

Legalitetsprinsippet og politiretten

Særlig med tanke på provokasjon

Kandidatnr.: 159696

Leveringsfrist: 01.06.2011

Til sammen 14.790 ord

Veileder: Johan Boucht

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Problemstillingens relevans	1
1.2 Problemstilling og avgrensning	2
2. Legalitetsprinsippet	3
2.1 Innledning	3
2.2 Det strafferettslige legalitetsprinsippet	6
2.3 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet	7
2.4 Det politirettslige legalitetsprinsippet	9
2.4.1 Innledning: Forholdet til øvrig myndighetsutøvelse	9
2.4.2 Det politirettslige legalitetsprinsippets materielle innhold	12
2.4.3 Komparativt utsyn: Det finske eksempelet	13
3. Hjemmelsgrunnlag for polisiær myndighetsutøvelse etter gjeldende rett	14
3.1 Innledning	14
3.2 Hjemmelsgrunnlagene i forvaltningsretten	14
3.2.1 Innledning	14
3.2.2 Ulovfestede hjemmelsgrunnlag	15
3.2.3 Lovbundet og diskresjonær kompetanse	16
3.3 Politiet som en del av forvaltningen	17
3.4 Forvaltningsrettslige hjemmelsgrunnlag for politiets metoder	18
3.4.1 Innledning	18
3.4.2 De ulovfestede hjemmelsgrunnlagene	19
3.4.3 ”Generalfullmakten” – Politiloven §§ 7, 10, 11 og 12	21
3.5 Straffeprosessloven	22
3.6 Subsumsjon: Forholdet til legalitetsprinsippet	22
3.7 Eksempelet provokasjon	23

3.7.1 Generelt	23
3.7.2 EMK art. 6 og 8 – Forholdet til provokasjon	25
3.7.3 Subsumsjon: Hjemmelsgrunnlaget for provokasjon	27

4. Konkluderende diskusjon	28
-----------------------------------	-----------

4.1 Om politimetodenes forhold til det politirettslige legalitetsprinsippet	28
4.2 Normative anbefalinger	30

5. Litteraturliste	34
---------------------------	-----------

1. Innledning

1.1 Problemstillingens relevans

Kriminalitetsbildet er i stadig utvikling. Etter hvert som samfunnet byr på nye og annerledes fristelser, skaper dette også grobunn for nye, kreative former for kriminalitet. Dette gjelder både på områder innen vinningskriminalitet, økonomisk kriminalitet og narkotikakriminalitet. Utfordringen for ordensmakten er uansett den samme: Nye former for kriminalitet krever nye former for bekjempelse.

Enkelte typer kriminalitet utspiller seg i stadig mer lukkede miljøer, hvor utenforstående ganske enkelt ikke får innpass. Det typiske eksempelet på slik kriminalitet er kjøp, salg og oppbevaring av narkotika. For politiet byr dette på spesielle utfordringer, ettersom det i alminnelighet ikke vil finnes noe tradisjonelt "offer" for forbrytelsen som vil være tilbøyelig til å anmelde eller på annen måte innrapportere forbrytelsen. Tilsvarende kan operasjoner for å spore opp og bringe tilbake tyvegods by på utfordringer for politiet. Også i slike tilfeller vil man være avhengig av å komme innenfor miljøer hvor utenforstående normalt ikke har tilgang.

Nettopp den økende mengden narkotikakriminalitet var bakgrunnen for at man på slutten av 1970-tallet fant at "*etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt*" var den mest hensiktsmessige metoden å bruke for å komme problemet til livs. Hvor lenge politiet allerede hadde benyttet seg av slike eller lignende metoder, er uklart.¹ I 1978 tok daværende riksadvokat *Dorenfeldt* til orde for en instruksregulering av metoden.² Instruksen kom i form av Riksadvokatens rundskriv av 1980, og dannet grunnlaget for Høyesteretts holdning til metodebruken.

Til hjelp for å komme kriminaliteten til livs, har politiet de siste tiår i stadig større grad benyttet disse såkalt utradisjonelle eller ekstraordinære metodene i sin tjenesteutøvelse.³ Bakgrunnen for dette er at narkotikakriminaliteten og tilsvarende "offerløs" kriminalitet stadig øker i omfang og alvorlighet. I 2002 konkluderte Justisdepartementet med at effektiviteten av fremtidens bekjempelse av kriminalitet i større grad enn tidligere vil bero på politiet selv. Økt bruk av trusler fra gjerningsmannen og miljøet rundt ham er blitt mer vanlig, noe som naturlig hemmer eventuelle vitners tilbøyelighet til å gi politiet informasjon. Politiet vil dermed være avhengig av stadig nye metoder for å skaffe til veie nødvendig informasjon og oversikt over den kriminelle aktiviteten på egen hånd.⁴

Fremveksten av nye politimetoder reiser også nye problemstillinger. Et sentralt spørsmål er hvorvidt nye metoder i det hele tatt kan anvendes all den tid adgangen for anvendelse ikke er inntatt i formell lov. I den videre fremstillingen vil *provokasjon* brukes som eksempel på en slik ny politimethode. Metoden er interessant, ettersom den i kraft av sin karakter spenner fra å

¹ Se Hopsnes, s. 67

² Dorenfeldt, LoR 1978 s. 291

³ Jf. Hopsnes, s. 68-69. I samme retning rettspraksis, hvor spørsmål knyttet til bruken av "*etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt*", har vært opp gjentatte ganger, jf. bl.a. særlig Rt. 1984 s. 1076, Rt. 1986 s. 779 og Rt. 1994 s. 319.

⁴ Ot. prp. nr. 24 (2002-2003), s. 7-11

måtte anses som lite inngripende, til potensielt svært inngripende; metoden benyttes av sivilkledd politi og i hovedsak dreier den seg om å forlede den provokasjonen rettes mot.⁵

Metoden er også interessant, ettersom den er lovfestet i en rekke andre europeiske land, blant annet Finland.⁶ Debatten omkring lovfesting av de nye politimetodene har også pågått i Norge i flere år. I *NOU 2004 nr. 6* slo flertallet i utvalget fast at provokasjon som metode bør kodifiseres⁷, men utvalgets innstilling har til nå ikke blitt fulgt opp av lovgiver.

Anvendelse av politimetoder som ikke har lovhjemmel er imidlertid ikke problematisk kun med tanke på mangelen av et materielt kompetansegrunnlag. Diskusjonen reiser også et prinsipielt spørsmål knyttet til legalitetsprinsippet. I en rettsstat vil det i alminnelighet være enighet om at politiets mandat utspringer fra lovgivning, noe som også samsvarer med den generelle forståelsen av legalitetsprinsippet. Likevel er det altså slik at politiet i dag benytter seg av potensielt svært inngripende metoder, uten at det tilstrekkelige mandat eksplisitt kan sies å fremgå av lovtekst.

1.2 Problemstilling og avgrensning

Fremstillingen har to sider. Den ene siden er av *prinsipiell karakter* og tar utgangspunkt i legalitetsprinsippet gjennomslagskraft i norsk rett. Siktemålet er for det første å redegjøre for legalitetsprinsippet betydning på rettsområder hvor offentlig myndighetsutøvelse er aktuelt. For det andre vil den polisiære myndighetsutøvelsen holdes opp mot den øvrige offentlige myndighetsutøvelsen, med det formål å rekonstruere et politirettslig legalitetsprinsipp. Det overordnede spørsmålet i denne sammenheng er:

Hvordan bør et politirettslig legalitetsprinsipp rekonstrueres?

Fremstillingens andre side er av *materiell karakter*, og knytter seg til *selve* den polisiære myndighetsutøvelsen; kravet til hjemmel i lov, hvilke hjemmelsgrunnlag som legges til grunn for myndighetsutøvelsen og hvorvidt disse hjemmelsgrunnlagene kan sies å være tilstrekkelige. Det følgende spørsmål søkes besvart:

I hvilken grad kan hjemmelsgrunnlagene for polisiær myndighetsutøvelse etter gjeldende rett sies å samsvare med legalitetsprinsippet?

I fremstillingen er det lagt til grunn en *formell* og en *materiell* betraktning av legalitetsprinsippet innhold. Dette knytter seg videre til *lex scripta*- og *lex certa*-krav, slik disse blant annet kommer til uttrykk gjennom EMDs praksis.⁸ Sentrale hensyn som ligger til grunn for legalitetsprinsippet⁹ og en inngående presentasjon av legalitetsprinsippet utvikling, faller utenfor problemstillingen.

⁵ Sml. Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (Politiinstruksen) av 22. juni 1990 nr. 3963, § 5-4, siste setning, som slår fast at en "politimann som ikke er i uniform plikter å legitimere sin politimyndighet, såfremt han ikke er kjønt av den som forlanger det".

⁶ Jf. den finske Polislagen av 1. oktober 1995 (493/1995)

⁷ NOU 2004: 6, s. 24

⁸ Jf. nedenfor i pkt. 2.1 flg.

⁹ Sentrale hensyn som begrunner legalitetsprinsippet er "folkesuverenitetsprinsippet, maktfordelingsprinsippet og rettsstatsprinsippet", jf. bl.a. NOU 2004: 6 pkt. 5.2.1.

Politimetoden *provokasjon* vil utelukkende benyttes som *eksempel* på ulovfestet polisiær myndighetsutøvelse og de *prinsipielle* og *materielle* problemstillinger som reises som følge av denne metodebruken. Provokasjon kan utføres i flere former, og en konkret vurdering av hvert tilfelle vil avgjøre hvor inngripende metoden må anses å være. I den videre fremstilling er det metoden *tiltaleprovokasjon* som er av størst interesse.¹⁰ Tiltaleprovokasjon som politimetode er underlagt de strengeste vilkår for anvendelse. Dette har sin bakgrunn i metodens *reaktive* (strafforfølgende) karakter, hvor siktemålet er å avklare mulig straffskyld.¹¹ Tiltaleprovokasjon er også regnet som den mest vanlige formen for provokasjon.¹²

En inngående presentasjon av de nærmere vilkår for anvendelse av provokasjon, behandling av de ulike typer provokasjon, samt disse vilkårenes øvre og nedre grense, ligger derfor utenfor oppgavens problemstilling. Det ligger heller ikke under fremstillingens problemstilling å presentere og ta stilling til rettsvirkningene av ulovlig politiprovokasjon.

2. Legalitetsprinsippet

2.1 Innledning

Legalitetsprinsippet har sitt opphav i et felles europeisk rettsstatsprinsipp ("rule of law"). Prinsippet ble utviklet ulikt i England og kontinentet for øvrig. Hvor man i England har lagt til grunn at en *regel* er nødvendig, men ikke nødvendigvis i form av en *lov* vedtatt av parlamentet, utviklet det kontinentale systemet et krav til hjemmel i formell lov for *alle* inngrep i den private sfære.¹³

Legalitetsprinsippet forbindes vanligvis med strafferetten, herunder Grunnlovens § 96, første setning, som lyder: "Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom." Denne bestemmelsen har sitt opphav i romerretten og læresetningen "*nulla poene sine lege, nullum crimen sine lege*" ("ingen straff uten lov, ingen forbrytelse uten lov"). Bestemmelsen er en kodifikasjon av et prinsipp som var strafferettslig gjeldende i Norge allerede før 1814, og som ble inntatt i Grunnloven etter påvirkning fra øvrige lands konstitusjoner på denne tiden.¹⁴

I tråd med det kontinentale system reises det i norsk (og dansk) rett imidlertid et krav til hjemmel i formell lov, også på øvrige rettsområder hvor offentlig myndighetsutøvelse er aktuelt, som for eksempel i forvaltningsretten. Innen norsk rett er det dermed lagt til grunn som utgangspunkt at *all* offentlig myndighetsutøvelse må ha hjemmel i lov.¹⁵ Rettsvirkningen er en beskyttelse for borgerne mot usaklig *vertikal myndighetsutøvelse*.

¹⁰ Jf. nedenfor i pkt. 3.7 flg.

¹¹ Jf. strpl. § 226. Se også Lier.

¹² Hopsnes, s. 69

¹³ Jf. NOU 2004: 6, pkt. 5.2.1

¹⁴ Strandbakken, s. 166

¹⁵ Se Bernt, s. 121 og Auglend et al., s. 102

Legalitetsprinsippets gjennomslagskraft på *all* offentlig myndighetsutøvelse lar seg imidlertid vanskelig utlede av noen konkret rettsregel. Grl. § 96 omhandler som nevnt en *strafferettslig* innfallsvinkel til legalitetsprinsippet. Tilsvarende bestemmelse vedrørende øvrig offentlig myndighetsutøvelse kan imidlertid ikke sies å følge av Grunnloven.¹⁶ Forutsetningen for å gi prinsippet anvendelse også på øvrige rettsområder enn strafferetten, bygger derfor i norsk rett utelukkende på en ”alminnelig enighet”¹⁷ om at legalitetsprinsippet må anses å være ”et sedvanerettslig prinsipp med konstitusjonell trinnhøyde (...) som gjelder for all utøvelse av offentlig myndighet”.¹⁸

Når det gjelder legalitetsprinsippets reelle gjennomslagskraft på de ulike områder av offentlig myndighetsutøvelse, viser den norske lovgivningen at ”kravet til lov” fremstår som noe forskjellig alt etter hvilket rettsområde loven er inntatt i. Straffelovgivningens straffebud er for eksempel utformet i en særdeles detaljrik form, noe som (generelt sett) ikke kan sies å være tilfellet for forvaltningsrettslige bestemmelser.¹⁹

For en forståelse av hvordan legalitetsprinsippet gir seg ulikt utslag på ulike rettsområder, synes det hensiktsmessig å betrakte legalitetsprinsippet på to måter; en *formell* og en *materiell* betraktning. En *formell* betraktning av legalitetsprinsippet knytter seg til *selve* kravet til *eksistensen* av en *lov*: de oppgaver (*kompetansen*) vedkommende myndighet er pålagt å utøve, skal fremgå av formell lov. Dette kravet kan også omtales som et *lex scripta*-krav.

På den andre siden må en *materiell* betraktning må anses å medføre et krav til lovgivningens *klarhet* og *tydelighet*²⁰, ved at *selve rammene* for *selve myndighetsutøvelsen* også må fremgå av loven, tilsvarende et *lex certa*-krav. Innenfor den rammen loven oppstiller, vil det offentliges plikt til å utøve sin myndighet, og formene for utøvelsen, variere ut fra virksomhetsområdet. Mens det innenfor enkelte områder av offentlig myndighetsutøvelse følger en *plikt* til å handle, preges andre områder i større grad av *skjønnsutøvelse*.

Det *formelle* og det *materielle* legalitetsprinsippet står som to *motpoler* til hverandre, men den ene utelukker ikke den andre; det er som nevnt snakk om to ulike måter å *betrakte* legalitetsprinsippet på.²¹ En tilsvarende tilnærming til legalitetsprinsippet, med to ulike betraktningmåter, synes også å følge av praksis i den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). Av denne fremgår det for det første en forståelse av hva som må forstås ved ”kravet til lov”, slik det er inntatt i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).²² En ”lov” etter

¹⁶ Sml. Sveriges Grundlag – Regeringsformen av 1. januar 1975 (RF) § 1: ”Den offentliga makten utövas under lagarna.” Tilsv. Finlands Grundlag av 11. juni 1999 (1999/731) § 2: ”All utövning av offentlig makt skall bygga på lag. I all offentlig verksamhet skall lag noggrant iakttas.”

¹⁷ Bernt, s. 121, jf. Andenæs (2006), s. 201-202

¹⁸ Auglend et al., s. 102

¹⁹ Sml. pkt. 2.3 om skatteretten.

²⁰ Jf. NOU 2004: 6 pkt. 5.2. Kravet til lovens klarhet og tydelighet er sammenfattet i begrepet hjemmelens ”kvalitet”.

²¹ Jf. Boucht, s. 101. Boucht viser i sin fremstilling til N. Jareborgs *Straffrättsideologiska fragment* (Iustus Förlag, Uppsala, 1992), s. 93, hvor begrepene som benyttes er ”den processrättsliga” og ”den straffrättsliga legalitetsprincipen”. Boucht fremholder at koblingen til spesifikke rettsområder i denne sammenheng er uheldig. Begrepene ”det formelle” og ”det materielle” legalitetsprinsipp hevdes å være mer egnet. Auglend (et al.) tar på sin side ikke direkte stilling til de to ulike betraktninger. Forutsetningsvis legges det likevel til grunn to tilsynelatende tilsvarende betraktninger av legalitetsprinsippet, idet det legges til grunn at legalitetsprinsippet skiller mellom *kompetanseutøvelse* og *faktiske handlinger* (Auglend et al., s. 102, note 214).

²² Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30. EMK følger som lovens Vedlegg 1. Norsk rett er bundet av EMK, og konvensjonens bestemmelser skal ved motstrid gis forrang over norsk rett, jf. mnskrl. § 3.

EMK trenger ikke nødvendigvis å være nedskrevet. Også sedvanerett, rettspraksis og administrativ praksis kan tilfredsstillende kravet til ”hjemmel i lov”.²³

I Sunday Times vs. Storbritannia ble det uttalt at ”the word ”law” in the expression ”prescribed by law” covers not only statute but also unwritten law”.²⁴ Uttalelsen gir klart uttrykk for nærheten til common law-tradisjonen, og står dermed i kontrast til det strengere formelle legalitetsprinsippet slik vi kjenner det fra den norske straffe- og straffeprosessretten. Det bemerkes her at saken gjaldt lovkravet i art. 10, men at ordlyden ”law” er underlagt den samme tolkning i alle konvensjonens artikler.²⁵

For at det skal være tale om en gyldig ”law” som kan tjene som hjemmel, oppstiller EMD også et *materielt* krav til at den aktuelle regelen må være fast etablert, tilgjengelig og tilstrekkelig presis:

”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.”²⁶

Hensikten med å legge til grunn to ulike betraktningmåter av legalitetsprinsippet og skillet mellom dem, kan illustreres gjennom straffeprosessretten og *opportunitetsprinsippet*. Dette prinsippet er inntatt som et grunnleggende prinsipp innen norsk straffeprosessrett.

Straffeprosessretten og strafferetten er nært knyttet sammen, ettersom straffeprosessloven²⁷ omhandler saker om ”straff”.²⁸ Hva som er straffbart og vilkårene for straffbarheten oppstilles i straffeloven. Straffeprosessloven har derimot som siktemål å fastsette *reglene* for strafforfølgningen. En betraktning i lys av et *formelt* legalitetsprinsipp tilsier dermed at straffeprosessloven oppstiller det offentlige *kompetanse* til å utøve strafforfølgende myndighet.

²³ EMD har lagt til grunn at også instruksjer og lignende *kan* tilfredsstillende kravet til ”law” etter EMK. Spørsmålet var aktuelt i *Leander vs. Sverige* (Klagesak nr. 9248/81) avsnitt 51. Regelen som hjemler det aktuelle inngrepet må imidlertid være *offentliggjort*. Dette har sitt utspring i at borgeren skal anses å ha tilstrekkelig mulighet til å finne ut om han er i en posisjon som gjør at han kan utsettes for inngrep i sitt privatliv. Hemmelige, interne instruksjer som hjemmel for metodebruk vil dermed ikke innfri kravet til ”hjemmel i lov” etter EMK. Hemmelige instruksjer som hjemmel for metodebruk er i bruk i Norge i dag, jf. NOU 2004: 6, s. 38 andre spalte.

²⁴ *Sunday Times vs. Storbritannia* (Klagesak nr. 6538/74), avsnitt 47.

²⁵ Se også *Silver m/fl. vs. Storbritannia* (Klagesak nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75).

²⁶ *Sunday Times vs. Storbritannia* (Klagesak nr. 6538/74), avsnitt 49.

²⁷ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.) av 22. mai 1981 nr. 25.

²⁸ Jf. strpl. § 1

En betraktning i lys av et *materielt* legalitetsprinsipp tilsier dermed at den kompetanse straffeprosesslovens bestemmelser oppstiller, medfører en ”ubetinget plikt til å påtale *alle* straffbare handlinger hvis siktedes skyld er bevist”.²⁹ I norsk straffeprosessrett er imidlertid dette utgangspunktet modifisert gjennom *opportunitetsprinsippet*, noe som åpner for at strafforfølgning *kan* unnlates, dersom dette etter en totalvurdering fremstår som mest hensiktsmessig.³⁰

Oppportunitetsprinsippet og dets gjennomslagskraft innen straffeprosessretten har medført at legalitetsprinsippets *materielle* side reelt sett ikke gjelder i norsk straffeprosessrett.³¹ Dette utelukker imidlertid ikke at det offentliges strafferettslige kompetanse må samsvare med et *formelt* legalitetsprinsipp; et krav om at *kompetansen* (det som *kan* unnlates) må fremgå av formell lov. Utgangspunktet i straffeprosessretten er dermed at det *formelle* legalitetsprinsippet (kravet til straffeprosessuell *kompetanse*) fungerer i samspill med *opportunitetsprinsippet*.³²

Den videre fremstillingen tar sikte på å presentere legalitetsprinsippets gjennomslagskraft på øvrige områder for offentlig myndighetsutøvelse. Med henblikk til en senere rekonstruksjon av et politirettslig legalitetsprinsipp, tas det derfor utgangspunkt i det *strafferettslige* og det *forvaltningsrettslige* legalitetsprinsippet.

2.2 Det strafferettslige legalitetsprinsippet

Gjennom straffelovgivningens karakter av å oppstille handlinger man kan *straffes* for (straffebud)³³, er legalitetsprinsippet i strafferetten tradisjonelt ansett å få sterkest gjennomslagskraft.³⁴ Slik sett kan man si at lovgivningen innen dette rettsområdet synliggjør legalitetsprinsippets *strengeste* nivå.

Det strafferettslige legalitetsprinsipp bygger spesielt på fire underliggende prinsipper. For det første gjelder det som nevnt, et *lex scripta*-krav, altså et krav til at hva som anses for en straffbar handling eksplisitt må følge av lovtekst. Slik straffeloven fremstår i dag er ikke *lex scripta*-kravet uttrykkelig inntatt, men følger forutsetningsvis av strl. § 2. For det andre gjelder et forbud mot *retroaktivitet*, noe som tilsier et forbud mot tilbakevirkende kraft. For at en handling skal være straffbar, må det på *handlingstidspunktet* foreligge lovgivning som kriminaliserer forholdet. Forbudet mot retroaktivitet følger av strl. 3, og er også inntatt i grl. § 97. Som en tredje forutsetning gjelder et *forbud mot analogisk tolkning*, så sant dette ikke taler til den tiltaltes fordel. Analogiforbudet følger av den strafferettslige tolkningslære, og innebærer at det aktuelle straffebud ikke kan tillegges en klart videre forståelse enn det som måtte følge av en normal tolkning av dets ordlyd. Det siste prinsippet er det nevnte *lex certa*-kravet, som oppstiller et krav til lovens *tydelighet*. I likhet med analogiforbudet er *lex certa*-

²⁹ Auglend et al., s. 398

³⁰ Andenæs (2000), s. 330

³¹ Auglend et al., s. 399

³² Se Boucht, s. 102

³³ Jf. Almindelig borgerlig Straffelov (strl.) av 22. mai 1902 nr. 10, §§ 1 og 2

³⁴ Jf. NOU 2009: 15, pkt. 7.5

kravet gjennom tolkningslære akseptert som en del av det strafferettslige legalitetsprinsipp, til tross for at kravet ikke eksplisitt er inntatt i norsk lovgivning.³⁵

Det strafferettslige legalitetsprinsipp og de nevnte underliggende prinsipper, kommer etter dette ikke nødvendigvis eksplisitt til uttrykk gjennom norsk lovgivning. Imidlertid er det gjennom den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)³⁶ og vedtatt bindende bestemmelser som utfyller det norske rett på dette området. Spesielt konvensjonens art. 7 er sentral i denne sammenheng.³⁷

Det strafferettslige legalitetsprinsippet tjener som utgangspunkt for den videre fremstillingen. Legalitetsprinsippet er som nevnt ansett å ha sterkest gjennomslagskraft på dette rettsområdet, og følgelig vil strafferetten være et hensiktsmessig utgangspunkt for en drøftelse omkring legalitetsprinsippets gjennomslagskraft på øvrige rettsområder hvor offentlig myndighetsutøvelse er aktuelt, herunder politiretten.

2.3 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet

Legalitetskravet i forvaltningsretten innebærer at også øvrigheten, *statsmakten*, og dens myndighet er bundet av gjeldende lov og rett. Dette har sterk sammenheng med maktfordelingsprinsippet; det skal være et skille mellom den lovgivende, utøvende og dømmende virksomhet.³⁸

Forvaltningslovgivningen, først og fremst representert ved forvaltningsloven³⁹, er av *prospektiv* karakter. Hovedformålet er å forhindre overtramp fra den offentlige forvaltning overfor borgerne, samt fastsette borgernes rettigheter og plikter overfor forvaltningsorganene. Forvaltningslovens generelle virkeområde defineres i lovens § 1: ”Som forvaltningsorgan regnes i denne lov et hvert organ for stat eller kommune”. Det ”organ” som står sentralt i det følgende, er politiet. Generelle bestemmelser knyttet til politiets organisasjon og virksomhet er inntatt i Politiloven av 4. august 1995 nr. 53, som en forvaltningsrettslig *lex specialis*.

For vurderingen av legalitetsprinsippets gjennomslagskraft i forvaltningsretten, vil det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i prinsippets *formelle* side (*lex scripta*-kravet) og den *materielle* side (*lex certa*-kravet).

Det forvaltningsrettslige kravet til hjemmel i lov skiller seg fra hva tilfellet er innen strafferetten. Riktignok er det offentlige også etter forvaltningsretten bundet av legalitetsprinsippets underliggende *lex scripta*-krav; forvaltningen *må* ha hjemmel i lov for sin

³⁵ Jf. Boucht, s. 57 flg. Hans gjennomgang baseres på svensk rett og den svenske straffelovgivningen. Momentene som tas opp må uansett også kunne sies å gjøre seg gjeldende i norsk strafferettsteori, ettersom både den svenske og den norske lovgivningen bygger på de samme prinsipper.

³⁶ Se Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30, Vedlegg 1.

³⁷ EMK art. 7 uttrykker i hovedsak forbudet mot *retroaktivitet*. Artikkelen nr. 1 lyder: ”Ingen skal bli funnet skyldig i en straffbar handling på grunn av noen gjerning eller unnlatelse som ikke utgjorde en straffbar handling etter nasjonal eller internasjonal rett på den tid da den ble begått. Heller ikke skal en strengere straff bli idømt enn den som gjaldt på den tid da den straffbare handling ble begått”.

³⁸ Auglend et al., s. 101. Jf. også NOU 2004: 6 pkt. 5.2.2.

³⁹ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (Fv1.) av 10. februar 1967.

myndighetsutøvelse. Selve lovkravet er imidlertid videre, ettersom også bestemmelser gitt i medhold av lov kan sies å innfri lovkravet.⁴⁰ I forhold til strafferetten veier heller ikke *lex certa*-kravet like tungt; det er ikke lagt til grunn et like strengt krav til hjemmelsgrunnlagets *tydelighet*. Dette kommer i stor grad frem blant annet gjennom forvaltningens stadig økende tendens til å utvikle *diskresjonære* kompetanseregler.⁴¹

Hva som i forvaltningsretten vil kunne tjene som en gyldig hjemmel for et inngrep, vil dermed bero på en vurdering av hjemmelsgrunnlaget i seg selv, holdt opp mot inngrepets karakter. Det er lagt til grunn i norsk forvaltningsrett at det kun er i de tilfeller det aktuelle hjemmelsgrunnlaget ikke kan anses å strekke til, at kravet til hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet aktualiseres.⁴² Dette vil belyses nærmere under 3.2.

Skatteretten er imidlertid et eksempel på et annet forvaltningsrettslig rettsområde hvor det er lagt til grunn et strengere lovkrav enn i forvaltningsretten for øvrig. Dette har sin bakgrunn i romerretten og læresetningen "*nulla tributum sine lege*" ("ingen skatt uten lov"). Skatteretten og skattelovgivningen⁴³ er et eksempel på at det også på visse forvaltningsrettslige områder er akseptert å legge til grunn et strengt legalitetsprinsipp.⁴⁴ Avgjørende vil være rettsområdets grad av myndighetsutøvelse og de tilhørende inngrep overfor borgerne.

Skattelovgivningens hovedformål er å hjemle det offentliges myndighet til å inndrive skatt fra borgerne. Legalitetsprinsippet og dets krav til hjemmel i lov, har derfor blitt tillagt en strengere tolkning innen skatteretten enn det som ellers må anses vanlig etter det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.⁴⁵

Skatteretten bærer klart preg av *vertikal myndighetsutøvelse*. Skatteplikten er først og fremst nettopp det; en "plikt". Er du "bosatt i riket", jf. sktl. § 2-1, omfattes du av skatteplikten. Der en part i en annen type forvaltningssak, for eksempel en søknad om utbygging eller ekspropriasjon, gjerne har forhold på sin side som bør tas hensyn til, kan ikke tilsvarende personlige hensyn vektlegges i skatteretten. Dette bunner i at skatteplikten i utgangspunktet er ment å være lik for alle, med mindre lovgivningen åpner for annet.

Legalitetsprinsippet i skatteretten gir seg først og fremst utslag gjennom *lex scripta*-kravet; eksistensen av en lovgivning som hjemler det offentliges rett til å inndrive skatt. For det andre kommer *lex certa*-kravet til uttrykk ved skattelovgivningens utfyllende og uttømmende bestemmelser. Dette kan nok begrunnes i et generelt samfunnsmessig ønske om en streng og nøyaktig regulering av skatteplikten og forvaltningens håndheving av den. Ikke bare må hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet antas å ligge til grunn; også behovet for etterprøvbarhet og kontroll med forvaltningen må sies å være tungtveiende hensyn.

All den tid borgerne til en viss grad nok kan oppleve skatteplikten som et "onde", synes det også forsvarlig å bygge forvaltningens skatterettslige kompetanse på lovgivning fremfor diskresjonære kompetanseregler.

⁴⁰ Eckhoff et al., s. 325

⁴¹ Jf. nedenfor i pkt. 3.2.3

⁴² Eckhoff et al., s. 328

⁴³ Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14

⁴⁴ Skatteloven inneholder også en egen bestemmelse som understreker rettsområdets forvaltningsrettslige særegenhet, jf. sktl. § 1-4: "Forvaltningsloven skal ikke gjelde for behandling av saker etter denne lov".

⁴⁵ Jf. forutsetningsvis NOU 2004: 6 pkt. 5.2.2: "Også inngrep i økonomiske rettigheter nyter et sterkt vern ifølge legalitetsprinsippet."

Parallellen til strafferetten er dermed påfallende, også når det gjelder skatterettens iakttagende til legalitetsprinsippets underliggende prinsipper.⁴⁶ Imidlertid er skatteretten mer nyansert. Skatteplikten er for det første ikke ment som et ”onde” i juridisk forstand.⁴⁷ I stedet er formålet å medfinansiere de av samfunnets utgifter som er knyttet til den virksomhet som kommer borgerne *til gode*, altså drift av velferdsstaten slik vi kjenner den. Skatteytelser medfører dermed at borgerne kan forvente seg to ting: For det første at staten sørger for eksistensen og driften av et grunnleggende tilbud av samfunnstjenester og -ytelser, og for det andre at borgeren selv er berettiget til å benytte disse tjenestene eller ytelsene dersom det skulle bli nødvendig.⁴⁸ Slik sett er begrepet ”vertikal myndighetsutøvelse” noe misvisende, ettersom ytelser og motytelser for så vidt går begge veier. Skatteretten som rettsområde er imidlertid utelukkende konsentrert om *inndrivningen* av skattemidler, ikke *fordelingen* av dem.

Med skatterettens noe inngripende karakter (jf. ”plikten” til å svare skatt”) i bakhodet, herunder den nevnte parallellen til strafferettens område, synes det etter dette klart hvorfor skatteretten i større grad bygger på lovbundne kompetanseregler og hjemmelsgrunnlag. Skatteretten er dermed også illustrerende for et rettsområde innen forvaltningsretten, hvis inngripende karakter medfører et strengere krav til hjemmel i lovtekst enn hva tilfellet synes å være innen den alminnelige forvaltningsretten.

2.4 Det politirettslige legalitetsprinsippet

2.4.1 Innledning: Forholdet til øvrig myndighetsutøvelse

Rekonstruksjonen av et politirettslig legalitetsprinsipp har til hensikt å slå fast i hvilken grad legalitetsprinsippet etter *gjeldende rett* må anses å ha gjennomslagskraft på politirettens område. Dette må baseres på en analyse av politirettens særtrekk. Begrepet ”politirett” er et begrep med vidt innhold. Politiretten som rettsområde omfavner for det første forvaltningsretten, ettersom politiet utfører polisiær myndighetsutøvelse på vegne av det offentlige. Like fullt finner man i politiretten elementer av eksempelvis ”offentlig rätt, straffrätt, processrätt, civilrätt osv.”⁴⁹ Innen de ulike rettsområdene må det antas at det eksisterer ulike tolkningsnormer med ulik relevans for politivirksomheten. I fremstillingen er det likevel politiets myndighetsutøvelse i kraft av å være et forvaltningsorgan som er det sentrale. I det følgende vil det derfor tas utgangspunkt i politiloven.⁵⁰

Politiloven oppstiller ingen utførlige *hjemmelsgrunnlag* for bruken av ulike politimetoder, herunder vilkårene knyttet til bruken og gjennomføringen av disse. Dette grunner i politilovens nevnte karakter som en *forvaltningsrettslig* lov. For en mer detaljert oversikt over de *hjemmelsgrunnlag* som er lagt til grunn for politiets virksomhet og myndighetsutøvelse, må man se til straffeprosessloven.⁵¹ Ved utarbeidelsen av politiloven ble det lagt til grunn at straffeprosessloven fortsatt skulle være den primære rettskilden for politiets metodebruk og

⁴⁶ Jf. pkt. 2.1, om *lex scripta*-kravet og *lex certa*-kravet.

⁴⁷ Ordlyden ”onde” er i juridisk forstand nært knyttet opp til den juridiske definisjonen av ”straff”: En straff er ”et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde”, jf. Mæland, *Innføring i alminnelig strafferett*, 3. utgave, Justian A.S, Bergen, 2004, s. 37.

⁴⁸ Se Boucht, s. 60

⁴⁹ Boucht, s. 21 note 4

⁵⁰ Lov om politiet (pl.) av 4. august 1995 nr. 53

⁵¹ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (strpl.) av 22. mai 1981 nr. 25

rekkevidden av denne. Man unnlot derfor å regulere disse politimetodene ytterligere i politiloven.⁵²

I kraft av å være et organ for den offentlige myndighet er det naturlig å ta utgangspunkt i at politiretten må oppfylle de krav som følger av legalitetsprinsippet *forvaltningsrettslige* innfallsvinkel. Dette innebærer i så fall et noe lempeligere krav til hjemmel i formell lov enn hva som følger av det strafferettslige legalitetsprinsippet.⁵³

I tillegg til å være et forvaltningsorgan, er politiet imidlertid også i en særstilling i kraft av sin rolle som ordensmakt. Politiet er for eksempel gitt kompetanse til å ta i bruk et bredt spekter av inngrep overfor borgerne, i kraft av polisier myndighetsutøvelse. Adgangen til bruk av fysisk makt⁵⁴ (vold) representerer i denne sammenheng et ytterpunkt. Politiets *reaktive* og *proaktive* virksomhet vil derfor i de fleste tilfeller medføre ulike inngrep av forskjellig styrke og karakter overfor borgerne. Man kan derfor si at den polisier myndighetsutøvelsen klart bærer preg av *vertikal myndighetsutøvelse*, på lik linje med hva som er i utgangspunktet er tilfelle innen strafferetten og skatteretten.⁵⁵

For spørsmålet om politiretten per i dag kan anses å gi den tilstrekkelige hjemmel for politiets virksomhet (og metodebruk), må det først tas stilling til i hvilken grad den polisier myndighetsutøvelse i det vesentlige medfører ”inngrep” i forhold til hva tilfellet er på eksempelvis strafferettens og skatterettens områder.

Skatterettens karakteristika er presentert foran under pkt. 2.3. Som nevnt bærer skatteretten gjennom å oppstille en ”plikt” overfor borgerne til å svare skatt, et klart preg av *vertikal myndighetsutøvelse*. Like fullt er ikke myndighetsutøvelsen utelukkende *vertikal*, ettersom skatteplikten også bidrar til det offentliges drift av samfunnet. Skatteplikten er dermed hovedsakelig motivert av en felles *nytteverdi*, både hva gjelder det offentliges ønske og behov for å finansiere et velfungerende samfunn, og tilsvarende borgernes forutsatte ønske om å være en del av et slikt samfunn.⁵⁶

Strafferetten er på sin side motivert av en tilsvarende *nytteverdi*, om enn med en noe annerledes vinkling. Riktignok vil samfunnet kunne sies å ha *nytte* av at straffebudene fastsetter grensene mot kriminelle handlinger, og at kriminelle risikerer å måtte straffes for overtredelsene. Følgelig kan strafferetten sies å *medføre* nytte for samfunnet, i kraft av å benytte trusselen om straff som *styringsmiddel*, men hovedmotivasjonen ligger da i *styringsmomentet* – ikke i selve *nytteverdien*. Strafferettens *styring* skjer i form av straffebud som påvirker borgerne ved å pålegge dem begrensninger for deres handlinger, fysiske integritet og selvråderett. Myndighetsutøvelsen er følgelig utelukkende *vertikal*. Dette alene tilsier at legalitetsprinsippet må tillegges ”fundamental betydelse” på strafferettens område.⁵⁷

⁵² Se Auglend et al., s. 57

⁵³ Jf. drøftelsen i pkt. 2.3

⁵⁴ Pl. § 6, 4. ledd

⁵⁵ Jf. Boucht, s. 59, hvor dette synes også å være utgangspunktet. I hans fremstilling begrunnes dette med at det i ”alla tre rättsområdena är det fråga om utövande offentlig makt i egentlig mening”. Til sammenligning tas det i *Politirett* (Auglend et al.) ikke eksplisitt stilling til dette faktum. I stedet synes det her å legges til grunn et *forvaltningsrettslig legalitetsprinsipp*, og forholdet til øvrige offentlige områder hvor det er spørsmål om ”utövande offentlig makt” tas ikke i betraktning (s. 398-400).

⁵⁶ Jf. Boucht, s. 60, om ”förmögenhetsvärden”.

⁵⁷ Jf. Boucht, s. 60

Politiretten som rettsområde og den polisiære myndighetsutøvelse, vil i likhet med skatteretten i utgangspunktet bære preg av å være ”vertikal”. Like fullt må dette begrepet modifieres noe, også i polisiær sammenheng. Å karakterisere *all* polisiær myndighetsutøvelse som ”vertikal” vil være for strengt; Politiet plikter også å yte bistand⁵⁸, for eksempel i redningssituasjoner ”der menneskers liv eller helse er truet”, jf. pl. § 27 første ledd. Denne formen for myndighetsutøvelse er utelukkende til gunst for den eller dem redningsaksjonen tar sikte på å bistå, og myndighetsutøvelsen vil dermed være alt annet enn ”vertikal”.

Likevel vil et flertall av politiets kompetanseregler, enten de fremgår av politiloven eller straffeprosessloven, gi hjemmel for en myndighetsutøvelse av mer eller mindre ”inngripende” karakter. Dette har sammenheng med at de sentrale deler av politiets myndighetsutøvelse er knyttet til *reaktiv* og *proaktiv* virksomhet. Like fullt må myndighetsutøvelsen i stor grad, og i alle fall i tilknytning til den *reaktive* og *proaktive* virksomhet, sies å bære preg av innskrenkninger i borgernes ”fysiske integritet og selvråderett”. *Styringsmomentet*, slik det er presentert som motivasjon for strafferetten, må tilsvarende legges til grunn som motivasjon for store deler av den myndighetsutøvelse politiet er gitt hjemmel til å utøve.⁵⁹

De ”inngrep” som følger av den offentlige myndighetsutøvelsen på skatterettens og strafferettens områder, er ansett å være av en karakter som reiser krav til hjemmel i lovtekst. Basert på drøftelsen over, må det være forsvarlig å anse politiretten og den myndighetsutøvelse som følger av den, som tilsvarende ”inngripende” overfor borgerne. Dette gjelder i særlig grad for ”inngrep” som følger av politiets *reaktive* og *proaktive* virksomhet; politiet har som nevnt adgang til å benytte fysisk makt i sin myndighetsutøvelse. I slike tilfeller vil myndighetsutøvelsens karakter bygge på en motivasjon som i stor grad sammenfaller med, i ytterste konsekvens går lenger enn, myndighetsutøvelse i strafferettslig forstand.

En rekonstruksjon av et politirettslig legalitetsprinsipp må, i kraft av politiets vidtfavnende adganger til å gjennomføre ”inngrep” overfor borgerne, oppstille et *formelt* krav til ”hjemmel i lov” for polisiær myndighetsutøvelse, jf. *lex scripta*-kravet. Det er allerede nevnt at politiloven er å anse som en forvaltningsrettslig spesiallov som inneholder kompetanseregler, saksbehandlingsregler og organisatoriske bestemmelser knyttet til politiets virksomhet og tjenesteutøvelse. Loven inneholder etter dette alle forvaltningsrettslige bestemmelser knyttet til politiets kompetanse til å utføre polisiære oppgaver på vegne av myndighetene. Politiloven er på bakgrunn av sin kompetansegivende karakter dermed ansettes å innfri legalitetsprinsippets *lex scripta*-krav.

Det videre spørsmål er imidlertid hvordan de politirettslige hjemmelsgrunnlagene kan sies å oppfylle de *materielle* krav som følger av legalitetsprinsippet, jf. *lex certa*-kravet.⁶⁰

⁵⁸ Pl. § 1 andre ledd, og § 2

⁵⁹ Se Boucht, s. 60-61. Boucht legger til grunn at foruten politiets ”tillstandsreglering och vitessanktioner”, må det kunne legges til grunn at også politiets adgang til ”våldsanvändning” er eksempler på ”vertikal maktutövning som riktar sig mot både den fysiska integriteten och självbestämmanderätten samt förmögenhetsvärden”.

⁶⁰ Jf. pkt. 2.1

2.4.2 Det politirettslige legalitetsprinsippets materielle innhold

Det knytter seg imidlertid problemstillinger i forbindelse med legalitetsprinsippets *materielle* side. I forhold til den forvaltningsrettslige politiloven bærer loves bestemmelser tydelig preg av dens forvaltningsrettslige natur: den kompetanse som loven oppstiller er ikke underlagt tydelige definisjoner og strenge grenser. Politilovens forvaltningsrettslige utforming tilsier dermed at legalitetsprinsippets *lex certa*-krav i liten grad er vektlagt. *Hvilke* midler politiet har til rådighet *i kraft av sin kompetanse* er klart nok. Dette fremgår av blant annet av straffeprosesslovens bestemmelser.⁶¹ Det er imidlertid rekkevidden av den *kompetanse* som oppstilles gjennom politiloven som er problematisk.

Ved politiloven er politiet for eksempel gitt *kompetanse* til å drive *reaktiv* (strafforfølgende) og *proaktiv* (forebyggende) virksomhet.⁶² I denne sammenheng kan politiet benytte seg av ”inngrep” (metoder) slik de følger av den såkalte ”Generalfullmakten”, inntatt i pl. § 7, 10, 11 og 12. Generalfullmakten er i følge tradisjonell lære et uttrykk for ”et politimessig og materielt grunnprinsipp av allmenn karakter”⁶³ som gir politiet myndighet til å iverksette nødvendige og forholdsmessige tiltak av polisier karakter.⁶⁴ De *materielle* rammene for myndighetsutøvelsen, slik de fremkommer av bestemmelsene, er imidlertid vage og lite spesifiserte.

Problemet knyttet til vage *materielle* grenser for ”inngrep” overfor borgerne, kan illustreres ved bruken av politimetoden *tiltaleprovokasjon*. Adgangen til å utføre denne politimetoden må sies å ha sitt utspring fra politiets *kompetanse* til å gjennomføre *reaktive* virksomhet. Verken den gjeldende politiloven eller straffeprosessloven kan imidlertid sies å oppstille klare *materielle* begrensninger for denne typen metodebruk.

Tiltaleprovokasjon tilsier at politiet fremprovoserer bevis for et allerede utført lovbrudd, til bruk i en påfølgende straffesak. Tiltaleprovokasjon som metode er følgelig en *reaktiv* politimetode og utføres under dekke. Forledelsen går dermed ut på at den provokasjonen retter seg mot (lovbryteren) risikerer å avsløre eller tilkjenne informasjon til politiet som en følge av en *villfarelse* vedrørende de faktiske omstendigheter. Tiltaleprovokasjon er regnet for å være den potensielt mest inngripende av provokasjonsmetodene, ettersom metoden griper direkte inn i en annens private sfære, utelukkende med det formål å avdekke forhold som kan lede til *straff*.⁶⁵ Tiltaleprovokasjon må derfor anses å være et ”inngrep” av en slik karakter som reiser krav til ”hjemmel i lov” etter legalitetsprinsippet, og da særlig et *lex certa*-krav knyttet til adgangens *materielle* grenser. All den tid generalfullmakten er lagt til grunn, og akseptert, som hjemmel for metodebruken, vil det imidlertid ikke foreligge klare grenser for bruken av denne typen metodebruk.

Gjeldende rett synes imidlertid å akseptere dette. Poenget er at det *eksisterer* en hjemmel. Som nevnt er medfører en forvaltningsrettslig innfallsvinkel til legalitetsprinsippet at det ”kun er i de tilfeller det aktuelle hjemmelsgrunnlaget ikke kan anses å strekke til, at kravet til hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet aktualiseres”, jf. over i pkt. 2.3. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp synes etter dette i stor grad å gjøre seg gjeldende, også

⁶¹ Jf. Auglend et al., s. 57 og over i pkt. 2.4.1

⁶² Jf. pl. §§ 1 og 2

⁶³ Auglend et al., s. 401

⁶⁴ Se pkt. 3.4.3

⁶⁵ Jf. pkt. 3.7.1

på politirettens område. En rekonstruksjon av et politirettslig legalitetsprinsipp, slik det er lagt til grunn i Norge, synes dermed i liten grad å skille seg fra forvaltningsrettens innfallsvinkel.

2.4.3 Komparativt utsyn: Det finske eksempelet

Den finske *polislagen*⁶⁶ har som siktemål å regulere *all* politisær kompetanse, både *formelt* og *materielt*. Loven er dermed ment å være uttømmende med tanke på både kompetansespørsmål og de rettslige grensene for den polisiære myndighetsutøvelsen. Polislagen oppstiller dermed politimannens kompetanse *lex scripta*. Hvilke *tvangsmidler* ("inngrep") politimannen kan benytte seg av, og i hvilken utstrekning disse tvangsmidlene kan benyttes, følger uttømmende bestemmelser i *tvångsmedelslagen*.⁶⁷ Resultatet er en nøye regulert adgang for politisær myndighetsbruk; politimannen *kan ikke* utøve noen form for myndighetsbruk annet enn den som fremkommer eksplisitt ved lov.

Eksempelet (*tiltale*)provokasjon er illustrerende for den finske ordningen. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene til en ny revidert *polislag*⁶⁸ og *tvångsmedelslag*.⁶⁹ Av Regeringens lovforslag følger en regulering av adgangen til å benytte provokasjon som en del av de "*hemliga tvångsmedel*" inntatt i *tvångsmedelslagen*, og en "*befogenhetsbestämmelse*" (kompetanseregulering) i *polislagen* som tillater provokasjon som en del av de "*hemliga metoder*".⁷⁰ Begrunnelsen for å regulere kompetansebestemmelsen og det *materielle* hjemmelsgrunnlaget for provokasjonen i to ulike lover, er at bruken av tvangsmidler er ansett å være underlagt andre krav enn de mer forvaltningsrettslige kompetansegrunnlagene. Regeringen viser i denne sammenheng til den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) praksis, og uttaler at "När hemliga tvångsmedel innebär intrång i de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna måste förutsättningarna för att använda dem och användningssätten anges speciellt exakt i lag".⁷¹

Det finske eksempelet viser dermed at legalitetsprinsippet i forbindelse med politiretten er tillagt vesentlig betydning. Viktige hensyn til grunn for den finske politiretten og rettsområdets forhold til legalitetsprinsippet, er følgelig for det første at *kompetansen* eksplisitt må fremgå av lov (*lex scripta*-kravet). For det andre må *forutsetningene* for politiets utøvelse av sin kompetanse eksplisitt fremgå av lov (*lex certa*-kravet).

Finsk politirett synes dermed å basere seg på et strengere politirettslig legalitetsprinsipp, enn hva som etter den ovenstående drøftelsen synes å være tilfellet i Norge.

⁶⁶ Polislagen av 1. oktober 1995 (493/1995)

⁶⁷ Tvångsmedelslagen av 30. april 1987 (450/1987)

⁶⁸ RP 224-2010 rd

⁶⁹ RP 222-2010 rd

⁷⁰ RP 224-2010 rd, s. 92 andre spalte

⁷¹ RP 222-2010 rd s. 117-118

3. Hjemmelsgrunnlag for polisiær myndighetsutøvelse etter gjeldende rett

3.1 Innledning

I det følgende vil den *materielle* siden av fremstillingens problemstilling søkes besvart: I hvilken grad kan hjemmelsgrunnlagene for polisiær myndighetsutøvelse etter gjeldende rett sies å samsvare med legalitetsprinsippet?

Utgangspunktet i norsk rett er som nevnt at all offentlig myndighetsutøvelse overfor borgerne krever ”hjemmel i lov”.⁷² På forvaltningsrettens område er imidlertid ikke dette lovkravet tillagt en like streng betydning som hva tilfellet er på øvrige rettsområder hvor offentlig myndighetsutøvelse er aktuelt⁷³: det er lagt til grunn at det kun er i tilfeller hvor det aktuelle hjemmelsgrunnlaget ikke kan sies å strekke til, at ”hjemmel i lov” er nødvendig.⁷⁴

Den videre fremstillingen tar sikte på å presentere ulike hjemmelsgrunnlag av betydning for politiretten. De alminnelige forvaltningsrettslige hjemmelsgrunnlag må for det første tas i betraktning. Disse hjemmelsgrunnlagene vil få betydning i direkte relasjon til *politiloven*, i kraft av dens forvaltningsrettslige karakter.

I det følgende vil det derfor for det første kort vises til fremveksten av dagens forvaltningsrett. Siktemålet er å belyse utgangspunktet om at all offentlig myndighetsutøvelse må skje på bakgrunn av en materiell kompetanse. Den historiske utviklingen har ført til nye utfordringer i forhold til dette utgangspunktet, hva gjelder lovgivningsteknikk og fastsetting av materiell kompetanse ved lov. For det andre vil det deretter kort presenteres ulovfestede hjemmelsgrunnlag av betydning for forvaltningen, og som dermed også kan tenkes å få anvendelse overfor politiet.

Det er på det rene at politiet i kraft av sin myndighet som statlig ordensmakt er å anse som et forvaltningsrettslig ”organ”. Imidlertid har politiretten også en straffeprosessuell side. Det er den straffeprosessuelle delen av politiretten som må anses å være den sentrale delen, hva angår hjemmelen for politiets metodebruk. Følgelig må politiets *reaktive* og *proaktive* virksomhet i utgangspunktet søke sitt hjemmelsgrunnlag her.

3.2 Hjemmelsgrunnlagene i forvaltningsretten

3.2.1 Innledning

Utgangspunktet i norsk rett har alltid vært at forvaltningens inngrep i den private sfære krever uttrykkelig hjemmel i lov. Innen forvaltningsretten innebærer ikke legalitetsprinsippet et uforbeholdent krav om at lovhjemmelen må fremgå av selve loven. Juridisk teori legger til grunn at det som utgangspunkt er tilstrekkelig at ”loven *eller* bestemmelser gitt i medhold av

⁷² Jf. pkt. 2.1

⁷³ Jf. pkt. 2.3

⁷⁴ Jf. Eckhoff et al., s. 328. Jf. også over i pkt. 2.3

den”⁷⁵ vil oppfylle lovkravet i legalitetsprinsippet. Samtidig poengteres det at EMK kan medføre et strengere krav til ”lov” enn dette. Lovkravet etter EMK vil drøftes nærmere under pkt. 2.1. Som et eksempel på forvaltningens adgang til selv å fastsette rettigheter eller forpliktelser⁷⁶ ”i medhold” av lov, vises det til bestemmelser om forskrifter, jf. fvl. Kap. VIII.

Fvl. § 38 oppstiller som hovedregel at en forskrift skal ”inneholde en uttrykkelig henvisning til den eller de bestemmelser som gir forvaltningsorganet hjemmel til å utferdige forskriften”, jf. bokstav a. Videre følger det av § 40 at en forskrift har deklarasjonsrang, idet den ikke kan fravikes ”med mindre forskriften eller vedkommende hjemmelslov” åpner for dette.

Hvilke krav som må stilles til hjemmelsgrunnlaget for at legalitetsprinsippet skal anses tilfredsstillt, beror på inngrepets karakter. Dette gjelder uavhengig av om hjemmelsgrunnlaget er av ulovfestet eller lovfestet karakter, men utgangspunktet er at hjemmel i lov er påkrevd i de tilfeller hvor annet grunnlag ikke strekker til.

3.2.2 Ulovfestede hjemmelsgrunnlag

Det er lagt til grunn at det for avgjørelser ”på statens eget rettsområde” ikke trengs en egen lov for instruksjon av underordnede personer eller organer.⁷⁷ Dette grunner i forvaltningens *organisasjons- og instruksjonsmyndighet*. Hensynet er utvilsomt å effektivisere forvaltningens organisasjon og daglige virke. Imidlertid kan organisasjons- og instruksjonsmyndigheten ikke påberopes overfor private. Tilsvarende kan ikke staten benytte seg av denne myndigheten overfor kommuner og uavhengige statsorganer.⁷⁸ En tilstrekkelig hjemmel for kompetanse i slike tilfeller, må søkes i lov.⁷⁹

Forvaltningen kan også søke kompetanse i kraft av det offentlige ”private autonomi”. I dette ligger en selvstendig råderett over eget eie, som for eksempel eiendom, samt adgangen til å binde seg ved avtale. Som eksempel nevnes en kommune som ønsker å leie ut et skolelokale utenom skoletiden. I slike tilfeller vil reglene som vedrører utleieavtalen være de samme for forvaltningen som for private.⁸⁰

Det finnes naturlig nok likevel grenser for hva som kan begrunnes i den ”private autonomi”. Enkelte regler knyttet til selve *eierrådigheten* gjelder uavhengig av om det er forvaltningen eller private som søker hjemmel, eksempelvis i naboloven.

Naboloven (grannelova)⁸¹ § 2 første ledd uttrykker klart at det ikke er av betydning hvem som er i eie av den aktuelle eiendom. Bestemmelsens ordlyd fastslår at ”Ingen må ha, gjera eller setja i verk noko som urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe på granneeigedom” (min kursivering). Forarbeidene gir heller ikke noe grunnlag for å skille mellom de rene private tilfellene, og tilfellene hvor forvaltningen er involvert.

⁷⁵ Eckhoff et al., *Forvaltningsrett*, s. 325

⁷⁶ Jf. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl.) § 2, første ledd, bokstav c

⁷⁷ Se Eckhoff et al., s. 327, jf. Andenæs, *Statsforfatningen*, s. 167

⁷⁸ For kommuner, se lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 28. august 1992 nr. 103.

⁷⁹ Eckhoff et al., s. 333 flg.

⁸⁰ Eckhoff et al., s. 327

⁸¹ Lov av 16. juni 1961 nr. 15

Også *adgangen* til å benytte *nødrett* er akseptert som hjemmel for offentlig myndighetsutøvelse. Nødrettsbestemmelsen i er i seg selv lovfestet og fremgår av strl. § 47, mens det offentliges *mulighet* til å påberope seg denne retten ikke er eksplisitt inntatt i lov. Selv om bestemmelsen ikke direkte gir noen hjemmel for det offentliges myndighetsutøvelse, er det akseptert i rettspraksis at ”forvaltningen uten lovhjemmel kan treffe beslutning om redningsaksjoner etter analogi derfra”.⁸² Uansett gjelder bestemmelsens vilkår om at det må foreligge en ”uafvendelig fare”, og at handlingen må være forholdsmessig.

Nødrett som hjemmel for myndighetsutøvelse synes å være lite egnet i det daglige. Det karakteristiske ved nødrett er at det aktualiseres ved akutte tilfeller hvor avgjørelser må fattes forholdsvis raskt. Eksempelet over om redningsaksjoner, er illustrerende.

Den her opplistede og noe overflatiske gjennomgang av mulige ulovfestede hjemmelsgrunnlag er på ingen måte uttømmende. Forvaltningen kan tenkes å ha hjemmel for sin myndighetsutøvelse på annet ulovfestet grunnlag. Felles for alle de ulovfestede hjemmelsgrunnlagene er imidlertid at lovkravet aktualiseres når den aktuelle myndighetsutøvelsen må sies å gå ut over den rekkevidde hjemmelsgrunnlaget kan sies å oppstille.⁸³

De ulovfestede hjemmelsgrunnlagene vil tas i nærmere øyesyn nedenfor under pkt. 2.4, da i nærmere relasjon til politiretten.

3.2.3 Lovbundet og diskresjonær kompetanse

Når det gjelder selve utformingen av forvaltningsrettslige kompetanseregler, har disse tradisjonelt sett hatt form av såkalte ”skal”-regler. Denne typen bestemmelser innebærer at dersom de angitte forhold foreligger, så *skal* forvaltningen gjennomføre de tiltak som følger av dette. Et kort og enkelt eksempel på en ”skal”-regel finnes i fvl. § 11 a, under kapitlet vedrørende forvaltningens ansvar i forbindelse med saksbehandling:

”Forvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold.”

Bestemmelsen oppstiller gjennom sin ordlyd for det første en lovfestet plikt for det vedkommende forvaltningsorgan til å sette seg inn i sakens dokumenter. For det andre plikter organet å fatte en avgjørelse basert på det foreliggende faktum. Ordlyden ”ugrunnet” sikter til en rettssikkerhetsgaranti, idet saksbehandlingen ikke må ta lenger tid enn hva som må anses forsvarlig ut fra det konkrete tilfellet.⁸⁴

Utviklingen med stadig flere ansvarsoppgaver, og dertil stadig større saksmengde, har bidratt til at man i dag i større utstrekning utformer de kompetansereglene som ”kan”-regler, såkalt diskresjonær kompetanse. I motsetning til regler som pålegger forvaltningsorganene å handle, åpner de diskresjonære kompetansereglene for at forvaltningen i større grad kan se hen til

⁸² Eckhoff et al., s. 328

⁸³ At lovkravet først aktualiseres når det aktuelle hjemmelsgrunnlagets rekkevidde overskrides, følger av en såkalt *negativ* tolkning av legalitetsprinsippet. Se i denne retning Eckhoff et al., s. 328.

⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 78 (1993-1994), s. 59

eventuelle særlige hensyn som måtte kunne gjøres gjeldende i den enkelte sak. Man sier derfor at flere saker nå enn tidligere, kan avgjøres på bakgrunn av forvaltningens skjønn.

Diskresjonære kompetanseregler kan imidlertid ikke utformes på en slik måte at man risikerer at rettssikkerhetsgarantien vil svekkes. Et eksempel på en "kan"-regel som også ivaretar den andre parts rettssikkerhet følger av fvl. § 35 bokstav a:

*"Et forvaltningsorgan kan omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget dersom
a) endringen ikke er til skade fro noen som vedtaket retter seg mot eller direkte
tilgodeser"*

Det er viktig å påpeke at det innen forvaltningsretten ikke eksisterer noen generell overgang fra lovbundet til diskresjonær kompetanse. Hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet veier stadig tungt, særlig innen særlige forvaltningsrettslige områder som skatterett (se nedenfor) og trygderett. Dette er rettsområder hvor det eksisterer klare regler, og hvor forvaltningens adgang til å benytte seg av skjønn er svært begrenset.⁸⁵

3.3 Politiet som en del av forvaltningen

Politi-loven av 1995 er den nå gjeldende lov, og den siste av en rekke norske politi-lover. I Politi-loven av 1927 ble for første gang ansvars- og funksjonsdelingen innen politiet lovfestet. Senere, i 1937, ble loven revidert til å inneholde bestemmelser om politiet som statens ansvar. På dette tidspunkt var imidlertid ikke politiets materielle kompetanse i særlig fokus.

Behovet for en materiell politi-lov var likevel stadig gjenstand for debatt. Politi-rolleutvalget debatterte i *NOU 1981 nr. 35 en materiell politi-lov* som "en lov som regulerer politiets metoder og fremgangsmåter og som fastsetter klarere grenser for dets kompetanse enn man har i dag". Til dette ble det videre uttalt at: "I prinsippet bør man ha en slik lov, men i mange tilfelle vil man måtte formulere standarder, som kanskje ikke vil gi så stor veiledning i praksis".⁸⁶ Utvalget anbefalte uansett å vurdere en materiell politi-lov nærmere.

Vedrørende forholdet mellom *lovbundet* og *diskresjonær* kompetanse, uttalte Politi-rolleutvalget følgende:

"Vi stiller oss skeptiske til å regulere politiets anvendelse av diskresjonært skjønn".

Politi-rolleutvalget inntok med dette en holdning som tilsa et ønske, kanskje til og med et behov, for en materiell politi-lov. Samtidig ble det imidlertid ettertrykkelig uttalt at det *ikke* var ønskelig med en politi-lov som i særlig utstrekning ville lovfeste politiets materielle kompetanse, til tross for at utvalget selv anerkjente dette som prinsipielt riktig.

Ved vedtakelsen av 1995-loven var derfor lovgivers overordnede mål at loven skulle regulere alle sentrale politispørsmål. Dette inkluderte spørsmål av administrativ, materiellrettslig og organisatorisk art.⁸⁷ Dette ble også ansett for å samsvare med rettssikkerhetshensyn, særlig

⁸⁵ Se Innjord, s. 723 flg.

⁸⁶ NOU 1981 nr. 35, s. 84

⁸⁷ Auglend et al., s. 56

hensynet til legalitetsprinsippet, ettersom det ble oppfattet som uheldig at sentrale kompetansegivende regler vedrørende politiets arbeid fremgikk av sedvanerett, snarere enn lovtekst. Lovgiver valgte dermed å markere politirettens særpreg ytterligere, herunder respekten for legalitetsprinsippet, ved å la politiloven skille seg klart fra den alminnelige forvaltningsretten, hvor flere sentrale kompetansegrunnlag ikke er kodifisert ved lovgivning, jf. over under pkt. 3.2.2.

Politiloven av 1995 innebar likevel ingen direkte utvidelse av politiets *materielle* kompetanse. Politirolleutvalgets innstilling fra 1981 ble heller ikke utfordret i særlig grad, ettersom loven kun innebar en ”formalisering, samling, klargjøring og presisering av gjeldende rett”.⁸⁸ Lovens Kap. II, som inneholder bestemmelser vedrørende politiets utførelse av tjenesten, tillegger politiet stor grad av diskresjonær kompetanse, men unnlater å sette strenge føringer for den generelle utførelsen av tjenesten.⁸⁹

Med tanke på politiets *reaktive* (strafforfølgende) virksomhet, medførte ikke 1995-loven noen endringer. Politiloven slår i § 2, nr. 3, fast at politiet skal ”avdekke og stanse kriminell virksomhet og forfølge straffbare forhold i samsvar med regler gitt i eller i medhold av lov”. Politiets kompetanse som etterforskningsmyndighet følger tilsvarende av strpl. § 225, som slår fast at ”Etterforskning iverksettes og utføres av politiet”, noe som illustrerer politirettens straffeprosessuelle side.

Ikke alle hjemmelsgrunnlag vil være aktuelle i de ulike aspekter av politivirksomheten. Dette beror i hovedsak på skillet mellom den *reaktive* og *proaktive* politivirksomhet. Hvorvidt hjemmelsgrunnlaget kan anses å kunne tjene som hjemmel for den ene eller den andre formen for virksomhet, vil bero på inngrepets karakter.

Reaktiv og proaktiv politivirksomhet er fastsatt som to av politiets grunnleggende ”ansvar og mål”, jf. pl. § 1 andre ledd. I tillegg oppstilles den hjelpende virksomhet som et tredje punkt.⁹⁰ Stortinget har gjentatte ganger gitt uttrykk for at det er den reaktive og den proaktive virksomhet som må regnes for å være de mest sentrale i politiets hovedstrategi.⁹¹

3.4 Forvaltningsrettslige hjemmelsgrunnlag for politiets metoder

3.4.1 Innledning

Med tanke på hjemmelsgrunnlag for myndighetsøvelsen, er politiet som forvaltningsorgan i en særstilling. I kraft av å være et organ som utfører polisiære oppgaver, kan politiets virksomhet gi seg utslag i særdeles ”inngripende” metodebruk. Politiets adgang til å bruke *fysisk makt* er allerede påpekt⁹², *tiltaleprovokasjon* er et annet eksempel.⁹³

⁸⁸ Auglend et al., s. 57

⁸⁹ Om diskresjonær kompetanse, se pkt. 3.2.3

⁹⁰ Auglend et al., s. 198

⁹¹ Auglend et al., s. 197. Se også St.meld. nr. 42 (2004-2005), pkt. 6.2.2, hvor det innledes med at ”Forebygging og bekjempelse av kriminalitet skal være et høyt prioritert virksomhetsområde for politiet”.

⁹² Jf. over i pkt. 2.4.1

⁹³ Jf. pkt. 2.4.2 og 3.7.1

Det grunnleggende kravet til hjemmel i lov for politiets kompetanse er dermed reist allerede i forbindelse med det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet og *lex scripta*-kravet. Kravet til hjemmel i lov underbygges ytterligere ved at politiet gjennom sin fremferd og daglige tjenesteutøvelse er avhengig av nær (og god) kontakt med allmennheten. Dersom politiet og deres metodebruk ikke synes tilstrekkelig forankret i en juridisk akseptert kilde, vil naturlig nok tilliten til politiet og deres handlinger svekkes tilsvarende.

I sin doktoravhandling Polisiär våldsanvändning, påpeker Johan Boucht politiets særstilling som forvaltningsorgan. Boucht trekker frem politiets spesielle adgang til "ingripanden i enskildas intressen och individualsfärer", og synes videre å legge til grunn at behovet for etterprøvable hjemmel for politiets handlinger er en naturlig følge av "de förväntningar på rättsskydd som enskilda bör kunna ställa i en demokratisk rättsstat".⁹⁴

I likhet med forvaltningen for øvrig, kan politiet etter gjeldende rett søke hjemmel for sin myndighetsutøvelse i ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper, jf. over i pkt. 2.2. Av ulovfestede prinsipper med relevans for politiet, nevnes organisasjons- og instruksjonsmyndigheten og de ulovfestede prinsipper om den alminnelige handlefrihet. Også adgangen til å påberope seg nødrett som hjemmel, samt samtykke er lagt til grunn som et mulig hjemmelsgrunnlag, noe som vil drøftes i det følgende. Innholdet i, og grensene for, disse hjemmelsgrunnlagene må fastsettes på samme måte som tilfellet er innen den alminnelige forvaltningsretten.

3.4.2 De ulovfestede hjemmelsgrunnlagene

At politiet internt har adgang til å benytte seg av *organisasjons- og instruksjonsmyndighet*, er utvilsomt. Politiet er organisert hierarkisk, og en slik myndighet fremstår dermed som en naturlig følge av den interne rangordningen.⁹⁵ Tilsvarende forvaltningsretten for øvrig, kan imidlertid ikke organisasjons- og instruksjonsmyndigheten påberopes overfor private. Selv om et etterforskningsskritt er *beordret* utført i kraft av organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, vil ikke dette gjøres gjeldende som hjemmel overfor den person myndighetsutøvelsen rettes mot.

En handling i kraft av *den alminnelige handlefrihet* er en handling den enkelte borger fritt kan utføre, uten å måtte risikere straff for det. I relasjon til politimetoder vil dette typisk være handlinger som spaning og, (til en viss grad) infiltrasjon.

Passiv, visuell observasjon er selvsagt ikke noe den enkelte krever hjemmel i lov for å kunne gjøre, selv ikke dersom hensikten er å avdekke noe man egentlig ikke er ment å observere. Det samme gjelder i utgangspunktet for infiltrasjon. Det er åpenbart ikke straffbart å blande seg med en folkemengde og lytte til andres samtaler, selv om man ikke kjenner dem man omgir seg med. Infiltrasjon som *politimetode*, utført som et ledd i *proaktiv* eller *reaktiv* politivirksomhet, kan imidlertid stille seg noe annerledes. Dette vil kunne tenkes å ligge utenfor hva det etter en naturlig ordlydforståelse vil være aktuelt å søke hjemmel for i kraft av

⁹⁴ Boucht, s. 19

⁹⁵ Se pl. §§ 15 og 16

den alminnelige handlefrihet. Poenget er at infiltrasjon i seg selv ikke kan karakteriseres som *myndighetsutøvelse*, mens dette spørsmålet må tenkes å stille seg annerledes så snart infiltrasjonssituasjonen er initiert som et ledd i polisiær virksomhet.

Politiet kan i likhet med forvaltningen for øvrig, gitt adgang til å påberope seg *nødrett* som hjemmel for sin myndighetsutøvelse.⁹⁶ Etter definisjonen av *nødrett*, vil en inngripen være straffri dersom verdien av den aktuelle interessen klart overstiger verdien av det inngrep avvergingshandlingen medfører. Poliitiets *adgang* til å påberope seg *nødrett* som hjemmel for metodebruk er akseptert i norsk rett. Imidlertid reises det en rekke strenge krav og vilkår for at en handling skal kunne hjemles i *nødrett*.⁹⁷

Påberopelse av *nødrett* som hjemmel for *reaktiv* politivirksomhet synes imidlertid å være utilstrekkelig. Hovedvilkåret i *nødrettsbestemmelsen* er at faren er ”uafvendelig”⁹⁸, altså at den er akutt og prekær. Dette vilkåret kan vanskelig være oppfylt i etterforskningstilfeller, ettersom hovedtrekket med reaktiv politivirksomhet er at den iverksettes i *etterkant* av en krenkelse.

Som et siste ulovfestet hjemmelsgrunnlag, kan politiet i enkelte tilfeller støtte seg til et *samtykke*. Synspunktet om at den som samtykker ikke kan påberope seg å være utsatt for et inngrep, stammer fra romerretten og læresetningen ”*volenti non fit injuria*” (”den som samtykker lider ingen urett”). Samtykke som hjemmelsgrunnlag er typisk aktuelt i forbindelse med kroppsvisitasjon og undersøkelser av bil eller hus.⁹⁹

Samtykke som hjemmelsgrunnlag for poliitiets metoder er imidlertid omdiskutert i juridisk teori. I *NOU 2004 nr. 6*, fremhever politirolleutvalget *Andenæs II 2000*, og siterer¹⁰⁰:

”Det er i slike tilfeller så som så med frivilligheten. Personen står ansikt til ansikt med en representant for statsmakten. Han vil gjerne tro at om han sier nei, vil inngrepet likevel bli foretatt, og han vil naturlig tenke at det vil skape et inntrykk av at han har noe å skjule om han nekter.”

I forlengelsen av dette hevdes det at dersom et samtykke til en polisiær inngripen kan tilsidesette et ellers gjeldende krav til hjemmel i lov, vil den enkeltes rettsvern kunne bli betydelig svekket. Dette er en uttalelse som det vanskelig kan argumenteres mot.

3.4.3 ”Generalfullmakten” – Politiloven §§ 7, 10, 11 og 12

I den Preussische Landrecht fra 1794, kommer det som gjerne omtales som ”generalfullmakten” for første gang til uttrykk¹⁰¹:

⁹⁶ Jf. over i pkt. 3.2.2

⁹⁷ Se *NOU 2004: 6*, s. 46. For øvrig om ”nödvärnssituationen”, se Boucht, s. 299.

⁹⁸ Jf. strl. § 47

⁹⁹ *NOU 2004: 6*, s. 47 første spalte, øverst

¹⁰⁰ *NOU 2004: 6*, s. 47

”Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem publico zu treffen, ist das amt der Polizei”.

De prinsipper fullmakten gir uttrykk for, er i dag kodifisert i politiloven av 1995, §§ 7, 10, 11 og 12. Som følge av kodifiseringen er det i dag lagt til grunn at generalfullmakten i seg selv ikke lenger kan danne et selvstendig kompetansegrunnlag.¹⁰²

Bestemmelsene i politiloven gir politiet kompetanse til å benytte visse tiltak i utførelsen av tjenesten. En presisering av hvilke tiltak det er snakk om, og hva disse innebærer, fremgår imidlertid ikke. Politirulleutvalget fremhever i *NOU 2004 nr. 6* s. 44, at det med tanke på legalitetsprinsippet også er en svakhet at ”oppregningene av tiltakene i politiloven § 7 andre ledd tilsynelatende ikke er ment å være uttømmende”.¹⁰³

Utvalget tar ikke ytterligere stilling til hvor grensene for politiets tiltak etter pl. § 7 må sies å gå. Imidlertid nevnes Innst. S. nr. 240 (1996-97) s. 31, hvor det kom frem at eksempelvis ”et så inngripende tiltak som telefonavlytting” ville være avhengig av ”klar hjemmel i formell lov” for å være i samsvar med legalitetsprinsippet.¹⁰⁴

Generalfullmakten slik den er inntatt i politilovens bestemmelser, oppstiller dermed *kompetanse* for politiet til å benytte visse virkemidler i tilknytning til den polisære myndighetsutøvelsen. Hvilke virkemidler som eksplisitt er ment å følge av denne kompetansen er imidlertid uklart. Det kan nok hevdes at denne tilnærmingen var tilsiktet, idet politiets bruk av metodebruk stadig er i utvikling og nye metoder tas i bruk. Kodifiseringen av generalfullmakten fremstår dermed som en tidløs lovfesting av et grunnleggende, politirettslig hjemmelsgrunnlag, som ikke er til hinder for en tjenesteutførelse i tråd med tidens ånd. Det kan nok argumenteres for at loven i så tilfelle også ville vært mindre fleksibel og ville stått i fare for å bli utdatert etter hvert som samfunnsbildet utviklet seg, med mindre lovgiver aktivt fulgte opp denne utviklingen gjennom revisjon.

Imidlertid kan den uklare rekkevidden av bestemmelsene reise tvil om hvorvidt bestemmelsene i §§ 7, 10, 11 og 12 kan kunne tjene som *hjemmel* for *alle* ”inngrep” i kraft av polisier myndighetsutøvelse. Gjennom å uttrykke en kodifikasjon av generalfullmakten synes de nevnte bestemmelser for eksempel i hovedsak å være egnet som hjemmelsgrunnlag for politiets *proaktive* virksomhet.

¹⁰¹ Jf. NOU 2004: 6, pkt. 5.4.2

¹⁰² Auglend et al., s. 402

¹⁰³ I sin oppstilling over metoder politiet kan ta i bruk for å opprettholde ”den offentlige ro og orden mv.”, bruker bestemmelsen i pl § 7 andre ledd ordlyden ”blant annet”.

¹⁰⁴ Bestemmelser om adgangen til å drive telefonavlytting (og ”annen kontroll med kommunikasjonsanlegg”) er i dag inntatt i strpl. § 216a, en bestemmelse som sist ble endret i 2005 (I kraft fra 5. august samme år).

3.5 Straffeprosessloven

Straffeprosessloven er som nevnt fortsatt ment å regulere politiets *reaktive* virksomhet.¹⁰⁵ All den tid straffeprosessretten omhandler nettopp ”Saker om straff”¹⁰⁶, vil nærheten til den alminnelige oppfatningen av legalitetsprinsippet være åpenbar.

Politiretten og straffeprosessretten henger sammen gjennom politiets rolle som strafforfølgingsorgan på vegne av statsmakten. Etter det som er nevnt over, vil følgelig straffeprosessloven oppstille hjemmelsgrunnlagene for politiets *reaktive* metoder, først og fremst *tvangsmidlene*.

Straffeprosessloven er ikke bare en lov med relevans for politiet og politiretten. Lovens tittel viser at den omhandler alle aspekter vedrørende ”rettergangsmåten i straffesaker”. Lovens bestemmelser utfyller politiets strafforfølgende kompetanse etter politiloven. Med dette understreker lovgiver at det for det første bare er politiet som innehar en strafforfølgende kompetanse. I tillegg oppstiller straffeprosessloven hvilke tvangsmidler politiet har adgang til å benytte i sin virksomhet. Konsekvensen at denne adgangen er å anse som en *straffeprosessuell* adgang, noe som medfører en annen innfallsvinkel til legalitetsprinsippet enn hva som er tilfelle i forvaltningsretten.¹⁰⁷

Straffeprosesslovens Fjerde del opplyser hvilke tvangsmidler politiet har til sin rådighet under strafforfølgningen. Dette omfatter pågrep og fengsling (Kap. 14), ransaking (Kap. 15), skjult fjernsynsovervåkning og teknisk sporing (Kap. 15a), båndlegging av formuesgoder (Kap. 15b), beslag og utleveringspålegg (Kap. 16), kommunikasjonskontroll (Kap. 16a), avlytting av samtaler ved tekniske midler (Kap. 16b), heftelse og forvaltning av den siktedes formue (Kap. 17), samt besøksforbud og lignende (Kap. 17a). I tillegg er det inntatt en egen bestemmelse vedrørende adgangen til å benytte tvangsmidler for å avverge alvorlig kriminalitet (Kap. 17b, § 222d).

Formålet med denne opplistingen er å illustrere det mangfold av tvangsmidler politiet kan benytte i forbindelse med strafforfølgningen, med hjemmel i straffeprosessloven. Loven har da også blitt endret en rekke ganger, nettopp for å holde følge med både den teknologiske og kriminelle utviklingen i samfunnet.¹⁰⁸

3.6 Subsumsjon: Forholdet til legalitetsprinsippet

Politilovens gjennomgående karakter av å være en *forvaltningsrettslig* lov er tydelig. Ikke bare gjelder dette politilovens utførlige bestemmelser om politiets organisasjon¹⁰⁹ og Politihøgskolen.¹¹⁰ Den forvaltningsrettslige tilnærmingen er også tydelig i forhold til legalitetsprinsippet *lex certa*-krav.

¹⁰⁵ Jf. pkt. 3.3

¹⁰⁶ Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25, § 1

¹⁰⁷ Jf. pkt. 2.1

¹⁰⁸ Se eksempelet over om telefonavlytting under pkt. 3.4.3.

¹⁰⁹ Jf. pl. Kap. III

¹¹⁰ Jf. pl. Kap. IVa.

I et forsøk på å illustrere en ekstrem konsekvens av dette, nevnes at en politimann, med hjemmel i en generell *kompetanse* til å eksempelvis ”forfølge straffbare forhold”¹¹¹, for eksempel kan ”plassere teknisk peileutstyr i klær eller gjenstander den mistenkte bærer på seg”.¹¹²

Det krav til hjemmelens *tydelighet* som det materielle legalitetsprinsippets *lex certa*-krav medfører, kan dermed ikke sies å være tillagt særlig tyngde etter gjeldende rett. Selv om politiloven må anses å være i tråd med det *forvaltningsrettslige* legalitetsprinsipp, kan det settes spørsmålsteget ved hvorvidt de *materielle* krav som her stilles (herunder *lex certa*-kravet) står i forhold til de ”inngrep” de gir kompetanse til.

3.7 Eksempelet provokasjon

3.7.1 Generelt

Da man på slutten av 1970-tallet først tok stilling til provokative politimetoder, benyttet man begrepet ”etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt”.¹¹³ Dette hadde sammenheng med den dagjeldende terminologi: En ”provokasjon” var etter datidens begrepsbruk ulovlig, og det valgte begrepet synliggjorde at denne formen for metodebruk grenset til å gå over til det ulovlige. I dag benyttes imidlertid begrepet provokasjon både om den lovlige og den ulovlige politiprovokasjon.

Slik praksis er i dag, kan politiprovokasjon kun iverksettes etter ordre og på visse vilkår. Grunnvilkåret for adgangen til å benytte provokasjon som metode er fastsatt av Riksadvokaten. Utgangspunktet er at alle tradisjonelle metoder må være utilstrekkelige.¹¹⁴ Dette ble fulgt opp av Høyesterett, som i Rt. 2000 s. 1223 i tillegg uttalte: ”Grunnvilkåret beskrives gjerne slik at politiet ikke må ha fremkalt en forbrytelse som ellers ikke hadde blitt begått”.

Provokasjon som politimethode kan tenkes benyttet både i kraft av politiets *reaktive* og *proaktive* kompetanse. I denne fremstillingen er det særlig den *reaktive* provokasjon som er av interesse, representert ved typetilfellet *tiltaleprovokasjon*.

Tiltaleprovokasjon, eller *bevisprovokasjon*, er det dersom siktemålet er å skaffe til veie bevis som kan brukes i *strafforfølgningen*, typisk som bakgrunn for å reise tiltale. I tilknytning til narkotikakriminalitet vil et godt eksempel her være dersom en polititjenestemann gir seg ut for å være en alminnelig kjøper for å avsløre en langer. For anvendelse av denne typen provokasjon, legges de strengeste krav til grunn for gjennomføringen.

Et annet typetilfelle av provokasjon er såkalt *avvergende* provokasjon.¹¹⁵

¹¹¹ Jf. pl. § 2 nr. 3

¹¹² Jf. strpl. § 202c, første ledd, bokst. b

¹¹³ Se Dorenfeldt, LoR 1978, s. 294

¹¹⁴ Riksadvokatens rundskriv av 1980 og av 26. april 2000 nr. 26

¹¹⁵ Hopsnes deler inn provokasjon som politimethode i to hovedgrupper. *Tiltaleprovokasjon* sammenfaller med *bevisprovokasjon* og benyttes i *reaktivt* henseende. Den andre hovedgruppen omtaler Hopsnes som *avvergende provokasjon*. Dette omfatter de såkalte ”redningsaksjonene”, aksjoner iverksatt for å skaffe tilbake stjålet gods,

De nærmere vilkårene for å kunne benytte provokasjon som metode er ikke like for de ulike typetilfellene. Dette har bakgrunn i hvorvidt provokasjonen er å anse som et ledd i *proaktiv* eller *reaktiv* virksomhet. Grunnvilkåret, slik det fremgår av Riksadvokatens rundskriv og rettspraksis vil i alle tilfelle gjøre seg gjeldende.

Med tanke på provokasjon og veien mot en lovfestet hjemmel for metodebruken, står særlig *NOU 2004 nr. 6* sentralt. Utvalget ble nedsatt først og fremst for å utrede politimetoder brukt ”i forebyggende øyemed”.

Helt siden Riksadvokaten først fastsatte retningslinjene for politiets anvendelse av provokasjon som politimethode, ble dette gjort til tross for mangelen på en *materiell* hjemmel i lov. Riksadvokaten har hele tiden gitt uttrykk for at det er domstolene (Høyesterett) og deres praksis som setter de *materielle* grensene og fastsetter vilkårene for i hvor stor utstrekning metoden kan benyttes.

Utvalget i *NOU 2004 nr. 6* tok imidlertid til orde for en lovfesting av provokasjonsmetoden. Dette var for det første en følge av at den juridiske teori i stadig større grad la til grunn at provokasjon som *etterforskningsmetode* burde ha hjemmel i lov.¹¹⁶ For det andre ble det vektlagt at flere andre europeiske land, blant annet Storbritannia, Finland og Nederland har inntatt bestemmelser om provokasjon i sin lovgivning.¹¹⁷ For det tredje ble det sett hen til lovkravet i EMK Art. 8 (1). Utvalgets flertall anså det som utvilsomt ”at flere av de politimetoder som i dag anvendes uten lovhjemmel, faller inn under den vernede sfære etter EMK art 8 (1), og således krever hjemmel i lov”.¹¹⁸

Likevel uttaler Politirulleutvalget på s. 85:

”Selve provokasjonen vil normalt ikke gripe inn i borgerens rettsfære i særlig grad. Men dersom politiet i tillegg til provokasjonen infiltrerer, vil det kunne oppstå situasjoner der hans rett til et vernet privatliv må sies å være krenket”.

Utvalget synes her å legge til grunn at provokasjon alene likevel i liten grad vil kunne medføre et brudd på art. 8, men at dette stiller seg annerledes dersom politiet infiltrerer i tillegg. Oppstillingen av det som nærmest fremstår som et ”tilleggsvilkår”, synes i liten grad å passe med utvalgets første uttalelse¹¹⁹, og sammenfaller i liten grad med juridisk teori for øvrig, jf. *Hopsnes*.¹²⁰

Etter utvalgets utredning ble det følgende utkast til lov vedrørende provokasjon fremsatt¹²¹:

§222-12 Provokasjon

og ”lokkeutilfellene”, hvor et av de mest brukte eksemplene er dersom en politikvinne i forkledning utplasseres i en park hvor det har vært mange voldtekter. Målet er å unngå å utsette allmennheten for risiko.

¹¹⁶ Av særlig interesse er *Hopsnes* (JV-2003-62)

¹¹⁷ *NOU 2004*: 6 s. 17

¹¹⁸ *NOU 2004*: 6 s. 17 andre spalte

¹¹⁹ *NOU 2004*: 6 s. 17 andre spalte

¹²⁰ *Hopsnes* (s. 122) legger til grunn at en politiprovokasjon alene må anses å være et inngrep ”i en interesse som nyter vern etter EMK artikkel 8”.

¹²¹ *NOU 2004*: 6 s. 279

Politiet kan gjennomføre provokasjon overfor person som det er skjellig grunn til å mistenke forbereder en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i 5 år eller mer, eller som rammes av straffeloven § 204 og våpenloven av 9. juni 1961 § 33. Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning. Når vilkårene ellers er oppfylt, kan det gis tillatelse til metodebruk selv om straff ikke kan idømmes på grunn av bestemmelsene i straffeloven §§ 44 og 46. Politiet kan ved provokasjonen likevel ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.

Dersom formålet kun er å forebygge kriminalitet, å bringe til rette en gjenstand eller å skaffe bevis for en allerede begått straffbar handling, kan politiet likevel fremprovosere en straffbar handling. Det kan ikke reises tiltale for den fremprovoserte handling.

Beslutning om provokasjon skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste. Tillatelse kan bare gis dersom det vil være av vesentlig betydning for å løse saken, og bare når mindre inngripende metoder ikke vil være anvendelige.

Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 2 uker om gangen.

Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.

Justisdepartementet var enig med utvalget i at provokasjon som politimetode burde lovfestes. Imidlertid ble utvalgets utkast til lovbestemmelse ikke tatt til følge. Dette ble begrunnet med at utvalget i kraft av sitt mandat, kun kunne sies å ha tatt til orde for en lovfesting av provokasjonsmetoden som *forebyggende* metode. Departementet uttalte videre at ”det er uheldig å lovfeste politiets adgang til i avvergende øyemed å benytte seg av for eksempel infiltrasjon og provokasjon før spørsmålet om lovfesting er vurdert i forhold til etterforskning av straffbare forhold som allerede er begått”.¹²² Det ble etter dette ansett nødvendig å utrede provokasjonens *reaktive* vinkling ytterligere, og departementet gikk derfor inn for at dette spørsmålet burde utredes av et nytt utvalg.

3.7.2 EMK art. 6 og 8 – Forholdet til provokasjon

Som Politirolleutvalget i *NOU 2004 nr. 6* viser, må norsk rett oppfylle sine forpliktelser i forhold til EMK. I forbindelse med provokasjonsspørsmålet viser utvalget hovedsakelig til EMK art. 8.¹²³

EMK art. 8 lyder:

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettigheten unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

¹²² Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) pkt. 11.2

¹²³ Jf. f.eks. NOU 2004: 6 s. 48. Jf. også pkt. 3.7.1

EMD har ikke tatt eksplisitt stilling til provokasjonsspørsmålet gjennom sin praksis. EMDs holdning til provokasjonsspørsmålet er dermed ikke helt avklart. Spørsmålet har imidlertid blitt berørt i praksis, og det er liten tvil om at en provokasjon fra politiets side særlig vil kunne komme i konflikt med EMK art. 8 og ”retten til respekt for privatliv og familieliv”. Dette synet støttes av norsk juridisk teori, blant annet i *NOU 2004 nr. 6*, hvor utvalget uttaler at ”Når politiet gjennomfører en provokasjon, vil personens rett til å få være i fred bli påvirket. Metoden griper således inn i integritetsvernet etter EMK art 8 (1)”.¹²⁴

Når det gjelder EMDs behandling av provokasjonsspørsmålet, viser *Hopsnes* til to avgjørelser fra EMD¹²⁵: *Lüdi vs. Sveits*¹²⁶ og *Teixeira de Castro vs. Portugal*.¹²⁷

Den første avgjørelsen Hopsnes viser til, Lüdi vs. Sveits, omhandlet infiltrasjon. Domstolen viste her til at mistanken mot Lüdi var berettiget og med god grunn. Spørsmålet om å benytte politimetoder var også forelagt en domstol. I og med at spørsmålet omhandlet metoden infiltrasjon, foreligger det en grunnleggende forskjell fra provokasjonsmetoden. Dommens uttalelser er imidlertid av interesse i forhold til provokasjonsspørsmålet. I Teixeira de Castro vs. Portugal ble provokasjonsspørsmålet mer direkte berørt, idet de Castro hevdet brudd på både art. 6 og art. 8. I dette tilfellet kom domstolen til at den aktuelle provokasjonen var et brudd på kravet om rettferdig rettergang (art. 6). Det ble dermed ikke tatt ytterligere stilling til forholdet til art. 8.

Hopsnes fremholder at en provokasjonshandling i utgangspunktet må anses å kunne komme i konflikt med art. 8, ettersom et slikt inngrep nettopp er et inngrep ”i objektets rett til å være i fred”.¹²⁸ Videre uttales det, med bakgrunn i de ovennevnte avgjørelser, at inngrepet i alle fall må foretas på bakgrunn av en *sterk mistanke* og med *tilstrekkelige rettsikkerhetsgarantier*.¹²⁹

EMDs avgjørelse i *Lüdi vs. Sveits* viser at også art. 6 kan få avgjørende vekt i forbindelse med provokasjonsspørsmålet.

EMK art. 6 nr. 1, lyder:

1. For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.

Det krav til en ”rettferdig rettergang” som oppstilles i art. 6, ble i avgjørelsen knyttet direkte til at politiet ved anvendelse av sine metoder, ikke aktivt må bidra til at den straffbare

¹²⁴ NOU 2004: 6 s. 85 første spalte

¹²⁵ Hopsnes, s. 76

¹²⁶ Lüdi vs. Sveits (Klageak nr. 12433/86)

¹²⁷ Teixeira de Castro vs. Portugal (Klagesak nr. 25829/94)

¹²⁸ Hopsnes, s. 76

¹²⁹ Til støtte for det siste momentet er også *Andenæs 1990a*, s. 160, som uttrykker at straffeprosessuelle rettsikkerhetsgarantier aldri bør settes til side eller omgås som følge av ulovfestet metodebruk, jf. NOU 2004: 6 s. 46).

handlingen ble gjennomført.¹³⁰ Kravet til ”rettferdig rettergang” etter art. 6 vil være mest aktuelt i forbindelse med fremskaffelse av bevis med tanke på en påfølgende straffesak, og knytter seg dermed til *tiltaleprovokasjon*.¹³¹

EMD vurderer i denne sammenheng hvorvidt politiet for det første har initiert en ”latent befinnlig brottslig avsikt”, og for det andre om ”polisens agerande hade framkallat en brottslig avsikt som inte hade funnits tidigare”.¹³² Art. 6 får dermed direkte betydning for hvilket *handlingsrom* politiet kan operere innenfor ved gjennomføringen av en provokasjon, altså et krav knyttet til legalitetsprinsippets *materielle* side.

3.7.3 Subsumsjon: Hjemmelsgrunnlaget for provokasjon

Av EMK art. 6 og 8 kan det i lys av den ovennevnte EMD-praksis følgelig utledes noen grunnleggende krav for å anvende provokasjon som metode. For det første må provokasjonen være *berettiget* og *velbegrunnet*. Dernest må ikke politiet *fremprovosere* et lovbrudd. Disse kravene kommer imidlertid bare til anvendelse så sant metodebruken anses å ha *hjemmel i lov*.¹³³

Selve avgrensningen av politiets handlingsrom samsvarer med de retningslinjer som i norsk rett er lagt til grunn i det nevnte ”grunnvilkåret” for anvendelse av provokasjon: Politiet må ikke fremprovosere en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått. Når det gjelder kravet til ”hjemmel i lov”, synes det også som om dette kravet er lagt til grunn i norsk rett som oppfylt.

I Høyesteretts avgjørelse Rt. 1984 side 1076 uttalte førstvoterende følgende om lovfestingsspørsmålet av politiprovokasjon:

”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt.”

I denne avgjørelsen aksepterte også Høyesterett det ovennevnte ”grunnvilkåret”. Forholdet til EMK har imidlertid ikke blitt satt på spissen overfor Høyesterett. I stedet synes holdningen å være at man, med tanke på provokasjon, anser norsk rett for å være i tråd med de vilkår som oppstilles av konvensjonen. Uttalelsen kan også sies å uttrykke synet på politiet som forvaltningsorgan, og slik sett bekreftes dermed også det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippets innflytelse, også på politirettens område. Kravet til at politiets kompetanse skal ha ”hjemmel i lov” for bruken av provokasjon (*lex scripta*-kravet) er ansett

¹³⁰ Se også Sequeira vs. Portugal (2003)

¹³¹ Jf. RP 222-2010 s. 135 som drøfter EMDs avgjørelse i direkte relasjon til ”bevisprovokasjon gjennom kjøp”. I samme retning Hopsnes, s. 122, som legger til grunn at EMK art. 6 ”setter derfor bare begrensninger for bruk av tiltaleprovokasjon”.

¹³² RP 222-2010 rd, s. 135, første spalte

¹³³ Jf. pkt. 2.1

oppfylt ved Riksadvokatens rundskriv¹³⁴, noe som heller ikke anses å komme i konflikt med lovkravet i EMK.¹³⁵ Tilsvarende synes det å være lagt til grunn at ”grunnvilkåret”, slik det er presentert av Riksadvokaten og lagt til grunn i rettspraksis, er ansett å oppfylle det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippets *lex certa*-krav.¹³⁶

Tilsvarende for tilfellet med hjemmelsgrunnlagene etter gjeldende rett¹³⁷, er det betimelig å stille spørsmålet om det forvaltningsrettslige *lex certa*-kravet kan sies å stå i forhold også til de ”inngrep” som følger av provokasjon som metode.

4. Konkluderende diskusjon

4.1 Om politimetodenes forhold til det politirettslige legalitetsprinsippet

Det politirettslige legalitetsprinsippet, slik det ble rekonstruert i pkt. 2.4, sammenfaller etter *gjeldende rett* i det vesentlige med det *forvaltningsrettslige* legalitetsprinsipp. Dette gjelder både i forhold til legalitetsprinsippetets *lex scripta*- og *lex certa*-krav. Det synes som om hovedbegrunnelsen for dette er at politiretten, til tross for at rettsområdet favner vidt¹³⁸, primært reguleres av politiloven.

Med utgangspunkt i de ”inngrep” politiet benytter i sin virksomhet, ble det stilt spørsmål om hvordan denne myndighetsutøvelsen forholder seg til et rekonstruert politirettslig legalitetsprinsipp.

Utgangspunktet for alle offentlige ”inngrep” er som nevnt at inngrepets *karakter* må ligge til grunn for hvilket krav som skal stilles til *hjemmelen* for inngrepet.¹³⁹ Allerede på denne bakgrunn synes uheldig å legge til grunn et *forvaltningsrettslig legalitetsprinsipp* på politirettens område.

De ”inngrep” politiet er gitt kompetanse til å gjennomføre, er gjennom politilovens bestemmelser som generelt definert som *bistand*, *proaktiv* og *reaktiv* virksomhet.¹⁴⁰ Politilovens § 2 nr. 3, gir for eksempel politiet kompetanse til å ”forfølge straffbare forhold”. Dette i kan resultere i at strafforfølgingen uføres i form av eksempelvis spaning, avhør og *tiltaleprovokasjon*. Alle metoder er å anse som myndighetsutøvelse i *reaktiv* politivirksomhet, men graden av ”inngrep” overfor den metoden rettes mot må anses å variere; spaning i form

¹³⁴ Jf. note 114

¹³⁵ Jf. pkt. 2.1

¹³⁶ I det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet fremstår imidlertid ikke *lex certa*-kravet som et særlig tungtveiende krav, jf. over i pkt. 2.3

¹³⁷ Jf. over i pkt. 3.1 flg.

¹³⁸ Jf. pkt. 2.4.1

¹³⁹ Jf. pkt. 2.3

¹⁴⁰ Jf. forutsetningsvis pl. § 1, andre ledd

av passiv observasjon må anses som lite inngripende¹⁴¹, mens tiltaleprovokasjon som nevnt er å anse som en av de mer inngripende etterforskningsmetodene som er til politiets rådighet.¹⁴²

Eksempelet viser at innenfor en enkelt hjemmel for kompetanse finnes det store variasjoner i hvilke polisiære ”inngrep” som kan utøves. Dette taler sterkt for at det *lex certa*-kravet som er lagt til grunn gjennom det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, langt på vei må anses utilstrekkelig. Et politirettslig legalitetsprinsipp bør oppstille et strengere krav til *materiell* kompetanse, nedfelt i formell lov. Med både et strengere *lex scripta*- og *lex certa*-krav, er det straks naturlig å se hen til strafferettens legalitetsprinsipp.

Legalitetsprinsippetets gjennomslagskraft på strafferettens område ble tidligere lagt til grunn som et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag, også med tanke på *lex certa*-kravet.¹⁴³ Av straffelovens straffebud oppstilles *alle* handlinger som er å anse som kriminelle i henhold til norsk lov; ønskes en handling avkriminalisert, fører dette til at det aktuelle straffebud som kriminaliserer handlingen må fjernes, og omvendt.

For politirettens vedkommende vil en ubetinget overføring av den strafferettslige innfallsvinkelen, tilsi at *all* myndighetsutøvelse, inkludert rammene for myndighetsutøvelsen, må fremgå av loven.

Med utgangspunkt i eksempelet provokasjon, er den som ulovfestet, strafforfølgende metode spesiell på flere måter. I sin *karakter* betinger den at objektet metoden retter seg mot er i villfarelse; objektet må ikke vite at det har med politiet å gjøre. Videre må myndighetsutøvelsen være *hemmelig*; objektet må ikke vite at politiet utøver polisiær myndighet i form av en politimetode. Provokasjon generelt, og særlig tiltaleprovokasjon, er videre potensielt svært inngripende; objektet åpner sin private sfære utelukkende på bakgrunn av sin villfarelse, og risikerer å *straffes* for de forhold som eventuelt avdekkes som følge av dette.

Det kan imidlertid hevdes at en lovovertreder, i kraft av å ha begått en straffbar handling, som følge av lovovertredelelsen også har akseptert risikoen for strafforfølgning. I dette ligger det dermed en aksept for at politiet kan komme til å bruke etterforskningsmetoder som en del av strafforfølgningen. Følgelig må alle etterforskningsmetoder, herunder provokasjon, i mindre grad anses å være inngripende, ettersom lovovertrederens interesse av å verne sin personlige sfære ikke er aktverdig. I denne forbindelse kan det også hevdes at en kodifisering av provokasjonsmetoden vil kunne medføre at metodens effekt forringes, ettersom politiets arbeidsmetoder i større grad ble gjort kjent.

I *NOU 1981 nr. 35* ble det dessuten antydnet at en utstrakt *materiell* lovfesting kunne tenkes å ha liten praktisk funksjon.¹⁴⁴

Utgangspunktet er likevel som nevnt, at all offentlig myndighetsutøvelse bør fremgå av (*formell*) lov. Så også med den polisiære myndighetsutøvelsen, enten den må anses å være av inngripende eller mindre inngripende karakter. Dette tilsier at et politirettslig legalitetsprinsipp, slik det *burde* være, oppstiller et strengt *lex scripta*-krav.

¹⁴¹ Jf. pkt. 3.4.2

¹⁴² Jf. pkt. 3.7.1

¹⁴³ Jf. pkt. 2.2

¹⁴⁴ Se *NOU 1981: 35*, s. 84. Jf. note 86

For argumentet knyttet til offentligheten av politiets arbeidsmetoder, vises det til nevnte avgjørelse fra EMD i *Sunday Times vs. Storbritannia*.¹⁴⁵ I denne avgjørelsen ble det uttalt at foruten eksistensen av en "law", måtte denne være utformet "with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct". Også *Malone vs. Storbritannia* må nevnes i denne sammenheng, ettersom det her ble oppstilt et krav til at den aktuelle lov må gi objektet en "adequate indication" på hvorvidt det må anses rimelig at myndighetene (politiet) vil kunne gripe inn i den private sfære.¹⁴⁶ Politiets behov for å holde sine metoder skjult, er dermed ikke et hensyn som kan tillegges vekt; selve *metoden* og rammene for metodebruken må fremgå av lov, men politiet kan selvsagt hemmeligholde *når* metoden faktisk anvendes.

Et politirettslig legalitetsprinsipp *bør* etter dette også reise et betydelig strengere *lex certa*-krav enn hva som følger av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.

4.2 Normative anbefalinger

Utgangspunktet er at all offentlig myndighetsutøvelse må ha hjemmel i lov. Likeså at det i en rettsstat må kunne legges til grunn at den polisiære maktutøvelsen har sitt utspring i formell lov. Dette må anses som grunnleggende med bakgrunn i hva som regnes som grunnleggende prinsipper som forutberegnelighet og rettssikkerhet i en rettsstat.

Politiretten er ment å omfatte all lovgivning som vedrører den polisiære myndighetsutøvelse.¹⁴⁷ Dette inkluderer primært politiloven.

Politilovens formål er å regulere spørsmål av "administrativ, materiellrettslig og organisatorisk art".¹⁴⁸ Hva gjelder det administrative og det organisatoriske må loven sies å være fullt ut dekkende. Det materiellrettslige bærer imidlertid preg av vage definisjoner og vide adganger. Dette må nok sies å ha sin delvise begrunnelse i den nevnte skepsisen til en streng regulering av politiets diskresjonære kompetanse, slik den kommer til uttrykk i *NOU 1981 nr. 35*. Tilsvarende vil begrunnelsen også ha sitt utspring i politilovens karakter av en *forvaltningsrettslig* lov. Som nevnt er forvaltningsrettens hjemmelsgrunnlag over tid blitt utformet i stadig større *diskresjonær* retning.

Tilsvarende øvrig forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse, medfører den polisiære myndighetsutøvelse i stor grad virksomhet som direkte er rettet mot borgerne. Dette er tilfelle uavhengig av om virksomheten karakteriseres som *bistand*, *proaktiv* eller *reaktiv*. Av disse er imidlertid den *proaktive* og *reaktive* virksomhet av en type som lett vil falle inn under betegnelsen "inngripende" overfor den eller dem virksomheten rettes mot.

Av legalitetsprinsippet *formelle* gjennomslagskraft i norsk rett¹⁴⁹, følger det nevnte utgangspunkt om at alle "inngrep" fra det offentlige overfor borgerne krever hjemmel i lov. Det har tidligere blitt vist til strafferetten som et rettsområde hvor dette utgangspunktet er gitt særlig betydning. Videre har det blitt vist til skatteretten som et eksempel på at også "inngrep"

¹⁴⁵ Jf. pkt. 2.1

¹⁴⁶ *Malone vs. Storbritannia* (Klagesak nr. 8691/79) avsn. 67

¹⁴⁷ Jf. pkt. 2.4.1

¹⁴⁸ Auglend et al., s. 56 og over i pkt. 3.3

¹⁴⁹ Jf. pkt. 2.1

med utspring i forvaltningsrettslig myndighetsutøvelse, kan medføre en *streng* tolkning av legalitetsprinsippet. Avgjørende er som nevnt ”inngrepets” karakter.

Andre områder av politiets myndighetsutøvelse er som nevnt av mer *forvaltningsmessig* karakter, blant annet *bistandsplikten* som nevnt over. Et strengt legalitetsprinsipp, likt det som legges til grunn for strafferetten, kan tenkes å virke mot sin hensikt i disse tilfeller. Dette ettersom et strengt krav til hjemmel i lov vil medføre en større grad av forbud mot *diskresjonære* skritt, selv i situasjoner hvor dette etter en konkret vurdering ville være hensiktsmessig eller det lovfestede hjemmelsgrunnlaget ikke strekker til.

Politiretten og den offentlige myndighetsutøvelsen som følger av den, synes dermed å reise et skille mellom de ”inngrep” som ligger det *forvaltningsrettslige* legalitetsprinsipp nærmest og de ”inngrep” som klart må underlegges det samme strenge legalitetsprinsipp som i *strafferetten*.¹⁵⁰ Slik den norske lovgivningen foreligger i dag, fremstår ikke dette skillet som spesielt synlig.

Den tidligere gjennomgang av politirettens hjemmelsgrunnlag viser at politiets hjemmel for sin kompetanse primært utledes av henholdsvis *politilovens* og *straffeprosesslovens* bestemmelser. Mens politiloven oppstiller politiets *forvaltningsrettslige* kompetanse og hjemler politiets myndighetsbruk som *forvaltningsorgan*, er myndighetsbruk knyttet til den *reaktive* og den *proaktive* politivirksomhet hjemlet i straffeprosessloven.

Politilovens bestemmelser er som nevnt vage i sin utforming og vide i sine adganger. Med bakgrunn i lovens forvaltningsrettslige karakter og den tilsvarende *forvaltningsrettslige* innfallsvinkel til legalitetsprinsippet, synes dette på generelt grunnlag å være rimelig; hensynet til effektivitet i forvaltningen blir stadig mer tungtveiende, og den økende tendensen til å utvikle diskresjonære kompetanseregler viser seg tilsvarende. Når det gjelder politilovens bestemmelser og hvorvidt de kan anses å gi tilstrekkelig *hjemmel* for politiets myndighetsutøvelse overfor borgerne, vil imidlertid politilovens forvaltningsrettslige karakter bli en utfordring. Som nevnt over, vil politiets ”inngrep” overfor borgerne aktualisere et strengere legalitetsprinsipp og et dertil strengere krav til lovhjemmel for den polisiære virksomheten.

Politiloven, all den tid den er utformet som en forvaltningsrettslig lov, har et tungt fokus på politiets *organisasjon* og dets funksjon i kraft av å være offentlig myndighet. Politilovens andre kapittel (om *tjenesteutøvelsen*) skiller seg særlig ut fra de øvrige bestemmelsene, ettersom dette er det eneste av lovens kapitler som utelukkende vedrører politiets myndighetsbruk (”inngrep”) overfor borgerne.¹⁵¹ Det kan dermed spørres om politiloven i større grad burde vært utformet som en ren, forvaltningsrettslig politilov. Bestemmelsene i Kap. II burde da fjernes, og i stedet fremgått av samme lov som politiets øvrige hjemmelsgrunnlag for myndighetsutøvelse overfor borgerne. En konflikt med det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som ligger til grunn for loven, ville da unngås.

¹⁵⁰ Sml. Auglend et al., s. 398-401. Det synes her å legges til grunn at et forvaltningsrettslig legalitetsprinsipp må gjelde for politiretten som et hele. Som en følge av dette synes det ikke å foretas en utdypende sondring basert på de ulike inngrep som følger av den polisiære myndighetsutøvelsen og disse inngrepenes karakter. I stedet synes det som om fremstillingen har som siktemål å presentere den polisiære myndighetsutøvelsen i *samsvar* med det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.

¹⁵¹ Jf. pl. §§ 4-14. Jf. også over i pkt. 3.3

De øvrige hjemmelsgrunnlag for polisiær myndighetsutøvelse, fremgår i hovedsak av straffeprosessloven. Her oppstilles den faktiske kompetansen knyttet til den polisiære myndighetsutøvelsen overfor borgerne. Hjemmelsgrunnlagene gir i utgangspunktet adgang til tvangsmiddelbruk i *reaktivt* henseende, selv om tvangsmidler også kan tenkes brukt i *proaktiv* virksomhet, med mindre det aktuelle hjemmelsgrunnlaget ikke gir adgang til dette. Uansett gjelder strpl. § 170a, som slår fast at tvangsmidler kun kan benyttes dersom det er ”tilstrekkelig grunn til det” og at det aktuelle inngrepet etter en konkret helhetsvurdering ikke må anses ”uforholdsmessig”.

Ettersom straffeprosessloven som nevnt må sies å oppstille hjemmelsgrunnlagene for all polisiær myndighetsutøvelse overfor borgerne, ville dette vært det naturlige sted å utlede en hjemmel for de i dag ulovfestede politimetoder også her. Lovforslaget vedrørende *provokasjon*, slik det fremkommer i *NOU 2004 nr. 6*¹⁵², er illustrerende. Justisdepartementet ønsket som nevnt likevel ikke å innta lovforslaget, ettersom det etter departementets mening kun omhandlet provokasjonens *proaktive* side.

Vedrørende spørsmålet om politiretten og dens hjemmelsgrunnlag kunne tenkes organisert annerledes, er det naturlig å spørre seg om offentlig *tvangsmiddelbruk* i seg selv kunne utgjort en selvstendig lov. Det må i denne sammenheng være forsvarlig å påpeke at offentlig bruk av tvangsmidler i straffeprosessuelt henseende, utelukkende må anses å være en *polisiær* oppgave å gjennomføre. Følgelig må det kunne hevdes at en organisering av all *polisiær myndighetsutøvelse* overfor borgerne, også bruk av tvangsmidler, burde fremgått av en og samme lov.

Finland er som nevnt i ferd med å vedta en ny politilov.¹⁵³ Den til nå gjeldende finske *polislagen*¹⁵⁴ trådte i kraft i 1995, samme år som den norske politiloven. Et vesentlig utgangspunkt for Regeringens lovutkast, er det absolutte utgangspunkt i ”att all utövning av offentlig makt ska bygga på lag”¹⁵⁵, jf. den finske grunnlovens § 2, 3. moment. Den nye *polislagen* regulerer derfor all kompetanse en politimann er gitt i forbindelse med offentlig myndighetsutøvelse overfor borgerne.

Endringen i *polislagen* medfører også endringer i den finske *tvångsmedelslagen*.¹⁵⁶ Denne loven oppstiller hjemmelsgrunnlag for de tvangsmidler som kan benyttes i den offentlige myndighetsutøvelse overfor borgerne. Loven samsvarer i det vesentlige med den norske straffeprosesslovens Fjerde del.

Som en tredje finsk lov, som også endres som følge av en ny *polislag*, nevnes *polisförvaltningslagen*.¹⁵⁷ Som lovens tittel tilsier, omhandler denne utelukkende politiets rolle som forvaltningsorgan, og politiets indre organisering.

Regeringen legger til grunn at det nok kan finnes mange grunner til å gjøre endringer i lovverket. Det legges blant annet til grunn at det eksisterende lovgrunnlag er for *uoversiktlig* og *uhåndterlig*¹⁵⁸, noe som direkte må antas å kunne komme i konflikt med EMDs krav til

¹⁵² Jf. pkt. 3.7.1

¹⁵³ Jf. pkt. 2.4.3

¹⁵⁴ Polislagen av 1. oktober 1995 (493/1995)

¹⁵⁵ RP 224-2010 rd, s. 16, nederst

¹⁵⁶ Tvångsmedelslagen av 30. april 1987 (450/1987)

¹⁵⁷ Polisförvaltningslagen av 14. februar 1992 (110/1992)

¹⁵⁸ RP 224-2010 rd, s. 7, første spalte

tilgjengelighet og klarhet. I det følgende uttaler Regeringen at dette har blitt påpekt av Riksdagen gjentatte ganger, i tillegg til at domstolene har tatt til orde for en totalrevidering av lovverket.

De finske domstolenes oppfordring til revisjon bygger imidlertid ikke bare på spørsmål knyttet til lovverkets klarhet. I tillegg stilles det spørsmålsteget ved "hur långt säkerhetsmyndigheternas befogenheter ska sträcka sig och förutsättningarna för utnyttjande av befogenheterna, medborgarnas rättssäkerhet samt vissa enskilda behov att justera lagstiftningen".¹⁵⁹

Behovet for et lovverk som i større grad regulerer myndighetenes adgang til inngrep overfor borgerne er tatt til følge i Regeringens lovforslag. Dette begrunnes med at det i *polislagen* åpnes for "befogenheter som möjliggör kännbara ingrepp t.ex. i den persons frihet och fysiska integritet som är föremål för en åtgärd. De högsta laglighetsövervakarnas och Europadomstolens avgöranden har relevans också för polislagens bestämmelser och för tolkningsanvisningarna i motiveringen".¹⁶⁰

Finsk rett inntar dermed en vesentlig mer offensiv holdning enn hva tilfellet er i norsk rett. Forarbeidene til den nye *polislagen* viser at man i Finland er opptatt av å utarbeide et lovverk som for det første vil oppfylle EMKs krav til lovens tilgjengelighet og klarhet. For det andre ønsker man et lovverk som regulerer all maktbruk fra det offentliges side. For det tredje vil revisjonen bidra til at lovverket ligger på linje med den praksis og utvikling man ser i øvrige europeiske land generelt, og EMDs praksis spesielt.

Med tanke på organiseringen av de politirettlige bestemmelsene er de ulike hjemmelsgrunnlag for kompetanse, offentlig myndighetsutøvelse overfor borgerne og forvaltningsrettslige organisering, gjort på en måte som fremstår oversiktlig. Samtidig elimineres konflikter med tanke på legalitetsprinsippets ulike innfallsvinkel på de forskjellige områdene.

Det finske eksempelet viser dermed at legalitetsprinsippet i forbindelse med politiretten er av vesentlig betydning. Prinsippet sine ulike innfallsvinkler medfører imidlertid en nøye sondering av den polisiære myndighetsutøvelsens karakter, og hjemmelsgrunnlagenes normative organisering må skje på denne bakgrunn.

¹⁵⁹ RP 224-2010 rd, s. 7, andre spalte

¹⁶⁰ RP 224-2010 rd, s. 16, første spalte

5. Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Andenæs (2000) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess, Bind I*, 3. utgave
(Universitetsforlaget, Oslo) 2000
- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus
Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn
(Universitetsforlaget, Oslo) 2004
- Andenæs (2008) Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene.*
Samlet utgave ved Kjell Andorsen
(Universitetsforlaget, Oslo) 2008
- Auglend et al. Auglend, Ragnar L./Mæland, Henry J./Røsandhaug, Knut.
Politirett, 2. utgave
(Gyldendal, Oslo) 2009
- Boucht Boucht, Johan. *Polisiär våldsanvändning. En straff- och*
offentlighetsundersökning
(Iustus Förlag, Uppsala) 2011
- Eckhoff et al. Eckhoff, Torstein/Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*, 8. utgave
(Universitetsforlaget, Oslo) 2006
- Mæland Mæland, Henry J. *Innføring i alminnelig strafferett*, 3. utgave
(Justian A.S, Bergen) 2004
- Innjord Innjord, Frode A. *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave
(Universitetsforlaget, Oslo) 2004
- Sunde Sunde, Jørn Ø. *Speculum legale – rettspegelen*
(Fagbokforlaget, Bergen) 2005

Juridiske artikler

- Andorsen Andorsen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning*
Jussens Venner 2001, s. 1 (JV-2001-1)
- Dorenfeldt Dorenfeldt, Lauritz. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder*
benyttes i visse saker?

Lov og Rett (LoR) 1978, s. 291

Hopsnes

Hopsnes, Roald. *Provokasjon som politimetode*
Jussens Venner 2003, s. 62 (JV-2003-62)

Lier

Lier, Curt A. *Provokasjon og infiltrasjon – Ny politisk drøftelse?*
Norsk Politi 2008, nr. 2, s. 5

Strandbakken

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnloven § 96*
Jussens Venner 2004, s. 166 (JV-2004-166)

Forarbeider

NOU 1981: 35

Politiets rolle i samfunnet, delutretning I

NOU 1997: 15

Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 2004: 6

Mellom effektivitet og personvern

NOU 2009: 15

Skjult informasjon – åpen kontroll

Ot.prp. nr. 35 (1978-1979)

Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)

Ot.prp. nr. 24 (2002-2003)

Om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)

Ot.prp. nr. 60 (2004-2005)

Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

RP 222-2010 rd

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till översyn av förundersöknings- och tvångsmedelslagstiftningen

RP 224-2010 rd

Regeringens propositition till Riksdagen med förslag till polislag och vissa lager i samband med den

Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokatens rundskriv av 1980 om bruk av provokasjon i narkotikasaker

Riksadvokatens rundskriv av 26. april 2000, nr. 2, om vederlag til politiets kilder og bruk av provokasjon som etterforskningsmetode