



Grunnlovens grenser for bruk av militær makt mot «Statens Medlemmer» i fredstid

Mastergradsoppgave JUS399

Kandidatnummer 18 14 14

Veileder: Eirik Holmøyvik

Antall ord: 14997

09.12.2012

Grunnlovens grenser for bruk av militær makt mot «Statens Medlemmer» i fredstid

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Temaets aktualitet	5
1.3 Kort historisk oversikt	6
2 Tolkning av Grunnloven § 99 annet ledd	7
2.1 Nærmere om tolkning av grunnlovsbestemmelser	7
2.2 Innledende om Grl. § 99 annet ledd	8
2.3 Kravet til lov	9
2.3.1 «de i Lovgivningen bestemte Former»	9
2.3.2 Legger Grl. § 99 annet ledd innholdsbegrensninger på lov om militær makt mot borgere?	12
2.4 Tolkning av «militær Magts Anvendelse»	13
2.4.1 Gjelder lovkravet maktbruk fra Forsvaret som etat, eller makt av militær art?	13
2.4.2 Tvilstilfellene – de nærmere grensene for «militær Magts Anvendelse»	14
2.5 Nærmere om «Statens Medlemmer»	19
2.5.1 Nærmere om nasjonale terrorister	20
2.6 Oppsummering, tolkning av Grl. § 99 annet ledd	22
3 Finnes det lovhjemmel for militær maktbruk mot «Statens Medlemmer»?	22
3.1 Nødverge og borgerarrest	22
3.2 Bruk av militær makt på eller i umiddelbar nærhet av militært område	24
3.3 Politiloven § 20, tredje og fjerde ledd	26
3.4 Heimevernloven § 13 og vernepliktsloven § 9	28
3.5 Kystvaktloven § 17	29
3.6 Instruks om Forsvarets bistand til politiet av 22. juni 2012	29
3.6.1 Innledning	29
3.6.2 Bistandsinstruksen som hjemmel etter Grl. § 99 annet ledd? Nærmere om statspraksis	30
3.6.3 Teoriens syn på bistandsinstruksens grunnlovsmessighet	31
3.6.4 Konstitusjonell sedvanerett som mulig grunnlag?	34
3.6.5 Oppsummerende betraktninger om bistandsinstruksen	36
3.7 Oppsummering av hjemmelssituasjonen	37
4 Betraktninger om årsaken til dagens hjemmelsituasjon, mulige konsekvenser av den, og utsiktene til fremtidig lovfesting	37
4.1 Hvorfor har ikke lovhjemmel kommet på plass?	37
4.2 Mulige konsekvenser av hjemmelssituasjonen	38
4.2.1 Mulige operasjonelle konsekvenser for politiet og Forsvaret	38
4.2.2 Mulige konstitusjonelle konsekvenser	40
5 Avsluttende refleksjoner	41
Litteraturliste	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Så lenge vi har hatt et nasjonalt militærvesen, har dets primær oppgave vært å beskytte landets territorialgrenser mot eksterne trusler.¹ Dette gjelder selv om Forsvarets operative virksomhet i etterkrigstiden har vært dominert av fredsbevarende oppdrag langt fra våre egne grenser, og med betydelige innslag av *offensive* militæroperasjoner.²

Historien viser likevel at Forsvaret ikke bare er benyttet mot eksterne trusler. «Menstadslaget» i 1931 er et kjent eksempel på at Forsvaret også har blitt brukt i *interne* anliggender. «Stilla-slaget» under Alta-aksjonene i 1981 er et annet kjent eksempel hvor Forsvaret ga ulike former for materiell bistand til politiet. Men også i de senere årene har det inntruffet flere mindre hendelser hvor militært personell har bistått politiet i tradisjonelle politioppgaver.

I Grunnloven § 25 er den utøvende makt gitt høyeste befaling over landets væpnede styrker. Kongen – i praksis Regjeringen – er med dette gitt et betydelig maktinstrument, og det er derfor et behov for å klargjøre hvilke *begrensninger* som gjelder for adgangen til å benytte denne makten. Særlig gjør det seg gjeldende i spørsmålet om militær maktbruk overfor egen befolkning.³ Det er sistnevnte scenario denne avhandlingen vil ta for seg.

Grl. § 99 annet ledd lyder:

«Regjeringen er ikke berettiget til militær Magts Anvendelse mod Statens Medlemmer, uden efter de i Lovgivningen bestemte Former, medmindre nogen Forsamling maatte forstyrre den offentlige Rolighed og den ikke øieblikkelig adskilles, efterat de Artikler i Landsloven, som angaa Oprør, ere den trende Gange lydelig forelæste af den civile Øvrighed.»

Spørsmålet for avhandlingen er hva som ligger i § 99 annet ledd om at «militær Magts Anvendelse» mot «Statens Medlemmer» kun kan skje etter de i «Lovgivningen bestemte Former». Er Grunnlovens krav overholdt i dag?

Dette vil jeg undersøke ved å foreta en grundig tolkning av § 99 annet ledd. Deretter vil jeg gjennomgå aktuelle lovhjemler og annet regelverk for å finne ut hvilken maktbruk regelverket faktisk åpner for. Jeg vil samtidig undersøke om de aktuelle hjemlene er kompatible med Grunnloven. Avslutningsvis vil jeg omtale mulige forklaringer på dagens hjemmelssituasjon, og konsekvensene av denne.

I denne fremstillingen vil jeg avgrense min analyse mot spørsmålet om grensene for militær maktanvendelse mot statens innbyggere i *krigstid*. Utenfor fremstillingen havner også militær

¹ Meld.St.29 (2011–2012), punkt 8

² Jf. Grl.§ 26 annet ledd; «Landets Forsvar»

³ I fremstillingen vil jeg tidvis tale om militær makt mot sivile, borgere, egen befolkning eller innbyggere, fremfor benevnelsen «Statens Medlemmer». Nøyaktig fortolkning av «Statens Medlemmer» fremgår av punkt 2.5

maktbruk mot sivil eiendom. Jeg vil også avgrense mot *utenlandske* soldaters bruk av militær makt mot norske borgere i Norge. Jeg vil heller ikke berøre spørsmålet om den alminnelige og konstitusjonelle nødrettens betydning i relasjon til § 99 annet ledd.

1.2 Temaets aktualitet

Det har vært uenighet blant teoretikere og, som jeg senere vil vise, internt i Forsvaret og Forsvarsdepartementet om innholdet og rekkevidden av de begrensningene på militær maktanvendelse mot egne borgere som Grl. § 99 annet ledd oppstiller. Særlig har dette vært sentrert rundt spørsmålet om bestemmelsen oppstiller et krav om lovhjemmel for visse former for militær bistand til sivile myndigheter – og dernest om en slik lovhjemmel finnes i dag. Rekkevidden av grunnlovsbestemmelsen er også usikker, ettersom bruk av militær makt mot egne borgere kan omfatte alt fra spesialsoldater som frigjør kaprede fly til veikontroller på et landsskytterstevne.

Temaet om Grunnlovens grenser for bruk av militær makt mot egne innbyggere har tre sider.

Spørsmålet har for det første en åpenbar *teoretisk* interesse. Blant annet har autoriteter innen statsforfatningsretten som Carl August Fleischer og Carsten Smith hatt meningsbrytninger om temaet, med vidt forskjellige konklusjoner på sentrale punkter. Regjeringer av ulik politisk farge har ansett det eksisterende sett av regler om militær maktbruk mot egen befolkning som grunnlovsmessig.⁴ Temaet har en berøringsflate mot grunnleggende maktfordelingsspørsmål, rettssikkerhets- og menneskerettighetsspørsmål, spørsmål om dannelsen av konstitusjonell sedvane og anvendelse av tolkningsprinsipper på konstitusjonelt nivå.

Spørsmålet har også en *praktisk* side. I 2007 utarbeidet Heimevernets juristkorps et notat som kartla hjemlene for Forsvarets maktbruk mot norske sivile i et operasjonelt perspektiv. Skrivet vil heretter kalles «Dombås-notatet».⁵ I skrivet står den såkalte «bistandsinstruksen» sentralt.⁶ Bistandsinstruksen er, som jeg senere vil vise, ansett som Forsvarets primære hjemmel til å bistå sivilt politi med bruk av militær makt. «Dombås-notatet» går langt i å antyde at deler av bistandsinstruksen må tolkes innskrenkende i lys av Grl. § 99 2 ledd.⁷ En slik tvil om grunnlovsmessigheten av et sentralt hjemmelsgrunnlag for Forsvaret kan potensielt sett få betydelige konsekvenser for både politiets og Forsvarets evne til å respondere effektivt i fremtidige krisesituasjoner.⁸

Spørsmålet har sist, men ikke minst, en *aktuell* side: Den politiske diskusjonen i kjølvannet av terroraksjonene 22. juli 2011 har berørt spørsmålet om grensene for hvilken militær maktbruk

⁴ Se punkt 3.6.2.

⁵ «Hjemler for militær maktanvendelse i Norge i fredstid», utarbeidet av Heimevernets juristkorps, datert 21.12.07.

⁶ Kgl.res.28 februar 2003, nr.220, nå erstattet av kgl.res.22.juni 2012 nr.581 (heretter omtalt med fellesbetegnelsen «bistandsinstruksen»).

⁷ Se fremstillingens punkt 4.2.1

⁸ Ibid.

som kan benyttes til støtte for politiet, og når den bør kunne brukes. I rapporten fra 22. juli-kommisjonen heter det:

«Gitt den årelange diskusjonen om tolkningen av Grunnloven § 99 mener kommisjonen for øvrig at det bør utredes hvorvidt de rettslige rammene for Forsvarets håndhevelsesbistand til politiet i fredstid bør forankres i en egen lov.»⁹

Det kan med andre ord være grunn til å tro at grensene for adgangen til å anvende militær makt mot egne innbyggere vil få en avklaring i lovs form i nær fremtid.

1.3 Kort historisk oversikt

Før 1814 ble militæret brukt til mange polisiære oppdrag, men også til rene forvaltningsoppgaver som skatteinnkreving.¹⁰ I tiden etter 1814 ble denne bruken innskjerpet, men unntaket for «Oprør» i § 99 annet ledd ble aktualisert flere ganger. Slaget om Christiania Torv er et kjent tilfelle, arbeideropprørene i Sulitjelma og Oslo i 1918 er andre kjente tilfeller. I perioden mellom 1848 og 1851 fulgte en rekke sammenstøt mellom militære styrker og Marcus Thranes arbeiderforeninger. Senere fulgte Kautokeino-opprøret i 1852, og den såkalte potetkrigen i Bergen i 1868. Carsten Smith vurderer disse militære aksjonene som grunnlovsmessige.¹¹

I 1931 fant det såkalte «Menstad-slaget» sted. Streikende arbeidere gikk til angrep på politi og streikebrytere. Regjeringen besluttet å sende styrker til Menstad. Disse ble aldri satt inn i aksjon. Oppdraget var å sikre våpendepoter i Skien, men konflikten kunne fort eskalert, idet de streikende oppfattet – trolig med rette – at regjeringen ville gjøre dem medgjørige gjennom militær tilstedeværelse. Menstad var et vannskille, ettersom hendelsen skapte debatt om Forsvarets rolle i interne konflikter, og gjorde *den politiske* terskelen for bruk av Forsvaret i sivile anliggende svært høy.¹²

Etter Alta-aksjonene i 1981 blusset igjen debatten om militær bistand til politiet opp; stridens kjerne var om Forsvaret uten hinder av § 99 annet ledd kunne bistå politiet med forlegninger, samband, mat, telt og transport. Konflikten gikk helt inn i regjeringen, hvor Forsvarsminister Thorvald Stoltenberg sto mot justisministrene Andreas Cappelen og Oddvar Berrefjord. De sistnevnte ønsket å gi politiet vid tilgang til militærets ressurser, mens Stoltenberg mente dette ville skape en «gråson» mellom Forsvaret og politiet.¹³

Senere har det vært en rekke mindre tilfeller hvor Forsvaret har bistått politiet med både personell og materiell, samt med rettshåndhevelse. Dette vil omtales senere i fremstillingen.

⁹ NOU 2012:14, s.246

¹⁰ Aschehoug, s.514

¹¹ C. Smith 1992, s.32. For en nærmere historisk gjennomgang av denne perioden viser jeg til Frostad, s.149-151

¹² Høiback, Norges Forsvar 2012 nr. 4, s.51

¹³ Ibid., s.52

2 Tolkning av Grunnloven § 99 annet ledd

2.1 Nærmere om tolkning av grunnlovsbestemmelser

Når Grl. § 99 annet ledd skal tolkes, er det naturlig å omtale hvilke særlige tolkningsregler som gjør seg gjeldende for grunnlovsbestemmelser.

På samme måte som med alminnelige lovbestemmelser, er *ordlyden* en tungtveiende tolkningsfaktor for å klarlegge grunnlovsbestemmelseres rettslige innhold. Det er i utgangspunktet den naturlige språklige forståelsen på tilblivelsestidspunktet som er avgjørende. Likevel er det rom for *dynamikk* i tolkningen av ordlyden; det må tas høyde for at «[s]amfunnsforhold og vurderinger kan ha endret seg på en måte [siden 1814] som får betydning for tolkningen».¹⁴

Videre peker Fleischer på en viktig og praktisk tolkningsmetode: å se bestemmelsen i sammenheng med øvrige deler av Grunnloven – både mellom ledd i enkeltbestemmelser, og i sammenheng med andre bestemmelser.¹⁵ Eivind Smith kaller dette *harmoniserende tolkning*.¹⁶ I tilfellet for § 99 annet ledd er dette særlig relevant for forståelsen av vilkåret «Lovgivningen» i annet ledd og «lov» i første ledd, jf. punkt 2.3.1, samt for tolkningen av ”Statens Medlemmer”, jf. punkt 2.1.

Rettspraksis gir sjeldent veiledning i konstitusjonelle tolknings spørsmål om forholdet mellom statsmaktene. Dette gjør parlamentarisk praksis og regjeringspraksis særlig relevant.¹⁷ Dette vil fremkomme i punkt 3.6.2.

Konstitusjonell sedvane er praksis med Grunnlovens rang. I tillegg til å tjene som materiell hjemmel, kan slik sedvane også utgjøre et instrument for *tolkning* av grunnlovsbestemmelser. Dette behandles nærmere i punkt 3.6.4.

Juridisk teori spiller en sentral rolle ved grunnlovstolkning, fordi bestemmelsene sjeldent prøves av rettsapparatet, og stridsspørsmålene dermed i større grad overlates til teoretikerne.

Forarbeidene til Grunnloven har normalt betydning ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene, men for § 99 annet ledds vedkommende er det lite å hente i referatene fra Eidsvollsforsamlingen. Det vil derfor ikke forekomme henvisninger til forarbeider for bestemmelsen i fremstillingen.

Formålsbetraktninger og hensyn ved tolkningen av Grunnloven fortjener en egen omtale. Arne Fliflet skriver at ved «tolking av regler som angår forholdet mellom Stortinget og Regjeringen, må hensynene til folkestyre og rettssikkerhet tillegges stor vekt. Problemet vil være å finne ut hvilke løsninger som vil være best egnet til å fremme de ulike formål og å

¹⁴ Andenæs og Fliflet, s.47.

¹⁵ Fleischer, s.166

¹⁶ E. Smith, s.127

¹⁷ Stavang, s.31

avveie ofte motstridende hensyn».¹⁸

På denne bakgrunn må formålet med § 99 annet ledd klarlegges nærmere.

For det første er bestemmelsen en tradisjonell kompetansefordelingsbestemmelse. Dette følger av ordlyden, hvor det er «Regjeringen» som forbyr å bruke militær makt uten lov gitt av Stortinget. Altså er det en regel som *gir* kompetanse til et statsorgan på bekostning av et annet. Bestemmelsen er samtidig et *maktforbud*, ved at den setter grenser for kompetanseutøvelsen og binder den til bestemte former – her til «Lovgivningen bestemte Former». I fremstillingen vil derfor bestemmelsen tidvis omtales som et lovkrav, og tidvis som et maktforbud.

Dels er det også en bestemmelse som regulerer forholdet mellom individ og stat; formålet har, slik jeg ser det, vært å frata Kongen enerådighet over et viktig maktapparat, og la folket gjennom Stortinget bestemme over egne byrder. At maktbruken må være legitimert gjennom lov, gir dermed en *rettssikkerhetsgaranti*.

Det har også vært anført at bestemmelsen har til formål å gi *verneplikten* legitimitet, ved at de vernepliktige – som utgår av folket – ikke skal måtte anvende makt mot sine medborgere uten at de selv har åpnet for dette gjennom lov. Argumentet er anført med særlig styrke av Berg.¹⁹ Tanken må formodentlig være at maktforbudet mot medborgerne skal sikre folkelig oppslutning om verneplikten uavhengig av politiske uenigheter om interne anliggende, og dermed gjøre verneplikten *effektiv*.

Selv om dette er en spennende formålstese, som også har gjenklang i John Lockes og Jean-Jacques Rousseaus tanker om borgerpliktene og samfunnskontrakten,²⁰ finner jeg ingen holdepunkter som tilsier at dette har vært intensjonen ved Grunnlovens vedtakelse. Tvert imot vil jeg hevde at behovet for konstitusjonelle skranker for Regjeringens adgang til militær maktanvendelse mot folket gjør seg gjeldende med samme styrke enten militæret er sammensatt av vernepliktige eller av vervede soldater.

Det er derfor maktfordeling og rettssikkerhet som fremstår som de sentrale formål bak § 99 annet ledd.

2.2 Innledende om Grl. § 99 annet ledd

Når man inngir seg på en tolkning av § 99 annet ledd, kan det være illustrerende å innlede med det som regjeringen anser å være den alminnelige tolkning av bestemmelsen:

«Etter en alminnelig fortolkning av grunnlovsbestemmelsen faller bistand til terrorbekjempelse, bistand til logistikk og administrativ støtte og bistand i forbindelse

¹⁸ Fliflet, s.29 og 30

¹⁹ Berg, s.116

²⁰ «Utfordringer mot verneplikten», foredrag av cand. philol. Tore Stubberud i Oslo Militære Samfund 18.april 2005, s.3 http://www.oslomilsamfund.no/oms_arkiv/2005/2005-04-18-Stubberud.doc [lest 07.12.2012]

med ulykker og naturkatastrofer, utenfor bestemmelsens alminnelige forbud om bruk av militær makt mot statens borgere. Når det gjelder ettersøking, pågripelse og liknende tiltak overfor farlige personer, kan det også vises til lang og etablert praksis for bistand fra Forsvaret. Her er fortolkningen at slik bistand faller utenfor forbudet i Grunnloven § 99 annet ledd.»²¹

Selv om dette ikke nødvendigvis sammenfaller med regjeringens *egen* tolkning, viser den til en alminnelig tolkning som må antas å være utledet av teoretikernes oppfatning, regjeringens oppfatning, samt annen myndighetshetspraksis gjennom årene. Det er en tolkning som fra et akademisk ståsted kan kritiseres på flere punkter. I det følgende vil jeg derfor ta for meg vilkår for vilkår i grunnlovsbestemmelsen for å presentere en mer presis fortolkning.

2.3 Kravet til lov

2.3.1 «de i Lovgivningen bestemte Former»

2.3.1.1 *Utgangspunkt*

Formuleringen «de i Lovgivningen bestemte Former» må etter en naturlig språklig forståelse leses som et krav til at hjemmel for militær maktbruk gis gjennom *formell lov vedtatt av Stortinget*. Dette støttes ytterligere av å lese bestemmelsen i sammenheng med Grl. §§ 75-79, som forutsetter at kun Stortinget kan vedta lov, og da på nærmere angitte fremgangsmåter.

At bestemmelsen stiller krav om formell lov vedtatt av Stortinget er også utvetydig forutsatt av de fleste teoretikere.²²

2.3.1.2 *Kan kravet til formell lov tolkes bort?*

Spørsmålet blir så om det kan være grunnlag for å tolke kravet om formell lov mildt eller helt bort, slik at andre hjemler enn formell lov også kan tilfredsstille lovkravet slik det er formulert i § 99 annet ledd.

Statspraksis gir noen holdepunkter. I Meld.St.29 (2011–2012): *Samfunnssikkerhet*, punkt 8.2.1, kommer det forutsetningsvis frem at Regjeringen oppfatter Grunnlovens krav om lovgivning som nettopp formell lov vedtatt av Stortinget:

«[militær bistand] til andre former for kriminalitetsbekjempelse [...] krever imidlertid klar lovhjemmel.»

I samme avsnitt presenterer Regjeringen det den oppfatter å være den alminnelige fortolkningen av § 99 annet ledd, hvor flere former for maktanvendelse tolkes ut av

²¹ Meld.St.29 (2011-2012): *Samfunnssikkerhet*, punkt 8.2.1

²² Se f.eks. C. Smith 1984, s.458, Andenæs og Fliflet, s.416, Frostad, s.152 og 153, Rui, s.445 og Berg, s.116.

bestemmelsen. Visse personkategorier – som nasjonale terrorister – utelukkes også fra grunnlovsvernet. Regjeringen anser altså at lovkravet *isolert sett* sikter til formell lov vedtatt av Stortinget, men tolker bestemmelsens øvrige vilkår såpass snevert at lovkravet får liten praktisk betydning.²³

Statspraksis tyder altså på at formuleringen «de i Lovgivningen bestemte Former» i § 99 annet ledd må forstås som formell lov vedtatt av Stortinget.

Blant teoretikerne er det Fleischer og Castberg som har vært eksponentene for et mildt lovkrav.

Castberg anfører at lovbegrepet på Grunnlovens vedtakelsestidspunkt var lite utviklet.²⁴ Han omtaler § 99 første ledd som «bare en anvendelse av vår forfatnings alminnelige legalitetsprinsipp». Han peker på at arrest basert på sedvanegrunnlag ble praktisert også etter Grunnlovens vedtakelse, og fremholder at § 99 første ledd bare sier oss at forvaltningsorganene ikke «uten hjemmel i en rettsnorm» kan foreta en arrestasjon.²⁵

Castberg må forstås dithen at lovkravet i både første og annet ledd bare må leses som et krav om at inngrep må være hjemlet i *forkant* av maktutøvelsen, men at hjemmelens *form* er av underordnet betydning.

Dette argumentet imøtegås med kraft av Fleischer:

«Det [Castberg] sier [er] ikke mer enn at tvangsanvendelsen må være i samsvar med gjeldende rettsregler og ikke i strid med disse. [...] Tvangsanvendelsen skal være rettmessig, og ikke urettmessig. Noe særskilt «legalitetsprinsipp» - eller prinsipp i det hele - er dette overhodet ikke.»²⁶

Jeg er enig med Fleischer i at en slik forståelse av legalitetsprinsippet alene ikke kan redusere kravet til formell lov. For det første strider Castbergs oppfatning av legalitetsprinsippet mot det som senere er blitt den alminnelige oppfatning av prinsippets innhold for norsk retts vedkommende: For inngrep av denne karakter kreves formell lov, altså noe mer enn bare en hjemmel i en «rettsnorm» slik Castberg hevder.²⁷ Dette understrekes også av Eivind Smith: «[Kravet] om hjemmel i formell lov [er] strengt formelt».²⁸

For det andre gir Castbergs liberale forståelse av lovkravet uklare grenser for hvilken makt som er i tråd med Grunnloven, og hvilken makt som ikke er det. Hva som skal anses som en «rettsnorm» i forkant av maktutøvelsen er en flytende og uklar grense, hvor definisjonsansvaret i for stor grad blir overlatt til aktører innen den utøvende myndighet. En slik fortolkning vil kunne representere et brudd på den maktfordelingen og rettssikkerheten som § 99 skulle sikre.

²³ Se punktene 2.4 og 2.5.

²⁴ Castberg, s.282 og 283

²⁵ Ibid.

²⁶ Fleischer, s.40. Se også s.28 flg.

²⁷ Andenæs og Fliflet, s.226, og Mæhle og Bernt, s.322

²⁸ E. Smith, s.240

Castbergs *begrunnelse* om at «Lovgivningen» ikke lenger kan forstås som formell lov vedtatt av Stortinget, er derfor åpenbart ikke holdbar.

Fleischer holder likevel muligheten åpen for at Castbergs *tolkningsresultat* kan være rett, nemlig at det ikke kan oppstilles et strengt krav til formell lov.²⁹

Fleischer begrunner dette først med at lovkravet i henholdsvis første og annet ledd ikke nødvendigvis må tolkes likt. Han peker her på at behovet «for et strengt hjemmelskrav er ikke det samme for den militære bistand til ordensmakten som når det gjelder inngrep mot enkeltpersoner i form av fengsling». Han skriver:

«Selv om vi ikke godtar Castbergs syn om hjemmel i annet enn formell lov for fengsling av personer (første ledd), *kan det tenkes godtatt for annet ledds vedkommende*. «Lov» behøver m.a.o. ikke bety formell lov. Hjemmelskravet kan være dekket gjennom sedvane, domspraktis - avveining av reelle hensyn m.v.»³⁰ (min kursivering)

Etter min mening kan et slikt syn på hjemmelskravet neppe være holdbart. Det er for det første ikke noe viktig moment at vernet av individet mot frihetsberøvelse etter første ledd skal være sterkere enn vernet mot uhjemlet militær maktanvendelse etter annet ledd. Det er liten grunn til å vektlegge en slik forskjell i inngrepets art; begge leddene må anses å verne om så sentrale rettigheter at det ikke kan gi grunnlag for å differensiere tolkningen etter hvorvidt det er en politimann som pågriper en innbygger, eller en soldat som benytter makt mot en innbygger.

For det andre følger det av Grl. § 49 at grunnlovsfedrene tildelte Stortinget enekompetanse på lovgivningsmakt, med unntak for provisoriske anordninger. At grunnlovsfedrene skal ha operert med et relativisert lovbegrep for hver gang de benyttet ordet «lov» eller tilgrensende formuleringer som «Lovgivningen bestemte Former», er lite trolig.

Selv om grunnlovsfedrene ikke kan forventes å ha tatt høyde for en samfunnsutvikling hvor stadig flere rettsregler kommer i andre former enn lov, virker det uansett å ha vært en grunnleggende forutsetning ved vedtakelsen i 1814 at regelens *opphav* skal kunne avledes av folkeviljen, representert ved Stortinget. Det er uansett ikke særlig rom for en dynamisk tolkning av Grunnlovens lovbegrep slik Castberg og Fleischer forsøker på, når ordlyden så tydelig indikerer at det er tale om formell lov.³¹

Etter dette kan det ikke være tvil om at formuleringen «de i Lovgivningen bestemte Former» sikter til *formell lov vedtatt av Stortinget*.

²⁹ Fleischer, s.41

³⁰ Ibid., s.43

³¹ Punkt 2.1

2.3.2 Legger Grl. § 99 annet ledd innholdsbegrensninger på lov om militær makt mot borgere?

Det kan anføres at § 99 annet ledd også oppstiller visse minstekrav til lovens *innhold*. Dette er ikke lett å lese ut av ordlyden, men at det er snakk om «militær Magt[...]» tilsier i det minste at det ikke vil holde med en *generalklausul* om maktutøvelse i sin alminnelige form; det må gis særskilt lov som i sitt innhold omhandler grensene for bruk av militær makt mot sivile. Støtte i denne retning gir generaladvokatens høringsuttalelse til ny politilov i 1991, hvor han tolker § 99 annet ledd første alternativ dithen «at det ikke er nok med lovhjemmel generelt, men at det av hjemmelen må fremgå at det kan brukes militær makt».³²

Dette avskjærer muligheten for at Stortinget kan vedta en lov som gir Regjeringen en «blankofullmakt» til militær maktbruk mot sivile. Eller kanskje mer praktisk: Det hinder *delegasjon* av denne lovgivningsmyndigheten til Regjeringen. At en delegasjon vil stride mot § 99 annet ledd følger også av en formålstolkning; bestemmelsen må tolkes som en regel om *enekompetanse* for Stortinget, som nettopp har som formål å hindre Regjeringen ubegrenset adgang til slik maktbruk.³³

Utover disse helt grunnleggende innholdsbegrensningene som kan utledes av ordlyden, synes Stortinget å stå nokså fritt. Carsten Smith kaller bestemmelsen «det motsatte av en begrensning», og følger opp med å si at Grunnloven «setter [...] ingen grenser for hva *loven* kan gå ut på».³⁴ Castberg skriver at lovgiver «må antas å ha full frihet» i utformingen av lovgivning om militær makt mot sivile.³⁵

Slik jeg ser på spørsmålet, er det nok ikke mulig å innfortolke en streng innholdsbegrensning basert på lovteksten alene. Men sammenholdt med de *øvrige skranker* som gjelder all lovgivning – som det ulovfestede legalitetsprinsippet, og de mange begrensninger på både lovinnhold og maktutøvelse som følger av våre folkerettslige forpliktelser – er det klart at det samlet sett må sies å foreligge nokså klare grenser for hvilke former for maktutøvelse en eventuell lov kan åpne for. Legalitetsprinsippet er relativt etter inngrepets art og omfang, og en blankofullmakt til militær maktbruk vil derfor uansett lett komme i strid med legalitetsprinsippet.

Diskusjonen om § 99 annet ledd legger innholdsbegrensninger på en eventuell lov, er derfor mest av teoretisk interesse.

³² Brev fra generaladvokat Arne Willy Dahl til Forsvarets Overkommando, datert 27.juni 1991, ref.853/26 jun91/GA/AWD/517, punkt 3

³³ Slik også Berg, s.125.

³⁴ C. Smith 1984, s.457

³⁵ Castberg, s.283

2.4 Tolkning av «militær Magts Anvendelse»

For å kunne fastslå rekkevidden av lovkravet i § 99 annet ledd, må det gis en nærmere redegjørelse for innholdet i formuleringen «militær Magts Anvendelse».

En tolkning etter naturlig språklig forståelse bringer oss ikke særlig langt i forsøket på å kartlegge formuleringens rettslige innhold. Det er imidlertid klart at militært personell som bruker militære våpen til fysisk maktutøvelse faller i kjernen av ordlyden. Dette innebærer for eksempel at Regjeringen aldri kan omgå Grunnlovens lovkrav ved å sette bevæpnede soldater under sivil ledelse.

Det er ikke dermed sagt at grensen for hva som inngår i begrepet bør stoppe ved den bevæpnede soldat. Et viktig formål med bestemmelsen er jo maktfordeling og rettssikkerhet, og for at regelen skal sette en effektiv begrensning på den utøvende makts bruk av Forsvaret, bør det legges til grunn en *videre* forståelse av vilkåret enn det som følger naturlig av ordlyden. På denne måten kan ikke bestemmelsen med letthet omgås av den utøvende makt.

Hvor grensene for hva som er «militær Magts Anvendelse» går, vil behandles i det følgende.

2.4.1 Gjelder lovkravet maktbruk fra Forsvaret som etat, eller makt av militær art?

Det første spørsmålet som melder seg, er om bestemmelsen gjelder Forsvaret som *etat*, eller om den gjelder all statlig maktbruk som *etter sin art* er militær. Berg gir disse tolkningsalternativene merkelappene *institusjonell* og *generisk skranke*.³⁶

Spørsmålet er interessant fordi sistnevnte tolkningsresultat ville oppstilt begrensninger på adgangen for Regjeringen til å militarisere politiet uten lovhjemmel, for eksempel gjennom bruk av stridsvogner, kamphelikoptre, antiluftskyts eller liknende.

Berg hevder at spørsmålet ikke er omtalt nevneverdig i teorien, eller diskutert av statsorganene.³⁷ Jeg finner heller ikke at spørsmålet er drøftet noe sted *etter* Bergs artikkel i 2001, men Fleischer drøfter det kort i sin avhandling, uten å konkludere entydig. Han holder likevel muligheten åpen for at § 99 annet ledd kan sette grenser for adgangen til å militarisere politiet.³⁸

Berg kommer til at § 99 annet ledd retter seg mot maktbruk fra Forsvaret *som etat*, basert på en betraktning om at bestemmelsen skulle hindre at Forsvaret kunne brukes som et maktapparat i indre politiske stridigheter, og dermed sikre landets militærvesen tillit fra alle ledd i befolkningen:

³⁶ Berg, s.116

³⁷ Ibid.

³⁸ Fleischer, s.69

«[Med dette] oppnår man å skjerme Forsvaret mot berettiget eller uberettiget vrede fra deler av befolkningen.»³⁹

Jeg har kommet til samme konklusjon som Berg, men med en annen begrunnelse: § 99 annet ledd må sees i sammenheng med Grunnlovens øvrige bestemmelser, og da særlig § 25, som gir Kongen den høyeste befalingsmyndighet over landets militære forsvar. Det er da naturlig at også § 99 annet ledd leses som en begrensning på Regjeringens styring over *nettopp* disse militære styrkene – Forsvaret. Dette støttes også av at § 99 annet ledd i den opprinnelige 17. mai-Grunnloven var foreslått plassert i § 27, altså i systematisk tilknytning til de øvrige bestemmelser om Kongens kontroll over landets forsvarsstyrker.⁴⁰

2.4.2 Tvilstilfellene – de nærmere grensene for «militær Magts Anvendelse»

2.4.2.1 Innledning

Når det nå er slått fast at § 99 annet ledd gjelder makt utført av Forsvaret som etat, er det neste spørsmålet om hvilke deler av Forsvarets kapasiteter, ressurser og oppgavetyper som kan subsumeres under «militær Magts Anvendelse».

Her er rettskildebildet sprikende.

Teoretikerne har vært uenige om alt fra spørsmålet om manglende bevæpning gjør at militært personell faller utenfor bestemmelsen⁴¹, om militære rådgivere eller sivilt ansatte i Forsvaret kan omfattes⁴², og om utlån av for eksempel militære kjøretøy til transport eller utlån av våpensystemer til politiet.⁴³ Vilkåret om «militær Magts Anvendelse» er så rikt på problemstillinger at det kunne vært gjenstand for en egen avhandling, og det er ikke rom for en dyptgripende gjennomgang her. For å få en mest mulig kortfattet og oversiktlig fremstilling, er det mest hensiktsmessig å dele den inn etter Forsvarets administrative og materielle ressurser, kapasiteter til katastrofe- og ulykkeshåndtering, og rettshåndhevelseskapasiteter.

2.4.2.2 Administrative og materielle ressurser

Et av de sentrale stridstemaene i den årelange debatten om rekkevidden av § 99 annet ledd har vært om bruk av Forsvarets administrative ressurser, transportkapasiteter, forlegninger og øvrige infrastruktur, samt materiell, farkoster og våpensystemer, kan subsumeres under «militær Magts Anvendelse».

³⁹ Berg, s.146

⁴⁰ <http://mediabase1.uib.no/politikk/Grunnloven/17mai1814.html> [lest: 31.10.2012]

⁴¹ Fleischer, s.76-77 og 168. Motsatt: C. Smith 1992, s.26 og 27

⁴² Frostad, s.154 og C. Smith 1984, s.456

⁴³ Andenæs og Fliflet, s.416-417

I Meld.St.29 (2011–2012): *Samfunnssikkerhet*, punkt 8.2.1, viser regjeringen til at «bistand til logistikk og administrativ støtte» faller utenfor en alminnelig tolkning av bestemmelsen. Men den nærmere *begrunnelsen* har vært vanskelig å spore.

Jeg har fått innsyn i en utredning om § 99 annet ledd fra justisdepartementets lovavdeling.⁴⁴ Utredningen tar for seg om bruk av Forsvarets helikoptre og helikopterpiloter i polititjeneste for Sysselmannen på Svalbard er «militær Magts Anvendelse». Notatet viser at regjeringen tilsynelatende lener seg på Fleischers tolkning, som er at «militær Magts Anvendelse» kun omfatter militært personell som *direkte* anvender vold, og at utlån og bruk av Forsvarets materielle ressurser – samt ikke-stridende personell – faller utenfor.⁴⁵ Lovavdelingens ekspedisjonssjef anlegger riktignok et mer restriktivt syn; i en tilleggskommentar understreker han at Grunnloven ikke kommer til anvendelse for «de tilfeller der helikopteret brukes som et rent transportmiddel», men at der «flyvningen *i seg selv har maktpreg*, er jeg i tvil» (min kursivering). Dette må leses som en formålstolkning, der *hensikten* bak bruken av materiellet eller personellet vektlegges.

Etter min mening er innfallsvinkelen til lovavdelingens ekspedisjonssjef fornuftig; i det øyeblikket politiets bruk av utlånt militært utstyr får en grad av *maktpreg*, bør bruken falle inn under grunnlovsbestemmelsens lovhjemmelskrav.

Carsten Smith mener at alle ressurser i Forsvaret eksisterer *i den hensikt* å muliggjøre maktbruk, og at bruk av *enhver* militær ressurs dermed er «militær Magts Anvendelse»:

«Alle ressurser som de militære myndigheter rår over, tar sikte på å muliggjøre militær maktanvendelse. Det er derfor grunn til å anse all bruk av militære myndigheters ressurser for å være maktanvendelse i grunnlovens forstand.»⁴⁶

Han setter dermed ikke et skille mellom direkte maktutøvelse og indirekte bidrag til maktutøvelse, slik Fleischer gjør.⁴⁷

Smiths syn gir en enkel og praktikabel regel, som vil gjøre den forutsatte maktbegrensningen effektiv ved at *all* bruk av Forsvarets ressurser blir ansett som maktanvendelse, og dermed utløser lovkravet.

Likevel kan tolkningsresultatet bli noe grovmasket. Det kan synes som at Smith i sin artikkel ikke vektlegger at det kan være ulike *hensikter* bak bruken av de militære ressursene. Det kan det etter min mening være grunn til å gjøre.

Noen illustrerende eksempler: Det er ikke nødvendigvis slik at utlån av Forsvarets telt til polititjenestemenn som tjenestegjør i felt, innebærer «militær Magts Anvendelse» ved at politiet dermed blir i stand til å utføre en pågripelse etter å ha benyttet teltet til overnatting.

⁴⁴ Notatet er forfattet av lovrådgiver Arnulf Tverberg og ekspedisjonssjef Knut Helge Reinskou.

Referansenummer: 201000988

⁴⁵ Fleischer, s.166 og 167

⁴⁶ C. Smith 1984, s.456

⁴⁷ Fleischer, s.68 og 69

Det samme kan sies om *øvelser* hvor politiet trener på bruk av utstyr lånt av Forsvaret. Det konkrete formålet med bruken av de respektive militære midlene bør være det sentrale momentet, snarere enn at middelet *i seg selv* tilhører Forsvaret.

Dette taler for at administrative ressurser, transportkapasiteter, forlegninger og liknende logistikkapasiteter, samt farkoster og utstyr som ikke direkte benyttes for å muliggjøre militær maktanvendelse mot sivile, ikke kan anses som «militær Magts Anvendelse». I samme retning går – i tillegg til Fleischer – Andenæs og Fliflet⁴⁸, Berg⁴⁹ og Frostad.⁵⁰

Disse teoretikernes standpunkt kan ha mye for seg. I praksis er det vanskelig å se at det skal være noe problem å låne ut administrativt personell eller militært utstyr til politiet, så lenge det er underlagt politiets kontroll alene. Som vist i punkt 2.4.1 er § 99 annet ledd i utgangspunktet ikke til hinder for et *militarisert politi*. Da kan det fort bli formalistisk å kategorisere utlån av militært utstyr til politiet som «militær Magts Anvendelse», ettersom det konstitusjonelt sett ville vært problemfritt at *politiet selv* gikk til anskaffelse av utstyret. Politiets bruk av utstyret ville også vært underlagt strenge begrensninger gjennom politilovgivningen og en rekke konvensjonsforpliktelser.

Det gjør seg likevel gjeldende noen sterke mothensyn. Det ville være betenkelig om grunnlovsbestemmelsen kan omgås ved at et ellers militært våpensystem eller materiell bytter fra militær operatør til sivil operatør på *den utøvende makts eget initiativ*. Resonnementet mitt er dette: Dimensjoneringen og utrustningen av politi og Forsvar er et spørsmål som Stortinget – som lovgiver og bevilgende myndighet – bør ha den fulle kontroll på. En eventuell sammenblanding av politiets og Forsvarets midler, med en «fri flyt» av utstyr mellom de to instansene, bør i så fall lovreguleres i tråd med § 99 annet ledd. På denne måten blir formålene med bestemmelsen – maktfordeling og rettssikkerhet – ivaretatt mest effektivt.

På denne bakgrunn, sammenholdt med at det å skille mellom ulike typer militært utstyr gir en retsteknisk vanskelig og uklar regel, konkluderer jeg med at *alt* av militære ressurser må anses som «militær Magts Anvendelse», dersom disse ønskes benyttet direkte eller indirekte i maktbruk mot egen befolkning.

2.4.2.3 Katastrofe- og ulykkeshåndtering

Forsvaret er til en viss grad dimensjonert for å bistå samfunnet ved katastrofe- og ulykkeshåndtering.⁵¹ Eksempler på slik bruk av Forsvaret kan være ved søk etter savnede personer, flomhåndtering, opprydningsarbeid, eksplosivhåndtering eller transport av redningsutstyr eller forsyninger.

⁴⁸ Andenæs og Fliflet, s.416-417

⁴⁹ Berg, s.121-122

⁵⁰ Frostad, s.154 og 155

⁵¹ St.prp.nr.48 (2007-2008), punkt 5.4.3: «Ved større ulykker, kriser og naturkatastrofer kan Forsvaret også yte bistand til andre sivile myndigheter.»

Meld.St.29 (2011–2012): *Samfunnssikkerhet*, punkt 8.2.1 viser til at den alminnelige fortolkning av grunnlovsbestemmelsen ikke er til hinder for at Forsvaret yter «bistand i forbindelse med ulykker og naturkatastrofer».

Samtlige teoretikere jeg nevnte i punkt 2.4.2.2, mener også at det er uproblematisk å la slik bruk av Forsvaret falle utenfor «militær Magts Anvendelse». Carsten Smiths fremstilling problematiserer ikke dette nærmere, uten at denne tausheten nødvendigvis betyr at han ser annerledes på det enn de øvrige teoretikerne.

Mitt synspunkt er i utgangspunktet at Forsvaret i slike scenarioer ikke har til *formål* å utøve makt, og i alle fall ikke makt «mod» sivile.

Jeg vil likevel tørre å påstå at spørsmålet ikke er fullt så uproblematisk.

At den renskårne bistand ved ulykker eller naturkatastrofer ikke innebærer maktanvendelse, er på det rene. Men i *forbindelse* med slike operasjoner vil maktanvendelse fra Forsvaret svært ofte bli aktualisert: Uvedkommende må holdes på avstand, områder må sperres, omfattende evakuering kan bli aktuelt, og vakthold som grenser mot polititjeneste kan bli nødvendig. Det siste skal ha forekommet under flomkatastrofen på Østlandet i 1995, da Forsvaret ble satt inn for å patruljere Lillestrøm for å kompensere for fraværet av politi. Pågripelser skal også ha funnet sted.⁵²

Poenget er at de fornuftige intensjonene bak bruken av Forsvaret i slike situasjoner ikke samtidig må innebære en *aksept* for en medfølgende maktbruk fra Forsvarets side utenfor lovkravet. Rettslig må selve bistandshandlingen og medfølgende maktutøvelse holdes separate, men i stortingsmeldingen sitert over (*Samfunnssikkerhet*) kan det se ut som at eventuell maktbruk som skjer i forbindelse med katastrofehandtering, *ikke* skal omfattes av grunnlovsbestemmelsen. Dette kan det være grunn til å stille seg kritisk til, særlig fordi formålet med § 99 annet ledd ikke stiller seg annerledes ved maktbruk i slike situasjoner enn ved maktbruk i rettshåndhevelsesøyemed.

Konklusjonen er at bruk av Forsvaret i katastrofearbeid i utgangspunktet ikke kan anses som «militær Magts Anvendelse», men at all maktbruk *i forbindelse* med slikt arbeid må omfattes.⁵³ Fordi slik medfølgende maktbruk vil være aktuelt i nesten ethvert tenkelig ulykkes- eller katastrofescenario, bør adgangen lovfestes for å sikre at maktbruken er grunnlovsmessig.

⁵² Omtalt i brev fra generaladvokaten til Justisdepartementet 6.juni 1995, referanse 0637/95/GA/517

⁵³ At det ofte vil være snakk om nødverge, er en annen ting. Se punkt 3.1.

2.4.2.4 Rettshåndhevelse

Det er både fra regjerings- og departementshold, samt flere teoretikere, hevdet at Forsvaret skal kunne utøve tradisjonell rettshåndhevelse der politiets ressurser er uttømt eller på andre måter utilstrekkelige.⁵⁴

Skoleeksempelet er nedkjemping av en eller flere personer, med mål om å uskadeliggjøre dem. Dette vil være aktuelt ved flykapringer, tungt bevæpnede ran, eller ved asymmetriske angrep som terroranslag. Enhver militær maktbruk med slik uskadeliggjøring for øyet, faller klart innenfor «militær Magts Anvendelse». Dette følger direkte av bestemmelsens ordlyd.

Mer usikkert blir den *mindre skarpe* maktanvendelse, som for eksempel bruk av militært personell i etterforskning, ettersøking, ved arrestforvaring, militær overvåkning i etterretningsøyemed, eller vakthold.

Meld.St.29 (2011–2012) *Samfunnssikkerhet* punkt 8.2.1 viser til at «ettersøking, pågripelse og liknende tiltak overfor farlige personer [...] faller utenfor forbudet i Grunnloven § 99 annet ledd» etter den alminnelige tolkningen av bestemmelsen.

Det fremgår ikke hvilke kilder regjeringen har benyttet, men konklusjonen er uansett høyst angripelig.

Både ettersøking og pågripelse er tvangstiltak som, dersom det utføres av Forsvarets personell – eller muliggjøres indirekte ved hjelp av disse – må anses å være «militær Magts Anvendelse» overfor sivile i sin klassiske form. Det kan heller ikke ha betydning at personellet ikke er bevæpnet; en soldat i tjeneste representerer militærmakten både med og uten sitt våpen, og man kan ikke omgå Grunnlovens forutsetning om maktbegrensning ved å benytte ubevæpnede soldater til ettersøking eller pågripelse av sivile.⁵⁵ Den samme formålsbetraktningen må gjøre seg gjeldende dersom ubevæpnede soldater utlånes til politiet.

Fleischer hevder derimot at bruk av militære i rettshåndhevelsesøyemed faller utenfor:

«Spesielt kan det være grunner som taler for at en aksjon med rettshåndhevelse som formål ikke omfattes av forbudet i § 99 annet ledd» (Fleischers understreking).⁵⁶

Dette begrunner han med at Grunnloven sikter til makt «mod» innbyggere.

Bruken av ordet «mod» kan ved første øyekast tyde på at bestemmelsen gjelder de tilfeller konflikter mellom en sivil part og en offentlig tjenestemann, eller – formulert på et mer overordnet plan – i konflikter mellom sivilsamfunn og stat. Alta-aksjonene er et illustrerende eksempel på en slik konflikt.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om formuleringen «mod» utelukker tilfeller hvor

⁵⁴ En grundigere gjennomgang av disse påstandene gis i punkt 3.6

⁵⁵ Slik også C. Smith 1984, s.456: «Det kan [...] neppe endre forholdene om de militære avdelinger ikke har våpen»

⁵⁶ Fleischer, s.170

Forsvaret – eller politiet med bistand fra Forsvaret – ikke er part alene, men snarere har funksjon som bistandsyter *til fordel* for en av konfliktens parter. Satt på spissen: Maktbruk *mot* en tyv, vil være maktbruk *til vern* for den forulempede.

Dette er etter mitt syn uholdbart. Fleischers tolkning vil innebære et direkte brudd på den forutsatte maktfordelingen som ligger bak bestemmelsen. Det vil være en ren omgåelse av Grunnloven dersom Forsvaret skulle kunne settes inn under politiets ledelse overalt hvor politiet hadde oppgaver i rettshåndhevelsesøyemed. Det kan ikke ha betydning at maktbruken tilfeldigvis går i favør av en sivil part. Synet til Fleischer synes heller ikke å være fulgt opp i juridisk teori.

Etter dette må også militær makt i rettshåndhevelsesøyemed omfattes av «militær Magts Anvendelse».

2.4.2.5 Oppsummering

For at maktfordelingen som er forutsatt i § 99 annet ledd ikke skal være illusorisk, men vanskelig å omgå for den utøvende makt, bør det settes en lav terskel for hvilke bruk av Forsvarets kapasiteter som subsumeres under «militær Magts Anvendelse». Lovkravet må gjelde for alt av Forsvarets materiell og personell som brukes direkte eller indirekte i maktutøvelse mot «Statens Medlemmer». I praksis vil det da stort sett være bruk av Forsvarets ressurser til den rene ulykkes- og katastrofebistand, samt bruk i transport- eller øvelsesøyemed, som faller utenfor «militær Magts Anvendelse».

2.5 Nærmere om «Statens Medlemmer»

Lovkravet i § 99 annet ledd gjelder kun for militær maktbruk mot «Statens Medlemmer».

En naturlig forståelse av ordlyden at det siktes til personer med norsk statsborgerskap. Personer *uten statsborgerskap* vernes altså ikke av maktforbudet i utgangspunktet.

Det kan likevel være gode grunner til å tolke Grunnloven utvidende på dette punktet, i tråd med prinsippene for dynamisk tolkning presentert i punkt 2.1. Det kan i lys av dagens samfunnsforhold virke kunstig å differensiere mellom statsborgere og ikke-statsborgere. Norges befolkning er i stadig større grad bestående av fastboende uten statsborgerskap, som eksempelvis arbeidsinnvandrere.⁵⁷ Videre er det uomtvistet at alle de øvrige grunnlovsbestemmelsene som verner enkeltindivider – § 96, § 97 og § 99 første ledd – omfatter *enhver* – altså langt flere enn bare dem med statsborgerskap. Dersom Forsvaret skulle brukes mot en gruppe demonstranter med utenlandsk statsborgerskap, men med sitt daglige arbeid og bosted i Norge, ser jeg heller ingen tungtveiende grunner til at maktforbudet ikke skal verne også slike personer eller grupperinger. Endrede samfunnsforhold, samt

⁵⁷ <http://www.ssb.no/innvandring/fig5-grunn.gif> [Lest: 31.10.2012]

hensynet til indre sammenheng og hensiktsmessighet, taler altså for en utvidende fortolkning.

En riktigere tolkning av «Statens Medlemmer» vil derfor være *innbyggere* i Norge, dvs. dem med fast tilhold i Norge.

Selv om det ikke har stor rettskildemessig vekt før endelig vedtakelse, nevner jeg at også Grunnlovsspråkutvalget har oversatt «Statens Medlemmer» til «innbyggerne» i sitt utkast til oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven.⁵⁸

Selv ikke denne tolkningen gir et særlig praktikabelt vern. Man kan tenke seg at en større gruppe tilreisende personer nekter å føye seg etter politiets ordre, og må fjernes med direkte eller indirekte hjelp fra Forsvaret. Man kan også tenke seg at en utenlandsk terrorist slår seg midlertid ned i Norge en viss tidsperiode, i påvente av et anslag. Om slike personer skal anses som «Statens Medlemmer» også etter ovennevnte tolkning, er ikke godt å si. Dette i seg selv tilsier at lovgivning som drar opp tydelige grenser bør vedtas.

Det kan nevnes at selv ved en restriktiv fortolkning av «Statens Medlemmer», vil legalitetsprinsippet – samt Norges folkerettslige forpliktelser – uansett gi *alle individer* et visst vern mot uhjemlet militær maktbruk.

2.5.1 Nærmere om nasjonale terrorister

En annen problemstilling som melder seg er om *nasjonale terrorister* kan subsumeres under vilkåret «Statens Medlemmer».⁵⁹

I Meld.St.29 (2011–2012): *Samfunnssikkerhet*, punkt 8.2.1, står det: «Etter en alminnelig fortolkning [...] faller bistand til terrorbekjempelse [...] utenfor bestemmelsens alminnelige forbud om bruk av militær makt mot statens borgere».

Jeg vil i det følgende kort drøfte om denne tolkningen kan forsvares.

Det fremgår ikke hvilke kilder regjeringen viser til når den legger til grunn at bekjempelse av terrorisme faller utenfor grunnlovsbestemmelsen, men Fleischer har behandlet spørsmålet inngående.⁶⁰

Fleischer hevder at et terroranslag fra norske innbyggere bør kunne likestilles med et regulært angrep fra en fremmed stat, og dermed falle utenfor maktforbudet som Grunnloven oppstiller. Han eksemplifiserer med et terroranslag mot en oljeplattform:

«[Det kan] fornuftsvis ikke være meningen med Grunnloven at myndighetene må si følgende: «Terroristene er jo norske borgere og «Statens Medlemmer», og dessuten

⁵⁸ <http://stortinget.no/Global/pdf/Diverse/Rapport%20fra%20Grunnlovsspr%c3%a5kutvalget%202012.pdf>, side 188

⁵⁹ *Internasjonale terrorister faller åpenbart utenfor grunnlovsbestemmelsen.*

⁶⁰ Fleischer, s.143

sivilpersoner som ikke er innrullert i noen armé, og derfor kan vi ikke bruke Forsvaret mot dem uten at vi først skaffer oss en hjemmel i formell lov»».⁶¹

Fleischer konkluderer derfor med at terrorister «kan ikke oppfattes som [...] «Statens Medlemmer»».⁶²

Mot dette kan det innvendes at nødverge etter all sannsynlighet ville vært tilstrekkelig hjemmel for å aksjonere militært i en situasjon lik den Fleischer beskriver.⁶³

Problemstillingen med nasjonale terrorister kan uansett ikke avfeies så lett. Man kan for eksempel tenke seg en situasjon hvor en nordmann som planlegger et terroranslag oppdages på et tidlig stadium – og *før* grensen for preventiv nødverge.⁶⁴ Om en slik person kan subsumeres under «Statens Medlemmer» eller ikke, vil være av sentral betydning for adgangen til å anvende militære maktmidler mot vedkommende.

Det finnes flere gode argumenter for at nasjonale terrorister bør tolkes ut av vilkåret «Statens Medlemmer».

For det første vil mange terroranslag ha likhetstrekk i både art og omfang med et regulært angrep fra en fremmed stat. Særlig gjelder dette når anslaget benytter militært utstyr, militær taktikk eller har liknende preg av militær organisering. Det samme understrekes i Meld.St.29 (2011–2012), som legger til grunn «at det ikke kan utelukkes at angrep fra en ikke-statlig aktør under visse forutsetninger kan konstateres å være et væpnet angrep etter FN-pakten».⁶⁵ Gjerningspersonens nasjonalitet eller bosted blir da mer en formalitet som ikke bør stå i veien for å underlegge angrepet samme konstitusjonelle behandling som militære angrep fra eksterne fiender.

Videre er det få grunner til å verne en person som *aktivt* tar i bruk militære maktmidler mot å bli møtt med samme mynt. Regelens formål synes først og fremst å verne mot *misbruk* av militærmakt – ikke å sette opp konstitusjonelle hindre for at militære maktmidler skal kunne besvares med militære maktmidler.

Når grunnlovsfedrene ikke oppstilte noe vern mot «militær Magts Anvendelse» for dem som deltar i «Oprør», er det også en nærliggende tanke at det også bør være unntak for annen grovt samfunnsskadelig aktivitet, som terroranslag mot nasjonen. Signalet som er gitt gjennom bestemmelsen virker klart nok: Grunnloven verner innbyggere, med mindre de opptrer som opprørere. Det trengs ikke mye fantasi for å forestille seg at grunnlovsfedrene også ville tilføyd terrorisme til opprørsunntaket i § 99 annet ledd dersom terrorfenomenet hadde fremstått like dagsaktuelt i 1814 som opprør mot kongemakten.

Dette argumentet bærer imidlertid ikke særlig langt, ettersom det blir for hypotetisk.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ Se punkt 3.1

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Meldingens punkt 8.2.4.

Opprørsunntaket fremstår så sterkt betinget av de dagjeldende samfunnsforholdene, og har et spesifikt utformet krav om tre gangers opplesning av loven. Opprørsunntaket er derfor lite egnet for analogisering.

Hvem som kan regnes som en terrorist, er en vanskelig faktisk og rettslig vurdering som i en kritisk situasjon kan by på utfordrende avgrensningsspørsmål. Fraværet av en lov som klart definerer adgangen til å bistå politiet med militære maktmidler, gjør at det i realiteten må foretas en situasjonsbedømmelse som – avhengig av den nærmere vurderingen – kan lede til at en eventuell bistandshandling vil være et brudd på grunnlovsforbudet mot å anvende militær makt mot «Statens Medlemmer» uten lov.

Fremfor for å følge Regjeringens og Fleischers tolkning, hvor nasjonale terrorister ikke subsumeres under «Statens Medlemmer», bør spørsmålet om hvem militærmakt kan benyttes mot – og på hvilke vilkår – heller avklares i lovgivning for å sikre at § 99 annet ledd er fulgt uansett situasjon.

2.6 Oppsummering, tolkning av Grl. § 99 annet ledd

Gr. § 99 annet ledd oppstiller et krav om at all direkte eller indirekte bruk av Forsvarets midler for å utøve makt mot norske innbyggere må være hjemlet i formell lov vedtatt av Stortinget. Begrensninger på selve maktutøvelsens art og omfang følger hovedsakelig av legalitetsprinsippet, samt konstitusjonelle skranker som EMK art. 3 og art. 5, og andre folkerettslige forpliktelser.

3 Finnes det lovhjemmel for militær maktbruk mot «Statens Medlemmer»?

Det neste spørsmålet er om det eksisterer hjemler som åpner for ulike former for militær maktbruk mot sivile, slik Grunnloven forutsetter.

Jeg skal her gjennomgå relevant lovgivning og andre relevante regelverk som regulerer Forsvarets adgang til ulike former for maktbruk mot innbyggere, og undersøke om Grunnlovens hjemmelskrav er oppfylt.

3.1 Nødverge og borgerarrest

Det er naturlig å starte med den kanskje mest generelle hjemmelen for maktbruk i lovgivningen, nemlig nødverge. Selv om nødverge formelt sett er en straffrihetsgrunn, vil den i praksis kunne fungere som hjemmel.

Nødvergeretten er lovfestet i straffelovens § 48, og gir rett til bruk av makt til «Afvergelse af eller Forsvar mod et retsstridigt Angreb», dersom maktbruken oppfyller visse krav til proporsjonalitet og nødvendighet. Følgelig vil svært mange tenkelige situasjoner som innebærer anvendelse av militær makt mot sivile være hjemlet i formell lov.

Det er dermed ikke er sagt at det ville være i strid med § 99 annet ledd å anvende slik makt dersom det *ikke* hadde eksistert en lovhjemmel. Riktignok vil militær makt utøvet i nødverge også være «militær Magts Anvendelse», jf. punkt 2.4.2.4 over, men det kan like gjerne hevdes at slik maktbruk *aldri var ment* å rammes av maktforbudet i Grunnloven. Dette kan sies å følge av en formålsbetraktning, ettersom det ikke kan ha vært grunnlovsfedrenes hensikt å kreve lov for at militær makt skal kunne brukes i akutt forsvar av seg selv eller tredjemann. Dette synspunktet kan gjerne underbygges med at adgangen til å utøve nødverge eksisterte lenge før Grunnloven, og må anses å være så grunnleggende at det av den grunn ikke behøves lovregulering.⁶⁶

Fleischer konkluderer i sin utredning med at nødverge må *supplere* § 99 annet ledd, og dermed gjør bestemmelsen «illusorisk» for de fleste praktiske tilfeller.⁶⁷ Castberg⁶⁸ slår kort fast at § 99 annet ledd ikke er til hinder for utøvelse av nødverge. Aschehoug⁶⁹ skriver at bestemmelsen «ikke omhandler, hvorvidt en militær Afdeling, som angribes af en Folkehob, er berettiget til at bruge Vaaben for at tilbageslaa Angrebet». Det er naturlig å slutte fra dette at han i likhet med Castberg mener at militær maktanvendelse i nødverge faller *helt utenfor* grunnlovsbestemmelsen. At Carsten Smith, Berg og Frostad knapt berører spørsmålet om forholdet mellom nødvergeretten og § 99 annet ledd i sine ellers dyptgripende analyser, er kanskje et tegn på at retten til å anvende militær makt i nødverge er uomtvistet.

Uansett hvilket av de overstående perspektivene man legger til grunn – om nødverge er en grunnlovsmessig lovhjemmel, eller om nødvergeretten ikke anfektes av § 99 annet ledd i utgangspunktet – er det derfor klart at Forsvaret vil være berettiget å anvende militær makt i klassiske nødvergesituasjoner.

Jeg vil likevel hevde at spørsmålet om forholdet mellom § 99 annet ledd og nødvergeregelen ikke er fullt så uproblematisk som teorien kanskje antyder. *Hva* som nærmere må til for å fastslå at en nødvergesituasjon etter straffeloven § 48 foreligger, er i praktisk et vanskelig spørsmål. De skjønsmessige vilkårene om at forsvarsmiddelet ikke må overskride «hvad der fremstillede sig som fornødent hertil», og at maktbruken ikke må « agtes ubetinget utilbørligt» i lys av «Angrebets Farlighed, Angriberens Skyld eller det angrebne Retsgode», viser i seg selv hvor upraktisk § 48 er som primærhjemmel for maktbruk.

Der det foreligger et tradisjonelt, fysisk angrep på militært personell, eller en tredjemann, er nødvergeadgangen klar. Men hvor kraftig kan den angrepne soldat svare?

⁶⁶ Se f.eks. Strömberg, s.58.

⁶⁷ Fleischer, s.45

⁶⁸ Castberg, s.283

⁶⁹ Aschehoug, s.516

Grunnlovsmessigheten av maktbruken vil kunne stå og falle på om forsvarshandlingens art og grad gjør den tilstrekkelig proporsjonal etter strl. § 48.

Situasjoner hvor maktbruk kan bli aktuelt uten at det foreligger noe rettstridig angrep etter strl. § 48 kan også tenkes, f.eks. ved demonstrasjoner som kommer ut av kontroll på grunn av panikk eller stort påtrykk. Enda mer uklart blir det dersom den som utsettes for militær maktbruk opptrer passivt, eller ikke enda har påbegynt sitt rettstridige angrep. *Preventiv nødverge* kan selvsagt være aktuelt, men når vilkårene for dette foreligger, byr på enda vanskeligere vurderinger enn tilfeller der det foreligger aktive handlinger. Altaaksjonen, hvor demonstranter nektet å flytte på seg, er et illustrerende eksempel på at nødverge ikke vil kunne utgjøre noen åpenbar hjemmel for anvendelse av militære styrker.

Nødvergeregelen er derfor en *svært lite egnet* hjemmel. Den skjønnsmessige og situasjonsbetingede vurderingen som må foretas etter straffeloven § 48, gir liten grad av klarhet og forutsigbarhet for det militære personellet, som stilles overfor vanskelige situasjoner hvor potensielt dødelig maktanvendelse aktualiseres. Dette innebærer en betydelig praktisk utfordring, og harmoniserer også dårlig med formålet bak § 99 annet ledd, som er å sette klare grenser for militær maktbruk. Rui går i samme retning:

«Det er problematisk ut fra formålet med Grunnloven § 99 annet ledd at Forsvaret støtter politiet i en situasjon hvor det er risiko for at Forsvarets personell må bruke makt, og legge til grunn at maktanvendelse skal støtte seg på straffeloven § 48.»⁷⁰

Kort oppsummert: Selv om nødverge vil oppfylle kravet om lovhjemmel i mange aktuelle tilfeller, er det likevel en uklar hjemmel som kan gi praktiske problemer, hvor en feilvurdering i realiteten kan lede til militær maktbruk som ikke er grunnlovsmessig. Det taler med tyngde for at klarere og tydeligere lovgivning bør vedtas.

Jeg vil også kort omtale hjemmelen for såkalt «borgerarrestasjon» i straffeprosessloven § 176. Hjemmelen gjelder «enhver», noe som selvsagt også omfatter militært personell, uavhengig av om de har politimyndighet eller ikke, ref. punkt 3.2 og 3.3. Stortinget har ved dette gitt militært personell lovhjemmel for «militær Magts Anvendelse» mot innbyggere i form av pågripelse, der den mistenkte «treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor». Også denne hjemmelen vil være praktisk for mange tenkelige scenarioer.

3.2 Bruk av militær makt på eller i umiddelbar nærhet av militært område

I lov om militær politimyndighet av 20. mai 1988 er det i § 1 slått fast at befal over sersjants grad, militærpoliti og militære vakter har politimyndighet på – eller i umiddelbar nærhet av – militært område.

Hva som ligger i begrepet «politimyndighet» fremgår av lovens § 3. Det er i korte trekk myndighet til blant annet å «gripe inn overfor militært personell og *andre* når dette er

⁷⁰ Rui, s.447

nødvendig, foreta anholdelse og ev. iverksette foreløpig arrest» (min kursivering).⁷¹

Lovgiver har altså gitt dette militære personellet adgang til visse former for militær maktbruk overfor *alle*, innenfor en geografisk begrensning som følger av formuleringen «på militært område eller i umiddelbar nærhet av det».

Forskrift om politimyndighet i Forsvaret (kgl.res. 26.november 1993) punkt 5 beskriver nærmere hva som menes med «militært område»:

«Med militært område forstås område som Forsvaret har rådighet over og/eller *er erklært* som militært område. Militært område omfatter også militært fartøy eller transportmiddel.» (min kursivering)

Videre heter det:

«Under feltforhold regnes de steder hvor det etableres bivuakk, stillinger, kommandoplasser og tilsvarende som militært område.»

Det kan hevdes at regjeringen gjennom disse forskriftene har gitt seg selv *videre* rammer til selv å definere hva som er militært område enn hva som var forutsatt med hjemmelsloven.

Resonnementet kan illustreres ytterligere gjennom andre instruksjer. I den dagsferske «*Instruks om sikring og beskyttelse av objekter ved bruk av sikringsstyrker fra Forsvaret og politiet i fred, krise og krig*» av 24. august 2012, fremgår det av § 3 fjerde ledd at når Forsvaret etablerer «objektsikring av et nøkkelpunkt, er objektet og objektets umiddelbare nærhet å anse som militært område». I femte ledd fremgår det at «*Forsvaret skal beslutte hvilke sivile og militære objekter som skal utpekes som nøkkelpunkter*» (min kursivering). Dette kan gjøres blant annet når «[rikets] sikkerhet står i fare», jf. instruksens § 3 tredje ledd.

Selv om forskrifter selvsagt ikke er bindende for tolkningen av hverken hjemmelslov eller forståelsen av Grunnloven, kan Forsvaret i *praksis* ha fått en for vid definisjonsmakt over når – og på hvilke vilkår – de er berettiget til «militær Magts Anvendelse».

Et eksempel: Et område hvor horder med aggressive demonstranter oppholder seg erklæres for «militært område» på de overnevnte forskriftenes vilkår, og gir dermed Forsvarets myndighet til å anvende militær makt mot egne innbyggere innenfor rammene av politimyndigheten. Når Forsvaret er gitt slik definisjonsmakt i praksis, kan vernet som § 99 annet ledd oppstiller fort bli illusorisk.

Det kan stilles spørsmål ved om det var tilsiktet av Stortinget at Regjeringen skulle gis en så vid adgang til å selv definere «militært område», og om det i det hele tatt er en heldig rettstilstand at Forsvaret kan skaffe hjemmel for maktbruk på denne måten. Ut fra en formålsbetraktning – og særlig i lys av § 99 annet ledd – kan det hevdes at det må innfortolkes et krav i lovens § 1 om at det å definere et område som «militært» må ha en klar militærfaglig

⁷¹ NOU 1980:58 s.95

begrunnelse, for å hindre at den utøvende makt kan tilegne seg videre hjemler for militær maktanvendelse mot egne innbyggere enn forutsatt.

Alt i alt gir lov om militær politimyndighet hjemmel for anvendelse av militær makt mot egne innbyggere på visse geografiske områder, men en mer presis angivelse av *rekkevidden* av loven er vanskelig å fastslå på grunn av vagheten i § 1.

3.3 Politiloven § 20, tredje og fjerde ledd

Politiloven⁷² § 20 tredje ledd første setning, lyder: «Politimyndighet kan unntaksvis gis til andre».

Ved første øyekast kan det se ut som at bestemmelsen åpner for at alle – herunder militært personell – kan få politimyndighet, jf. formuleringen «gis til andre», som etter sin ordlyd ikke setter noen begrensninger.

Ser man derimot bestemmelsens tredje ledd i sammenheng med fjerde ledd, kan dette stille seg annerledes. I fjerde ledd står det at «Kongen kan bestemme at militært personell fra Forsvaret kan tildeles begrenset politimyndighet ved utøvelse av grenseoppsyn på landegrensen mellom Norge og Russland». Antitesen blir at Stortinget dermed har valgt å begrense adgangen til å gi politimyndighet til Forsvarets personell, ved kun å nevne grensevaktene på russergrensen. Dersom hensikten med tredje ledd var å åpne for at *alt militært personell* kan få politimyndighet, ville jo presiseringen i fjerde ledd vært totalt overflødig.⁷³

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp.nr.31 (2000-2001) står det på side 1 at forslaget ikke er «ment å endre den eksisterende praksis, men å formalisere den situasjon som har eksistert fra 1959». Dette, sammenholdt med uttalelser i proposisjonen om at intensjonen har vært å gi garnisonen i Sør-Varanger en ekstra tydelig hjemmel, tar Magne Frostad til inntekt for at fjerde ledd ikke må tolkes som at lovgiver har ønsket å utelukke at øvrig militært personell også kan tildeles politimyndighet.⁷⁴ Frostad skriver:

«Enkelte vil nok likevel hevde at man ikke hadde Forsvarets bistand til politiet for øye, da man i så fall burde ha undergitt temaet en nærmere behandling.»⁷⁵

Jeg er en av dem som vil hevde dette. Etter min mening bør man være tilbakeholden med å bruke politiloven § 20 tredje ledd som hjemmel for å gi øvrig militært personell politimyndighet.

Til støtte for dette synet kan det vises til Ot.prp.nr.31(2000-2001) side 8, hvor Justisdepartementet bemerker at det kom forslag om å utvide § 20 fjerde ledd til å gjelde også

⁷² Lov om politiet av 4.august 1995

⁷³ Slik også Frostad, s.162

⁷⁴ Blant annet viser han til Ot.prp.nr.31 (2001-2001) s.4

⁷⁵ Frostad, s.163

andre grensestrekninger, men

«ved å utvide adgangen til å gi begrenset politimyndighet til også å gjelde andre militære enheter, eller andre funksjoner i Forsvaret, ville lovforslaget favnet videre enn departementets intensjon, og spørsmålet burde i så fall vært utredet på et bredere grunnlag.»

Dette taler for at formuleringen i § 20 tredje ledd om at politimyndighet kan «gis til andre» må tolkes innskrenkende.

Dette tolkningsresultatet kan riktignok by på betydelige praktiske utfordringer. I en spent situasjon kan det for eksempel tenkes at grensevaktholdet mot Sverige må skjerpes. Det er utenkelig at politi- og tollvesen har ressurser til å håndtere et slikt oppdrag over tid, og at bistand fra Forsvaret vil være påkrevd. Etter ovennevnte tolkning av politiloven § 20 tredje ledd kan Forsvaret ikke gis politimyndighet til å utøve effektiv grensekontroll mot *norsk side*. Adgangen for Forsvaret til å utøve makt mot innbyggere må i slike tilfeller finnes i andre hjemler.

Frostad peker riktignok på at departementet synes å ha ment at den dagjeldende bistandsinstruksen ville gi Forsvaret tilstrekkelig hjemmel til å bistå politiet med makt i en situasjon som den ovennevnte, og at det derfor ikke var behov for å utvide fjerde ledd.⁷⁶ Som fremstillingen under punkt 3.6 imidlertid vil vise, er en kongelig resolusjon alene ikke nok til å utgjøre en grunnlovsmessig hjemmel for militær maktutøvelse mot sivile. Fra departementets side må det i så fall bero på en misforståelse av bistandsinstruksens tjenlighet som hjemmel. Selv om dette kan forklare hvorfor fjerde ledd dermed ikke ble utvidet til å gjelde også andre deler av Forsvaret, kan ikke en eventuell rettsvillfarelse på departementets side tillegges betydning for hvordan politiloven § 20 tolkes.

Frostad nevner videre at det i St.meld.nr.17 (2001-2002) *Samfunnssikkerhet* s. 96 vises til at «[d]et kan være aktuelt å tildele personell i Forsvaret politimyndighet i gitte situasjoner, for eksempel for å avverge terroranslag». Dette tar han til inntekt for at politiloven § 20 tredje ledd er forutsatt å gjelde også for Forsvarets øvrige personell. Han kaller det «unyansert» å konkludere med noe annet.⁷⁷

Til dette kan det innvendes at en *stortingsmelding* som redegjør for regjeringens syn på rettstilstanden må anses å ha liten rettskildemessig vekt i denne sammenheng – og særlig når den anvendes som et *etterarbeid* i tolkningen av den til tidligere vedtatte politiloven.

Selv om det åpenbart ikke er noen særlig hensiktsmessig rettstilstand at politiet ikke kan tildele begrenset politimyndighet til Forsvarets øvrige personell etter § 20 tredje ledd, er det like fullt grunnleggende maktfordelingshensyn som her gjør seg gjeldende. Det klare utgangspunkt må være at politiet – som del av den utøvende myndighet – ikke skal kunne bemyndige landets militære styrker til maktbruk overfor sivile utover de rammer som er

⁷⁶ Frostad, s.164 og 165

⁷⁷ Ibid.

forutsatt av Stortinget. På legalitetsprinsippets område, og i lys av lovkravet i § 99 annet ledd, må man ha ekstra sikre holdepunkter for å kunne fastslå at Stortinget har ment å utstyre politiet med fullmakt til å gi militæret politimyndighet. Når Stortinget har hatt mulighet til å tydeliggjøre disse grensene, og har valgt å kun nevne personell på grensen mot Russland, skal man være tilbakeholden med å utvide adgangen til militær maktbruk ytterligere uten solid rettskildemessig forankring.

Konklusjonen er derfor at politiloven § 20 tredje ledd – sammenholdt med fjerde ledd – *ikke* gir hjemmel for at politiet kan utstyre militært personell med begrenset politimyndighet, med mindre personellet tjenestegjør som vakter ved grensen mot Russland.

3.4 Heimevernloven § 13 og vernepliktsloven § 9

Jeg vil kort omtale lov om Heimevernet av 17 juli 1953 nr. 28, samt lov om verneplikt av samme dato, nr. 29.

Heimevernloven § 13 slår fast at heimevernssoldater kan pålegges tjeneste som blant annet innebærer «vakhold og sikring av objekter og infrastruktur, som tar sikte på å avverge eller begrense anslag av omfattende eller av annen årsak særlig skadevoldende karakter, rettet mot vesentlige samfunnsinteresser». Vernepliktslovens § 9 annet ledd litra b har en beslektet bestemmelse som åpner for at den vernepliktige blant annet kan settes til «[e]kstraordinært vakhold og tjeneste som kreves for å opprettholde rettsordenen [...]».

Dette kan ved første øyekast se ut som hjemler for Forsvaret til å utøve makt mot innbyggere i de situasjonene som lovbestemmelsene omtaler.

Bestemmelsene er imidlertid, slik jeg oppfatter det, *ikke* hjemler for maktanvendelse i seg selv, men snarere en angivelse av de tjenesteoppgaver staten kan pålegge soldater. At loven kun regulerer forholdet mellom Forsvaret og den tjenestepliktige – og ikke forholdet mellom Forsvaret og alle landets borgere – underbygges for det første av at det bare er vernepliktige soldater og heimevernets soldater som er omtalt i lovene, og ikke militært personell generelt. Det ville vært påfallende om Stortinget hadde begrenset seg til å gi hjemmel for maktbruk kun for vernepliktige og for HVs styrker, og ikke for befal og vervede soldater i de øvrige våpengrenene.

I forarbeidene til lovene finnes heller ikke uttalelser som tyder på at loven var ment å hjemle bruk av militærmakt mot sivile i de aktuelle situasjonene.

Carsten Smith peker på at det ville være «en lovgivningsmessig anomali» å gjemme bort en sentral bestemmelse om regjeringens kompetanse i en lovbestemmelse som omtaler tjenestepliktene til vernepliktige. Jeg støtter dette synspunktet.

Konklusjonen er derfor at heimevernloven § 13 og vernepliktsloven § 9 kun regulerer forholdet mellom den tjenestepliktige og Forsvaret. Lovene kan ikke i seg selv utgjøre hjemler for maktutøvelse.

3.5 Kystvaktloven § 17

Det må knyttes noen korte bemerkninger til lov om kystvakten av 13. juni 1997.

Kystvakten er en del av Forsvaret, jf. lovens § 5, og dermed må bruk av kystvaktens personell og utstyr mot sivile i maktøymed omfattes av lovkravet i § 99 annet ledd, jf. punkt 2.4.

Kystvaktloven er trolig det klareste eksempelet på at en slik spesifikk lovhjemmel er gitt; § 17 første ledd hjemler militær bistand til politiet i rettshåndhevelsesøyemed, herunder til «forebyggelse og bekjempelse av forbrytelser og ulovlige aksjoner mot personer, fartøyer eller faste innretninger».

Gjennom kystvaktloven er dermed en rekke aktuelle scenarier som innebærer militær maktbruk til sjøs lovhjemlet i tråd med Grunnlovens krav. Loven fremstår, etter min oppfatning, som et vellykket eksempel på hvordan Stortinget bør lovfeste grensene for når militær makt skal kunne anvendes mot sivile.

3.6 Instruks om Forsvarets bistand til politiet av 22. juni 2012

3.6.1 Innledning

Bistandsinstruksen krever inngående behandling, ettersom den i praksis har fått en sentral posisjon som det primære regelverk for hvordan militære avdelinger kan støtte politiet.

Den første bistandsinstruksen med den form og det innhold som likner dagens instruks, ble vedtatt i 1965 som del av dagjeldende politiinstruks. Etter flere endringer kom en ny bistandsinstruks i 1998, som deretter ble justert i 2003, og nylig endret igjen i juni 2012. Det kan nevnes at det har eksistert ulike regulativer om militært samarbeid med politiet helt tilbake til 1710.⁷⁸

Etter instruksens § 9 kan politiet be om «alminnelig bistand» ved ulykker og naturkatastrofer, til transport, administrativ bistand, og til å nyttiggjøre seg av Forsvarets særskilte kompetanse der militære enheter selv ikke involveres i den politioperative oppgaveløsningen. Instruksen åpner videre for såkalt «håndhevelsesbistand» etter instruksens § 13, hvor politiet etter litra a kan be om militær bistand til å ettersøke og pågripe farlige personer når det er nødvendig for å avverge nærliggende fare for noens liv eller helse. Etter § 13 litra b kan politiet be om militær bistand, herunder vakthold- og sikringstjeneste, til å forebygge og bekjempe «omfattende eller særlig skadevoldende» anslag rettet mot vesentlige samfunnsinteresser, jf. § 13 litra b.

Instruksens § 5 slår fast at en forutsetning for militær bistand er at politiets ressurser skal «være uttømt eller funnet utilstrekkelige for å løse oppdraget».

⁷⁸ Aschehoug, s.515

3.6.2 Bistandsinstruksen som hjemmel etter GrL § 99 annet ledd? Nærmere om statspraksis

Et vesentlig problem melder seg når *grunnlovsmessigheten* til bistandsinstruksen vurderes: Bistandsinstruksen er en kongelig resolusjon vedtatt med hjemmel i Kongens instruksjonsmyndighet. Den oppfyller klart ikke Grunnlovens krav om at hjemmel for militær maktbruk skal gis i formell lov, jf. punkt 2.3.

Likevel har dette lenge vært oppfattet som uproblematisk – særlig av personer og instanser som sorterer under den utøvende makt.

I klartekst ble dette sagt i statsrådsforedraget ved vedtakelsen av bistandsinstruksen i 2003:

«I likhet med reguleringen i gjeldende instruks, har departementet lagt vekt på at den bistand som ny instruks vil regulere, *klart* ligger innenfor de skrankene som Grunnloven § 99 annet ledd oppstiller.»⁷⁹ (min kursivering)

Bistandsinstruksen har sågar vært omtalt som *hjemmel* for militær maktanvendelse mot sivile ved en rekke anledninger.

Av eksempler kan det vises til Forsvarsdepartementet i en høringsuttalelse vedrørende endringer av Heimevernloven § 13 i Ot.prp.nr.36 (2005-2006), side 5:

«Departementet har valgt å legge seg på samme ordlyd som bestemmelsen i instruks om Forsvarets bistand til politiet som *hjemler* militær håndhevelsesbistand til politiet.» (min kursivering)

Det samme gjøres i St.meld.nr.22 (2007-2008), punktene 7 og 7.1. Instruksen er også hyppig vist til som grunnlag for militært-sivilt samarbeid i St.prp. nr. 48 (2007-2008) *Et forsvar til vern om Norges sikkerhet, interesser og verdier*, særlig s. 58 og 59.

Listen kunne vært forlenget med uttalelser fra ulike statsråder, som for eksempel Grete Faremo, som i sitt åpningsforedrag til Sampol-konferansen i Bergen 21. september 2011 sa at «Forsvarets bistand til politiet er hjemlet i den såkalte bistandsinstruksen».⁸⁰

Oppsummert med Magne Frostads ord: «[Stats]praksisen synes således å ha festnet seg i retning av at [instruksens bistandsformer] er grunnlovskonform».⁸¹

Hva som kan være regjeringens *begrunnelse* for dette synet, kommer jeg tilbake til under punktene 3.6.3 og 3.6.4.

⁷⁹ Saksnr.01/02824-/FD II/JEH/011.1, datert 21.2.2003

⁸⁰ http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/aktuelt/taler_artikler/ministeren/taler-og-artikler-av-forsvarsminister-gr/2011/forsvarets-rolle-i-kampen-mot-terror.html?id=655063

⁸¹ Frostad, s.168

3.6.3 Teoriens syn på bistandsinstruksens grunnlovsmessighet

Spørsmålet er om bistandsinstruksen – til tross for å ikke være formell lov – likevel må anses å være en grunnlovsmessig hjemmel for maktbruken som den åpner for.

Berg, Frostad og Rui er de av teoretikerne som har behandlet spørsmålet om bistandsinstruksens grunnlovsmessighet.⁸² Sistnevnte konkluderer raskt med at bistandsinstruksens åpenbart ikke kan utgjøre noen hjemmel for militær maktanvendelse i Grunnlovens forstand, ettersom den ikke er formell lov.⁸³ Berg anser kun deler av den som grunnlovsmessig.⁸⁴ Frostad på sin side mener at *hele* instruksens er kompatibel med § 99 annet ledd.

Jeg vil i det følgende vie betydelig plass til å ettergå Frostads argumentasjon, dels fordi hans artikkel fra 2009 hittil har fått stå ubesvart, og dels fordi han støtter regjeringens syn på bistandsinstruksens grunnlovsmessighet.⁸⁵

3.6.3.1 Er instruksens bistandsformer «militær Magts Anvendelse»?

Frostad anfører to grunnlag for sitt standpunkt. Det første er at § 99 annet ledd ikke regulerer den aktuelle bistanden:

«Bakgrunnen for at man faktisk har åpnet for en slik regulering av den militære bistand må nettopp være den oppfatning av at Grl. 99, 2. ledd ikke tar sikte på å regulere slike [bistandsformer].»⁸⁶

Argumentet må være at instruksens bistandsformer ikke kan subsumeres under «militær Magts Anvendelse», eller at terror eller liknende krisesituasjoner må kunne møtes med militære maktmidler uavhengig av Grunnloven, jf. punkt 2.5.1.

Som det fremgår av punkt 2.4.2.3, faller bistand ved ulykker, naturkatastrofer og eksplosivhåndtering som instruksens omtaler i § 9 litra b og c, utenfor vilkåret «militær Magts Anvendelse». Jeg er enig med Frostad i at bistandsinstruksens *på dette punktet* ikke er i konflikt med Grunnloven.

Annerledes er det med § 9 litra a, som åpner for at militær transport, Forsvarets administrative ressurser og annen særskilt militær ekspertise kan brukes direkte eller indirekte i politioperativ oppgaveløsning. Jeg viser her til fremstillingens punkt 2.4.2.2, og min begrunnelse for hvorfor slik maktpreget anvendelse av Forsvaret bør omfattes av

⁸² De omtaler riktignok bistandsinstruksene av 2003 og 1998, men materielt er de stort sett sammenfallende med instruksens av 2012. Deres synspunkter er dermed overførbare til någjeldende instruks. C. Smith 1984 omtaler Kongens adgang til å gi instruks *generelt sett* på s.460, men ikke konkret om bistandsinstruksene – slik vi kjenner dem – er grunnlovskonforme.

⁸³ Rui, s.446

⁸⁴ Berg, s.119 og s.121

⁸⁵ Ref. punkt 3.6.2

⁸⁶ Frostad, s.168

lovhjemmelskravet i Grunnloven.

Som understreket i punkt 2.4.2.4 må også bistand etter instruksens § 13 litra a anses for «militær Magts Anvendelse». Som oftest vil det nok være snakk om nødvergesituasjoner når slik bistand påkalles, jf. formuleringen «fare for noens liv eller helse», og dermed ikke være bistand i konflikt med Grunnloven. Men dersom § 13 litra a benyttes utenfor nødvergesituasjonene, utgjør bestemmelsen klart ikke noen grunnlovsmessig hjemmel for militær bistand i seg selv.

Bistandsinstruksens § 13 litra b, som åpner for svært skarp maktbruk, synes å være enda mindre tilpasset § 99 annet ledd. Som tolkningen under punkt 2.4.2.4 viser, treffer slik inngrepskompetanse i kjernen av begrepet «militær Magts Anvendelse». Bestemmelsens formuleringer gir en forholdsvis vid adgang til bruk av militærmakt, f.eks. «til forebyggelse» eller «ved fare for» anslag, og er åpenbart også tilsiktet brukt i situasjoner utenfor de klassiske nødvergesituasjonene eller terrorsituasjoner.

Regjeringens og Frostads syn på at § 99 annet ledd ikke omfatter bistandsformene i bistandsinstruksen, er derfor klart uriktig. Slik militær maktbruk skal åpenbart reguleres av Stortinget i formell lov, og ikke av Regjeringen i instruks.

Jeg faller tilbake på Carsten Smiths konklusjon, om «at Kongen ikke i instruks kan tildele Forsvaret større inngrepskompetanse enn det som følger av Grunnloven».⁸⁷

3.6.3.2 Nærmere om forarbeidsuttalelsers betydning for bistandsinstruksens grunnlovsmessighet

Frostads andre grunnlag for å anse bistandsinstruksen som grunnlovsmessig er at Stortinget må anses å ha *godtatt* bistandsinstruksen som hjemmel.

Grunnlaget for dette er en forarbeidsuttalelse som kom ved endringen av Heimevernloven § 13.⁸⁸ Frostad skriver:

«Avgjørende betydning må det her få at forarbeidene viser til den eksisterende ordning [for militær bistand til politiet] slik denne er nedfelt i bistandsinstruksen av 2003, og at lovgiver tiltrer denne ordningen».⁸⁹

Det kan rettes flere innsigelser mot denne argumentasjonen. For det første setter Grunnlovens påbud om at hjemmel kun kan gis i de i «Lovgivningen bestemte Former» en begrensning på *hvordan* Stortinget kan delegerer slik kompetanse. Uttalelser i forarbeider kan ikke være nok til å fastslå at Stortinget har delegert denne kompetansen til Regjeringen.⁹⁰ Det kan synes som

⁸⁷ C. Smith 1984, på s.460 og 461, som gjengitt av Berg, s.130

⁸⁸ Innst.O.nr.32 (2005-2006) s.4.

⁸⁹ Frostad, s.169

⁹⁰ Se over i punkt 2.3

om Frostad ikke har vektlagt at det er vedtaksformen – lov – som er grunnlaget for legitimiteten bak maktanvendelsen.⁹¹

I tillegg er rekkevidden av den aktuelle forarbeidsuttalelsen *uklar*, og det er vanskelig å utlede noen entydig lovgivervilje. Carsten Smith synes å oppstille et klarhetskrav for å kunne fastslå at Stortinget har akseptert en delegasjon:

«[D]et [må] iallfall kreves at Stortinget *klart hadde foretatt* en slik delegasjon til fravikelse av grunnlovens forbud.»⁹² (Smiths kursivering)

I Rt. 2010 s. 535 (heretter «OVF-dommen») tok Høyesterett stilling til betydningen av forarbeidsuttalelser i vurderingen av en forskrifts grunnlovsmessighet. Stortinget hadde i en rekke forarbeidsuttalelser gitt uttrykk for at en forskrift om «Opplysningsvesenets fond» var kompatibel med Grl. § 106. Førstvoterende uttalte at

«Stortinget klart har vurdert og bygget på at forskriften ikke kommer i strid med Grunnloven. Når det er situasjonen, må domstolene i tvilstilfelle følge lovgivers syn. Mitt syn på saken er imidlertid at instruksen klart fører til resultater som er i strid med Grunnloven § 106. Det foreligger ikke slik kvalifisert tvil om grunnlovforståelsen at Stortingets syn kan være avgjørende.»⁹³

I vårt tilfelle er bistandsinstruksen klart i strid med den vedtaksform som Grunnloven krever, og de vage forarbeidsuttalelsene kan følgelig ikke tillegges særlig betydning. Det foreligger – som i OVF-dommen – ingen tvilssituasjon om grunnlovforståelsen.

Videre argumenterer Frostad med at

«hverken forarbeidene utarbeidet av Forsvarsdepartementet eller forsvarskomiteen nevner forholdet til Grl. § 99, 2. ledd, samtidig som forhandlingene i Odels- og Lagtinget også er tause [...]. Jeg anser det som usannsynlig at forvaltningen og lovgiver bevisst skulle ha underslått betydningen av en relevant grunnlovsbestemmelse, og det virker dessuten urimelig å skulle anta at de ikke kjente til bestemmelsen.»⁹⁴

Frostad må forstås dit hen at regjeringens og lovgivers taushet om grunnlovsmessighetsspørsmålet tiliseier at de har akseptert at Regjeringen er rette instans for fastsettelse av grensene for militær bistand til politiet.

Om lovgiver egentlig har vært klar over grunnlovsmessighetsspørsmålet, kan nok diskuteres; problemstillingen byr på nokså avanserte juridiske vurderinger, og har siden Alta-aksjonene vært et tema utenfor særlig allmenn interesse, forbeholdt teoretikerne fremfor politikerne.⁹⁵ Dette kan være en plausibel forklaring på at svært få lovgivere synes å ha vært observante på

⁹¹ Slik også E. Smith, s.236 flg.

⁹² C. Smith 1984, s.460

⁹³ Dommens avsnitt 148

⁹⁴ Frostad, s.169

⁹⁵ Et søk i Stortingets referater fra 1990 og frem til 2012 viser – utover forhandlingene i Stortingets 22.juli-komité – ingen tegn til debatt om rekkevidden av §99 annet ledd

problemstillingen. Eivind Smiths ord er illustrerende: «Storingsrepresentantene tenker ikke alltid så nøye over hvordan de følger etablerte syn på hvordan en sak skal løses eller hvilken fremgangsmåte som følges. [...] [Det kan] være tale om politisk-taktiske overveielser snarere enn om juridiske».⁹⁶

Et moment i andre retning er imidlertid at Høyres medlemmer i Stortingets 22. juli-komité foreslo å lovfeste grensene for militær maktbruk, og at dette ble *nedstemt* i Stortinget med 82 mot 18 stemmer.⁹⁷ Begrunnelsen for nedstemmingen er ikke gjengitt i Stortingets referater.

Forslaget lød: «Stortinget ber regjeringen fremme forslag til lovvedtak om fastsettelse av grensene for bruk av militære ressurser og militær makt overfor sivile borgere i fredstid».⁹⁸

Om man følger Frostads resonnement om at forarbeidsuttalelsene til Heimevernloven tilsier at lovgiver har sluttet seg til bistandsinstruksen som grunnlovsmessig hjemmel, skulle kanskje et voteringsresultat som *avviser* et krav om lovfesting også indikere at lovgiver er observant på problemstillingen, og anser grunnlovsmessighetsspørsmålet som uproblematisk.

Hvor langt dette bringer oss i spørsmålet om bistandsinstruksens grunnlovsmessighet er likevel tvilsomt; hva stortingspolitikere mener om spørsmålet, hva de har *visst* om problematikken, og hva de vedtar eller stemmer ned gjennom komitébeslutninger, er av underordnet betydning. Det avgjørende må jo – igjen – være Grunnlovens klokkeklare krav til vedtaksform, nemlig *lov*. Særlig gjelder dette når det er snakk om å åpne for maktbruk; det er kun denne vedtaksformen som gir den legitimiteten en militær maktutøvelse skal ha.⁹⁹

Det er derfor min oppfatning at Frostad tar feil når han vektlegger forvaltningens og Stortingets taushet som argument for at bistandsinstruksen er grunnlovsmessig.

3.6.4 Konstitusjonell sedvanerett som mulig grunnlag?

At regjeringen lenge har ansett bistandsinstruksen som grunnlovsmessig, fremgår klart av punkt 3.6.2. Hva som har vært begrunnelsen, har ikke vært like klart.

Et mulig grunnlag finnes i et skriv fra Forsvarsdepartementet. I en svært kritisk kommentar til «Dombås-notatet», som konkluderte med at deler av bistandsinstruksen ikke er grunnlovsmessig fordi hjemmel ikke er gitt i formell lov, uttaler departementet blant annet:

«Notatet ser [...] bort fra etablert konstitusjonell sedvanerett på dette området.»¹⁰⁰

Dette må forstås som at Forsvarsdepartementet mener at konstitusjonell sedvanerett gjør at bistandsinstruksen er grunnlovsmessig, selv om den ikke er formell lov.

⁹⁶ E. Smith, s.144 og 145

⁹⁷ <http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=51622&dnid=1>

⁹⁸ Forslag nr.12 <http://www.stortinget.no/nn/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2011-2012/inns-201112-207/1/4/>

⁹⁹ E. Smith, s.236 til 241

¹⁰⁰ Nærmere referanse kan ikke oppgis, da det er kategorisert som et internt notat.

Spørsmålet er så om dette argumentet er holdbart.

Det har tradisjonelt vært antatt at konstitusjonell sedvanerett kan *supplere* Grunnloven med regler av konstitusjonell trinnhøyde der den er taus, og tjene som *tolkningsmoment* der loven er uklar.¹⁰¹

Det er også antatt av enkelte teoretikere, blant annet av Helgesen, at konstitusjonell sedvanerett kan *utvide kompetansen* til et statsorgan utover Grunnlovens ordlyd, også på tross av en individuell rettighet.¹⁰² I enkelte tilfeller kan konstitusjonell sedvanerett *begrense* eller *fjerne* betydningen av Grunnlovens bestemmelser.¹⁰³

Det må trolig være det sistnevnte grunnlaget departementet bruker når de anfører konstitusjonell sedvanerett for å forsvare at regjeringen gir bistandsregler i instruks fremfor at Stortinget gir det i lov; Grunnloven er jo etter sin bokstav tindrende klar, og dermed kan det ikke være snakk om noe normtomt område eller uklar ordlyd som må suppleres, men snarere en kompetanse for Stortinget som gjennom sedvane må anses *fjernet*. Alternativt kan departementet forstås dithen at Regjeringens kompetanse er *utvidet* basert på konstitusjonell sedvanerett.

Uavhengig av hvilket av de ovennevnte perspektivene man velger, er Forsvarsdepartementets grunnlag tynt.

De tradisjonelle kriteriene for sedvanerett er at den aktuelle praksisen fra enten Kongen, Regjeringen eller Stortinget må være ensartet, langvarig, og fulgt i *den overbevisning* at det var en bindende rettsregel.¹⁰⁴

Eivind Smith har et strengere syn på hva som kan anses som konstitusjonell sedvane enn den tradisjonelle oppfatning.¹⁰⁵ Et eksempel på at hans restriktive syn kan ha mye for seg, er at Stortinget eksplisitt har avvist at det har instruksjonsrett overfor regjeringen på grunnlag av konstitusjonell sedvanerett, på tross av at dette var en hevdvunnen oppfatning i juridisk teori.¹⁰⁶

Tar man utgangspunkt i de tradisjonelle vilkårene, er det klart at den aktuelle regjeringspraksisen ikke kan anses å være tilstrekkelig konsekvent og varig. Det bør foreligge svært solid og langvarig praksis for å fravike en grunnlovsbestemmelse som etter sin ordlyd *tydelig* begrenser regjeringens kompetanse. Praksisen med bistandsinstruksen er etter min oppfatning ikke i nærheten av å ha et slikt dokumentert omfang som teorien krever. At bruk av *forskrifter* skal kunne danne tilstrekkelig grunnlag for konstitusjonell sedvane, er også lite holdbart; Carsten Smith peker i denne sammenheng på at det skal «meget til, av dokumentert

¹⁰¹ F.eks. Andenæs og Fliflet, s.40-42

¹⁰² Helgesen, s.206

¹⁰³ Andenæs og Fliflet, s.40-42

¹⁰⁴ Andenæs og Fliflet, s.40

¹⁰⁵ E. Smith, s.143 flg.

¹⁰⁶ Se Innst.S.nr.111 (2007-2008), hvor kontroll og konstitusjonskomiteens flertall uttaler at «Stortingets anmodninger mv. til regjeringen ikke har bindende rettsvirkninger».

omfang og tilknyttet rettsoppfatning», for at den *rene regjeringspraksis* skal få «kvalitet som tolkningsfaktor på grunnlovens nivå, enn si som konstitusjonell sedvanerett».¹⁰⁷

Enten man legger Eivind Smiths høye terskel til grunn, eller den mer tradisjonelle terskelen, er det uansett klart at regjeringspraksisen med å regulere adgangen for Forsvarets bistand til politiet i en instruks fremfor lov *ikke* kan oppfylle kriteriene for konstitusjonell sedvane.

Helgesens ord kan være beskrivende for det juridiske synet som Forsvarsdepartementet her har lagt for dagen:

«Begrepene er nyttige tjenere, men kan bli farlige herrer. [...] Av og til lurere jeg på om ikke det er tilfelle når vi snakker om « konstitusjonell sedvanerett». [...] Det brukes oftest på en lite presis måte.»¹⁰⁸

3.6.5 Oppsummerende betraktninger om bistandsinstruksen

Jeg slutter meg til Ruis syn på bistandsinstruksen:

«[Den] tilfredsstillende ikke den formelle side av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 99 annet ledd og er på viktige punkter vag og uklare.»¹⁰⁹

Selv om det ikke har noen sterk rettskildemessig verdi, kan ordene til 22.juli-kommisjonens leder Alexandra Bech Gjørsv også være illustrerende:

«Det er over tid utviklet både regler og praksis for når og på hvilke vilkår politiet har anledning til å benytte seg av militære ressurser i sitt arbeid. Disse er nedfelt i bistandsinstruksen (forøvrig *av uforståelige grunner* ikke i en egen lov).»¹¹⁰ (min kursivering)

Uttalelsen antyder klart at hun anser Fleischers syn på lovkravet,¹¹¹ og regjeringens tolkning av Grl. § 99 annet ledd, samt deres syn på bistandsinstruksens grunnlovsmessighet,¹¹² som utdatert og uriktig. Det slutter jeg meg i så fall til.

Den *rettslige konsekvensen* av at bistandsinstruksen ikke oppfyller Grunnlovens krav, oppsummeres av Carsten Smith, som sier at bestemmelsene i instruksen ikke kan «anses for å ha rettsvirkning i den utstrekning de går utenfor rammen av Grunnlovens § 99».¹¹³

Dette betyr at store deler av bistandsinstruksen må anses å være uten selvstendig rettsvirkning, og at hjemmel for disse bistandsformene må finnes i lovverket. Dette avdekker i

¹⁰⁷ C. Smith 1992, s.41

¹⁰⁸ Helgesen, s.193

¹⁰⁹ Rui, s.446

¹¹⁰ Foredrag i Oslo Militære Samfund, 29.oktober 2012: http://www.oslomilksamfund.no/oms_arkiv/2012/2012-10-29-Gj%C3%B8rv.html [lest 7.11.2012]

¹¹¹ Punkt 2.3.1.2

¹¹² Punkt 3.6.2

¹¹³ C. Smith 1992, s.31

realiteten et betydelig gap mellom hvilken militær maktbruk som er politisk forutsatt fra regjeringens side, og hva det er rettslig adgang til å utøve av denne makten.

3.7 Oppsummering av hjemmelssituasjonen

Som kapittel 3 har vist, er det vanskelig å kartlegge hvilke typer militær maktbruk mot sivile som er hjemlet i tråd med Grunnloven. Regelverket er fragmentarisk, ofte med vage bestemmelser med uklar rekkevidde. Enkelte former for militær maktanvendelse som lenge synes å ha vært forutsatt, viser seg i flere tilfeller å mangle lovhjemmel slik Grunnloven foreskriver. Særlig gjelder dette rettshåndhevelsesbistand til politiet etter bistandsinstruksen, samt adgangen til å tildele militært personell begrenset politimyndighet.¹¹⁴

4 Betraktninger om årsaken til dagens hjemmelsituasjon, mulige konsekvenser av den, og utsiktene til fremtidig lovfesting

4.1 Hvorfor har ikke lovhjemmel kommet på plass?

Fremstillingen over har vist at en rekke former for militær maktanvendelse mot sivile har vært forutsatt å være kompatible med Grunnloven. Når det nå er konstatert at det mangler lovhjemmel for mange av disse maktformene, er det nærliggende å stille spørsmål ved *hvorfor* slike hjemler ikke har kommet på plass.

Et forsøk på å lovfeste adgangen til militær bistand til politiet i en egen lovbestemmelse fant sted ved utarbeidelsen av en ny politilov på begynnelsen av 1990-tallet. I lovutkastet var det inntatt en bestemmelse (§ 32) om militær bistand blant annet ved «ettersøkning og pågripelse av person som med overveiende sannsynlighet kan sette menneskers liv og helse eller vesentlige samfunnsinteresser i alvorlig fare».¹¹⁵ Etter sitt innhold likner forslaget påfallende på någjeldende bistandsinstruks § 13 litra a og delvis litra b.

Bestemmelsen ble bevisst utelatt fra det endelige lovforslaget av den daværende regjeringen.

Begrunnelsen bak utelatelsen må antas å finnes i Ot.prp.nr.22 (1994-1995) s.35, hvor det fremgår at departementet «generelt har det syn at samarbeid mellom offentlige organer egner seg mindre godt for lovregulering i generell form».

Det er en lite treffende begrunnelse; militær bistand til politiet kan riktignok kategoriseres som «samarbeid mellom offentlige organer», men det er selvsagt ikke likegyldig *hvilke* offentlige organer det er snakk om. Det er en langvarig og befestet oppfatning at det skal gå et klart skille nettopp mellom de to eneste organene som kan anvende vold lovlig.¹¹⁶ Når

¹¹⁴ Unntak: personell på russergrensen

¹¹⁵ Formuleringen er gjengitt i brev fra Generaladvokaten til Justisdepartementet, 15.september 1998. Referanse: 1142/98/GA/625.0

¹¹⁶ Hartz, s.25

Grunnloven forutsetter lov for at Forsvaret skal kunne brukes i interne anliggender, kan regjeringen selvsagt ikke heve seg over et slikt lovkrav under henvisning til at «samarbeid mellom offentlige organer» er lite egnet for lovregulering. Begrunnelsen fremstår svært påfallende.

Det er derfor grunn til å tro at spørsmålet om bruk av militære styrker mot egne borgere har vært for *politisk betent* til at noen regjering har orket belastningen med å forelegge spørsmålet for Stortinget, og dermed risikere en opprivende politisk uenighet.¹¹⁷ Det foreligger også klare tegn på betydelig *administrativ* motstand i departementet mot å lovfeste grensene.¹¹⁸

I stedet har man tilsynelatende foretrukket å holde spørsmålet regjeringsinternt, gjennom bistandsinstrukser. Det ser ut som at det sakte, men sikkert, har dannet seg en konsensus i departementale og politiske kretser om at gjeldende regelverk er tilfredsstillende, uten at rette myndighet – Stortinget – har fått bestemme grensene i tråd med Grunnloven.

I et land hvor det etter hvert finnes lovgivning på nesten ethvert felt av samfunnslivet, er det unektelig påfallende at et så viktig spørsmål har blitt holdt unna Stortinget. Det kan lett tenkes å ha vært et poeng for regjeringen å holde spørsmålet uavklart for å sikre et politisk handlingsrom, fordi de har ansett § 99 annet ledd som en potensiell kompetanseavgrensning.

En slik politisk pragmatisme kan nok forstås, men den kan ikke forsvares fra et rettslig ståsted.

4.2 Mulige konsekvenser av hjemmelssituasjonen

4.2.1 Mulige operasjonelle konsekvenser for politiet og Forsvaret

Det kan for det første tenkes at det uklare hjemmelsbildet har påvirket – eller i fremtiden kan påvirke – Forsvarets operasjonelle vurderinger. Dette antydes i langt på vei i «Dombås-notatet».¹¹⁹ På side 12 står det om bistandsinstruksen og forholdet til Grunnloven:

«[Dersom en tvilssituasjon] skulle oppstå med dagens rettskildebilde, vil det således være et temmelig åpent spørsmål om militære mannskaper kan settes inn i en [anspent situasjon hvor politiet ber om bistand]. Spørsmålet kan vel heller ikke besvares med et klart ja eller nei, men avhenge av situasjonens alvorlighetsgrad.»

Igjen avdekkes et gap mellom hvilken maktbruk som er politisk forutsatt, og grensene for hva Forsvaret selv mener de rettslig har adgang til.

¹¹⁷ Antydninger i den retningen gis i Ot.prp.nr.22 (1994-1995), s.35: «Når utkastet ikke har gått videre med de foreslåtte reglene, skyldes det delvis at det på enkelte av områdene fremkom betydelig motforestillinger i høringsrunden mot de fremlagte forslag.»

¹¹⁸ Dette fremgår blant annet av skrevet omtalt i fotnote 100

¹¹⁹ Se fotnote 5

Mot at dette er et praktisk stort problem, kan det nok innvendes at det først og fremst er *rene operasjonelle* hensyn i den konkrete situasjonen som trolig vil være utslagsgivende for om militær maktbruk anvendes, snarere enn dveling ved en uavklart grunnlovsmessighet.

Men uklare hjemler kan også ha betydning på et annet plan: hvilken *trening* Forsvarets personell får. Soldater trenes i rene militære disipliner. Disse avviker som oftest *vesentlig* fra den trening politiets tjenestemenn gjennomgår. Hvis Forsvaret skal bygge sin maktutøvelse på uklare og situasjonsbetingede regler som nødverge, må situasjonsbestemte nødvergevurderinger også være en integrert del av treningen for både ledere og enkeltsoldater, dersom man akter å ha et Forsvar som effektivt kan bistå politiet.¹²⁰ Om ikke dette gjøres, settes Forsvarets personell i en beklemt situasjon om de blir beordret til å bistå politiet med maktbruk de ikke har tilstrekkelig trening i.

At bistandsrollen ønskes vektlagt under trening av Forsvarets mannskaper, fremgår av St.prp.nr.48 (2007-2008), s.69: «Forsvarets deltakelse i sivil-militært øvelsessamarbeid skal fokusere på Forsvarets primæroppgaver, samtidig som bistandsrollen bør inngå som ett av flere øvingsmål».

En annen mulig konsekvens av den uavklarte hjemmelssituasjonen er at det i politiet, Forsvaret og politisk ledelse kan ha utviklet seg et «Menstad-kompleks» - en frykt for å trække over streken i benyttelsen av Forsvarets kapasiteter.¹²¹

Dette er ikke så utenkelig. En rekke enkelthendelser som innbefatter kontakt med sivilbefolkning (eller trening på dette) har pådratt Forsvaret negativ omtale. Som eksempler kan det vises til at Heimevernets Innsatsstyrker la opp en militær øvelse som innbefattet væpnet motstand fra interne grupper.¹²² I 1998 ble militærpoliti brukt i en sivil etterforskning av et drap, noe som høstet en viss kritikk.¹²³ I et annet eksempel trente Heimevernet ved å jakte sivile kriminelle.¹²⁴ Den operative sjefen beklaget det hele, men hendelsen kan tyde på manglende forståelse i Forsvaret om grensene for hva de kan foreta seg overfor sivile. Vinklet på en annen måte: Kanskje viser hendelsen også mangel på tydelige grenser i lovgivning og annet regelverk.

Poenget må være at *uklare grenser* for maktutøvelse kan føre til *feil* maktutøvelse. Feil fører til kritikk. Kritikk kan føre til senere handlingsvegring. Handlingsvegring kan gi operasjonelle konsekvenser av betydelig omfang. Harald Høiback, oberstløytnant ved Forsvarets stabsskole, går langt i å antyde dette i en kritisk kommentar til Torvald Stoltenberg – og sistnevntes uttalte frykt for «en farlig gråsoner» mellom politi og Forsvar. Høiback antyder at nettopp

¹²⁰ Dette har gradvis begynt å bli integrert i Forsvarets trening. Se for eksempel Heimevernets kurskatalog for 2012: <http://www.hv.forsvaret.no/organisasjon/hvsks/.../Kurskatalog%202012.pdf>, s.40 [lest 09.12.12]

¹²¹ «Menstad-komplekset» er omtalt av Høiback, s.52

¹²² <http://www.bt.no/nyheter/lokalt/article1820871.ece> [lest: 31.10.2012]

¹²³ Hendelsen er omtalt i brev fra Generaladvokaten til Justisdepartementet med gjenpart til Forsvarsdepartementet, 15.sept. 1998. Referanse: 1142/98/GA/625.0

¹²⁴ http://www.nrk.no/nyheter/distrikt/nrk_sorlandet/1940919.html [lest 31.10.2012]

denne utbredte holdningen – frykten for «gråsonen» – var en medvirkende årsak til det mangelfulle samarbeidet mellom politi og forsvar 22. juli.¹²⁵

I St.meld.nr.39 (2003-2004) *Samfunnssikkerhet og sivilt-militært samarbeid*, punkt 5.1.3 ble det utalt at bistandsinstruksen «har som formål å fastsette bestemmelser om Forsvarets bistand til politiet, og gi aktuelle sjefer i Forsvaret og politiet generelle og praktiske retningslinjer for rask og sikker vurdering og handling». I lys av uttalelsene i Dombås-notatet, og 22. julikommisjonens rapport, tyder likevel mye på at evnen til å håndtere krisesituasjoner er variabel både i Forsvaret og politiet.¹²⁶ Terrortrusselen mot Stortingets åpningsseremoni i oktober 2012, og særlig den mangelfulle politiske håndteringen av bistandsanmodningen fra politiet i den situasjonen, tyder på at det samme gjelder i den politiske ledelsen.¹²⁷

Disse opplysningene tyder også på at dagens *prosedyre* for å håndtere bistandsanmodninger er utilfredsstillende. Prosedyren med departementsbehandling av at hver konkrete bistandsanmodning synes å være begrunnet med at bruk av Forsvaret mot sivile må være underlagt en eller annen form for politisk kontroll, for å sikre maktbruken demokratisk legitimitet.¹²⁸ Dette virker som en misforstått begrunnelse; Grunnloven har jo nettopp foreskrevet en måte å sikre maktanvendelsen demokratisk legitimitet: lovgivning.

Forhåpentligvis kan ny lovgivning gi klarere regler som gjør det enklere for både Forsvaret og politiet å gjennomføre – og trene på – bistandsaksjoner. Ny lovgivning kan også gi en mer effektiv prosedyre for håndtering av bistandsanmodninger enn det regjeringen har valgt i bistandsinstruksen.

4.2.2 Mulige konstitusjonelle konsekvenser

Å anlegge riksrett etter GrL. §§ 86 og 87 for å stille enkeltmedlemmer av Regjeringen til ansvar for mangelfulle hjemler for militær maktanvendelse, synes per dags dato å være urealistisk; så lenge militær bistand brukes med forsiktighet, og kun i situasjoner hvor det har hatt bred aksept i opinionen og det politiske miljø, så forblir nok diskusjoner om § 99 annet ledd et anliggende mellom spesielt interesserte jurister.

Spørsmålet er imidlertid hva som skjer den dagen militær maktutøvelse mot egne innbyggere *ikke* går bra. Man kan tenke seg at det oppstår sosial turbulens, og at militære styrker blir satt inn for å støtte politiet med å håndtere opptøyer. Om en slik aksjon skulle få et uheldig utfall, og det viser seg å være sviktende hjemmel for maktbruken, vil det fort kunne bli snakk om et konstitusjonelt ansvar for Regjeringen. Selv i et slikt tilfelle vil en riksrettssak trolig være politisk og prosessuelt urealistisk, ettersom det er opp til Stortingets flertall å avgjøre

¹²⁵ Høiback, s.52

¹²⁶ «Kommissjonen erfarer at militære sjefer har opplevd at terskelen for å anmode om håndhevelsesbistand varierer sterkt fra politidistrikt til politidistrikt», jf. NOU 2012:14, s.245

¹²⁷ <http://www.tv2.no/play/nyheter/innenriks/full-terroralarm-i-oslo-675944.html> [sett 31.10.12]

¹²⁸ Frostad, s.167

riksrettstiltale.¹²⁹

Så lenge maktbruken følger gjeldende bistandsinstruks, kan jeg vanskelig se at *den enkelte* soldat eller befalingsmann kan trekkes til ansvar for at instruksene ikke oppfyller hjemmelskravet i Grunnloven. Dette vil i all hovedsak være et konstitusjonelt problem mellom de øverste statsmaktene.

5 Avsluttende refleksjoner

I kjølvannet av terrorangrepene 22. juli synes det ikke å være særlig politisk uenighet om at politiet bør kunne be Forsvaret bistå i håndteringen av visse politioppgaver. I rapporten fra Stortingets 22. juli-komité heter det under punkt 1.4: «Stortinget viser til regjeringens gjennomgang av bistandsinstruksene og legger til grunn at samhandlingen mellom politi og forsvar *videreutvikles og forsterkes*» (min kursivering). Punktet er vedtatt enstemmig i Stortinget.¹³⁰ Det er med andre ord ikke lett å registrere noe politisk rop om å *innsnevre* den maktbruken som bistandsinstruksene åpner for.

Gjennomgangen i punkt 3 viser likevel med tydelighet at det er et sprik mellom hvilken maktbruk som er politisk forutsatt, og hva som faktisk er lovhjemlet i tråd med § 99 annet ledd.

Det som jeg likevel fester meg ved er at de ulike regjeringene – av ulik politisk farge – aldri har mannet seg opp til å spørre Stortinget om klare lovhjemler, som man f.eks. hadde foranledning til vedtakelsen av Politiloven i 1995.

I stedet for å ta opp spørsmålet i en åpen debatt i vår lovgivende forsamling, har det snarere funnet sted en gradvis tilpasning av regelverket, etter hvert som små og store enkeltbegivenheter har aktualisert politiets behov for militær bistand. Eksempler på slike utviklingstrekk kan være den gradvis økende bekymring for terrorisme – særlig siden 1970-tallet, til enkelthendelser som Forsvarets bistand ved flommen sommeren 1995 og pågripelsen av en bevæpnet sinnssyk på Klokkarstua ved bruk av en militær beltevogn samme år, bruk av militærpoliti i sivil drapsetterforskning i 1998, og ikke minst terrorangrepet 11. september 2001, som gjorde at både Forsvarets ledelse og politikere i mange år i etterkant uttalte at Forsvarets primære oppgave nå var å *bekjempe terror*.¹³¹ Regelverket har trolig på grunn av denne utviklingen endret seg gradvis; gjennom vedtakelsen av bistandsinstruksene av 1998, lovendringer for militære grensevakter samme år, ny bistandsinstruks i 2003, endringer i Heimevernloven i 2006, og senest vedtakelsen av en ny bistandsinstruks i juni 2012.

Litt etter litt ser det altså ut til å ha blitt bygd opp en administrativ og politisk konsensus om at dagens rettstilstand er tilfredsstillende, uten at rette myndighet, dvs. Stortinget, eksplisitt har sagt hva som skal gjelde.

¹²⁹ Nærmere om riksrett: <http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Eiker-Modum-og-Sigdal-tingrett/Aktuelt/Dette-er-riksrett/> [lest 09.12.2012]

¹³⁰ Se tilråkning VI: http://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=51622&dnid=1#Voting_2070_Proposal_40037855

¹³¹ Eksempler gis av Bollmann, visepresident i Forsvarsforeningen, i Norges Forsvar nr.2/2008 s.4

Mye kan tyde på at terrorangrepet 22. juli kan bli den siste i rekken av hendelser som flytter det rettslige landskapet, og da klart i retning av lovfesting av grensene for bruk av militær makt mot egne innbyggere, slik Sverige og Finland nylig gjorde.¹³² I en pressemelding fra Forsvarsdepartementet 22. juni 2012 står det:

«Forsvarsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet har også drøftet spørsmålet om behov for lovforankring av [bistandsinstruksen] i tråd med mandatet fra regjeringen i februar i fjor. Departementene er enige i at det er ønskelig, og arbeidet med en ny lov om bistand er påbegynt.»¹³³

Så gjenstår det å se om arbeidet med lovfesting av grensene for militær maktanvendelse bærer hele veien frem denne gangen.

¹³² Rui, s.446

¹³³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/aktuelt/nyheter/2012/bedre-samarbeid-mellom-politiet-og-forsv.html?id=686800> [lest: 31.10.2012]

Litteraturliste

Forkortelse i teksten	Fullstendig henvisning
Aschehoug	Aschehoug, Torkel Halvorsen, <i>Norges nuværende statsforfatning, bind II</i> , 2. utgave, Christiania 1892
C. Smith 1992	Smith, Carsten, <i>Rettsstenkning i samtiden</i> , 1. utgave, Oslo 1992
Frostad	Frostad, Magne, «Regjeringens bruk av militær makt mot borgerne», i: Festskrift til jusshjelpa i Nord-Norge 20 år, redigert av Jon Petter Rui, Oslo 2009, s. 148 - 172
Høiback	Høiback, Harald, «Menstad og myter», i: Norges Forsvar 2012 nr. 4, s. 50 - 52
Andenæs og Fliflet	Andenæs, Johs., og Fliflet, Arne, <i>Statsforfatningen i Norge</i> , 10. utgave, Oslo 2006
Fleischer	Fleischer, Carl August, <i>Bruk av militær makt, militært utstyr mv. i indre konflikter - spørsmål om rekkevidden av Grunnlovens § 99 annet ledd</i> , juridisk betenkning til Justisdepartementet, Oslo 1981
E. Smith	Smith, Eivind, <i>Konstitusjonelt demokrati</i> , 2. utgave, Oslo 2012
Stavang	Stavang, Per, <i>Parlamentarisme og folkestyre - Utvalde statsrettslege emne</i> , 4. utgave, Bergen 2002
Fliflet	Fliflet, Arne, <i>Grunnloven: Kommentaarutgave</i> , 1. utgave, Oslo 2005
Berg	Berg, Jens Petter, «Verneplikt: for folket, ikke mot folket», i: Kritisk Juss 2001, s. 103 - 148
C. Smith 1984	Smith, Carsten, «Militære maktmidler overfor norske borgere», i: Rett og rettssal: Et festskrift til Rolv Ryssdal, redigert av Hans Methlie Michelsen, Helge Røstad og Gunnar Aasland, Oslo 1984, s. 453 - 471
Rui	Rui, Jon Petter, «Politiets behov for støtte fra Forsvaret: Lovgivning er nødvendig», i: Lov og rett 2011, s. 445 - 446
Castberg	Castberg, Frede, <i>Norges statsforfatning</i> , 3. utgave, Oslo 1964
Mæhle og Bernt	Mæhle, Synne Sæther, og Bernt, Jan Fridthjof, <i>Rett, samfunn og demokrati</i> , 1. utgave, Bergen 2007
Strömberg	Strömberg, Tore, <i>Rättsfilosofiens historia i huvuddrag</i> , 3. utgave, Lund 1989

- Helgesen Jan, «Om den såkalte «konstitusjonelle sedvanerett», i: *Jussens Venner* 1977, s. 193 - 240
- Hartz Halvor, *Samarbeid eller samrøre? - Norsk politi og militære sammen om politioplæring i Afghanistan*, NUPI-notat 764, Oslo 2009
- Bollmann Anne-Margrethe, «Forsvarets eksistensielle krise», i: *Norges Forsvar* 2008 nr. 2, s. 4