvende seg til politiet for å gi uttrykk for at de ikke ønsker å delta i en slik samtale. Politiloven § 13 fjerde ledd oppstiller en absolutt plikt til å møte. Selv om foreldrene og barnet ikke kan tvinges til å delta i en samtale, vil de måtte «tåle» å forbli hos politiet og eventuelt måtte høre på politiets bekymringer og formaninger,¹⁵⁹⁷ frem til de dimitteres. Pålegget om å møte hos politiet alene eller i kombinasjon med en *avhenting*,

¹⁵⁹⁴ Dette ble vektlagt av EMD i *Shimovolos v. Russia* Avgjørelsen er tidligere omhandlet i 6.8.3.

¹⁵⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 66 (2001–2002), punkt 9.4.

¹⁵⁹⁶ Se Ot.prp. nr. 106 (2001–2002), punkt 10.3, merknader til § 13.

¹⁵⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 106 (2001–2002), punkt 541 hvor samtalenes formående element fremheves: «Samfunnet må signalisere overfor barn og unge og deres foresatte at lovbrudd tas alvorlig. Overfor en ung lovbrøyer vil en ikke alltid ha mulighet til eller ønske om å reagere med strafferettslige sanksjoner. Likevel kan det være viktig at politiet får vist at kriminell atferd er en sak for politiet og får gjort det tydelig hvilke konsekvenser det kan ha å fortsette med kriminelle handlinger. Departementet mener at en tidlig samtale med politiet gir anledning til å få formidlet dette til unge personer i risikozonen».

kommuniserer til foreldrene og barnet et forbud mot å forlate politiets lokaler inntil de dimitteres.

Det kan dermed legges til grunn at politiets tiltak, i form av å *avhente* noen på grunn av manglende oppfyllelse av pålegg om å møte til samtale, etablerer en situasjon som klart avviker fra det som må betraktes som normalsituasjonen for individet. Vedkommende opplever å være frarøvet sin bevegelsesfrihet, samtidig som han er avskåret fra omgivelsen for et ikke ubetydelig tidsrom. Følgelig er avhenting med påfølgende samtale hos politiet å anse som en *frihetsberøvelse*, jf. Grl. § 94, jf. EMK artikkel 5 nr. 1.

En slik *frihetsberøvelse* synes å falle innenfor EMK artikkel 5 nr. 1 b da den har som formål «å sikre at en forpliktelse foreskrevet ved lov, blir oppfylt». For at *frihetsberøvelsen* skal anses som legitim, må den også oppfylle forholdsmessighetskravet, jf. Grl. § 94, EMK,¹⁵⁹⁸ og pl. § 6 andre ledd.

Spørsmålet i denne sammenheng er om *frihetsberøvelse* av foreldre sammen med barn ned i 12 års alderen under noen omstendigheter kan anses som proporsjonal myndighetsutøvelse, tatt i betraktning at formålet med inngrepet er å gjennomføre en bekymringssamtale for å forebygge fremtidige lovbrudd?

Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene.¹⁵⁹⁹ I vurderingen av om en *frihetsberøvelse* av barn i forebyggende øyemed fremstår som proporsjonal er det naturlig å se hen til straffeprosesslovens regler om pågrepelse av personer under 18 år. Det følger av strpl. § 171, jf. § 184 at ved pågrepelse av personer under 18 år skjerpes det alminnelige

¹⁵⁹⁸ Se *Nowicka v. Poland*, punkt 62 hvor retten først la til grunn følgende: «The Court firstly notes that it appeared to be common ground that the applicant's detention fell under Article 5 § 1 (b) of the Convention and that it was 'lawful'. Having regard to the fact that the applicant's detention was carried out pursuant to a court order to secure the fulfilment of her obligation to submit to a psychiatric examination, the Court sees no reason to hold otherwise.» Deretter konstaterte EMD manglende overholdelse av proporsjonalitetskravet: «Taking into account the duration of detention, the Court is of the view that the authorities failed to draw a balance between the importance of securing the immediate fulfilment of the obligation in question, and the importance of the right to liberty.»

¹⁵⁹⁹ Se Ot.prp. nr. 106 (2001–2002), punkt 10.3, kommentar til § 13. Riktignok gis det uttrykk for «[a]t en slik avhenting kan virke mot sin hensikt og ha uheldige konsekvenser», og at politiet derfor må «ta med i sin vurdering av om det er hensiktsmessig med et møte og særlig av om det er nødvendig med avhenting.» Departementet synes med dette å være mer bekymret for tiltakets betydning for tilliten mellom foreldre/barn og politi, og ikke krav til proporsjonal myndighetsutøvelse.

kravet om proporsjonal myndighetsutøvelse, jf. formuleringen «særlig påkrevd». Videre må det tas i betraktning at en *frihetsberøvelse* på grunnlag av en bekymring for at barnet i fremtiden vil begå lovbrudd, isolert sett utgjør et betydelig mer inngripende tiltak enn en *frihetsberøvelse* forankret i «skjellig grunn» til mistanke om begått lovbrudd. Med utgangspunkt i *Veileder for politiets bekymringssamtale*, som med styrke fremhever at «[b]ruk av bekymringssamtalen kan være en betydelig inngripen i et barns og dets foresattes liv»,¹⁶⁰⁰ er det mye som taler for at en forutgående *frihetsberøvelse* av barn i form av *avhenting* med formål å gjennomføre bekymringssamtalen, i de fleste tilfeller vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep.

¹⁶⁰⁰ Se veileder for politiets bekymringssamtale s. 11 – innledning.

15. Oppsummering og konklusjon

Denne avhandlingen har hatt som hovedformål å avklare *om* den rettslige regulering av politiets kompetanse til inngripende polisiær myndighetsutøvelse er i samsvar med de konstitusjonelle skranker som kan utledes av Grunnlovens menneskerettigheter generelt, og legalitetsprinsippet spesielt. For å svare opp på avhandlingens hovedproblemstilling, samt etablere grunnlag for å kunne peke på eventuelle årsaksforklaringer, har jeg valgt å fokusere på ulike delproblemstillinger som belyser ulike kontekstuelle sider ved den polisiære normeringspraksis.

Hovedproblemstillingen er forsøkt besvart med utgangspunkt i en analyse og drøftelse av sentrale polisiære normeringer, slik de fremstår i dag. Det polisiære legalitetsprinsippet, sammen med utvalgte menneskerettigheter, definerer de rettslige skranker for både etablering av polisiære normeringer, og den faktiske myndighetsutøvelsen, og utgjør i så måte sentrale premisser for analysene og drøftelsene.

I avhandlingen foretas det fortløpende sammenlikninger med rettstilstanden i andre land, fortrinnsvis Sverige, Danmark og Finland. Selv om politiretten i Norden er fundert på en felles rettskultur, viser fremstillingen at landene – tross mange felles likhetstrekk – har opplevd ulik utvikling på sentrale områder hva angår rettslig regulering av politiets kompetanse til inngripende myndighetsutøvelse.

Når jeg har funnet det formålstjenlig å belyse temaet i et rettshistorisk perspektiv er det for å få innsikt i og forstå dagens rettstilstand som et rettskulturelt betinget produkt. Utviklingen av normeringer som regulerer politiets adgang til å foreta inngripende polisiær myndighetsutøvelse har gjennomgått en atypisk utvikling, sammenliknet med den rettslige regulering av annen forvaltningsvirksomhet.

Frem til vedtakelsen av politiloven av 1995 ble politiets oppgaver og inngrepskompetanse utledet av «sakens natur», i kombinasjon med offentlige embedsmenns lydighetsplikt til Kongen. Rettsgrunnlaget for myndighetsutøvelsen var forankret i generalfullmakten – politiets ulovfestede sedvanebaserte kompetanseregulering.

Når borgerne aksepterte en slik rettstilstand, skyldtes det trolig at forvaltningen generelt nøytt høy tillit blant borgerne, samtidig som den polisiære myndighetsutøvelse hadde forankring i en korresponderende allmenn moralsk oppfatning.

Det er en kjensgjerning at borgernes tro på myndighetsutøvelse, basert på tillit, med tiden har forvitret i takt med legalitetsprinsippets og menneskerettighetenes fremvekst. Samlet har disse faktorene gjensidig forsterket behovet for å kunne forankre den inngripende polisiære myndighetsutøvelse i formell lov.

Kodifisering av generalfullmakten, ved politiloven av 1995, kan nok til en viss grad sies å ha tilfredsstilt dette behovet. Det er imidlertid mye som taler for at det ikke var legalitetsprinsippets lovskrav og styrking av individets menneskerettigheter som var styrende for arbeidet med ny politilov, men heller behovet for romslige normeringer som ivaretok politiets mulighet til effektiv tjenestutøvelse. Når en i tillegg tar i betraktning at politiets adgang til inngripende myndighetsutøvelse i stor grad ble utledet av en forståelse som bygde på den formelle innretning av legalitetsprinsippet, samt adgang til å kunne påberope nødvergeinstituttet som kompetansegrunnlag, tegner det seg et bilde av en etat med meget vide rettslige rammer for den inngripende polisiære myndighetsutøvelsen.

Vedtakelse av politiloven av 1995 kan betraktes som en kodifisering av politiets bransjepraksis, og det er flere faktorer som underbygger at politiets rolle som sentral premissleverandør ved utviklingen av den polisiære lovgivningen er videreført etter vedtakelsen av politiloven av 1995.

For det første kjennetegnes polisiære normeringer av at de i stor grad er bygd opp rundt polisiære fagbegreper som er tatt i bruk som materielle vilkår for den inngripende myndighetsutøvelse, uten at begrepenes rettslige innhold er nærmere avklart. For det

andre er store deler av den nærmere regulering av politiets polisiære inngrepskompetanse, fastsatt av politiet gjennom utøvelse av delegert normeringskompetanse. Og for det tredje, rettsutviklingen skjer i fravær av reell domstolskontroll. Følgelig er politiet den sentrale aktør og premissleverandør ved utviklingen av den polisiære lovgivningen med den følge at det etableres en bransjedefinert forståelse av lovgivers vilje. Samlet bidrar dette til at politilovgivningens demokratiske legitimitet svekkes.

Om vedtakelse av ny pl. § 6 b kan tas til inntekt for en endring av normeringspraksis, gjenstår å se. Men det er en realitet at vedtakelsen av pl. § 6 b har bidratt til at materielle vilkår for politiets bruk av skytevåpen for fremtiden vil være gjenstand for demokratisk kontroll.

Politolvgivningen må kunne sies å være et produkt av en «atypisk» rettskultur. Denne rettskulturen er svekket, og svekkes ytterligere i lys av en samfunnsutvikling hvor ideen om en felles allmenn moralsk oppfatning er i ferd med å breste med påfølgende svekkelse av borgernes tillit til myndighetene. Dette skjer samtidig som politiets økte fokus på individrettet kriminalitetsforebyggende tiltak, speiler en tilsvarende manglende tillit til borgerne. Vi kan med andre ord spore en utvikling hvor politiet inntar rollen som «pater-familias» – storhusbonden – som i sin iver etter å sørge for god moral, betrakter individet som et objekt som representerer en risiko, og ikke et rettssubjekt.

Denne utviklingen alene, og sammenholdt med menneskerettighetenes og legalitetsprinsippets styrkede posisjon som konstitusjonell skranke for inngripende myndighetsutøvelse, krever at definerte kvalitative krav til etablering av polisiære normeringer og faktisk myndighetsutøvelse, ivaretas.

Avhandlingens konklusjoner er gjennomgående kritisk til dagens rettslige normering av politiets inngripende polisiære myndighetsutøvelse. En forutsetning for etablering av kvalitative rettsnormer som regulerer statens kompetanse til inngripende tiltak, er at

materielle vilkår – som angir de rettslige skranker for myndighetsutøvelsen – bygger på et enhetlig, klart, konsistent og koherent begrepsapparat. I så måte er politilovgivningen intet unntak.

Analysene viser at politilovgivningen operer med en snevrere tilnærming til hva *inngrep* og *makt* uttrykker, enn hva som kan utledes av det polisiære legalitetsprinsippet. Videre betraktes *pålegg* og *makt* som to selvstendige og uavhengige «størrelser». Ytterligere preges normeringspraksisen, som påpekt tidligere, av at fagbegrep tas i bruk som materielle vilkår uten at disse gis et entydig rettslig innhold. Når utviklingen skal forklares, er det vanskelig å peke på et entydig årsaksforhold, men én plausibel årsaksforklaring er at den rettslige regulering av politiets inngripende polisiære virksomhet, har «grodd frem» uten tilstrekkelig rettsteoretisk forankring.

En annen sentral faktor, er at utøvelse av delegert normeringskompetanse ikke bygger på en konsistent og enhetlig tilnærming til behovs- og forholdsmessighetsprinsippets innhold. Det har utviklet seg en praksis hvor behovsprinsippet, uttrykt som *nødvendig*, tolkes som «vesentlig lette i tjenesten» med påfølgende forsøk på å angi skjerpede krav til *nødvendighet*, gradert etter inngrepets potensielt inngripende karakter. Når det gjelder *forholdsmessighetsprinsippet* er situasjonen en annen. De fleste polisiære normeringer inneholder ingen gradert angivelse av krav til forholdsmessig myndighetsutøvelse. Og i den grad det er gjort forsøk på en slik gradering, preges den av flertydighet, vaghet og mangel på harmonisering av situasjonskriterier som med tilstrekkelig klarhet angir graderte krav om forholdsmessig myndighetsutøvelse som øker proporsjonalt med tiltakets inngripende karakter. Følgelig er det etablert en normeringspraksis som ikke gir uttrykk for prinsippenes reelle innhold, noe som gjør det vanskelig å operasjonalisere normeringene, samtidig som normeringene utfordrer legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.

En tredje faktor som både svekker kvaliteten på den polisiære normering og den faktiske myndighetsutøvelsen, er nødvergeinstituttets sentrale posisjon som polisiær kompetansenorm. Det er et faktum at nødvergeinstituttet som polisiær

kompetansenorm, i gitte situasjoner, suspenderer enhver mulighet til å stille konkrete kvalitative krav til inngripende myndighetsutøvelse, herunder bruk av makt. Følgelig svekkes muligheten for målrettet og effektiv kontroll med tjenesteutøvelsen, samt skapes grobunn for vilkårlig myndighetsutøvelse. Det bør i denne forbindelse også fremheves at adgangen til å påberope nødverge som kompetansegrunnlag for preventiv myndighetsutøvelse i forebyggende øyemed i liten grad ivaretar legalitetsprinsippets *lex certa* – krav. I ytterste konsekvens vil strl. § 18s posisjon som politisær kompetansenorm stå i fare for å etablere en ny generalfullmakt innenfor politiets kriminalitetsforebyggende arbeid. Jeg har derfor konkludert med at strl. § 18 ikke tilfredstiller de særlige krav til tolking og etablering av normer på det politisære legalitetsprinsippets område.

Avhandlingens siste deltema, politisær frihetsberøvelse, viser at politilovgivningens normering av adgangen til frihetsberøvelser på flere områder ikke er harmonert med Grl. § 94, jf. EMK artikkel 5. For det første, norsk lovgivning generelt og politilovgivningen spesielt, anlegger en videre forståelse av *frihetsberøvelse* sammenliknet med EMK og dansk politilov. Det vil derfor ikke være adgang for norsk politilov til å ta i bruk «lukket optisk følge». Videre foreskriver pl. § 8 nr. 4 frihetsberøvelse basert på formålskriterier som ikke er forenelig med EMK artikkel 5 nr. 1s uttømmende angivelse av unntak fra retten til frihet. Tilsvarende må det legges til grunn at pl. § 9 fremmer utøvelse av frihetsberøvelse av berusede personer som kun er til fare for seg selv i større utstrekning enn helsevesenet med tvang kan gi helse- og omsorgshjelp. Det er derfor en reell fare for at pl. § 9 fremmer vilkårlig myndighetsutøvelse da frihetsberøvelse i seg selv ikke er et helsefremmende tiltak.

I år (2020) er politiloven 25 år. Både i et nasjonalt og internasjonalt perspektiv har det skjedd en markert endring i synet på lovskravet og grunnleggende menneskerettigheters betydning som skranke for statens inngripende myndighetsutøvelse. Som avhandlingen viser er det mye som taler for at dagens politilovgivning på mange sentrale områder ikke svarer opp til konstitusjonelle

skranker som kan utledes av Grunnlovens menneskerettigheter generelt, og legalitetsprinsippet spesielt. Det er derfor behov for en fullstendig revisjon av politilovgivningen.

Kilder

Litteratur

Aall 2014

Jørgen Aall, «Grunnloven og EMK», *Lov og Rett* 09/2014, s. 507-508.

Aall 2018

Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg. 2018, Fagbokforlaget.

Aasen 2000

Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 2000, Fagbokforlaget.

Aaserød 2019a

Arild Aaserød, *Rettslige problemstillinger i redningstjenesten*, 2019, Gyldendal.

Aaserød 2019b

Arild Aaserød, *Kystvaktens politi- og påtalemyndighet*, 2019, Gyldendal.

Alexy 2014

Robert Alexy, «Constitutional Rights and Proportionality», *Journal for constitutional theory and philosophy of law* 22/2014, s. 51-65.

Ambos 2008

Kai Ambos, «May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?», *Journal of International Criminal Justice* 6/2008, Oxford University press, s. 261-287

Andenæs 1979

Johs. Andenæs, *Innføring i rettsstudiet*, 1. utg., 1979, Grøndahl og Søn forlag a.s.

Andenæs 2016

Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 6. utg. v/ Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, 2016, Universitetsforlaget.

Andenæs/Fliflet 2017

Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11 utg. 2017, Universitetsforlaget.

Andenæs/Wilberg

Mats T. Andenæs og Ingeborg Wilberg, *Kommentarutgave Grunnloven*, 1983, Universitetsforlaget.

Aschehoug 1858

Torkel H. Aschehoug, Aschehoug's admministrationsret, 2. Deel, Forelesning No. 90b, Nasjonalbiblioteket:
<https://www.nb.no/items/25324d14766ab827ebabcbe0c9c1c858?page=5&searchText=>

Askeland 2018

Bjarte Askeland, *Forskeropplæringen ved Det juridiske fakultet, UiB, Grunnlinjen – Høst 2018*, notat/program.

Augdahl 1920

Per Augdahl, *Nødverge*, 1920, Kristiania og København J. W. Cappelens forlag.

Auglend mfl. 1991

Ragnar L. Auglend, Per Gammelgård og Lars Stoltenberg, *Utkast til ny lov om politiet med motiver*, 1991, Oslo Justisdepartementet.

Auglend mfl. 2004

Ragnar L. Auglend, Henry John Mæland og Knut Røsandhaug, *Politirett*, 2. utg., 2004, Gyldendal.

Auglend 2012

Ragnar L. Auglend, *Politiloven § 16 første ledd – en rettslig skranke for valg av organisatoriske løsninger på driftsnivå i politidistriktene?*, 2012. Politihøgskolen.

Auglend 2016

Ragnar L. Auglend, *Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid*, 2016, Gyldendal.

Auglend/Mæland 2015

Ragnar L. Auglend og Henry John Mæland, *Regelsamling for politiet*, 2. utg., 2015, Gyldendal.

Auglend/Mæland 2016

Ragnar L. Auglend og Henry John Mæland, *Politirett*, 3 utg., 2016, Gyldendal.

Backer 2015

Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2015, Universitetsforlaget.

Baumbach 2008

Trine Baumbach, *Det strafferettslige legalitetsprincippet – hjemmel og fortolkning*, 2008, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Beaucamp 2003

Privatdozent Dr. Guy Beausamp, *StGB als Ermächtigungsgrundlagen für polizeirechtliches Eingreifen*, JA - Lernbeitrag Öffentliches Recht, 2003, Heft 5: jura.urz-heidelberg.de.

Bekkedal 2017

Tarjei Bekkedal, «Overkonstitusjonalisert og underanalysert», *Jussens venner* (JV 2017 – 273), s. 273-314.

Berggren/Munck 2006

Nils-Olof Berggren og Johan Munck, *Polislagen: En kommentar*, 2006, Norstedts juridisk.

Berggren/Munck 2016

Nils-Olof Berggren og Johan Munck, *Polislagen: En kommentar*, 2015, 11. opplag, Norstedts juridik.

Berggren/Munck 2019

Nils-Olof Berggren og Johan Munck, *Polislagen: En kommentar*, 2019, digital utgave oppdatert senest 2019-04-01, Norstedts juridik.

Bernt 1983

Jan Fridthjof Bernt, «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner* (JV 1983-119), s. 119-135.

Bernt 2019

Jan Fridthjof Bernt, «Et hermeneutisk perspektiv på rettsvitenskap og juridisk metode», artikkel i boken *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 591-608.

Bernt/Doublet 1998 a

Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 1998, Fagbokforlaget.

Bernt/Doublet 1998 b

Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, «Rettslig og politisk legitimitet», artikkel i *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang*, 1998, Alma Mater forlag AS, s. 17–42.

Bernt/Doublet 1999

Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse. En introduksjon til rettsvitenskapen*, 2 utg. 1999, AD Notam.

Bernt/Mæhle 2007

Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, 2007, Gyldendal Norsk forlag AS.

Bernt/Rasmussen 2003

Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind I*, 2003, Fagbokforlaget.

Bernt/Rasmussen 2010

Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind I*, 2. utg., 2010, Fagbokforlaget.

Blandhol mfl. 2015

Sverre Blandhol, Henriette N. Tøssebro og Øystein Skotheim, «Innføring i juridisk metode», *Jussens Venner* 06/2015 (volum 50), s. 310-345.

Boe 1998

Erik Boe, «Forholdet mellom rule of law og rettssikkerhet», artikkel i *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang*, 1998, Alma Mater forlag AS, s. 43–65.

Boe 2010

Erik Magnus Boe, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3 utg., 2010, Universitetsforlaget.

Bottoms/Tankebe 2017

Anthony E Bottoms and Justice Tankebe, «Police Legitimacy and the Authority of the State», artikkel i *Criminal Law and the Authority of the state*, 2017, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Boucht 2011

Johan Bouch, *Polisiär våldsanvändning*, 2011, Iustus Förlag.

Boucht 2018

Johan Boucht, «Politirettslig fare – særlig ved ordensforstyrrelser», *Tidsskrift for strafferett* 4/2018, s. 327-347.

Boucht 2019

Johan Boucht, *Polisens användning av våld: En juridisk lärobok*, 2019, iUSTUS.

Boucht/Frände 2007

Johan Boucht og Dan Frände, *Finsk strafferett – Grundkurs i strafferättens allmänna läror*, Polisskolans publikasjoner 2007.

Bovik 2011

Bjørnar Bovik, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK – replikk til Jens Edvin A. Skoghøy», 2001, *Lov og Rett* 10/2011 (volum 50), s. 575-595.

Bruce/Haugland 2018

Ingvild Bruce og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler*, 2. utg., 2018, Universitetsforlaget.

Bårdsen 2015a

Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett som konstitusjonsdomstol», *Lov Sannhet Rett - Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år* (JUB-2015-hr-291), s. 291-316.

Bårdsen 2015b

Arnfinn Bårdsen, «Høyesteretts utfordringer anno 2015 – noen refleksjoner over rollen som prejudikatsdomstol og rettsstatsvokter i det 21. århundre», *Nytt norsk tidsskrift* 2015 (NNT-2015-392), s. 392-399.

Bårdsen 2017

Arnfinn Bårdsen, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», *Jussens Venner* 2017 (JV-2017-1), s. 1-44.

Cameron 2014

Iain Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 7th edition, 2014, Iustus.

Castberg 1947 (I)

Frede Castberg, *Norges statsforfatning*, bind I, 2. utg., 1947, Arbeidernes Aktietrykkeri, Oslo.

C. Bernt 2011

Camilla Bernt, «Tilknytningskravet for rettslig interesse i privatrettslige forhold – Tendenser til oppmykning i Høyesterettspraksis?». artikkel i *Lov og Rett* 03/2011 (volum 50), s. 142-158.

Cortterrell 2006

Roger Cortterrell, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, 2006, Ashgate Publishing Limited.

Crawford 2003

Adam Crawford, «The pattern of policing in the UK: policing beyond the police», artikkel i *Handbook of policing*, 2003, Tim Newburn (editor), William publishing, s. 136–168.

Crawshaw/Holmström 2006

Ralph Crawshaw and Leif Holmström, *Essential Cases on Human Rights for the Police: Reviews and Summaries of International Cases*, 2006, Martinus Nijhoff Publishers.

Christensen 1968

Erik Christensen, «Politiets generalfuldmagt», i det danske tidsskriftet *Juristen*, 1968, Danmarks Juristforbund, s. 1-10.

Diderichsen/Sørensen (red.)

Adam Diderichsen og Anne-Stina Sørensen (red.), *Den skarpe ende: Grundbog i politiarbejde*, 2018, 1. udgave, 3. oplag, Samfundslitteratur.

Dubber 2008

Markus D. Dubber, *Criminal Police and Criminal Law in the Rechtsstaat*, i boken *Police and the Liberal State*, Markus D. Dubber and Marianne Valverde (red.), Stanford law books 2008, s. 92-109.

Doublet 1995

David Roland Doublet, *Rett vitenskap og fornuft*, 1995, Alma Mater Forlag AS.

Dübeck 1983

Inger Dübeck, «alt hvis Politien egentlig vedkommer ... - forholdet mellem Danske Lov og den såkaldte politiordning», i festskriftet *Danske og Norske Lov i 300 år*, 1983, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 145–178.

Eckhoff 1971

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 1971, 1. utg., Johan Grundt Tanum forlag.

Eckhoff 1992

Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 1992, 4 utg. Tano.

Eckhoff 1994

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 1994, 3. utg., 2. opplag, Tano.

Eckhoff 2001

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5 utg. ved Jan E. Helgesen, 2001, Universitetsforlaget.

Eckhoff/Smith 2014

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 2014, 10. utg., Universitetsforlaget.

Eckhoff/Sundby 1991

Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer – systemteoretisk innføring i rettsfilosofi*, 1991, 2 utg. Tano.

Ehlers Bertelsen 2011

Tor Ehlers Bertelsen, *EMK – kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 2011, Gyldendal akademiske.

Elholm 2003

Thomas Elholm, *Politiets bruk av skydevåben – juridiske aspekter*, 2003, Forlaget Thomson.

Eng 2007

Svein Eng, *Rettsfilosofi*, 2007, Universitetsforlaget.

Eriksen 2018

Christoffer C. Eriksen, *Forvaltningsrett som disiplin* i boken *Rettslige overgangsformer – politi- og kriminalrett i nordisk rettsutvikling 2018*, Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), Akademisk publisering, Oslo 2017, s. 150-184.

Ertresvaag/Fossen 1992

Egil Ertresvaag og Anders Bjarne Fossen, *Til indvohnernes større sikkerhet*, 1992, Centraltrykkeriet, Bergen.

Eskeland 1989

Ståle Eskeland, *Fangerett: En studie av rettssikkerhet ved fullbyrdelse av fengselsstraff*, 2. utg., 1989, Tano.

Eskeland 2017

Ståle Eskeland v/ Alf Petter Høberg, *Strafferett*, 5 utg., 2017, Cappelen Damm Akademisk.

Fause 2014

Anett Beatrix Osnes Fause, «Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves polisiær eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1», 2014, *Tidsskrift for strafferett* 01/2014 (volum 14), s. 46-60.

Fenger 2015

Niels Fenger, «Proporsjonalitetsprincippet i EU- og EØS-retten», artikkel i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, 2015, Fagbokforlaget Vigmostad og Bjørke AS (elektronisk utgave på rettsdata.no), s. 49–76.

Flaaten 2016

Sverre Flaaten, omtale av *Jørn Øyrehagen Sunde: Høgsteretts historie, 1965-2015*, *Tidsskrift for samfunnsforskning* 01/2016 (Volum 57), s. 95-98.

Fliflet 1998

Arne Fliflet, «Parlamentarismen og Grunnloven», artikkel i *Stat, politikk og folkestyre: Festskrift til Per Stavang*, 1998, Alma Mater forlag AS, s. 301–309.

Fredriksen 2011

Steinar Fredriksen, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett», *Jussens venner* (JV nr. 01-2011), s. 37-64.

Fredriksen 2015

Steinar Fredriksen, *Ro, orden og frihet*, 2015, 1. utg., Gyldendal juridisk.

Fredriksen/Spurkeland 2015

Steiner Fredriksen og Kai Spurkeland, *Ordensjuss*, 2015, 2. utg. Gyldendal juridisk.

Fredriksen/Myhrer 2016

Steinar Fredriksen og Tor-Geir Myhrer, *Politirett i et nøtteskall*, 2016, Gyldendal juridisk.

Fredriksen 2017

Steinar Fredriksen, *Norm, skyldkrav og straffetrussel*, 2017, Gyldendal juridisk.

Frände 1989

Dan Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, 1989, Juridiska Föreningens i Finland publikasjonsserie N:o 52.

Frostad 2015

Magne Frostad, *Kan liv tas til vern av annet enn menneskelig liv og helse?* Nordisk politiforskning 01/2015 (volum 2).

Frøberg 2014

Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, 2014, Gyldendal.

Frøberg 2015

Thomas Frøberg, «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 01-02 / 2015 (Volum 50), s. 46-71.

Gammeltoft-Hansen 2007

Hans Gammeltoft-Hansen, «Om definitionen af straffeprocessuelle tvangsindgreb», artikkel i *Jurist uden omsvøb: Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen*, 2007, Christian Ejlers' Forlag, s. 139-148.

Gjeruldsen 2000

Ole Henrik Gjeruldsen, *Hæren og eneveldet i Norge 1660-1675*, 2000, Forsvarsmuseet.

Greer 2015

Steven Greer, «Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really “Absolute” in International Human Rights Law?», *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 1, 2015, Oxford University Press, s. 297-307.

Graver 1994

Hans Petter Graver, «Hva er rettsvitenskap?», artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 04/1994 (volum 140), s. 561-583.

Graver 1998

Hans Petter Graver, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», artikkel i *Lov og Rett*, 10/1998 (volum 61), s. 579-603.

Graver 2006

Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2006, s. 189-221.

Graver 2008

Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 02/2008 (volum 121), s. 149-178.

Graver 2011

Hans Petter Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 02/2011 (volum 124), s. 230-249.

Graver 2015

Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2015, 4 utg. Universitetsforlaget.

Gröning 2008

Linda Gröning, *EU, staten och rätten att straffa*, 2008, Santérus förlag.

Gröning mfl. 2019

Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2 utgave, 2019, Fagbokforlaget.

Gundhus og Larsson 2007

Helene Oppen Gundhus og Paul Larsson, «Policing i et norsk perspektiv», artikkel i PHS forskning 2007:7 – Polisier virksomhet. *Hva er det – hvem gjør det?* Tor-Geir Myhrer (red.).

Götz 2013

Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 15. Auflage, 2013, Verlag C. H. Beck.

Harris mfl. 2014

Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third edition, 2014, Oxford University Press.

Hart 1961

H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, Oxford At the Clarendon press.

Heivoll 2013

Geir Heivoll, «Den norske forvaltningsstatens politimyndighet – fremveksten av en apori?», artikkel i boken *Unntakstilstand og forfatning: Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett*, Dag Michalsen (red.), 2013, Pax forlag A/S.

Heivoll 2018a

Geir Heivoll, *Lovens lange arm? En studie av politibetjeners rolle som rettshåndhevere*, 2018, Cappelen Damm Akademiske.

Heivoll 2018b

Geir Heivoll, «Om det historiske grunnlaget for læren om politiets generalfullmakt», artikkel i *Politi, magt og historie: Festskrift til Henrik Stevnsborg*, 2018, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Helland 2013

Ingvill Helland, «Grunnlovstekstens betydning for forfatningens rekkevidde», artikkel i *Tolkingar av grunnlova – om forfatningsutviklinga 1814-2014*, Eirik Holmøyvik (red.), 2013, Pax forlag A/S.

Helminen mfl. 2000

Klaus Helminen, Matti Kuusimäki og Markku Salminen, *Polisrätt*, 2000, Kauppakaari juristförbundets förlag.

Helmersen 2015

Sondre Torp Helmersen, *Folkerett i et nøtteskall*, 2015, Gyldendal juridiske.

Henricson 2013

Ib Henricson, *Politiloven med kommentarer*, 3. udgave, 2013, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Henricson 2016

Ib Henricson, *Politiret*, 6. udgave, 2016, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Hirschfeldt

Johan Hirschfeldt, *lagkommentarer til Regeringsformen (1974:152)*, pro.karnovgroup.se.

Holmøyvik 2012

Eirik Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, 2012, Fagbokforlaget.

Hopsnes/Solberg

Roald Hopsnes og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 2005/2, s. 78-155.

Husabø 2018

Erling Johannes Husabø, *Terrorisme i norsk strafferett*, 2018, Fagbokforlaget.

Høgberg 2019

Alf Petter Høgberg, «Domstolspraksis som rettskildefaktor», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 259-292.

Høgberg/Høgberg 2019,

Alf Petter Høgberg og Benedikte Moltumyr Høgberg, «Grunnloven som rettskildefaktor», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 239-258.

Høgberg/Høstmælingen 2010

Alf Høgberg og Njål Høstmælingen, «Grunnlovfesting av retten til privatliv?», *Jussens Venner* 02/2010, s. 98-146.

Jacobsen 2009

Jørn Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, 2009, Fagbokforlaget.

Jacobsen 2012

Jørn Jacobsen, «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære», *Tidsskrift for strafferett*, 01/2012 (volum 12), s. 6-26.

Jarborg 2003

Nils Jarborg, «Vad är en princip?», i *Festskrift til Åke Frändberg*, 2002, Iustus förlag, s. 137 – 144.

Kann 2008

Mark E. Kann, *Limited Liberty, Durable Patriarchy*, I boken *Police and the Liberal State*, Markus D. Dubber and Marianne Valverde (red.), Stanford law books 2008, s. 74-91.

Kjelby 2007

Gert Johan Kjelby, «Preventiv og pre-aktiv etterforsknings- og påtalestrategi – «The Al Capone approach» og hjemlig nulltoleranse», artikkel i *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, 2007, Gyldendal Akademiske, s. 610-627.

Kjelby 2013

Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffeforfølgning*, 2013, Cappelen Damm Akademiske.

Kjelby 2017

Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, 2017, Cappelen Damm Akademiske.

Kjelby 2019

Gert Johan Kjelby, *Påtalerett*, 2. utg., 2019, Cappelen Damm Akademiske.

Kjerschow 1930

P. Kjerschow, *Almindelig borgerlig straffelov*, 1930, Forlaget av H. Aschehoug & Co., Oslo.

Kjølbro 2017

Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. udgave, 2017, Jurist- og økonomforbundets Forlag.

Knophs 2014

Knops oversikt over Norges rett ved forfatter Kåre Lilleholt, 14 utg., 2014, Universitetsforlaget.

Larsen 2015

Kjetil Mujezinovic Larsen, «Detention for Protection: Searching for a 'Fari Balance' between the Restrictons of Preventive Detention and the Obligation to Protect Individuals», *Oslo Law Review* 01/2015 (volum 2), s. 1-22.

Løvlie 2019

Anders Løvlie, «Fakta og juss», i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 135-172.

Matningsdal 2002

Magnus Matningsdal, «Påtaleinstruksens rettslige karakter og virkning», artikkel i *Nybrott og Odling: Festskrift til Nils Nygaard*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), Fagbokforlaget 2002, s. 297-307.

Matningsdal 2013

Magnus Matningsdal, «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker», *Jussens Venner* 01-02/2013 (volum 48), s. 1-115.

Matningsdal 2016

Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, 2 utg. 2016, Fagbokforlaget.

Mavronicola 2017

Natasa Mavronicola, «Is the Prohibition Against Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Absolute in International Human Rights Law? A Reply to Steven Greer», Volume 17, Issue 3, 2017, *Human Rights Law Review*, s. 479-498.

Mestad 2019

Ola Mestad, «Rettens kilder og anvendelse», i boken *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 77-113.

Michalsen 2004

Dag Michalsen, «Hva er 'europeisk rettskultur'? Refleksjoner om et nytt nordisk historisk og komparativt bidrag», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 01-02/2004 (Volum 117), s. 20-49.

Monsen 2013

Erik Monsen, «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjoner i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag», i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt* (FEST-2013-jfb-419), 2013, s. 419-429.

Morgenstierne

Bredo Morgenstierne, *Statsforfatningsret*, 2 utg. 1909.

Myhre Lie 2020

Elisabeth Myhre Lie, *Politiets bekymringssamtale*, refleksjon i NUBU, <https://www.nubu.no/utgave-6/politiets-bekymringssamtale-article3198-2580.html>, 1. oktober 2020.

Myhrer 2001

Tor-Geir Myhrer, «Etterforskningsbegrepet. Avgrensning, vilkår, roller og ansvar», *Tidsskrift for strafferett* 2001 (TFST-2001-6), s. 6-30.

Myhrer 2005

Tor-Geir Myhrer, *Som siste utvei: Rettslige rammer for politiets bruk av skytevåpen*, 2005, Universitetsforlaget.

Myhrer 2012

Tor-Geir Myhrer, *Bastet og Bundet: Rettslige rammer for bruk av håndjern*, 2012, Universitetsforlaget.

Myhrer 2020

Tor-Geir Myhrer, *Våpeninstruksen for politiet – kommentarutgave*, 2 utg., 2020, Universitetsforlaget.

Müller 1984

Sigurd Müller, «Om politimyndighet», artikkel i *Rett og rettssal: et festskrift til Rolv Ryssdal*, 1984, Aschehoug, s. 347–369.

Mæhle 2004

Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» artikkel i *Jussens Venner*, 05-06/2004 (volum 39), s. 329-342.

Mæhle 2005

Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønnet*, 2005, Gyldendal akademiske.

Mæhle/Aarli 2017

Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg. 2017, Gyldendal juridiske.

Mæland 2012

Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, 2012, Justian A.S.

Møse 2004

Erik Møse, *Menneskerettigheter*, 1. utg., 2002, Cappelen Akademiske Forlag.

Nilsen 2015

John Reidar Nilsen, «Politiets samfunnsoppdrag utledet av EMK», artikkel i boken *Politiledelse*, 2015, s. 92–107.

Nilsen 2018

John Reidar Nilsen, «Politiets bekjempelse av arbeidslivskriminalitet – en praksis uten rettslig forankring?» artikkel i *Tidsskrift for strafferett*, TfR 4/2018, s. 348-361.

Nilsen 2019

John Reidar Nilsen, «Forholdet mellom domstolen som rettergangpoliti og politiets ansvar for ordens- og sikkerhetstiltak i anledning avvikling av rettsmøter», artikkel i *Integritet og ære: Festskrift til Henry John Mæland*, 2019, Gyldendal, s. 510 – 558.

Nilsen/Nilstad

John Reidar Nilsen og Morten Nilstad, *Publikumsrettet politiarbeid – generell del*, 2004, Forlaget Vett og Viten.

Nisja og Shetelig 2015

Ola Ø. Nisja og Kaare Andreas Shetelig, «Rettslig interesse», artikkel i *Jussens Venner*, 04/2015 (volum 50), s. 227-240.

Nordhus 2020

Magnus A. Nordhus, «Straffelovgivningens betydning for politiets kompetanse til å anvende provokasjon», *Tidsskrift for strafferett*, 02/2020 (volum 20), s. 156-180.

Nordstoga 1992

Olav Nordstoga, *Lensmenn i 800 år: Jubileumsbok Norges lensmannslag 1893-1993*, 1992, Leseselskapet.

Norée 2000

Annika Norée, *Laga befoegenhet – polisens rätt att använda våld*, 2000, Jure.

Norée 2008

Annika Norée, *Polisers rätt till våld*, 2008, Norstedts juridik.

Nygaard 2004

Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2 utg. 2004, Universitetsforlaget.

Nygaard 2007

Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6 utg., 2007, Universitetsforlaget.

Olafsen 1930

Arnet Olafsen, *Våre lensmenn – et bidrag til Den norske lensmannsstands historie gjennom 700 år*, 1930, E.Sems Trykkeri, Halden (www.nb.no).

Opsahl 1965

Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet*, 1965, Forlaget av Johan Grundt Tanum, Oslo (www.nb.no).

Pedersen/Magnussen 2019

Jussi E. Pedersen og Roger Stelander Magnussen, «Norm- og subsumsjonslæren – behovet for et supplement til den tradisjonelle rettskilde- og metodelæren», i boken *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2019, Universitetsforlaget, s. 702-720.

Pewestorf 2009

Dr. Adrian Pewestorf, «Die Berufung des Amtsträgers auf die Jedermannrechte», *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2009, Heft 1, Beck-online.beck.de, s.1- 80.

Pieroth mfl. 2014

Bodo Pieroth, Bernhard Schlink og Michael Kniezel, *Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht*, 8. Auflage, 2012, Verlag C.H.Beck.

Ramsay 2008

Petter Ramsay, *Vulnerability, Sovereignty, and Police in the ASBO (anti-social behavior order)*, i boken *Police and the Liberal State*, Markus D. Dubber and Marianne Valverde (red.), Stanford law books 2008.

Robberstad 1999

Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon: Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, 1999, Universitetsforlaget.

Robberstad 2013

Anne Robberstad, «Skyld kan ikkje bevises», *Lov og rett* 05/2013, s. 345-357.

Roxin 1997

Claus Roxin, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, 1997, Verlag C.H. Beck.

Rui 2009a Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, 2009, Universitetsforlaget.

Rui 2009b

Jon Petter Rui, «Komparasjon innen strafferett og -prosess», artikkel i *Tidsskrift for strafferett*, 04/2009 (volum 9), s. 434-468.

Rui 2018

Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett* 03/2018, s. 129-130.

Rystad 1985

Göran Rystad, *Cappelens verdenshistorie, bind 11 – Religionskriger og enevelde*, 1985, J. W Cappelens forslag AS (www.nb.no).

Røstad 1981

Helge Røstad, *Utvalgte emner innen strafferetten og straffeprosessen*, 1981, Universitetsforlaget.

Schabas 2017

William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, 2017, Oxford University press.

Schenke 2018

Wolf-Rüdiger Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Auflage, 2018, C.F. Müller.

Schmidbauer/Steiner 2011

Dr. Wilhelm Schmidbauer og Dr. Udo Steiner, *Bayerisches Polizeiaufgabengesetz– und polizeiorganisationsgesetz*, 3. Auflage, 2011, Verlag C.H. Beck.

Skoghøy 2017

Jens Edvin Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3 utg., 2017, Universitetsforlaget.

Skoghøy 2018

Jens Edvin Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, 2018, Universitetsforlaget.

Sogner 1996

Sølvi Sogner, *Krig og fred 1660-1780*, Aschehougs Norgeshistorie, bind. 6, 1996, Aschehoug og Co, Oslo. (www.nb.no).

Smith 1978

Eivind Smith, «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1978, s. 655-691, Universitetsforlaget.

Smith 1982

Eivind Smith, «'Legalitetsprinsippet' på ny», *Jussens Venner* 1982, s. 207-231.

Smith 2015

Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 3 utg. 2015, Fagbokforlaget.

Spano 2016

Robert Spano, «Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights», 2016, *Bergen Journal of Criminal Justice*, Volume 4, Issue 2, 2016, s. 150-166.

Spurkeland 2011

Kai Spurkeland, «Undersøkelser med narkotikahund», *Tidsskrift for strafferett* 03/2011 (volum 11), s. 273-285.

Stavang 1978

Per Stavang, «'Kongelege prerogativ' i norsk statsrett», *Jussens Venner* 1978, s. 357–368.

Stavang 1999

Per Stavang, *Storting og Regjering* 1999, Alma Mater AS/ Fagbokforlaget Vigmostad og Bjørke AS.

Stavang 2002

Per Stavang, *Parlamentarisme og folkestyre, utvalgte statsrettslege emne*, 4 utg. 2002, Fagbokforlaget.

Stevnsborg 2010

Henrik Stevnsborg, *Politi – 1682-2007*, 2010, samfundslitteratur (Ebookcentral.proquest.com).

Stevnsborg 2019a

Henrik Stevnsborg, «Politoloven – en status», *Tidsskrift for kriminalitet - TFK*2019.297, Karnov Group Denmark A/S, s. 297-306.

Stevnsborg 2019b

Henrik Stevnsborg, «Generalfuldmagt og politilov», artikkel i *Rettsplejeloven 100 år*, 2019, DJØF Forlag.

Storvik 2017

Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, 2017 UiT.

Strand og Larsen 2016

Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, 2016, Gyldendal juridiske.

Strandbakken 2003

Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, 2003, Fagbokforlaget.

Strandbakken 2004

Asbjørn Strandbakken, «Grunnloven § 96», *Jussens Venner* 03-04/2004, s. 166-215.

Sundby 1974

Nils Kristian Sundby, *Om normer*, 1974, Universitetsforlaget.

Summers 1998

Robert S. Summers, «Principles of the Rule of Law», *Notre Dame Law review* 74 (1998-1999), s. 1691-1711.

Søvig 2018

Karl Harald Søvig, «Ulike tvangsbegrep i velferdsretten», artikkel i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Østenstad, Adolphson, Naur og Aasen (red.), 2018, Fagbokforlaget, s. 35-55.

Tønnesen hefte 1

Sverre Tønnesen, *Politirett: Kompendium beregnet på studium av spesialfaget*, hefte 1, Bergen 1978.

Westerlund mfl. 2018

Gösta Westerlund, Linus Hagstedt og Magnus Wahllund, *Polisens vapenansvning: polisens befogenheter att använda skjutvapen*, 2018, Bruun Juridik AB.

Wibye 2019

Johan Vorland Wibye, «Rettslige friheter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 05/2019 (volum 132), s. 403-442.

Zila 2017

Josef Zila, *Kommentarer til Brottbalken kapittel 24 (1962:700) i pro.karnovgroup.se*, oppdatert 1. september 2017.

Østenstad 2018

Bjørn Henning Østenstad, «Det menneskerettslige vernet mot tvang: utviklingstrekk» artikkel i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Østenstad, Adolphson, Naur og Aasen (red.), 2018, Fagbokforlaget, s. 11-34.

Øyen 2019

Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utgave, 2019, Fagbokforlaget.

Øyen/Kjelby 2008

Ørnulf Øyen og Gert Johnan Kjelby, «Saken Gäfgen mot Tyskland», 2008, *Tidsskrift for strafferett* (3/2008/), s. 290-298.

Lover, Norge:

Arbeidsmiljøloven

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Forurensningsloven

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).

Forvaltningsloven

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Helse- og omsorgstjenesteloven

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

Helsepersonelloven

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

Kommuneloven

Lov av 22. juni 2018 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

Konkurranseloven

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Lov om endringer i politiloven mv.

Lov 10, januar 2020 nr. 1 om endringer i politiloven mv. (bevæpnet patruljering mellom sårbare objekter mv.)

Menneskerettsloven

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Pasient- og brukerrettighetsloven

Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).

Politoloven av 1927

Lov 10. juni 1927 om politiet.

Politoloven av 1936

Lov 13. mars 1936 nr. 3 om politiet.

Politoloven av 1995

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politoloven).

Politiregisterloven

Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

Psykisk helsevernloven

Lov 02. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

Statsansatteloven

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Straffeloven av 1902

Almindelig borgerlig Straffelov (lov av 22. mai 1902 nr. 10).

Straffelovens ikrafttræden

Lov 22. mai 1912 nr. 11 om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (Straffelovens ikrafttredelseslov)

Straffeprosessloven

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Endring av straffeprosessloven – 22. oktober 2019

PRE-2019-11-01-1449, Sanksjon og ikraftsetting av Stortingets vedtak til lov om endringer i straffeprosessloven (påtalemyndighetens uavhengighet m.m.).

Tolloven 1845

Lov 20. september 1845 om Toldvæsenet.

Tolloven 1928

Lov 22. juni 1928 om tollvesenet.

Tolloven 1966

Lov 10. juni 1966 nr. 5 om toll (tolloven).

Tvisteloven

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Vegtrafikkloven

Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven).

Lover, andre land

Danmark:

Dansk politilov

LBK nr 956 af 20/08/15 (politiloven).

Dansk straffelov

LBK nr 1156 af 20/09/2018 (straffeloven).

Ændring af lov om politiets virksomhed

Lov nr. 83 af 30/01/2019 om ændring af lov om politiets virksomhed (frihedsberøvelse).

Finland:

Finsk polislæg

Finsk polislæg 22.7.2011/872.

Finsk straffelæg

Finsk strafflæg, 39/1889.

Sverige:

Brottsbalken (BrB)

Svensk Brottsbalk (1962:700).

Försvarsmaktens stöd till polisen vid terrorbekämpning (2006: 343).

Regeringsformen

Regeringsformen (1974:152).

Svensk Polislæg

Svensk polislæg (1984:387).

Tyskland:

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) – [www. Bundestag.de/grundgesetz](http://www.Bundestag.de/grundgesetz).

NPOG

Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz (NPOG), In der Fassung vom 19. Januar 2005. letzte berücksichtigte Änderung: Inhaltsübersicht, §§ 12 und 32 geändert, § 32 a eingefügt durch Gesetz vom 17.12.2019 (Nds. GVBl. S. 428)

http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?t=160343073302466850&sessionID=5680592911167320918&templateID=document&source=hlist&chosenIndex=Dummy_nv_68&xid=173060,1,20191228&highlighting=on&hlt=#hlt_ank

StGB

Strafgesetzbuch, Ausfertigungsdatum: 15.05.1871, Neugefasst durch Bek. v. 13.11.1998 I 3322; zuletzt geändert durch Art. 62 G v. 20.11.2019 I 1626.

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb.pdf>.

BremPolG

Bremisches Polizeigesetz (BremPolG), In der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Dezember 2001 (Brem.GBl. S. 441, 2002 S. 47) Zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 2. April 2019 (Brem.GBl. S. 169).

http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=168683,1PAG

Polizeiaufgabengesetz – Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz – PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. September 1990, (GVBl. S. 397), BayRS 2012-1-1-I.

<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayPAG>.

SPolG

Saarländisches Polizeigesetz (SPolG) In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. März 2001 (Amtsbl. S. 1074), Nr. 2012-1.

http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=186205,1

Konvensjoner

EMK

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.1950. (autentisk engelsk tekst og norsk tekst). Vedlegg til Lov-1999-05-21-30 – Menneskerettighetsloven (Lovdata.no).

CPT

Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Strasbourg, 26.XI.1987, www.coe.int.

FNs torturkonvensjon

Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende straff, undertegnet av Norge 4. februar 1985 i New York. Ved kgl.res. av 13. juni 1986 ble besluttet at Norge skulle ratifisere konvensjonen og ratifikasjonsdokumentet ble deponert i New York 9. juli 1986.

Politietisk kodeks

De Forente Nasjoners – Politi-Etiske kodeks, 1971-12-17 (Code of Conduct for Law Enforcement Officials). (Inntatt i Regelsamling for politiet, 2 utgave, Gyldendal).

The European Code of Police Ethics

The European Code of Police Ethics (Det europeiske etiske regelverk for politiet), oversettelse til norsk, basert på mars 2002 versjon, publisert av Politihøgskolen.

Vienna Convention on the law of treaties (with annex) Concluded at Vienna on 23 May 1969. Artikkel 31.

FNs grunnprinsipper for bruk av makt og skytevåpen

Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials - Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990 (<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>).

Forskrifter/instrukser

Forskrifter:

Endring av påtaleinstruksen, 22. oktober 2019

PRE-2019-11-01-1450 Endringer i påtaleinstruksen. Kongelig resolusjon. Statsråd Jøran Kallmyr.

FOR-2000-11-16-1151

Delegasjon av myndighet til Politidirektoratet etter politiloven § 14, § 16 tredje ledd, § 20 tredje ledd, § 22 annet ledd, § 23 og § 29.

FOR-2000-11-16-1154

Delegasjon av myndighet til Politidirektoratet etter pi. § 3-2 tredje og fjerde ledd, § 4-2 fjerde ledd, § 7-1 tredje ledd og § 9-6.

Forskrift om bruk av politiarrest

Forskrift om bruk av politiarrest – FOR 2006-06-30-749 – fastsatt ved Kronprinsreg. res. 30. juni 2006 med hjemmel i straffeprosessloven § 183.

Forskrift om endring av politiinstruksen

Forskrift om endring i alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) FOR-2005-08-05-850 er kunngjort 09.08.2005.

Forskrift om endring av politiinstruksen

Forskrift om endring i alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) FOR-2006-06-30-751 - er kunngjort 30. juni 2006.

Forvaltningsforskriften

Forskrift til forvaltningsloven (forvaltningsforskriften) FOR-2006-12-15-1456.

Trafikkregler

Forskrift om kjørende og gående trafikk (trafikkregler) FOR-1986-03-21-747.

Utrykningsforskriften

Forskrift om krav til opplæring, prøve og kompetanse for utrykningskjøring (FOR 2009-06-12-637). Fastsatt ved Vegdirektoratet 12. juni 2009.

Instruks:

Instruks for behandling av klager på politi- og lensmannsetaten

Instruks for behandling av henvendelser om kritikkverdige forhold utført i tjeneste i politi- og lensmannsetaten: FOR-2005-11-21-5026.

Instruks for bruk av elektrosjokkvåpen i politiet

Instruks for bruk av elektrosjokkvåpen i politiet – prøveordning (FOR-2018-09-18-1648). Fastsatt av Justis- og beredskapsdepartementet 18. september 2018, jf. pl. § 29 og våpeninstruks 2. juli 2015 nr. 1088 for politiet § 1-1 fjerde ledd.

Politiinstruksen

Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (FOR-1990-06-22-3963). Fastsatt ved Kronprinsreg. res. 22. juni 1990, med hjemmel i lov av 13. mars 1936 nr. 3 om politiet § 29.

Påtaleinstruksen

Forskrift om ordningen av påtaleinstruksen (FOR-1985-06-28). Fastsatt ved kgl.res. 28 juni 1985 nr. 1679 i medhold av straffeprosessloven § 62, jf. § 28 sjette ledd, § 67 tredje ledd, § 160, § 161 tredje ledd, § 228, § 230 fjerde ledd, § 242 fjerde ledd og § 457. Fremmet av Justis- og politidepartementet.

Våpeninstruks av 1989 (opphevet)

Våpeninstruks for politiet (FOR-1989-08-01-4872). Gitt av Justisdepartementet 1. august 1989 med hjemmel i lov av 13. mars 1936 om politiet. Opphevet ved vedtak 2. juli 2015 nr. 1088.

Våpeninstruksen

Våpeninstruks for politiet (FOR-2015-07-02-1088), fastsatt av Justis- og beredskapsdepartementet, 2. juli 2015, jf. pl. § 29. Endret ved vedtak av 27. juni 2018 nr. 1094.

Rundskriv/direktiver:

Arrestinstruksen

Politidirektoratets rundskriv: «Instruks for bruk av politiets arrester» (arrestinstruksen), RPOD-2018-11.

Etterretningsdoktrinen for politiet

Etterretningsdoktrinen for politiet, versjon 1,0, 2014, POD publikasjon.

G-72/91

Justis- og politidepartementets rundskriv G-72/91 av 21. mai 1991. Politiets bruk av såkalt halsgrep ved pågripelser o.l.

G-20/92

Justis- og politidepartementets rundskriv G-20/92 av 22. januar 1992. Bruk av halsgrep i nødvergesituasjoner.

Ordreinstruks for politiet

RPOD-2010-5 - Ordreinstruks for politiet.

PBS I og II

Politiets beredskapssystemer I og II, retningslinjer for politiets beredskap, 1. juli 2011, Politidirektoratet.

RA-1999-3

Riksadvokatens rundskriv; «Etterforskning».

RPOD-2007-4

Politidirektoratets rundskriv: «Bestemmelser om bruk av slagvåpen i politiet», RPOD-2007-4.

RPOD-2007-11

Politidirektoratets rundskriv; «Halsgrep, mageleie ved pågripelse/innbringelse og transport av arrestanter mv.», RPOD-2007-11.

RPOD-2010-5

Politidirektoratets rundskriv; «Ordreinstruks for politiet», RPOD-2010-5.

RPOD-2016-1

Politidirektoratets rundskriv; «Politiets beredskapssystem del II (PBS II): Godkjenningsprøver for politiets skytevåpen – IP1, IP2, IP3 og IP4.»

RPOD-2018/002

Politidirektoratets rundskriv 2018/002 av 13. februar 2018 – Ny normalpolitivedtekt for kommunene.

RPOD-2018/11

Politidirektoratets rundskriv 2018/011 av 11. september 2018 – Instruks for bruk av politiets arrester (arrestinstruksen).

Utenlandske forskrifter/forordninger mv.

Den europeiske torturkomité

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): CPT/Inf (2019) 1 Section: 1/4 | Visit Report | Document date: 21/12/2018 | Publication date: 17/01/2019.

European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

<https://rm.coe.int/16806dbaa3>: European Treaty Series - No. 126. Text amended according to the provisions of Protocols No. 1 (ETS No. 151) and No. 2 (ETS No. 152) which entered into force on 1 March 2002.

Förordning (2014:1108)

Om utforming av häkten og polisarrester. (Svensk)

Svensk kungörelse

Kungörelse (1969:84) om polisens användning av skjutvapen (F2014:1115).

Offentlige dokumenter

Norges offentlige utredninger – NOU

NOU 1981: 35

NOU 1981: 35 Politiets rolle i samfunnet, del I.

NOU 1987: 27

NOU 1987: 27 Politiets rolle og oppgaver i samfunnet. Delutredning 2.

NOU 1988: 39

NOU 1988: 39 Politi og påtalemyndighet: Arbeids- og ansvarsfordeling.

NOU 1992: 23

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

NOU 1997: 15

NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet: Delutredning II.

NOU 2000: 24

NOU 2000: 24 Et sårbart samfunn: Utfordringer for sikkerhets- og beredskapsarbeidet i samfunnet.

NOU 2002: 4

NOU 2002: 4 Ny straffelov: Straffelovkomisjonens delutredning VII.

NOU 2003: 21

NOU 2003: 21 Kriminalitetsbekjempelse og personvern: Politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger.

NOU 2004: 6

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

NOU 2009: 12

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

NOU 2009: 1

NOU 2009: 1 Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunnet.

NOU 2009: 15

NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll: Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.

NOU 2013: 9

NOU 2013: 9 Ett politi – rustet til å møte fremtidens utfordringer: Politianalysen.

NOU 2017: 9

NOU 2017: 9 Politi og bevæpning: Legalitet, nødvendighet, forholdsmessighet og ansvarlighet.

NOU 2019: 14

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.

Andre utredninger:

Forvaltningskomiteen 1958

Innstilling fra komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (forvaltningskomiteen) av 13. mars 1958, Naper boktrykkeri, Kragerø 1958.

Politolovkomiteens innstilling av 1912

Innstilling fra den departementale politilovkomite av 1912 – «Utkast til lov om politiets ordninger m.v.»

Regnskapslovkomiteén 1959

Innstilling om revisjon av regnskapslovgivningen fra Regnskapslovkomiteén 1959.

Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet 1988

Utkast til alminnelig tjenesteinstruks for politiet 1988 v/Auglend

Utkast til ny lov om politiet

«Utkast til ny lov om politiet med motiver» 1991 v/Auglend, Gammelgårrd og Stoltenberg.

Utkast til ny våpeninstruks (2013)

Innstilling fra arbeidsgruppe til vurdering av behovet for å endre eller supplere gjeldende våpeninstruks for politiet, 13. september 2013.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 59 (1920)

Om lov om politiets ordning m.v.

Ot.prp. nr. 40 (1961–1962)

Om endring av straffelovens bestemmelser om 1) forbrytelser mot sedeligheten og 2) forbrytelser og forseelser i sjøfartsforhold.

Ot.prp. nr. 22 (1994–1995)

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

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 3 (1998–1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 11 (1998–1999)

Ot.prp.nr.11 (1998–1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).

Ot.prp. nr. 12 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Ot.prp. nr. 13 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven).

Ot.prp. nr. 79 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 79 (1998–1999) Om lov om midlertidig endring i politilovene (utvidet adgang til visitasjon).

Ot.prp. nr. 58 (2001–2002)

Ot.prp. nr. 58 (2001–2002) Om lov om endringer i straffeloven og politiloven (tiltak mot ulovlig bruk av kniv og skytevåpen).

Ot.prp. nr. 66 (2001–2002)

Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)

Ot.prp. nr. 106 (2001–2002)

Ot.prp. nr. 106 (2001–2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven m.m. (lovtiltak mot barne- og ungdomskriminalitet).

Ot.prp. nr. 61 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om endringer i politiloven (vurdering av helsetilstanden ved innsetting i arrest, politimyndighet, Politihøgskolen mv.)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)

Ot.prp.nr.90 (2003–2004): Om lov om straff (straffeloven).

Ot.prp. nr. 60 (2004–2005)

Ot.prp.nr 60 (2004–2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet).

Ot.prp. nr. 65 (2005–2006)

Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008)

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).

Prop. 105 L (2018–2019)

Prop. 105 L (2018–2019) Endringer i politiloven mv. (bevæpnet patuljering mellom sårbare objekter mv.)

Stortingsmeldinger og andre dokument

Dokument 16 (2011–2012)

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Forhandlinger i Lagtinget nr. 39 (1901/1902)

Om lov ang. Straffelovens ikrafttræden (straffeloven av 1902).

Forhandlinger i Odelstinget nr. 69 (1901/1902)

Om lov ang. Straffelovens ikrafttræden (straffeloven av 1902).

Indst. O. II (1887)

Indst. O. II (1887) Indstilling fra Justiskomiteen no. 1 angaaende de foreliggende Forslag til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager og andre i Forbindelse dermed staaende Forslag.

Innst. O. nr. 44 (1994–1995)

Innstilling frå justiskomiteen om lov om politiet (politiloven).

Innst. O. nr. 72 (2004–2005)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven).

Innst. 169 S (2012–2013)

Innst. 169 S (2012–2013) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Innst. 186 S (2013–2014)

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Innst. 263 S (2014–2015)

Innst. 263 S (2014–2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett).

Prop. 1 S (2018–2019)

Prop. 1 S (2018–2019) For budsjettåret 2019.

SKM 1885

Udkast til Almindelig borgerlig straffelov for Kongeriget Norge. II : Motiver, Kristiania 1896, Det Steenske Bogtrykkeri.

St.meld. nr. 22 (2000–2001)

St.meld. nr. 22 (2000-2001) Politireform 2000 Et tryggere samfunn.

St.meld. nr. 42 (2004–2005)

St.meld. nr. 42 (2004 – 2005) Politiets rolle og oppgaver.

Utenlandske lovforarbeid:

Betænkning om politilovgivning av 2002

Politikommisjonen, Betænkning om politilovgivning 2002, Betænkning 1410, Statens information, København (KBET 2002 nr. 1410).

LFF-2018-11-14 nr. 96

Forslag til lov om ændring af lov om politiets virksomhed (Frihedsberøvelse).

SOU 1988: 7

SOU 1988: 7 Frihet från ansvar : om legalitetsprincipen och om allmänna grunder för ansvarsfrihet : slutbetänkande.

SOU 1993: 60

SOU 1993: 60 Polisens rättsliga befogenheter: delbetänkande av polisrättsutredningen.

Prop. 1996/97:175

Regeringens proposition 1996/97:175 – Ändringar i polislagen m.m.

RP 224/2010 rd

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till (finsk) polislag och vissa lagar i samband med den.

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt. 1954 s. 96.

Rt. 1961 s. 281.
Rt. 1969 s. 1376.
Rt. 1973 s. 433.
Rt. 1977 s. 1035.
Rt. 1978 s. 1259.
Rt. 1979 s. 760.
Rt. 1981 s. 21.
Rt. 1982 s. 1216.
Rt. 1984 s. 1076.
Rt. 1986 s. 670.
Rt. 1991 s. 455.
HR-1992-146-B.
HR-1993-85-S.
HR-1993-129-A.
Rt. 1994 s. 1244.
Rt. 1995 s. 20.
HR-1995-65-A.
HR-1995-96-A.
HR-1995-153-B.
Rt. 1995 s. 530.
Rt. 1995 s. 661.
Rt. 1995 s. 1195.
HR-1996-15-A.
HR-2002-1230.
Rt. 2002 s. 1722.
HR-2003-537-A.

Rt. 2004 s. 128.

HR-2004-908-A.

Rt. 2005 s. 463.

Rt. 2007 s. 940.

HR-2007-1474-A

HR-2007-1793-A.

Rt. 2008 s. 142.

HR 2008-905-A.

Rt. 2009 s. 780.

HR-2009-1180-U.

HR-2010-902-A.

Rt. 2011 s. 469.

Rt. 2011 s. 1666.

Rt. 2012 s. 313.

Rt. 2012 s. 752.

Rt. 2012 s. 1211.

HR-2012-2398-P.

HR-2013-881-A.

Rt. 2014 s. 238.

HR-2014-2288-A.

HR-2014-2472-A.

HR-2015-206-A.

HR-2015-289-A.

HR-2015-1343-A.

HR-2016-1286-A.

HR-2016-1458-A.

HR-2016-1833-A.

HR-2016-1982-A.

HR-2016-2554-P.

HR-2018-104-A.

HR-2018-699-A.

HR-2020-972-U.

Underinstansavgjørelser:

LB-2012-81634.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

3 East African Asians (British protected persons) v. The United Kingdom,

06.03.1978, Application nos. 4715/70, 4783/71 og 4827/71.

Adamson v. The United Kingdom,

26.01.1999, Application no. 42293/98.

Amuur v. France,

25.06.1996, Application no 19776/92.

Austin and Others v. The United Kingdom,

15.03.2012, Application nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom,

10.04.2012, Application nos. 24027/07, 11949/08, 66911/09 and 67354/09.

Berlinski v. Poland,

20.06.2002, Application nos. 27715/95 og 30209/96.

Bernt Larsen Holding AS and Others v. Norway,

08.07.2013, Application no. 24117/08.

Bernard Leo Meveigh, Oliver Anthony O'Neill and Arthur Walter Evans v. The United Kingdom,

18.03.1981, Application nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77. Report of the Commission.

Blecic v. Croatia,

29.07.2004, Application 59532/00. (Saken er også omhandlet i Grand Chamber avgjørelsen av 8. mars. 2006).

Bljakaj and Others v. Croatia,

18.09.2014, Application no. 74448/12.

Bordovskiy v. Russia,

08.02.2005, Application no. 49491/99.

Botta v. Italy,

24.02.1998, Application no. 21439/93.

Bouyid v. Belgium,

28.09.2015, Application no. 23380/09.

Bozano v. France,

18.12.1986, Application no. 9990/82.

Branko Tomasic and Others v. Croatia,

15.01.2009, Application no. 46598/06.

Bromiley v. The United Kingdom,

23.11.1999, Application no. 33747/96.

Budayeva and Others v. Russia,

20.03.2008, Application nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02.

Costello-Roberts v. The United Kingdom,

25.03.1993, Application no. 13134/87.

Chassagnou and Others v. France,

29.04.1999, Application nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95.

Ciulla v. Italy,

22.02.1989, Application no. 11152/84.

Conka and Others v. Belgium, legal summary,

13.03.2001, Application no. 51564/99.

Creangă v. Romania,

23.02.2012, Application no. 29226/03

Cruz Varas and Others v. Sweden,

07.06.1990, Application no. 15576/89.

De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium,

18.06.1971, Application nos. 2832/66, 2835/66 and 2899/66.

Dickson v. The United Kingdom,

04.12.2007, Application no. 44362/04.

Dodov v. Bulgaria,

17.01.2008, Application no. 59548/00.

Engel and Others v. The Netherlands,

08.06.1976, Application nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72,
5370/72.

Evans v. The United Kingdom,

10.04.2007, Application no. 6339/05.

Fernández Martínez v. Spain,

12.06.2014, Application no. 56030/07.

Finogenov and others v. Russia,

20.12.201, Applications nos. 18299/03 and 27311/03.

Foka v. Turkey,

26.01.2009, Application no. 28940/95.

Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom,

30.08.1990, Application nos. 12244/86, 12245/86 and 12383/86.

Freimanis and Lidums v. Latvia,

09.05.2006, Application nos. 73443/01 and 74860/01.

Erroku v. Albania,

18.09.2018, Application no. 47403/15.

Furdík v. Slovakia,

02.12.2008, Application no. 42994/05.

Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan,

15.10.2015, Application no 60259/11.

Gäfgen v. Germany,

01.06.2010, Application no. 22978/05.

Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania,

27.06.2011, Application no. 9718/03.

Giacomelli v. Italy,

26.03.2007, Application no. 59909/00.

Gillan and Quinton v. The United Kingdom,

12.01.2010, Application no. 4158/05.

Giuliani and Gaggio v. Italy

24.03.2011, Application no. 23458/02.

Golder v. The United Kingdom,

21.02.1975, Application no. 4451/70.

Goussev and Marenk v. Finland,

17.01.2006, Application no. 35083/97.

GRBA v. Croatia,

23.11.2017, Application no. 47074/12.

Guerra and Others v. Italy,

19.02.1998, Application no. 116/1996/735/932.

Guzzardi v. Italy,

06.11.1980, Application no. 7367/76.

Haász and Szabó v. Hungary,

13.10.2015, Application no. 11327/14 and 11613/14.

Hämäläinen v. Finland,

16.07.2014, Application no. 37359/09.

Hatton and Others v. The United Kingdom,

08.07.2003, Application no. 36022/97.

Herczegfalvy v. Austria,

24.09.1982, Application no. 10533/83.

Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland,

08.06.2004, Application no. 40905/98.

H.M. v. Switzerland,

26.02.2002, Application no. 39187/98.

Huohvanainen v. Finland,

13.03.2007, Application no. 57389/00.

İlhan v. Turkey,

27.06.2000, Application, Application no. 22277/93.

Ilievska v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia,

07.05.2015, Application no. 20136/11.

Iordachi and Others v. Moldova,

10.02.2009, Application no 25198/02.

Ireland v. The United Kingdom,

20.03.2018, Application no. 5310/71.

Isayeva v. Russia,

24.02.2005, Application no. 57950/00.

Jalloh v. Germany,

11.07.2006, Application no. 54810/00.

Järvinen v. Finland,

15.01.1998, Application no. 30408/96.

Johnston and Others v. Ireland,

18.12.1986, Application no 9697/82.

Karácsony and Others v. Hungary,

17.05.2016, Application no. 42461/13.

Karademirci and Others v. Turkey,

25.01.2005, Application no. 37096/97.

Keenan v. The United Kingdom,

03.04.2001, Application no. 27229/95.

Kelly v. The United Kingdom,

13.01.1993, Application no. 17579/90.

Klass and Others v. Germany,

06.09.1978, Application no. 5029/71.

Kontrova v. Slovakia,

31.05.2007, Application no. 7510/04.

Kotilainen and Others v. Finland,

17.09.2020, Application no. 62439/12.

Krivova v. Ukraine

09.11.2010, Application no. 25732/05.

Kudla v. Poland,

26.10.2000, Application no. 30210/96.

Ladent v. Poland

18.03.2008, Application 11036/03.

L.C.B. v. The United Kingdom,

09.06.1998, Application no. 23413/94.

Lawless v. Ireland (No. 3),

01.07.1961, Application no. 332/57.

Leander v. Sweden,

26.03.1987, Application no. 9248/81.

Léon Guenat v. Switzerland,

10. April 1995, Application no. 24722/94.

Leonidis v. Greece,

08.01.2009, Application no. 43326/05.

Lukanov v. Bulgaria,

20.03.1997, Application no. 21915/93.

Lüdi v. Switzerland,

15.06.1992, Application no. 12433/86.

Makaratzis v. Greece,

20.12.2004, Application no. 50385/99.

Makharadze and Sikharulidze v. Georgia,

22.11.2011, Application no. 35254/07.

Mastromatteo v. Italy,

24.10.2002, Application no. 37703/97.

Mazurek v. France,

01.02.2000, Application no. 34406/97.

McCann and Others v. The United Kingdom,

27.09.1995, Application no. 18984/91.

McDonald v. The United Kingdom,

20.05.2014, Application no. 4241/12.

McGinely and Egan v. The United Kingdom,

09.06.1998, Application nos. 21825/94 and 23414/94.

McKay v. The United Kingdom

03.10.2006, Application no 543/03.

McKerr v. The United Kingdom

04.05.2001, Application no 28883/95.

Mikulic v. Croatia,

07.02.2002, Application no. 53176/99.

Milanović v. Serbia,

14.12.2010, Application no. 44614/07.

M.S. v. Croatia (no. 2),

19.02.2015, Application no 75450/12.

Nachova and Others v. Bulgaria,

06.07.2005, Application nos. 43577/98 and 43579/98.

Nada v. Switzerland,

12.09.2012, Application 10593/08.

Nielsen v. Denmark,

28.11.1988, Application no. 10929/84.

Niemietz v. Germany,

16.12.1992, Application no. 13710/88.

Novotka v. Slovakia,

04.11.2003, Application no. 47244/99.
Nowicka v. Poland,
03.12.2002, Application no. 30218/96.
Nunez v. Norway,
28.06.2011, Application no. 55597/09.
Opuz v. Turkey,
90.06.2009, Application no 33401/02.
Osman v. The United Kingdom,
28.10.1998, Application no. 23452/94.
Ostendorf v. Germany,
07.06.2013, Application no. 15598/08.
Öneryildiz v. Tyrkey,
30.11.2004, Application no. 48939/99.
Paul and Audrey v. The United Kingdom,
14.06.2002, Application no. 46477/99.
Peck v. The United Kingdom,
28.01.2003, Application no. 44647/98.
Peers v. Greece,
19.04.2001, Application no. 28524/95.
P.G. and J.H. v. The United Kingdom,
25.09.2001, Application no. 44787/98.
Powell and Rayner v. The United Kingdom,
21.02.1990, Application no. 9310/81.
Prokopovich v. Russia,
18.11.2004, Application no. 58255/00.
Rehbock v. Slovenia,

28.11.2000, Application no. 29462/95.

Roman Zakharov v. Russia,

04.12.2015, Application no. 47143/06.

Rotaru v. Romania,

04.05.2000, Application no. 28341/95.

S., V. and A. v. Denmark,

22.10.2018, Application nos. 35553/12, 36678/12 and 36711/12.

Saadi v. Italy,

28.02.2008, Application no. 37201/06.

Salman v. Turkey,

27.06.2000, Application no. 21986/93.

Samsonnikov v. Estonia,

03.07.2012, Application no. 52178/10.

Schwabe and M.G. v. Germany,

01.02.2012, Application nos. 8080/08 and 8577/08.

Selmouni v. France,

28.07.1999, Application no. 25803/94.

S.H. and Others v. Austria,

03.11.2011, Application no. 57813/00.

Shimovolos v. Russia,

21.06.2011, Application no. 30194/09.

Silver and Others v. The United Kingdom,

25.03.1983, Application no. 7136/75.

Şimşek and Others v. Turkey,

26.07.2005, Application nos. 35072/97 and 37194/97.

- Slyusarev v. Russia,
20.04.2010, Application no. 60333/00.
- Smirnova v. Russia,
24.07.2003, Application no. 46133/99.
- Steel and Others v. The United Kingdom,
23.09.1998, Application no. 67/1997/851/1058.
- Stewart v. The United Kingdom,
10.07.1984, Application no. 10044/82.
- Storck v. Germany,
16.06.2005, Application no. 61603/00.
- The Sunday Times v. The United Kingdom,
26.04.1979, Application no. 6538/74.
- Tomasi v. France,
27.08.1992, Application no. 12850/87.
- Tyrer v. The United Kingdom,
25.04.1978, Application no. 5856/72.
- Uzun v. Germany,
02.09.2010, Application no. 35623/05.
- V. v. The United Kingdom,
16.12.1999, Application no. 24888/94.
- Van Kück v. Germany,
12.06.2003, Application no. 35968/97.
- Verein gegen Tierfabriken (VgT) v. Switzerland,
28.06.2001, Application no. 24699/94.
- Vilnes and Others v. Norway,
05.12.2013, Application nos. 52806/09 and 22703/10.

Vinter and Others v. The United Kingdom,

Application no. 66069/09, 130/10 and 3896/10.

Von Hannover v. Germany (no. 2),

07.02.2012, Application no. 40660/08 and 60641/08.

Wainwright v. The United Kingdom,

26.09.2006, Application no. 12350/04.

Weber and Saravia v. Germany,

29.06.2006, Application no. 54934/00.

Winterwerp v. The Netherlands,

24.10.1979, Application no. 6301/73.

Witold Litwa v. Poland,

04.04.2000, Application no. 26629/95.

X v. Germany,

19.03.1981, Application no. 8819/79.

Z and Others v. The United Kingdom,

10.05.2001, Application no. 29392/95.

Dansk Høyesterett

U.1997.521

Ø.L.D. 30. januar 1997 i anke 10. afd. nr. S-3657-96. Identitetskontroll av en varighet av 4 minutter var å anse som en anholdelse.

U.2018.1690

H.D. 7. februar 2018 i sag 116/2017 (1. afd). Omslutning av deltagere i en gatefest var en frihetsberøvelse.

Andre kilder:

<https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Arbeidet/anmodningsvedtak/>

Dansk karnov

<https://pro.karnovgroup.dk>

Finlex.fi

<https://finlex.fi>

FNs høykommissær for menneskerettigheter

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Norsk lovkommentar, straffeloven

www.rechtsdata.no, straffeloven, Lov 20 05 2005 nr. 28. (Sist oppslag 5. September 2017).

Norsk lovkommentar, våpeninstruksen

www.juridika.no, våpeninstruksen for politiet, forskrift 2. juli 2015 nr. 1088. Kommentartutgave av Tor-Geir Myhrer (Myhrer 2016), ajour per 15. mai 2016. (Sist oppslag 4. juni 2019).

Politiets innbyggerundersøkelse 2019 – KANTAR TNS.

Politidirektoratets kriminalitetsforebyggende strategi – Kriminalitetsforebygging som politiets primærstrategi 2018-2020, Politidirektoratet.

Politidirektoratets veileder for politiets bekymringssamtale – Dialog for ansvar og positiv endring, POD – publikasjon nr. 2011/08.

Sivilombudsmannen

www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/ansvaret-for-politiets-maktbruk-i-forbindelse-med-pagripelser-saerlig-knyttet-til-bruken-av-mageleie/

Spesialenheten for politisakers

vedtak i sak 10248474 av 3. januar 2012.

Svensk karnov

<https://pro.karnovgroup.se>

Veileder til instruks for bruk av politiets arrester

Politidirektoratets veileder til instruks for bruk av politiets arrester, sak nr. 2016/00772, 9. november 2018.

Difi rapport 2013:1

Kan lovspråket temmes? En undersøkelse om klart språk i lover og forskrifter. Difi - Direktoratet for forvaltning og IKT.



Graphic design: Kommunikasjonsevidlingen, UIB / Trykk: Skjerve Kommunikasjon AS



uib.no

9788230857342 (print)

9788230848562 (PDF)