

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Den alminnelige handlefrihet som begrunnelse for politimetoder

Kandidatnummer: 537

Leveringsfrist: 25. april 2018

Antall ord: 17 617



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Rettslig plassering .....	1
1.3	Historisk bakteppe.....	2
1.4	Avgrensninger og presiseringer .....	4
1.5	Videre struktur .....	6
<b>2</b>	<b>GENERELT OM DEN ALMINNELIGE HANDLEFRIHETENS ANVENDELSESOMRÅDE OG BEGRENSNINGER.....</b>	<b>8</b>
2.1	Skillet mellom normeringer og faktiske handlinger.....	8
2.2	Nærmere om normeringer.....	10
2.2.1	Utgangspunkt: Krav om kompetanse .....	10
2.2.2	Mulig unntak: Politiets generalfullmakt.....	12
2.3	Nærmere om faktiske handlinger .....	13
2.3.1	Utgangspunkt: Handlefrihet.....	13
2.3.2	Et terminologisk spørsmål: Handlefrihet som «kompetansegrunnlag»?.....	15
<b>3</b>	<b>NÆRMERE OM DEN ALMINNELIGE HANDLEFRIHETENS GRENSER.....</b>	<b>18</b>
3.1	Første unntak fra handlefriheten: Lex superior-prinsippet .....	18
3.1.1	Generelt om lex superior-prinsippetets betydning .....	18
3.1.2	Handlingen er straffbar .....	19
3.1.3	Handlingen er regulert i andre forbud eller begrensninger.....	22
3.1.4	Ulovfestede forbud .....	23
3.2	Andre unntak fra handlefriheten: Legalitetsprinsippet.....	25
3.2.1	Generelt om legalitetsprinsippetets betydning.....	25
3.2.2	Særlig om inngrepsvurderingen .....	27
3.3	Tredje unntak fra handlefriheten: Individrettigheter i Grunnloven og EMK .....	31
3.3.1	Generelt om individrettighetenes betydning.....	31
3.3.2	Særlig om det menneskerettslige hjemmelskravet .....	34
3.4	Rettslige konsekvenser av at det nødvendige grunnlaget for normeringen eller den faktiske handlingen ikke forelå.....	36
<b>4</b>	<b>KASUISTIKK .....</b>	<b>40</b>
4.1	Innledning.....	40
4.2	Søk med politihund .....	40
4.3	Innhenting av biologisk materiale for å sikre DNA-analyse .....	43

<b>5</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>46</b>
<b>6</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>47</b>
6.1	Litteratur .....	47
6.2	Lover og forskrifter .....	52
6.3	Traktater.....	53
6.4	Forarbeider og stortingsdokumenter .....	53
6.5	Avgjørelser.....	55
6.5.1	Nasjonale avgjørelser .....	55
6.5.2	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol .....	56
6.6	Annen offentlig praksis .....	57

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er hva slags metoder som er rettet mot borgerne som politiet kan foreta seg, uten at de har lovhjemmel. Så vel juridisk litteratur, forarbeider, politiet og påtalemyndigheten henviser til størrelsen «alminnelig handlefrihet» som en av begrunnelsene for politiets metodebruk. Formålet med denne oppgaven er 1) å utdype hva som menes med «alminnelig handlefrihet», og 2) å oppstille et teoretisk rammeverk for hvordan handlefrihetens grenser skal bedømmes i en enkeltsak. Det skal gjøres ved å vise hvordan man skal gå frem for å avgjøre om den alminnelige handlefrihet kan begrunne bruk av politimetoden eller om den krever hjemmel i lov. En sentral del er å vise til hvilke rettslige størrelser som kan begrense handlefriheten, og hvordan disse gjør seg gjeldende for politiets metodebruk.

Problemstillingen for oppgaven er: *I hvilken grad kan «den alminnelige handlefrihet» begrunne bruk av politimetoder?*

Kan politiet eksempelvis fritt gjøre søk med politihund i det offentlige rom? Kan politiet gjøre de observasjoner av borgerne de ønsker? Og kan politiet innføre 20 kilo MDMA til Norge? Det siste eksempelet var gjenstand for behandling i en nylig avsagt dom fra Oslo tingrett, og viser hvordan politiets metodebruk og de rettslige rammene for bruken, stadig aktualiseres.<sup>1</sup>

## 1.2 Rettslig plassering

Det er lagt til grunn at politiet både kan *forebygge* og *etterforske* straffbare handlinger innenfor grensene av den alminnelige handlefrihet.<sup>2</sup> Med «den alminnelige handlefrihet» menes det generelle utgangspunktet om at rettssubjekter har adgang til å foreta seg det som rettsordenen ikke har satt begrensninger for.<sup>3</sup>

Denne oppgaven vil berøre politimetoder som faller inn under både forebygging og etterforskning. *Politimetoder* og *metoder* viser til hvordan politiet går frem for å forebygge eller etterforske straffbare forhold.<sup>4</sup> *Politiets forebyggende metoder* er således de tiltak politiet utøver for å forhindre at det blir begått straffbare handlinger.<sup>5</sup> Det er tale om politiets proaktive eller preventive innsats for å sikre ro, orden og sikkerhet, og å bekjempe kriminalitet.<sup>6</sup> *Politiets regulære*

---

<sup>1</sup> Eksempelet er hentet fra Oslo tingretts dom av 23. mars 2018, s. 78. Dommen er ikke rettskraftig.

<sup>2</sup> NOU 2004: 6 punkt 3.1.2.

<sup>3</sup> Begrepet vil bli nærmere redegjort for i punkt 2.3.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 24 (2002–2003) punkt 10.2.

<sup>5</sup> NOU 2004: 6 punkt 1.3.1.

<sup>6</sup> Fredriksen (2016) s. 45 og Auglend (2016 II) s. 314. Forebygging skal være politiets hovedstrategi, jf. politiloven § 2 nr. 2, jf. også politiinstruksen § 2-1 (2).

*etterforskningsmetoder* er undersøkelser som først og fremst har til formål å skaffe opplysninger av betydning for å avgjøre spørsmålet om tiltale.<sup>7</sup> Det er tale om innhenting, sikring og analyse av informasjon.<sup>8</sup> *Ekstraordinære etterforskningsmetoder* har ikke noen klar eller entydig definisjon. Metodene omtales blant annet som «utradisjonelle», «provokative», «nye» og «ukonvensjonelle».<sup>9</sup> De kjennetegnes ved at de ofte vil ha ett eller flere av disse trekkene: Det er tale om hemmelig informasjonsinnhenting om enkeltpersoner over en viss periode, metoden innebærer en risiko for at politiet fremmer kriminalitet i stedet for å bekjempe den, og metoden innebærer at politiet får tilgang til betydelig informasjonsoverskudd som ikke angår forhold av kriminell karakter.<sup>10</sup> Eksempler på slike metoder som i dag er ulovfestet er spaning, infiltrasjon og provokasjonslignende metoder.<sup>11</sup> Det avgjørende for grensdragningen mellom forebygging og etterforskning sies gjerne å være om tiltaket settes inn før eller etter politiet har fått mistanke om at det er begått et straffbart forhold.<sup>12</sup>

Politiets forebygging og etterforskning skiller seg fra hverandre med tanke på *rettslig plassering*. Politiets forebyggende metoder faller inn under politiretten, og bruken av etterforskningsmetoder faller inn under straffeprosessen. De ulike rettslige områdene er også underlagt ulike overordnede organer. Justis- og beredskapsdepartementet er overordnet organ når politiet opptrer i det forebyggende sporet som forvaltningsmyndighet, mens riksadvokaten har tilsvarende funksjon for straffeforfølgingsoppgavene.<sup>13</sup> Denne oppgaven vil tematisk gå på tvers av fagene straffeprosess og politirett. Det er fordi samme argumentasjon kan benyttes innen begge rettsområder for å begrunne politimetoder.<sup>14</sup> I tillegg kan begge rettsområdene ses på som en del av den spesielle forvaltningsrett.<sup>15</sup> Dette skillet vil ikke problematiseres ytterligere.

### 1.3 Historisk bakteppe

Dette avsnittet vil gi en oppsummering av utviklingen knyttet til den alminnelige handlefrihet som grunnlag for politiets metodebruk. Målet er ikke en uttømmende gjennomgang, men heller å illustrere hvordan man over lang tid har henvist til «alminnelig handlefrihet» som begrunnelse

---

<sup>7</sup> Andenæs (2009) s. 12–13 og NOU 2016: 24 punkt 14.2.1. Andre formål fremgår av straffeprosessloven § 226 første ledd bokstav b–f.

<sup>8</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.2.1. Se også straffeprosessloven §§ 224–225.

<sup>9</sup> Se blant annet NOU 2004: 6 punkt 7.1.2.1.

<sup>10</sup> Myhrer (2003 I) s. 169–171.

<sup>11</sup> Se nærmere om metodene i NOU 2016: 24 punkt 14.10.

<sup>12</sup> NOU 2004: 6 punkt 3.1.1. Se også NOU 2016: 24 punkt 14.2.3 og straffeprosessloven § 224 første ledd.

<sup>13</sup> Se Auglend (2016 II) s. 51–52. Se også NOU 2004:6 punkt 1.3.6 og NOU 2016: 24 punkt 14.2.1.

<sup>14</sup> NOU 2004: 6 punkt 3.1.2.

<sup>15</sup> For straffeprosessfaget treffer denne sammenligningen så lenge man holder seg til politiets og påtalemyndighetens virksomhet. Straffeprosessen handler imidlertid også om domstolsbehandling, som ikke har noe motstykke i forvaltningsrettsfaget.

for politimetoder. I nyere tid trekkes særlig to kilder frem som sentrale, henholdsvis professor Bratholms og tidligere riksadvokat Dorenfeldts foredrag på politimestermøter.<sup>16</sup>

Bratholms foredrag for landets politimestre i 1968 tok for seg spenningene mellom effektiv kriminalitetsbekjempelse og personvern. Han viste til hemmelig avlytting, hemmelig observasjon, krenkelser i politiets personlige kontakt med individet og politiets utlevering av personopplysninger som eksempler på politimetoder han mente utfordret personvernet.<sup>17</sup> Bratholm understreket at han hadde «alvorlige betenkeligheter ved bruk av disse metoder som ledd i etterforskning».<sup>18</sup> Samtidig pekte han på at politimetodene på daværende tidspunkt ikke var straffebelagte.<sup>19</sup> Det *straffbare* ble oppfattet å indikere en grense for politiets alminnelige handlefrihet. Foredraget er på denne bakgrunn tatt til inntekt for å være det første spor av «den herskende lære om at politiet i medhold av den alminnelige handlefrihet kan foreta handlinger som ikke er straffbare».<sup>20</sup>

Denne terskelen ble tidlig lagt til grunn av Eckhoff. I sin artikkel «Rettslige sider ved overvåking og sikkerhetstjeneste» fra 1978, viser Eckhoff til at grensene for «hvilke midler som kan tas i bruk under etterforskningen», er trukket ved det straffbare.<sup>21</sup> Også Politimetodeutvalget viser til at metodebruken knyttet til «observerende metoder som overvåking, spaning og sporing, og de manipulerende metoder som infiltrasjon og provokasjon» har vært hjemlet i den alminnelige handlefrihet.<sup>22</sup> Videre at «[i] praksis har grensene for hva politiet kan foreta seg vært trukket ved det straffbare».<sup>23</sup> At Bratholms lære blir vist til som utgangspunkt for rettstilstanden også i nyere fremstillinger, viser at grensen ved det straffbare har fungert som skranke for politiets handlefrihet over lengre tid.<sup>24</sup>

Samtidig som narkotikakriminaliteten gjorde sitt inntog, ble også bruken av ekstraordinære etterforskningsmetoder mer vanlig i politiet.<sup>25</sup> Behovet for metodebruken knyttet seg til at «narkotikaproblemet er et så alvorlig samfunnsproblem at man må overveie å akseptere en mer aktiv

---

<sup>16</sup> Se bl.a. NOU 2004: 6 punkt 7.1.1 og NOU 1997: 15 punkt 4.1.5.

<sup>17</sup> Bratholm (1968) s. 291.

<sup>18</sup> Bratholm (1968) s. 294.

<sup>19</sup> Bratholm (1968) s. 294.

<sup>20</sup> NOU 2004: 6 punkt 7.2.5.3.

<sup>21</sup> Eckhoff (1978) s. 64. Eckhoff påpekte imidlertid at andre skranke kunne gjøre seg gjeldende.

<sup>22</sup> NOU 2004: 6 punkt 10.2.1.

<sup>23</sup> NOU 2004: 6 punkt 10.2.1.

<sup>24</sup> I kapittel 3 vil det vises til at det er feil å trekke grensen så «sent» som ved det straffbare. Flere rettslige størrelser kan begrense den alminnelige handlefrihet på et tidligere tidspunkt enn dette.

<sup>25</sup> Dorenfeldt (1978) s. 293.

etterforskning enn vanlig», ifølge daværende riksadvokat Dorenfeldt.<sup>26</sup> Grensene for metodebruken ble trukket ved det straffbare, og metodene ble således ansett å ligge innenfor politiets alminnelige handlefrihet. Dorenfeldt mente likevel at det var uheldig at det ikke forelå klare retningslinjer for metodebruken.<sup>27</sup> Han viste til at rettstilstanden var preget av at «den enkelte etterforsker eller underordnede polititjenestemann (...) har vist energi og oppfinnsomhet når det gjelder å avsløre alvorlige narkotikaforbrytelser».<sup>28</sup> De første retningslinjene knyttet til bruken av etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt i narkotikasaker kom i 1980.<sup>29</sup> Dorenfeldt mente det ikke var grunn til å lovregulere spørsmålet, men at grensene for metodebruken burde overlates til praksis, teori og domstolene. Begrunnelsen var blant annet at grensene ville være for vanskelige å trekke.<sup>30</sup>

Spørsmålet om politiets adgang til å ta i bruk ekstraordinære etterforskningsmetoder ble vurdert igjen under arbeidet med ny straffeprosesslov på begynnelsen av 1980-tallet. Justisdepartementet tiltrådte Dorenfeldts syn om at det ikke var grunn til å lovregulere etterforskningsmetodene.<sup>31</sup> Justiskomiteen la det samme til grunn.<sup>32</sup> De viste i sin begrunnelse til at Dorenfeldt allerede hadde trukket opp enkelte retningslinjer for bruken.<sup>33</sup> Høyesterett har benyttet seg av retningslinjene som rettskilde i blant annet Rt. 1984 s. 1076.<sup>34</sup> I dommen understreket Høyesterett at domstolene ikke er bundet av slike retningslinjer, men at de må prøves opp mot «alminnelige rettsprinsipper som gjelder på dette felt».<sup>35</sup>

#### 1.4 Avgrensninger og presiseringer

Avsnittet tar for seg de overordnede temaene oppgaven avgrenses mot. Ytterligere avgrensninger vil kommenteres underveis.

---

<sup>26</sup> Dorenfeldt (1978) s. 301. Narkotikalovbrudd sto frem til 1999 i en særstilling ved å være det eneste lovbruddet ved siden av saker knyttet til rikets sikkerhet, som ga hjemmel til kommunikasjonsavlytting i straffeprosessloven, se blant annet NOU 1993: 3 punkt 8.2. Etter lovendring 3. desember 1999 nr. 82 angis området for avlytting i stedet ved en strafferammebegrensning i strpl. § 216 a, som innebærer at tillatelse kan gis dersom handlingen som utgjør grunnlaget for begjæringen «etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer», og er ellers uttømmende opplistet i strpl. §216 b, se Skaflem (2016) note 1545.

<sup>27</sup> Dorenfeldt (1978) s. 293.

<sup>28</sup> Dorenfeldt (1978) s. 293.

<sup>29</sup> Retningslinjene fra 1980 er gjengitt i NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5. Se også Dorenfeldt (1978) s. 293 og 302.

<sup>30</sup> Dorenfeldt (1978) s. 302.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) V A Tredje del.

<sup>32</sup> Innst. O. nr. 37. (1980–1981) VI kapittel 18.

<sup>33</sup> Innst. O. nr. 37. (1980–1981) VI kapittel 18.

<sup>34</sup> Se også Hopsnes (2003 II) s. 76 og Myhrer (2003 II) s. 232–233 og 243–244. Riksadvokatens retningslinjer kan etter rettskildelæren kategoriseres som en del av overordnede organs adgang til å styre underordnedes rettsanvendelse gjennom sin instruksjonsmyndighet, se nærmere Eckhoff (2001) s. 227.

<sup>35</sup> Rt. 1984 s. 1076 side 1081.

I utredningen til ny straffeprosesslov fra 2016, foreslår Straffeprosessutvalget å lovfeste sporing, infiltrasjon og provokasjonslignende etterforskningsmetoder og bruk av uriktig legitimasjon.<sup>36</sup> De viser til at metodene hittil har vært basert på ulovfestet rett.<sup>37</sup> Dette ble foreslått av Politimetodeutvalget for tilsvarende forebyggende metoder i 2004, men forslaget ble ikke fulgt opp av lovgiver.<sup>38</sup> Det er en stadig tilbakevendende diskusjon i teorien knyttet til hvorvidt politiets metoder *bør* lovfestes.<sup>39</sup> Temaet er allerede omtalt i en rekke artikler og avhandlinger. Spørsmålet faller utenfor mitt tema, som er om metodene *må* lovfestes for å kunne benyttes eller om de kan utføres i kraft av handlefriheten.

Gitt konklusjonen om at metoden kan utføres uten lovhjemmel, vil enkelte metoder kunne være nærmere regulert i generelle rundskriv eller interne instruksjoner fra riksadvokaten, Politidirektoratet og Justis- og beredskapsdepartementet. Blant annet har riksadvokaten gitt retningslinjer for provokasjon som etterforskningsmetode.<sup>40</sup> Riksadvokaten og Justisdepartementet har i gradert instruks også regulert bruk av etterforskningsmetoden infiltrasjon.<sup>41</sup> Denne eventuelle nærmere reguleringen – gitt at metoden kan gjennomføres uten lovhjemmel – avgrenser jeg mot.

Denne oppgaven vil ikke behandle etterforskningsmetoder som er regulert i straffeprosessloven eller lovfestede forebyggingsmetoder. Metodene har hjemmel i lov, slik at spørsmålet om den alminnelige handlefrihetens grenser ikke oppstår.

En ytterligere avgrensning gjøres mot metoder som utføres med samtykke. Med det menes utførelsen av politimetoder som har sitt grunnlag i at den det gjelder samtykker til utførelsen.<sup>42</sup> Det er eksempelvis aktuelt ved visse søk med politihund.<sup>43</sup> Boe fremholder at samtykke fra individet som hovedregel vil erstatte krav om lov, ettersom kravet til lovhjemmel normalt skal verne individet.<sup>44</sup> For hvilke politimetoder samtykke er aktuelt, og hvilke vilkår som i så fall gjelder, faller utenfor fremstillingen.

---

<sup>36</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.2

<sup>37</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.2.

<sup>38</sup> NOU 2004: 6 punkt 1.3.3.

<sup>39</sup> Se f.eks. Fliflet (2017) s. 307–308.

<sup>40</sup> Riksadvokaten (2000) punkt III.

<sup>41</sup> NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.4

<sup>42</sup> Boe (1993 II) s. 59. Se NOU 2004: 6 punkt 5.4.6 for en nærmere redegjørelse av samtykke som hjemmel for politimetoder i forebyggende øyemed.

<sup>43</sup> Spurkland (2011) s. 280.

<sup>44</sup> Boe (1993 II) s. 59.



Oppgaven avgrenses også mot nødrett som hjemmel. Nødrett er i strafferettslig sammenheng regulert i straffeloven § 17, som oppstiller en straffrihetsgrunn, altså en unntaksregel som gjør en ellers straffbar handling lovlig.<sup>45</sup> Høyesterett la til grunn i i Rt. 2007 s. 404 i avsnitt 69–71 at nødrett kan tjene som selvstendig hjemmelsgrunnlag.<sup>46</sup> Det innebærer at nødrett tjener som et ulovfestet kompetansegrunnlag ut over den straffrihet som straffelovens nødrettsbestemmelse åpner for. Kjennelsen gjaldt spørsmålet om en midlertidig forføyning om forbud mot sending av et TV-program om politiets etterforskningsmetoder i NOKAS-saken var i strid med Grunnloven § 100, eller hadde krenket Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 10. Nødrett var blant grunnlagene som ble påberopt for å begrunne at forføyningen ikke ville trå ytringsfriheten for nær. I kjennelsens avsnitt 71 ble vilkårene for straffrihet etter straffeloven § 17 benyttet som retningslinjer for anvendelsen av det ulovfestede kompetansegrunnlaget.<sup>47</sup> Ved å fungere som selvstendig grunnlag utvider nødrettsreglene handlefriheten ut over det vanlige.<sup>48</sup> Oppgaven vil i det videre konsentrere seg om politiets handlefrihet i de ordinære tilfellene. I hvilken grad politiet i nødtilfeller kan foreta seg noe som ellers ikke ligger innenfor deres handlefrihet, faller utenfor oppgavens tema.

Oppgaven avgrenses også mot personell beslutningskompetanse. Med det menes regler som angir betingelser om hvilke organer og personer som har kompetanse til å treffe avgjørelser.<sup>49</sup>

## 1.5 Videre struktur

Fremstillingen er basert på alminnelig rettsdogmatisk metode, og særlige metodiske spørsmål vil behandles underveis. Oppgavens struktur og formål gjør at juridisk litteratur vil vies større plass.

Den alminnelige handlefrihet plasseres tematisk som utgangspunktet for bedømmelsen av faktiske handlinger. For å forklare hva dette mer konkret innebærer, vil jeg innledningsvis i kapittel 2 gi en generell gjennomgang av skillet mellom normeringer og faktiske handlinger. Dette setter en ramme rundt den videre strukturen for oppgaven. Jeg vil videre belyse hvordan dette skillet gjør seg gjeldende for bedømmelsen av politimetoder. Jeg vil også redegjøre for innholdet i begrepet «den alminnelige handlefrihet», herunder særlig begrepet «frihet», for å konkretisere størrelsen. Kapittel 2 vil avslutningsvis berøre et terminologisk spørsmål knyttet til hvordan man best skal omtale «den alminnelige handlefrihet».

---

<sup>45</sup> Frøberg (2016) s. 95.

<sup>46</sup> Eckhoff (2014) s. 344 og Frøberg (2014) s. 164–165.

<sup>47</sup> Frøberg (2014) s. 164–165. Det var daværende straffeloven (1902) § 47 som ble benyttet i kjennelsen. Strl. § 17 viderefører i grove trekk den opphevede bestemmelsen, se Matningsdal (2017) note 104.

<sup>48</sup> Andenæs (2016) s. 181 og Frøberg (2016) s. 95–97.

<sup>49</sup> Se nærmere i Echoff (2014) s. 42, 46 og 463.

Unntakene som begrenser handlefrihetens anvendelsesområde for politimetoder redegjøres for i kapittel 3. Målet er å vise at det er unntak fra handlefriheten som krever begrunnelse. Det vil bli vist til metoder som illustrerer de enkelte begrensningene underveis i oppgaven. Metodene som trekkes frem er politiets observasjoner, metoden «tegn og symptomer», narkotikaaksjon med politihund på skole, spaning, infiltrasjon, «stille SMS» og politiprovokasjon. I kapittel 3 vil jeg til slutt vise kort til rettslige konsekvenser av at det nødvendige grunnlaget ikke forelå.

Avslutningsvis, i kapittel 4, vil jeg vise til to tilfeller der samme metode aktualiserer en rekke av begrensningene som drøftes i kapittel 2 og 3. Dette er metodene søk med politihund og innhenting av biologisk materiale for å sikre DNA-analyse. Denne delen av oppgaven illustrerer sammenhengen og samvirket mellom de ulike enkeltbegrensningene som drøftes underveis. I kapittel 5 vil jeg komme med noen oppsummerende betraktninger.

## 2 Generelt om den alminnelige handlefrihetens anvendelsesområde og begrensninger

### 2.1 Skillet mellom normeringer og faktiske handlinger

Inndelingen av normeringer og faktiske handlinger er et grunnleggende skille i forvaltningsretten. Hvorvidt den alminnelige handlefrihet kan begrunne politimetoder, eller om det er nødvendig med hjemmel i lov, avhenger overordnet av om politimetoden anses som en faktisk handling eller normering. Den videre fremstilling skal belyse hvordan dette skillet gjør seg gjeldende.

Normeringer omtales også som *rettslige beslutninger*.<sup>50</sup> En normering innebærer å pålegge eller frita noen for en plikt, eller gi eller innskrenke en rettighet.<sup>51</sup> Adressaten for normeringen får således sin rettsstilling bestemt av beslutningen.<sup>52</sup> Forvaltningens normeringer kan være individuelle, som når forvaltningen fatter vedtak som er bestemmende for rettssubjekters rettigheter eller plikter i enkelttilfeller.<sup>53</sup> De kan også være generelle, som når forvaltningen fastsetter forskrifter som gjelder et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personers rettigheter eller plikter.<sup>54</sup> Klassisk myndighetsutøvelse består i å treffe rettslige beslutninger overfor borgerne, og staten benytter sin høyhetsrett overfor borgerne i disse tilfellene.<sup>55</sup> Et eksempel på en normering, er om politiet forbyr en person opphold på et bestemt sted etter politiloven § 7. I dette tilfellet stiftes en plikt for vedkommende til å rette seg etter forbudet.

En faktisk handling går derimot ut på å endre eller bevare virkeligheten.<sup>56</sup> En faktisk handling kan også beskrives som et *fysisk fenomen*.<sup>57</sup> Den faktiske handlingen tar ikke sikte på å skape rett eller plikt.<sup>58</sup> Ved at man for eksempel åpner en dør, skapes ingen rett til å gå gjennom den. Likevel er virkeligheten endret, slik at det blir mulig. Politiets metodebruk innebærer i utgangspunktet ingen normering overfor andre, fordi bruk av metodene ikke i seg selv stifter rettigheter

---

<sup>50</sup> Stub og Boe benytter henholdsvis «beslutning» og «rettslig beslutning» i omtalen av normeringer, se Stub (2011) s. 73 og Boe (2010) s. 50–51.

<sup>51</sup> Boe (1993 II) s. 67.

<sup>52</sup> Boe (1993 II) s. 67.

<sup>53</sup> Innjord (2014) s. 582–583. Se også forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a og b.

<sup>54</sup> Innjord (2014) s. 572. Det er vanlig å behandle fastsettelse av forskrifter som forvaltningsvirksomhet, selv om det egentlig er tale om lovgivningsvirksomhet. Se også forvaltningsloven § 2 første ledd c.

<sup>55</sup> Boe (1993 II) s. 67, Eckhoff (2014) s. 30 og Eckhoff (1991) s. 86.

<sup>56</sup> Boe (2010) s. 50–51. Boe mener det er «smør på flesk» å omtale handlinger som «faktiske handlinger», ettersom en handling alltid er et faktisk fenomen. Jeg legger likevel termen til grunn for å tydeliggjøre bruken.

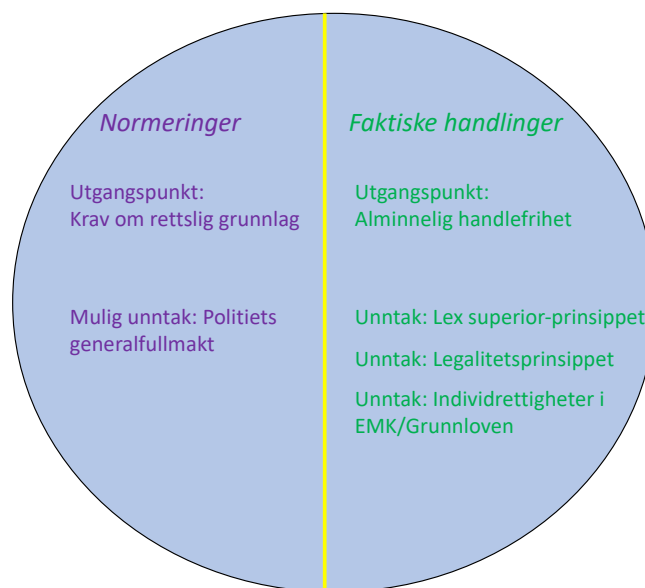
<sup>57</sup> Stub (2011) s. 73.

<sup>58</sup> Boe (2010) s. 50–51. Stub (2011) s. 73 benytter uttrykksmåten «tar sikte på» for å tydeliggjøre at også faktiske handlinger kan ha rettsvirkninger.

eller plikter for noen. Politimetodene anses i stedet som faktiske handlinger, slik som for eksempel politiets patruljering på torget.<sup>59</sup>

I forvaltningsrettslig litteratur har det vært hevdet at det finnes en tredje kategori, nemlig kombinerte handlinger og normeringer. Det typiske eksempelet er det å avskilte en bil. Det er en faktisk handling å ta skiltet av bilen, men denne handlingen innebærer samtidig et forbud mot å bruke den.<sup>60</sup> Stub har imidlertid hevdet at det ikke finnes noen slik kategori, ettersom normeringen om å avskilte bilen nødvendigvis må ligge forut for den faktiske gjennomføringen i tid.<sup>61</sup>

Betydningen av at politiets metodebruk anses som faktiske handlinger, innebærer en forutsetning om at *rettslig grunnlag ikke kreves*. Utgangspunktet for forvaltningens faktiske handlinger er at det finnes en alminnelig handlefrihet de utfører handlingene i kraft av.<sup>62</sup> Det er unntak fra dette utgangspunktet som innebærer krav om rettslig grunnlag. Enhver normering vil på den annen side som utgangspunkt kreve rettslig grunnlag.<sup>63</sup> Det viser at utgangspunktet for vurderingen blir motsatt. Figur 1 gir et overblikk av dette grunnleggende skillet. Den blå sirkelen markerer forvaltningens virke som helhet. Den gule linjen trekker skillet mellom faktiske handlinger og normeringer. Utgangspunktene og unntakene vil behandles i den videre fremstilling.



Figur 1

<sup>59</sup> Se bl.a. NOU 2004: 6 punkt 5.2.1. I punkt 2.2.1 vil jeg vise at politimetoder i visse tilfeller kan anses som normeringer om de forutsetter en plikt for borgeren til å medvirke eller finne seg i at metoden utføres.

<sup>60</sup> Stub (2011) s. 74.

<sup>61</sup> Stub (2011) s. 74 og Eckhoff (2014) s. 355. Jeg vil i det videre ikke problematisere denne eventuelle tredjekategorien ytterligere.

<sup>62</sup> Se eksempelvis Nygaard (2004) s. 62–67.

<sup>63</sup> Eckhoff (2014) s. 341.

## 2.2 Nærmere om normeringer

### 2.2.1 Utgangspunkt: Krav om kompetanse

Utgangspunktet for forvaltningens normeringer er altså et krav om rettslig grunnlag. Det finnes ingen «normeringsfrihet»; normeringer forutsetter *kompetanse*.<sup>64</sup> Kompetanse vil si nettopp å ha evne til å normere, til å «fastsette generelle eller individuelle normer».<sup>65</sup> Begrunnelsen for kompetansekravet er at individene skal ha rettslig vern mot inngrep eller tiltak som det offentlige gjør, på grunn av deres behov for rettsikkerhet og likhet for loven.<sup>66</sup> Man kan videre si at kompetansekravet springer ut fra tanken om folkesuverenitet og maktfordeling, i det forvaltningen som den utøvende makt, tildeles sin kompetanse fra Stortinget gjennom formelle lovvedtak.<sup>67</sup> Tenker man seg kompetansekravet borte, kunne forvaltningen fratatt borgerne rettigheter og pålagt dem plikter etter eget forgodtbefinnende.

En mer generell begrunnelse for det samme, er Nygaards grunntanke om at den som ønsker å fremme et krav mot noen, må påvise et rettslig grunnlag som kan hjemle kravet.<sup>68</sup> Nygaard fremholder at kravet om rettsgrunnlag er et grunnleggende og overordnet rettskildeprinsipp, og at hele rettssystemet vårt bygger på det.<sup>69</sup> Fordi normeringer handler om å generere slike krav, må forvaltningen påvise rettslig grunnlag, altså vise at de har tilstrekkelig kompetanse.<sup>70</sup>

Legalitetsprinsippet gir svar på om lov er nødvendig kompetansegrunnlag eller om annet kompetansegrunnlag er tilstrekkelig.<sup>71</sup> I forvaltningsrettslig litteratur er det oppstilt ulike måter å beskrive legalitetsprinsippet på. Det skilles primært mellom den materielle (positive, tradisjonelle) og den formelle (negative) tilnærmingen.<sup>72</sup> Den materielle tilnærmingen innebærer at ethvert *inngrep* myndighetene foretar seg overfor den enkelte krever hjemmel i lov, slik det fremgår av Grunnloven § 113.<sup>73</sup> Den formelle tilnærmingen innebærer at man i stedet ser om andre mulige rettsgrunnlag gir tilstrekkelig kompetanse.<sup>74</sup> Dersom et annet

---

<sup>64</sup> Eckhoff (2014) s. 341.

<sup>65</sup> Eckhoff (1991) s. 83. Å binde seg selv omtales som «autonom kompetanse», mens å fastsette normer for andre kalles «heteronom kompetanse». Man bruker ofte ordet «myndighet» når det dreier seg om offentlig kompetanse, og «rådighet» når det dreier seg om privatrettslig kompetanse. Begrepet «kompetanse» vil i det videre benyttes om *heteronom myndighet*, jf. Eckhoff (1991) s. 83–85.

<sup>66</sup> Nygaard (2004) s. 64. Prinsippet om likhet for loven fremgår av Grunnloven § 98.

<sup>67</sup> Graver (2015) s. 81, Nygaard (2004) s. 63.

<sup>68</sup> Nygaard (2004) s. 62.

<sup>69</sup> Nygaard (2004) s. 62. Hva slags rettslig grunnlag som kreves, vil variere etter hvilket rettsområde man befinner seg på, se Nygaard (2004) s. 62–67. Rettskildeprinsipper er nærmere beskrevet av Eckhoff (2001) s. 20–21.

<sup>70</sup> Nygaard (2004) s. 62, 62–67.

<sup>71</sup> Nygaard (2004) s. 65–66.

<sup>72</sup> Betydningen av legalitetsprinsippet for politimetoder vil bli nærmere redegjort for i punkt 3.2.

<sup>73</sup> Eckhoff (2014) s. 340–341.

<sup>74</sup> Eckhoff (2014) s. 340.

kompetansegrunnlag ikke kan påvises, vil det være nødvendig med hjemmel i lov.<sup>75</sup> De andre mulige kompetansegrunnlagene er forvaltningens organisasjons- og instruksjonsmyndighet, spesielle kompetanseregler i Grunnloven, det offentliges privatautonomi, og andre sedvanerettsbaserte kompetanser.<sup>76</sup> Det er på politi- og straffeprosessrettens område lagt til grunn et strengt legalitetsprinsipp.<sup>77</sup> Det innebærer at kompetansekravet til politiets normeringer i all hovedsak vil være hjemmel i lov.

Ovenfor ble det fremholdt at politimetoder er faktiske handlinger, med den rettslige konsekvens at kompetansegrunnlag ikke kreves. Utførelsen av politimetoden *kan* likevel samtidig innebære en normering. Det vil være aktuelt der politiet ved en faktisk handling *pålegger borgeren til å medvirke til eller finne seg i at metoden utføres*.<sup>78</sup> Ettersom det å pålegge en slik plikt nettopp er en normering, vil det i disse tilfeller kreves kompetanse. Dette er blant annet lagt til grunn av riksadvokaten i en vurdering av om politiet kunne utføre en narkotikaaksjon mot alle elevene i enkelte klasserom på en videregående skole.<sup>79</sup> Aksjonen besto i søk etter narkotika med politihund. Riksadvokaten vurderte om aksjonen kunne utføres uten lovhjemmel som et ledd i politiets forebyggende virksomhet. Det berodde overordnet på om aksjonen var en faktisk handling eller normering. Konklusjonen var at det dreide seg om en kombinasjon, ettersom det å la narkotikahunder snuse på elevenes sekker var en faktisk handling, mens det å pålegge elevene ikke å forlate klasserommet, legge matpakken i sekken og å sitte med hendene på pulten mens undersøkelsen pågikk, var normeringer. Fordi normeringer krever kompetanse, og slik kompetanse ikke forelå i det aktuelle tilfellet, kom riksadvokaten til at lovhjemmel var nødvendig for å kunne gjennomføre aksjonen.<sup>80</sup>

Et annet eksempel på denne grensedragningen, er metoden «*tegn og symptomer*». Metoden innebærer å bringe på det rene om en person er påvirket av rusmidler ved at personen stanses og underkastes en ytre observasjon.<sup>81</sup> Politiets formål med denne typen observasjon kan være å sjekke om personen er i stand til å ta vare på seg selv, eller å skaffe informasjon til vurdering av egen sikkerhet. Formålet kan også være å avdekke om det foreligger et straffbart forhold.<sup>82</sup> Hva gjelder grensen for hva som utgjør en faktisk handling, har riksadvokaten uttalt:

---

<sup>75</sup> Eckhoff (2014) s. 344.

<sup>76</sup> Eckhoff (2014) s. 342–345.

<sup>77</sup> Dette ble blant annet lagt til grunn av Høyesterett i avgjørelsen HR-2016-1833-A.

<sup>78</sup> Myhrer (2001) punkt 3.2.1.

<sup>79</sup> Se til det følgende gjengivelsen av riksadvokatens avgjørelse hos Myhrer (2001) punkt 3.2.1.

<sup>80</sup> Myhrer (2001) punkt 3.2.1.

<sup>81</sup> Oslo politidistrikt (2017) s. 11 og Myhrer (2001) punkt 3.1.2.

<sup>82</sup> Myhrer (2001) punkt 3.1.2.

«Det er selvsagt intet i veien for at politiet når de kommer i kontakt med andre mennesker, ved passiv observasjon danner seg en oppfatning av om de er påvirket, basert på øynenes utseende og ømfintlighet for lys, eller deres evne til å koordinere bevegelser og holde balansen. Denne rett har politiet uavhengig av hva som er grunnlaget for at de er kommet i kontakt med vedkommende (...).»<sup>83</sup>

Riksadvokaten konkluderte med at den alminnelige handlefrihet vil være tilstrekkelig grunnlag for observasjoner som ikke går lenger enn den passive observasjon.<sup>84</sup> Med passiv observasjon menes den observasjonen som gjøres uten at borgeren plikter å medvirke til noe. Plikter borgeren på den annen side aktivt å medvirke, er det tale om en normering. I disse tilfeller vil det kreves kompetansegrunnlag.<sup>85</sup>

### 2.2.2 Mulig unntak: Politiets generalfullmakt

Et spørsmål som reiser seg, er om politiet i kraft av *andre* kompetansegrunnlag enn hjemmel i lov kan normere overfor borgerne. Bakgrunnen for problemstillingen, er at det på forvaltningsrettens område er lagt til grunn at kompetanse kan ha grunnlag i sedvanerett.<sup>86</sup> Politiets generalfullmakt er trukket frem i juridisk teori som eksempel på denne typen sedvanerettslig kompetanse.<sup>87</sup>

Politiets generalfullmakt omtales i forarbeidene til politiloven som «[p]olitiets adgang til å gripe inn, gi pålegg og nedlegge forbud, tidvis ved direkte maktanvendelse».<sup>88</sup> Denne adgangen ble politiet ansett å ha i kraft av sin samfunnsoppgave.<sup>89</sup> Den ulovfestede generalfullmakten gjaldt polisierne oppgaver, og ga ikke politiet hjemmel til å foreta tvangsmessige inngrep i forbindelse med etterforskning.<sup>90</sup> Avgjørelsen inntatt i Rt. 1981 s. 679 omhandlet politiets adgang til å utferdige midlertidige ferdselsforbud for å opprettholde ro og orden. Høyesterett la til grunn at politiet hadde myndighet til dette, selv om lovhjemmel manglet.<sup>91</sup> Spørsmålet er om det fremdeles finnes en slik ulovfestet fullmakt politiet kan normere i kraft av.

---

<sup>83</sup> Myhrer (2001) punkt 3.1.2.

<sup>84</sup> Myhrer (2001) punkt 3.1.2. Observasjonen kan likevel kunne begrenses av andre skranker, se kapittel 3.

<sup>85</sup> Hvilket kompetansegrunnlag som er tilstrekkelig beror på formålet, se Myhrer (2001) punkt 3.1.2.

<sup>86</sup> Eckhoff (2014) s. 343.

<sup>87</sup> Nygaard (2004) s. 307 og Auglend (2016 II) s. 610.

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) punkt II 3.3.

<sup>89</sup> Husabø (2011) s. 373.

<sup>90</sup> Husabø (2011) s. 373.

<sup>91</sup> Rt. 1981 s. 679 på side 680.

Politiets tidligere ulovfestede generalfullmakt ble kodifisert i politiloven i 1995.<sup>92</sup> Fredriksen viser til at politilovens forarbeider forutsetter at den tidligere ulovfestede generalfullmakten er overflødig etter kodifiseringen, og at det ikke finnes noen ulovfestet fullmakt som gir grunnlag for politiets inngrep i ordensøyemed.<sup>93</sup> Også Auglend og Mæland viser til at hele generalfullmakten nå er lovfestet, og at det ikke eksisterer en såkalt «ulovfestet rest som kan supplere de lovfestede hjemlene».<sup>94</sup> Det er videre uttrykkelig slått fast av riksadvokaten at generalfullmakten ikke lenger er noe selvstendig kompetansegrunnlag for tiltak som etter legalitetsprinsippet trenger lovhjemmel.<sup>95</sup> Det ble også lagt til grunn av Politimetodeutvalget.<sup>96</sup> Samlet sett viser dette at det neppe eksisterer en ulovfestet fullmakt som politiet kan normere i kraft av. Utgangspunktet er dermed at politiets normeringer vil kreve hjemmel i lov.

Oppgaven vil i det videre avgrenses mot generalfullmaktens nedslagsområde, hvilket nå beror på rekkevidden av politilovens bestemmelser, ettersom det faller utenfor oppgavens tema.

## 2.3 Nærmere om faktiske handlinger

### 2.3.1 Utgangspunkt: Handlefrihet

Utgangspunktet for forvaltningens faktiske handlinger, er som nevnt at det finnes en alminnelig handlefrihet. I dette punktet skal jeg se nærmere på innholdet i begrepet «den alminnelige handlefrihet».

Den alminnelige handlefriheten er et grunnprinsipp i vår rettsorden.<sup>97</sup> *Handlefrihet* vil si at rettssubjekter fritt kan foreta de faktiske handlinger de selv ønsker.<sup>98</sup> Avgjørende for om en faktisk handling er mulig å gjennomføre, er om man har de ressursene og påvirkningsmulighetene som må til for å utføre den.<sup>99</sup> At handlefriheten er *alminnelig*, vil si at den gjelder generelt og for ethvert rettssubjekt. *Alminnelig* innebærer etter sin ordlyd «vanlig» eller «ordinær», mens *allmenn* betyr «felles for alle», «generell». Termen *alminnelig* viser således til meningsinnholdet til termen *allmenn*.<sup>100</sup> Den alminnelige handlefrihet strekker seg så langt som fraværet av regulering gjør. Det vil si at den gjelder som utgangspunkt, med mindre rettsordenen har innført

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) III 2.3 og Fredriksen (2016) s. 27.

<sup>93</sup> Fredriksen (2015) s. 232–235.

<sup>94</sup> Auglend (2016 II) s. 61.

<sup>95</sup> Myhrer (2001) punkt 3.2.1.

<sup>96</sup> NOU 2004: 6 punkt 5.1

<sup>97</sup> Eckhoff (2010) s. 46 og Bratholm (2014) s. 101.

<sup>98</sup> Hopsnes (2005) s. 81 og Bratholm (2014) s. 101.

<sup>99</sup> Graver (2015) s. 198.

<sup>100</sup> Begrunnelsen for terminologien er at *alminnelig* i eldre fremstillinger ble brukt i samme betydning som *allmenn*, se Språkrådet (2018). Uttrykket «alminnelig handlefrihet» er i eldre litteratur benyttet innen både privatretten, strafferetten og statsretten, se blant annet Rygh (1912), Kjerschow (1932) og Urbye (1918).



begrensninger.<sup>101</sup> På den måten vil rettssubjektet ha adgang til å foreta seg det som ikke er forbudt eller regulert ved påbud.<sup>102</sup> Dette viser at politiet som utgangspunkt har frihet til å utføre sine metoder, med mindre unntak gjør seg gjeldende. Et eksempel på en slik metode er politiets passive observasjoner i det offentlige rom. Dette er en faktisk handling, og metoden er innenfor politiets handlefrihet.<sup>103</sup> Det behøves ingen ytterligere rettslig begrunnelse.

At politiet har adgang eller *frihet* til å utføre metodene sine, har flere betydninger. Det kan overordnet skilles mellom tre hovedgrunnlag for utsagn om at man er «fri» til å gjøre noe.<sup>104</sup> Frihet kan for det første *være regulert som en tillatelse eller fritakelse* i en særskilt bestemmelse. Et eksempel på en slik tillatelse, er adgangen til å krysse veien når det er markert med en fotgjengerovergang.<sup>105</sup> Det andre hovedgrunnlaget er at man har frihet til å gjøre noe fordi *rettsystemet ikke regulerer forholdet*.<sup>106</sup> Det vil si at forholdet faller utenfor rettssystemets saklige rekkevidde, og dermed utenfor rettssystemet. Et eksempel på en slik frihet, er adgangen til å ekskludere andre fra et balalaikaorkester.<sup>107</sup>

Det tredje hovedgrunnlaget for frihet fanger opp de handlinger som er *uregulert* av påbuds- og forbudsnormene i normsystemet vårt.<sup>108</sup> Det innebærer at handlingen fritt kan gjøres fordi den ikke rammes av et påbud eller forbud. Dette grunnlaget for frihet skiller seg fra de tilfeller som faller utenfor rettssystemets saklige rekkevidde, ved at det her ikke er utelukket at handlingen kan reguleres av rettssystemet.<sup>109</sup> Denne kategorien fanger altså opp de handlinger som *kan* reguleres av rettssystemet, men likevel ikke *er* regulert. Ved å utføre disse handlingene anvendes normen om at det som ikke er forbudt eller påbudt, har man frihet til å gjøre.<sup>110</sup> Store deler av handlefriheten vår beror på at et forhold ikke er rettslig regulert på annen måte enn gjennom dette utgangspunktet.<sup>111</sup> Eksempelet med politiets passive observasjoner i det offentlige rom, faller inn under denne kategorien.

---

<sup>101</sup> Hopsnes (2005) s. 81 og Bratholm (2014) s. 101.

<sup>102</sup> Eckhoff (2010) s. 46.

<sup>103</sup> Myhrer (2001) punkt 3.1.2. Se også punkt 2.1.

<sup>104</sup> Eng (2007) s. 74.

<sup>105</sup> Jf. forskrift om kjørende og gående trafikk § 19 (2).

<sup>106</sup> Eng (2007) s. 74–75.

<sup>107</sup> Høyesterett har lagt til grunn at dette ikke er et rettslig spørsmål i Rt. 1979 s. 468. Eksempelet er hentet fra Eng (2007) s. 74–75.

<sup>108</sup> Eng (2007) s. 75.

<sup>109</sup> Eng (2007) s. 75.

<sup>110</sup> Eng (2007) s. 76.

<sup>111</sup> Eckhoff (2014) s. 45, se også Eckhoff (1991) s. 67.

Det motsatte utgangspunkt ville ha innebåret at det *forbudte* var det grunnleggende. I så tilfelle ville alt som ikke var eksplisitt tillatt, vært forbudt. Lovgiver måtte med andre ord ha fanget opp *enhver handling* man foretar seg – alt fra å sove, drikke vann og skru på en lampe, og regulert det i særskilte tillatelser.<sup>112</sup> Dette ville ikke bare ha vært upraktisk, men tilnærmet umulig å forholde seg til. Faller man i stedet tilbake på friheten som det grunnleggende, lettes både lovgivers arbeid og individets adgang til utfoldelse sikres. Skal handlefriheten innskrenkes i form av påbud eller forbud, kreves dermed særskilt grunnlag for dette.<sup>113</sup>

Begrunnelsen for at slike innskrenkninger i handlefriheten foretas, er at friheten ikke kan gjelde ubetinget. Skulle alle ha frihet til å foreta enhver handling, ville de i utgangspunktet også kunne foreta handlinger som innskrenker andres frihet.<sup>114</sup> Hadde politiet eksempelvis hatt en ubetinget frihet til å avlytte borgere, ville borgerne til enhver tid risikere at deres kommunikasjonsfrihet ble innskrenket.<sup>115</sup> En frihet uten grenser vil altså hindre reell frihet. Det vil også kunne føre til at den sterkeste rett råder, og til et kaotisk og utrygt samfunn.<sup>116</sup> Derfor er det nødvendig å oppstille grenser for handlefriheten. Hvilke skranker som begrenser handlefriheten, må avgjøres konkret. I norsk rett er det særlig *lex superior*-prinsippet, legalitetsprinsippet og individrettigheter i EMK og Grunnloven som oppstiller skranker for politiets metodebruk.<sup>117</sup>

### 2.3.2 Et terminologisk spørsmål: Handlefrihet som «kompetansegrunnlag»?

Det neste spørsmålet er hvordan man best skal omtale utgangspunktet om handlefrihet når det omtales som en begrunnelse for politiets metoder. Bakgrunnen for spørsmålet er at den alminnelige handlefrihet flere steder omtales som et kompetansegrunnlag og hjemmelsgrunnlag.

Handlefriheten omtales blant annet som et *kompetansegrunnlag*, *rettsgrunnlag* og *hjemmelsgrunnlag* for politiets metoder av Politimetodeutvalget.<sup>118</sup> Riksadvokaten har også fremholdt at den alminnelige handlefrihet kan tjene som *hjemmelsgrunnlag* for politiet.<sup>119</sup> Legger man til grunn Eng, Eckhoff og Sundbys meningsinnhold for begrepet kompetanse, oppstår i så fall en logisk brist. Det er fordi kompetanse omtales som evnen til å fastsette nye normer, noe frihet

---

<sup>112</sup> Eng (2007) s. 76–77.

<sup>113</sup> Eckhoff (1991) s. 72.

<sup>114</sup> Hopsnes (2005) s. 81.

<sup>115</sup> For at politiet skal foreta avlytting, må derfor vilkårene i strpl. § 216 a være oppfylt.

<sup>116</sup> Hopsnes (2005) s. 81.

<sup>117</sup> Disse unntakene skal behandles i kapittel 3.

<sup>118</sup> Se NOU 2004: 6 punkt 5.4.4, 5.1 og 3.1.2.

<sup>119</sup> Myhrer (2001) punkt 3.2.1.

ikke gir.<sup>120</sup> Ser man tilbake på skillet mellom faktiske handlinger og normeringer, tydeliggjøres dette. Det er for å normere (utøve kompetanse) forvaltningen behøver et rettslig grunnlag (kompetansegrunnlag). For å foreta faktiske handlinger, kreves det som hovedregel ikke.<sup>121</sup> Boe mener at man av denne grunn ikke bør bruke ordet «hjemmel» om den alminnelige handlefrihet.<sup>122</sup>

En forklaring på at denne terminologien har festnet seg, er at politiets metodebruk er blitt sett på som en del av politiets privatautonomi.<sup>123</sup> Det offentliges privatautonomi er et kompetansegrunnlag som kan gi forvaltningen adgang til å utøve kompetanse uten hjemmel i lov.<sup>124</sup> Med dette menes det offentliges rådighet over eiendom og andre rettigheter, og kompetansen til å binde seg ved avtale.<sup>125</sup> Hopsnes er blant dem som fremholder at «privatautonomien – eller den alminnelige handlefrihet – [har] tjent som kompetansegrunnlag for mange av politiets metoder.»<sup>126</sup> Sitatet viser hvordan den alminnelige handlefrihet og privatautonomien fremstilles som likeverdige størrelser. Både handlefriheten og privatautonomien kategoriseres inn under paraplybegrepet «kompetansegrunnlag». I realiteten er det tale om ett kompetansegrunnlag og den supplerende alminnelige handlefrihet.

En annen forklaring på at handlefriheten er omtalt som et kompetansegrunnlag for politiet, er at uskrevne rettskilder har hatt stor betydning i politiretten. Sjöholm skriver at både rettspraksis, sedvanerett, men også allmenne rettsgrunnsetninger og det som følger av «sakens natur» historisk sett er blitt ansett å gi hjemmel for politiinngrep og politioppgaver.<sup>127</sup> Denne rettsutviklingen kan spores tilbake til 1600-tallet, da politiet ble utrustet med lokale fullmakter for å opprettholde den alminnelige ro og orden.<sup>128</sup> Eldre lovregulering anga videre sjelden hvilke tiltak eller virkemidler politiet kunne benytte under oppgaveløsningen.<sup>129</sup> Grensene mellom hva som fulgte av de uskrevne rettskildene og hva som var innenfor politiets handlefrihet, kan i så måte ha blitt flytende.

---

<sup>120</sup> Eng (2007) s. 83, Eckhoff (1991) s. 87–88, Eckhoff (2014) s. 354. Frihet og kompetanse er to ulike størrelser, men kan likevel kombineres. Et eksempel på det er når forvaltningen er gitt et såkalt fritt skjønn, som innebærer at de er gitt kompetanse til å benytte frihet.

<sup>121</sup> Se punkt 2.1.

<sup>122</sup> Boe (1993 I) s. 589.

<sup>123</sup> Hopsnes (2003 I) s. 134.

<sup>124</sup> Eckhoff (2014) s. 351.

<sup>125</sup> Eckhoff (2014) s. 351.

<sup>126</sup> Hopsnes (2003 I) s. 134.

<sup>127</sup> Sjöholm (1978), s. 80.

<sup>128</sup> Sjöholm (1978), s. 80–81.

<sup>129</sup> Auglend (2016 I) s. 117. Se også politilovkomiteen 1912 s. 51.

Likevel kan man argumentere for at den alminnelige handlefrihet i seg selv kan begrunne et rettslig standpunkt. Det kan gjøres ved å tillegge «hjemmelsgrunnlag» et *videre* meningsinnhold. Stub fremholder: «Om man velger å se handlefriheten som et hjemmelsgrunnlag, noe som kan være en smakssak, kan man si at forvaltningen er underlagt et grunnkrav til hjemmel.»<sup>130</sup> Han understreker samtidig at det er forvaltningens rettslige bindende beslutninger som krever hjemmelsgrunnlag i form av kompetanse, mens grensene for forvaltningens faktiske handlinger er trukket opp av den negativt avgrensede alminnelige handlefrihet.<sup>131</sup> Poenget er således bare at handlefriheten kan ses på som en rettslig størrelse forvaltningen kan begrunne sine faktiske handlinger med. Dette samsvarer godt med Nygaards perspektiv, som også legger til grunn en vid forståelse av uttrykket «hjemmelsgrunnlag».<sup>132</sup>

Når den alminnelige handlefrihet i denne fremstillingen omtales som «en begrunnelse» og noe politiet kan utføre handlinger «i kraft av», er det den vide forståelsen av begrepet «hjemmelsgrunnlag» det henvises til.

---

<sup>130</sup> Stub (2011) s. 75.

<sup>131</sup> Stub (2011) s. 75.

<sup>132</sup> Nygaard (2004) s. 62 og 67.

### 3 Nærmere om den alminnelige handlefrihetens grenser

#### 3.1 Første unntak fra handlefriheten: Lex superior-prinsippet

##### 3.1.1 Generelt om lex superior-prinsippetets betydning

Ovenfor ble det skissert at det er unntak fra handlefriheten som krever særskilt begrunnelse. Det første unntaket fra alminnelig handlefrihet som utgangspunkt for politiets metodebruk, er lex superior-prinsippet. Det innebærer at metoder som er omfattet av forbud eller påbud, ikke kan utføres i kraft av den alminnelige handlefriheten.

Lex superior-prinsippet er både et rettskildeprensipp og en konstitusjonell norm.<sup>133</sup> Som rettskildeprensipp fungerer lex superior-prinsippet som et kollisjons- eller prioritetsprinsipp ved motstrid mellom rettsregler.<sup>134</sup> Regler av høyere rang går foran regler av lavere rang, slik at rettsregelsystemets hierarkiske oppbygning blir avgjørende.<sup>135</sup> Som konstitusjonell norm innebærer lex superior-prinsippet at det som er vedtatt i en viss form, bare kan fravikes, endres eller oppheves i samme form.<sup>136</sup> Dette omtales som lex superior-prinsippetets defensive side.<sup>137</sup> Den defensive siden synliggjør hvordan handlefriheten begrenses av forbud og påbud med mindre det finnes en særskilt rettslig unntaksadgang med minst samme trinnhøyde som forbudet eller påbudet. Skal politiet benytte en metode som er forbudt, må metoden være omfattet av en hjemmel på minst samme trinnhøyde som det aktuelle forbudet.<sup>138</sup> Hvis det ikke kan påvises noe unntak fra forbudet eller påbudet, medfører lex superior-prinsippet at metoden ikke kan benyttes.

Stub mener dette kan tas til inntekt for at lex superior-prinsippet utgjør en negativ avgrensning for forvaltningens handlefrihet.<sup>139</sup> Han viser til at det likevel vil være selve forbudsbestemmelsen som setter grenser for forvaltningens handlefrihet, og at lex superior-prinsippet i så måte blir en omvei for å komme frem til samme resultat.<sup>140</sup> Videre påpeker Stub at *handlinger* ikke har noen plass i trinnhøydesystemet. Lex superior-prinsippet gjelder etter sitt innhold rettsregler, som vil si forholdet mellom forvaltningens normeringer, og ikke mellom normeringer og faktiske handlinger.<sup>141</sup> Eckhoff og Sundby fremholder imidlertid at handlefriheten har den

---

<sup>133</sup> Smith (2017) s. 205.

<sup>134</sup> Eckhoff (2001) s. 348.

<sup>135</sup> Eckhoff (2001) s. 348, Smith (2017) s. 206.

<sup>136</sup> Smith (2017) s. 205.

<sup>137</sup> Stub (2011) s. 75 og Smith (2017) s. 205.

<sup>138</sup> Torgersen (2009) s. 320.

<sup>139</sup> Stub (2011) s. 75–76. Stub viser til at Boe (1993 I) s. 590 heller i samme retning. Boe viser til at det har vært diskutert hvorvidt det er legalitetsprinsippet eller lex superior-prinsippet som «trekker grensen for hva forvaltningen kan gjøre».

<sup>140</sup> Stub (2011) s. 76.

<sup>141</sup> Stub (2011) s. 75–76.

lavest tenkelige rang innen systemet, ettersom friheter som bare har sitt grunnlag i den, kan oppheves ved et hvilket som helst forbud eller påbud.<sup>142</sup> Det vil i så fall innebære at *handlefriheten* har en plass i trinnhøydesystemet, selv om den enkelt vil kunne settes til side.<sup>143</sup> På den måten kan man si at *lex superior*-prinsippet fungerer som en negativ avgrensning for handlefriheten.

Det vil i det følgende skilles mellom tre underkategorier av handlinger for å vise hvordan *lex superior*-prinsippet fungerer som skranke for politiets metoder: (1) handlingen er straffbar, (2) handlingen er regulert i andre forbud eller begrensninger, og (3) handlingen rammes av et ulovfestet forbud. Det overordnede spørsmålet som skal besvares, er hvordan rettsordenen i sin alminnelighet ser på handlingen, og hvordan dette stiller seg for politiets metoder mer konkret.

### 3.1.2 Handlingen er straffbar

I utgangspunktet gjelder de samme begrensninger i straffeloven for politiet som for andre rettssubjekter.<sup>144</sup> Det vil si at straffebud i sin alminnelighet begrenser politiets handlefrihet og metodebruk. Etter straffeloven § 268 kan eksempelvis hverken private rettssubjekter eller politiet ta seg inn i andres hus. Likevel er ikke dette mer enn et utgangspunkt. Det viser seg ved at det er den «uberettigede» adgangen til andres hus som rammes av straffeloven § 268. Et annet eksempel er at det er den «rettsstridige» frihetsberøvelsen som er straffbelagt etter straffeloven § 254. Formuleringene får frem at det gjelder en *rettsstridsreservasjon*, enten det fremgår eksplisitt av straffebudets ordlyd eller må innfortolkes.<sup>145</sup>

Rettsstridsreservasjonen innebærer at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud kan måtte tolkes innskrenkende dersom tungtveiende hensyn tilsier det.<sup>146</sup> Det kan forstås som en generell begrensning mot å anvende straffebudet, fordi straffansvaret kan rekke lenger enn hva lovgiverne tilsiktet.<sup>147</sup> Politimetodeutvalget uttrykker det slik: «Det har endog vært hevdet at den uskrevne rettsstridsreservasjon i noen grad åpner for at politiet kan begå straffbare handlinger som et ledd i polititjenesten».<sup>148</sup> Eksempelvis rammer straffeloven § 231 etter sin ordlyd oppbevaring av narkotika. Bestemmelsen vil imidlertid ikke ramme polititjenestepersonen som oppbevarer narkotika etter at stoffet er beslaglagt.<sup>149</sup> Det følger av en innskrenkende tolkning at straffebudet

---

<sup>142</sup> Eckhoff (1991) s. 75. Se også Eckhoff (2001) s. 352-353.

<sup>143</sup> Eckhoff (1991) s. 75.

<sup>144</sup> Inspirasjon til fremstillingen av avsnittet er hentet fra Boe (1993 II) s. 50–51.

<sup>145</sup> Boe (1993 II) s. 50–51.

<sup>146</sup> Se f. eks. Rt. 1979 s. 1492, s. 1499 og Andenæs (2016) s. 156.

<sup>147</sup> Frøberg (2016) s. 82, Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) punkt 2.3.8.

<sup>148</sup> NOU 2004: 6 punkt 10.2.1.

<sup>149</sup> Frøberg (2016) s. 83.

ikke var ment å ramme dette tilfellet av besittelse. Eksempelet viser også at dersom formålet med straffebudet overhodet ikke gjør seg gjeldende, vil straffebudet tolkes innskrenkende.<sup>150</sup>

Det interessante er hvilken betydning rettsstridsreservasjonen får for politiets metoder, og hva som skal til for at politimetodene som ellers er straffbare handlinger likevel kan utføres som følge av rettsstridsreservasjonen. Kan for eksempel politiet drifte en nettside der det deles overgrepsmateriale av barn, med sikte på å avdekke hvem brukerne er?<sup>151</sup> Og kan politiets infiltratører kjøpe og besitte narkotika, med sikte på å avdekke et større nettverk?<sup>152</sup> Fordi disse handlingene som utgangspunkt er straffbare, kan ikke adgangen til å påberope seg rettsstridsreservasjonen skje i en enhver tenkelig situasjon politiet har behov for å gå ut over lovens rammer i sin metodebruk.<sup>153</sup> Det ville uthule unntaket. Det er naturlig å oppstille et grunnkrav om at politiet må ha *tungtveiende grunner* for å benytte metoden som ellers rammes av et straffebud.<sup>154</sup> Det kan også formuleres som et krav om at det må foreligge *særlige omstendigheter* for at politiet skal kunne utføre metoden.<sup>155</sup> Dette må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering, men det skal i det videre trekkes frem noen momenter som kan ha betydning for vurderingen.

Det første momentet er hva slags *formål* metodebruken tjener.<sup>156</sup> Politiets formål er overordnet å forhindre og avverge straffbare handlinger, og å avdekke og etterforske kriminelle handlinger som er begått.<sup>157</sup> Samfunnets interesse i at oppgavene utføres med de nødvendige metoder, fører til at politiet vil kunne stå i en annen stilling enn andre offentlige aktører hva gjelder adgangen til å påberope seg rettsstridsreservasjonen. Det polisiære formålet med å utføre den ellers straffbare handlingen må likevel vurderes konkret. Politimetoden *infiltrasjon* kan tjene som eksempel. Infiltrasjon innebærer informasjonsinnsamling der politiet, eller noen som handler på vegne av politiet, opptrer fordekt.<sup>158</sup> I disse tilfeller kan politiet ha behov for å begå ellers straffbare handlinger. Formålet kan i så fall være å sikre innpass i miljøet det infiltreres i, eller å ivareta

---

<sup>150</sup> Frøberg (2016) s. 83.

<sup>151</sup> Forholdet omfattes av ordlyden i straffeloven § 311 (1) bokstav b og c, jf. bokstav a.

<sup>152</sup> Forholdet omfattes av ordlyden i straffeloven § 231.

<sup>153</sup> Boe (1993 II) s. 50–51 og Auglend (2016 II) s. 953. Straffeprosessutvalget la til grunn at det bør være en viss adgang for politiet til å begå ellers straffbare handlinger ved infiltrasjon innenfor «relativt snevre rammer», se NOU 2016: 24 punkt 14.10.6.

<sup>154</sup> Boe (1993 II) s. 50. «Tungtveiende reelle hensyn» vises også til det som «typisk ... tilsier» at en handling ikke bør rammes av straff, selv om den rammes av lovens ordlyd i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) punkt 2.3.8.

<sup>155</sup> Auglend (2016 II) s. 953.

<sup>156</sup> Boe (1993 II) s. 50.

<sup>157</sup> NOU 2004: 6 punkt 10.7.5.2.

<sup>158</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.6 og NOU 2004: 6 punkt 1.3.8.6.

tillit til den falske identiteten.<sup>159</sup> Høyesterett la til grunn i dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1345 på side 1348 at straffbare handlinger ved infiltrasjon kan være berettiget for å sikre bevis.

Det neste momentet er *karakteren og styrken av inngrepet* metoden utgjør.<sup>160</sup> Momentet fanger opp dimensjonen om at politimetoden i større eller mindre grad kan gripe inn i borgernes rettsfære. Eksempelvis vil det at politiet oppbevarer overgrepsmateriale av barn i forbindelse med etterforskningen av en straffesak, stilles i en annen kategori enn om politiet ulovlig tar seg inn i en privat bolig i forebyggingsøyemed. Adgangen til å påberope seg rettsstridsreservasjonen vil dermed variere i takt med inngrepsintensiteten i metoden.<sup>161</sup>

Det tredje momentet som kan vektlegges i denne vurderingen, er om metodebruken er *nødvendig og forsvarlig*.<sup>162</sup> Dette innebærer et forholdsmessighetskrav. Spørsmålet er om bruk av metoden fremstår som forholdsmessig vurdert mot det samfunnsødet som den aktuelle kriminalitet representerer.<sup>163</sup> Dette er vurderingstemaet for politiet i spørsmålet om vederlag til politiets kilder, ifølge riksadvokatens instruks.<sup>164</sup> Det har overføringsverdi til politiets metodebruk generelt, ettersom de samme hensyn gjør seg gjeldende, sammenholdt med at også straffeprosesslovens bestemmelser om tvangsmidler bygger på et kriminalitetskrav.<sup>165</sup> Forsvarlighetsbegrensningen vektlegges også av Straffeprosessutvalget i vurderingen av adgangen til å begå ellers straffbare handlinger ved infiltrasjon.<sup>166</sup> Momentet vil innebære at politiet vil ha en større adgang til å påberope seg rettstridsreservasjonen der det er tale om mer alvorlig kriminalitet. Samtidig som de ellers straffbare metodene ikke i samme grad vil kunne la seg forsvare ved mindre alvorlig kriminalitet. Man kan på den måten resonnerer seg frem til at politiet i visse situasjoner kan ha adgang til å kjøpe narkotika for å avdekke et større narkotikanettverk. Samtidig vil kjøp for å avdekke oppbevaring av en brukerdose antakelig ikke være forholdsmessig på samme måte.

Rettsvirkningen av at man kommer til at det materielle grunnkravet om tungtveiende grunner eller særlige omstendigheter er oppfylt ved å vurdere disse momentene, er at forholdet ikke

---

<sup>159</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.6. Det bemerkes at riksadvokaten har regulert spørsmålet om i hvilken grad det kan begås ellers straffbare handlinger for å opprettholde troverdighet ved infiltrasjon i instruks, se også NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.4. Instruksen er gradert.

<sup>160</sup> Boe (1993 II) s. 50. Momentet er også trukket frem av Straffeprosessutvalget knyttet til politimetoden infiltrasjon, se NOU 2016: 24 punkt 14.10.6.

<sup>161</sup> Vurderingstemaet vil bli redegjort for i punkt 3.2.

<sup>162</sup> Auglend (2016 II) s. 953. Samme krav stilles ved bruk av tvangsmidler i straffeprosessloven § 170 a.

<sup>163</sup> Riksadvokaten (2000) punkt II 2.

<sup>164</sup> Riksadvokaten (2000) punkt II 2.

<sup>165</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.3.3.1.

<sup>166</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.6.



rammes av det aktuelle straffebudet. Det innebærer at *straffebudet* ikke lenger utgjør noen hindring mot at handlingen utføres. Isolert sett vil politiets alminnelige handlefrihet i dette henseende *utvides*, sammenlignet med private rettssubjekters frihet. Andre begrensninger mot å utføre handlingen kan likevel foreligge.

### 3.1.3 Handlingen er regulert i andre forbud eller begrensninger

Dette avsnittet vil vise hvordan forbud som ikke er straffsanksjonert også kan begrense politiets handlefrihet. Lovverket og dets forskrifter består av en rekke forbud, påbud og begrensninger. De kan virke i kraft av egen tyngde eller være sanksjonert på andre måter enn med straff.<sup>167</sup> De lovfestede forbudene kan rette seg mot alle rettssubjekter, men det finnes også særskilte påbud og forbud for politiet.<sup>168</sup> Et eksempel på et slikt påbud er politiloven § 22, som oppstiller plikt for tjenestepersoner om å bosette seg i forsvarlig avstand til tjenestestedet.<sup>169</sup>

Eksempelet på en lovfestet begrensning vil typisk være der loven oppstiller vilkår som må være oppfylt for at metoden skal være tillatt, men disse vilkårene ikke er oppfylt. Adgangen for politiet til å foreta ransaking kan tjene som eksempel. Vilkårene for personransaking fremgår av straffeprosessloven § 195 første ledd. Etter bestemmelsen må personen som ransakes med «skjellig grunn mistenkes» for å ha overtrådt et straffebud som kan medføre frihetsstraff. Mistanke-kravet er ett av flere kumulative vilkår. Foreligger ikke slik mistanke, vil rettsvirkningen være at det ikke er adgang til å utføre ransakingen.<sup>170</sup> Dette utgjør i så måte en lovfestet begrensning for politiets metodebruk.

Det er lagt til grunn at gjeldende inngrepshjemler i straffeprosessloven som utgangspunkt skal tolkes antitetisk.<sup>171</sup> Det innebærer at de blant annet setter *forbud* mot å bruke metodene i forebyggende øyemed.<sup>172</sup> I så måte er reguleringen av at politiet ved tvang kan gjennomføre en biometrisk autentisering av et datasystem etter straffeprosessloven § 199a annet ledd, en anerkjennelse av at slik tvang krever hjemmel.<sup>173</sup> Fraværet av en slik hjemmel i forebyggende øyemed tilsier således at en slik tvang ikke kan gjennomføres.

---

<sup>167</sup> Boe (1993 II) s. 51.

<sup>168</sup> Boe (1993 II) s. 51.

<sup>169</sup> Politiloven § 22 første ledd, jf. også politiinstruksen § 4-2.

<sup>170</sup> Merk at det er adgang til ordensmessig visitasjon etter politiloven § 7 a og § 10.

<sup>171</sup> I punkt 4.3 vil jeg imidlertid peke på et tilfelle der straffeprosessloven ikke skal tolkes antitetisk. Om antitetisk tolkning, se Eckhoff (2001) s. 141–147.

<sup>172</sup> NOU 2004: 6 punkt 5.1.

<sup>173</sup> Se også HR-2016-1833-A.

### 3.1.4 Ulovfestede forbud

Hittil har fremstillingen vist at lex superior-prinsippet kan tas til inntekt for å si at dersom politimetoden ikke er straffbar eller uttrykkelig eller underforstått forbudt ved lov, kreves det heller ikke hjemmel i lov for å utføre den. Metoden kan i så fall utføres med grunnlag i den alminnelige handlefrihet. Imidlertid er politiets metodebruk også begrenset av de såkalte uskrevne eller ulovfestede forbudene i norsk rett. Boe omtaler disse uskrevne forbudene som «andre handlinger som ikke går an».<sup>174</sup> Eckhoff viser til at domstolene har mulighet til å etablere såkalte ulovfestede forbud.<sup>175</sup> Han trekker frem Rt. 1952 s. 1217 hvor Høyesterett etablerte et ulovfestet forbud mot å vise en film.<sup>176</sup> Dommen kan tjene som illustrasjon på at de lovfestede forbudene ikke er uttømmende.

Et særlig spørsmål er hvilke uskrevne eller ulovfestede forbud som gjelder for politiets metodebruk. Boe understreker at det avgjørende for å finne disse forbudene er en materiell prøvelse, og ikke en formell hjemmelsjakt.<sup>177</sup> Prøvelsen vil bero på om handlingen etter sitt innhold utgjør et for stort inngrep i enkeltmenneskets integritet til å kunne godtas uten hjemmel i lov.<sup>178</sup> Videre er det relevant å se hen til hva slags formål handlingen har, og om private rettssubjekter kan foreta handlingen eller ikke.<sup>179</sup> I det videre vil forbudet mot konstitutiv politiprovokasjon trekkes frem som eksempel. Målet med eksempelet er ikke å tegne et fullstendig bilde av forbudet, men å illustrere hvordan ulovfestede forbud kan sette skranker for politiets metodebruk. I tillegg vil eksempelet illustrere den materielle prøvelsen av hvordan et slikt forbud oppstilles.

Høyesterett har i en rekke avgjørelser trukket opp grenser for når og hvordan politiprovokasjon kan benyttes som metode for politiet.<sup>180</sup> Politiprovokasjon benyttes blant annet som politimetode i etterforskningssporet, ved at politiet utfører provokative handlinger med mål om å avdekke straffbare handlinger og å skaffe bevis.<sup>181</sup> Dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1076 omhandlet spørsmål om avskjæring av bevis som var fremskaffet ved ekstraordinære etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt. I saken hadde politiet trådt inn i en mistenkets telefonkontakt med en utenlandsk narkotikaleverandør og avtalt levering i Norge. Høyesterett uttalte i dommen

---

<sup>174</sup> Boe (1993 II) s. 55.

<sup>175</sup> Eckhoff (2014) s. 358.

<sup>176</sup> Eckhoff (2014) s. 358.

<sup>177</sup> Boe (1993 II) s. 55.

<sup>178</sup> Boe (1993 II) s. 55. Dette vurderingstemaet vil bli nærmere behandlet i punkt 3.2.

<sup>179</sup> Boe (1993 II) s. 55.

<sup>180</sup> Se for eksempel Rt 1984 s. 1076, Rt. 1993 s. 473, 1998 s. 407, Rt. 2000 s. 1223, Rt. 2000 s. 1345 og Rt. 2000 s. 1482, som vist til av Hopsnes (2003 II) s. 97. Dommene som fastlegger dette handler i første rekke om straffrihet for den hvis handling er blitt fremprovosert.

<sup>181</sup> Hopsnes (2003 II) s. 64.

at etterforskning med provokasjonstilsnitt ikke krever lovhjemmel.<sup>182</sup> De understreket at det likevel gjelder grenser for metoden. Høyesterett fant at det måtte oppstilles slike begrensninger i politiets adgang til å benytte seg av metoden på grunn av rettssikkerhetshensyn og hensynet til den alminnelige tillit til politiet.<sup>183</sup> På side 1080 i dommen uttaler Høyesterett: «Det synes å være alminnelig enighet om – og jeg finner det for min del klart – at det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått.»<sup>184</sup> Denne typen provokasjon omtales i teorien som konstitutiv provokasjon.<sup>185</sup> Hopsnes er blant dem som mener Høyesteretts praksis kan tas til inntekt for at det finnes et ulovfestet forbud mot å benytte konstitutiv provokasjon som politimetode.<sup>186</sup> Dette forbudet vil dermed sette grenser for hvor langt politiet kan gå i å benytte metoden politiprovokasjon.

Høyesterett tok stilling til virkningen av politiprovokasjon i Rt. 1992 s. 1088. I dommen på side 1091 kom Høyesterett til at konstitutiv provokasjon skal anses som en ulovfestet straffrihetsgrunn.<sup>187</sup> Dette ble skissert som en av tre mulige løsninger i Rt. 1984 s. 1076 på side 1079. At det anses som en straffrihetsgrunn klargjøres også i Rt. 1998 s. 407 på side 410.<sup>188</sup> Hopsnes viser til at et sentralt formål med forbudet er å forhindre fare for kriminalitet og misbruk av instituttet, som best sikres ved å oppstille straffrihet som virkning av overtredelse.<sup>189</sup> Man kan dermed si at straffrihetsgrunnen hviler på en forutsetning om at det gjelder en forbudsnorm for politiet mot å gjøre bruk av en slik metode hvis formålet er å reise straffesak.

At formålet med metoden er av betydning for forbudets rekkevidde, synliggjøres i Rt. 1998 s. 407. Dommen gjaldt den strafferettslige betydning av at politiet benyttet provokasjon som metode i etterforskningen etter tyveriet av maleriet «Skrik» i 1994. Høyesterett kom til at det etterfølgende forsøket på heleri av maleriet var fremprovosert av politiet, og frifant tiltalte for dette forholdet. I dommen på side 409 fremholder Høyesterett med støtte i forarbeidene at de ikke hadde hatt innvendinger mot politiaksjonen om formålet var å «redde» maleriet.

Det vil falle utenfor denne fremstillingen å redegjøre for ethvert tenkelig ulovfestet forbud som setter skranker for politiets metodebruk. Poenget har vært å vise at de ulovfestede forbudene

---

<sup>182</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1079.

<sup>183</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

<sup>184</sup> Rt. 1984 s. 1076 s. 1080.

<sup>185</sup> Se bl.a. Hopsnes (2003 II) s. 65.

<sup>186</sup> Hopsnes (2003 II) s. 97 flg.

<sup>187</sup> Se Hopsnes (2003 II) s. 115 flg. og Andenæs (2009) s. 260–261 for en mer utfyllende gjennomgang.

<sup>188</sup> Hopsnes (2003 II) s. 116. Uttalelsen i denne dommen er gjentatt i bl.a. Rt. 2000 s. 1223 og Rt. 2000 s. 1482.

<sup>189</sup> Hopsnes (2003 II) s. 117.

kan sette skranke for politiets handlefrihet til å utføre sine metoder. Det vil i så fall bero på en konkret materiell prøvelse, slik som eksempelet med konstitutiv politiprovokasjon viser.

## **3.2 Andre unntak fra handlefriheten: Legalitetsprinsippet**

### **3.2.1 Generelt om legalitetsprinsippets betydning**

Den videre fremstillingen vil vise at legalitetsprinsippet setter grenser for hvor langt den alminnelige handlefrihet rekke for politiets metodebruk.<sup>190</sup>

Det har vært en diskusjon i juridisk teori knyttet til om legalitetsprinsippet kommer til anvendelse for faktiske handlinger, eller om det bare gjelder normeringer. Bakgrunnen for et slikt skille er Eckhoff og Smiths tilnærming til legalitetsprinsippet.<sup>191</sup> De fremholder at legalitetsprinsippet fungerer som en terskel for hva slags kompetanse forvaltningen behøver for å utøve sin myndighet.<sup>192</sup> Det vil innebære at man ikke kan snakke om legalitetsprinsippet som skranke for faktiske handlinger, ettersom de ikke utgjør normeringer.<sup>193</sup> Forfatterne viser til at lovskravets betydning for faktiske handlinger vil reguleres av lex superior-prinsippet som skranke.<sup>194</sup>

Det er gjennom de senere års rettsutvikling avklart at legalitetsprinsippet også gjelder for faktiske handlinger.<sup>195</sup> Det ble blant annet lagt til grunn i Rt. 2010 s. 612. Dommen gjaldt spørsmålet om et sykehjem kunne utføre kroppsvask og sårstell på en pasient mot hans vilje.<sup>196</sup> Førstvoterende uttalte i avsnitt 27:

«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.»

Uttalelsen viser at legalitetsprinsippet ikke er reservert til forvaltningens normeringer. Også i Rt. 1995 s. 20 la Høyesterett til grunn at legalitetsprinsippet utgjør en skranke for faktiske handlinger. En polititjenestemann tvangsmedisinerte en utlending som skulle uttransporteres fra

---

<sup>190</sup> Det er en distinksjon mellom legalitetsprinsippet som følger av Grunnloven § 113 og hjemmelskravet som følger av EMK. Dette behandles i punkt 3.3.2.

<sup>191</sup> Eckhoff (2014) s. 337.

<sup>192</sup> Eckhoff (2014) s. 337.

<sup>193</sup> Mer utfyllende om dette hos Eckhoff (2014) s. 337 flg. og Stub (2011) s. 77.

<sup>194</sup> Eckhoff (2014) s. 337 flg. Se også punkt 3.1.1.

<sup>195</sup> Se bl.a. Graver (2015) s. 200.

<sup>196</sup> Dommen er avsagt med dissens 3–2. Dissensen knytter seg til hvorvidt det var adgang for sykehjemmet til å stille vilkår med tvangselementer som en del av kompetansegrunnlaget, noe mindretallet var sterkt kritiske til.

landet. Høyesterett fant at legalitetsprinsippet krevde hjemmel i lov for handlingen, ettersom den innebar en «inngripende integritetskrenkelse».<sup>197</sup> Det avgjørende er altså om forvaltningens virke er inngripende overfor borgerne. Forholdet til *lex superior*-prinsippet kan beskrives på denne måten: Er handlingen forbudt ved lov, må politiet ha hjemmel i lov for å foreta handlingen.<sup>198</sup> Det samme er tilfellet om handlingen rammes av et ulovfestet forbud. Er handlingen ikke forbudt, blir spørsmålet om den utgjør et inngrep som etter legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov.

Under arbeidet med grunnlovsrevisjonen, ble den materielle forståelsen lagt til grunn for den nåværende formuleringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113.<sup>199</sup> Ifølge Menneskerettighetsutvalget var poenget å få frem at «det er uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger».<sup>200</sup> Utvalget fremhevet viktigheten av at legalitetsprinsippet tok utgangspunkt i den enkeltes rettighetsvern, og presiserte at «[m]yndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettsfære».<sup>201</sup> Grunnlovsfestingen tok ikke sikte på å endre rettsstilstanden. Formålet med å grunnlovsfeste legalitetsprinsippet var å «synliggjøre prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for makthavernes myndighetsutøvelse».<sup>202</sup> Dette ble også lagt til grunn av Kontroll- og konstitusjonskomiteen.<sup>203</sup>

Tidligere er det blitt diskutert i forvaltningsrettslig litteratur om det offentliges handlefrihet strekker seg like langt som privates handlefrihet. Graver, Boe og Hopsnes er blant dem som tidligere har tatt til orde for at grensene for handlefriheten ikke alltid vil være sammenfallende.<sup>204</sup> Begrunnelsen er det autoritative stemplet til myndighetene, som kan gi handlingen en annen karakter enn om privatpersoner gjør det samme.<sup>205</sup> Rettskildesituasjonen etter vedtakelsen av Grunnloven § 113 gjør at det ikke lenger er behov for særskilt å angi grensene for det offentliges handlefrihet sammenlignet med privates handlefrihet. Det er således klarlagt at graden av «inngrep» utgjør skranken for det offentliges handlinger.<sup>206</sup> Denne tilnærmingen

---

<sup>197</sup> Saken gjaldt straffeloven 1902 § 325 nr. 1 (opphevet), som nå er erstattet i straffeloven (2005) §§ 171, 172. Se også Graver (2015) s. 199.

<sup>198</sup> Stub (2011) s. 77.

<sup>199</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5 og 41.1–41.2.

<sup>200</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5.

<sup>201</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5.

<sup>202</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5, se også Innst.169 S (2012–2013) punkt 1.8.23.

<sup>203</sup> Innst.186 S (2013–2014) punkt 2.1.12.

<sup>204</sup> Boe (1993 I) s. 597–598, Hopsnes (2005) s. 92 og Graver (2007) s. 212–213. Dette har Graver gått bort fra i nyere utgaver av boken, se blant annet Graver (2015) s. 199.

<sup>205</sup> Boe (1993 I) s. 598.

<sup>206</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5, Rt. 1995 s. 20, Rt. 2010 s. 612 og Graver (2015) s. 199–201.

fremhever forholdet mellom myndighetene og samfunnet, og synliggjør i tillegg relevante retts-sikkerhetsmessige hensyn.<sup>207</sup>

### 3.2.2 Særlig om inngrepsvurderingen

Politiets metoder vil i varierende grad være inngripende overfor borgerne. Problemstillingen som reiser seg er dermed hva som skal til for at legalitetsprinsippet aktualiseres for politiets metodebruk. Dreier det seg om betydelige inngrep, må hjemmel alltid til.<sup>208</sup> I disse tilfeller vil derfor ikke den alminnelige handlefrihet gi grunnlag for bruk politimetoden. Om metoden eksempelvis innebærer tvangsbruk, vil det være tale om et svært alvorlig inngrep for den som rammes, og hjemmel i lov er nødvendig. I disse tilfeller vil ikke andre hensyn kunne nyansere utgangspunktet om krav om hjemmel i lov. I legalitetsprinsippets randsone stilles det imidlertid lavere krav.<sup>209</sup> Dette utgangspunktet gir uttrykk for den relative forståelsen av legalitetsprinsippet, som vil si at jo mer *inngripende* handlingen er, jo strengere er lovskravet.<sup>210</sup>

Legalitetsprinsippet er en formell garanti. Det verner ikke mot bestemte metoder, men mot at inngripende metoder foretas uten den nødvendige lovforankring. Det vil si at kompetansen må fremgå uttrykkelig og være positivt angitt i eller i medhold av lov.<sup>211</sup> Avgjørende for denne vurderingen er om inngrepet er av en slik karakter at Stortinget bør lovfeste handlingen. Det beror på om politimetoden ut fra en avveining av de berørte individinteresser mot de samfunnsinteresser som taler for inngrepet, bør være regelstyrt.<sup>212</sup> Lund-kommisjonen formulerte vurderingstemaet av legalitetsprinsippets betydning slik i sin rapport: «Nødvendigheten av lovhjemmel vil uansett bero på en avveining av formålet med og karakteren av tiltaket mot de personvern- og rettssikkerhetshensyn som aktualiseres.»<sup>213</sup> Menneskerettighetsutvalget fremhever at det må foreligge «kvalifiserte forhold som rammer den enkelte» for at det skal være tale om et «inngrep» i Grunnloven § 113 sin forstand.<sup>214</sup>

Vurderingstemaet av hvilke politimetoder som utgjør et inngrep beror altså på en konkret helhetsvurdering av *politimetodens inngrepsintensitet*. Spørsmålet er om den nedre grensen for inngrep kan justeres noe ut fra motstående hensyn. Det vil si at i visse tilfeller kan det være

---

<sup>207</sup> Graver (2015) s. 200 og Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

<sup>208</sup> Boe (1993 II) s. 61–62, se også Eckhoff (1978) s. 64.

<sup>209</sup> Boe (1993 II) s. 61–62.

<sup>210</sup> Boe (1993 II) s. 61–62. Den relative forståelsen av legalitetsprinsippet har også en side til hvor *klar* loven skal være. Jeg må av hensyn til oppgavens rammer avgrense mot dette, men viser til at utgangspunktet trekkes opp i Rt. 1995 s. 530 s. 537.

<sup>211</sup> Bårdsen (2017 III). De materielle grensene for metodene utledes av annet grunnlag, se punkt 3.1 og 3.3.

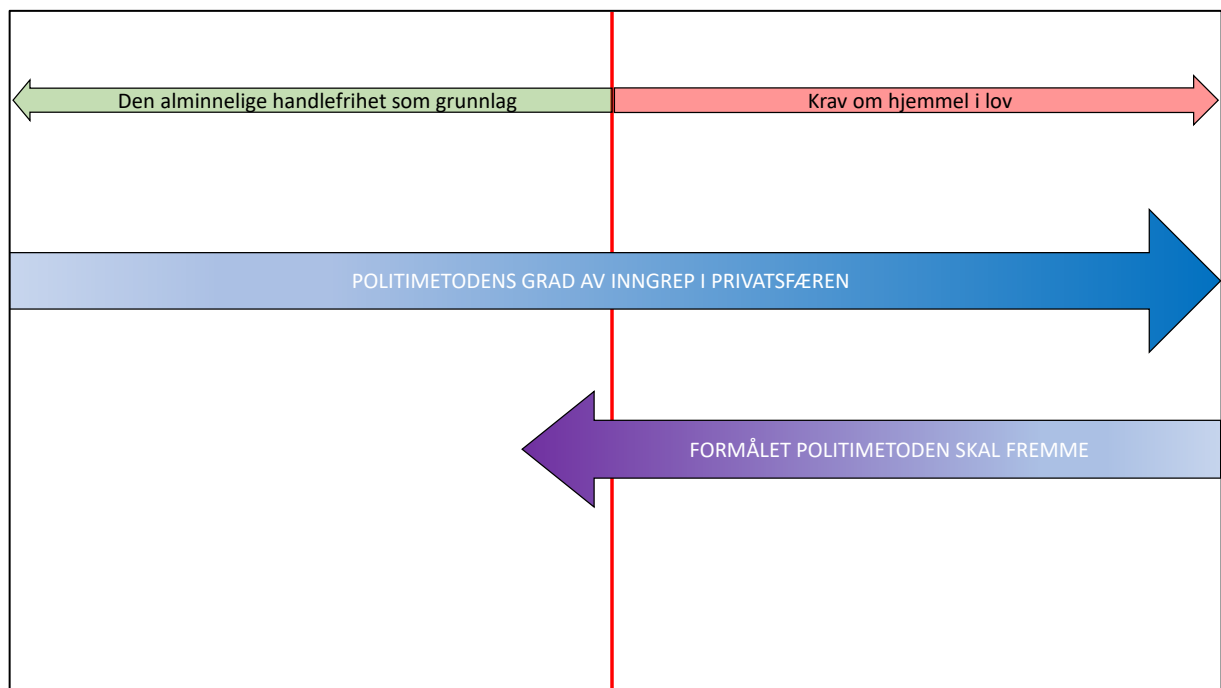
<sup>212</sup> Torgersen (2009) s. 321–322.

<sup>213</sup> Dokument nr. 15 (1995–1996) punkt 6.2.4. Formuleringen knyttet seg spesifikt til politiets overvåkningsmetoder og ikke politimetoder generelt. Inspirasjon til kilde er hentet fra Torgersen (2009) s. 321.

<sup>214</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.2.

adgang til en nyansering, på grunn av legalitetsprinsippets relativitet. Holdepunktene fra forarbeidene og juridisk teori kan brytes ned i to kategorier, som det må foretas en interesseavveining av, for å klargjøre inngrepsintensiteten. Disse kategoriene er: Hvilke *individinteresser* gripes det inn i, og hvilke *samfunnsinteresser* taler for inngrepet?

Problemstillingen kan illustreres i en modell, der den røde linjen i figur 2 illustrerer grensen for hvor langt alminnelige handlefrihet som grunnlag rekker. Den blå pilen (f.v.) markerer hvordan individinteressene i metoden vil være av stor betydning, mens den lilla pilen viser at samfunnsinteressene i at metoden utføres til en viss grad kan tilsi en nyansering av hvor grensen skal trekkes. Den videre fremstilling vil søke svar på hvor grensen går for politiets metoder, og således klargjøre hvordan man skal gå frem for å «plassere» metodene.



Figur 2

Det første spørsmålet er dermed hva slags individinteresser det er tale om. Man kan overordnet skille mellom individenes fysiske interesser og psykiske interesser. *Fysiske interesser* benyttes her som et samlebegrep for individenes fysiske frihet, fysiske integritet og eiendeler. *Psykiske interesser* benyttes som et samlebegrep for borgernes psykiske integritet og personvern.<sup>215</sup> Torgersen fremhever at de fysiske interessene har et sterkere vern i lovgivningen mot inngrep enn

<sup>215</sup> Med integritet menes å sikre individets selvbestemmelse over egen kropp, eiendom og tanke. Med personvern menes å holde informasjon utenfor andres rekkevidde. Se mer utfyllende redegjørelse hos Aarli (2005) s. 528–529.

de psykiske interessene.<sup>216</sup> Det kan tas til inntekt for at inngrep i disse interessene jevnt over vil være mer intensive. Samtidig er det verdt å merke seg at *graden av inngrep* kan variere på tvers av disse kategoriene, slik at de ikke kan plasseres i et hierarki. Det vil dermed være sentralt for legalitetsprinsippets betydning å klargjøre hva slags individinteresse det er tale om og hvor langt politimetoden griper inn i den. Politimetodens art, omfang og varighet kan således være av betydning for å klargjøre inngrepsgraden.<sup>217</sup>

Det neste spørsmålet er hva slags *samfunnsinteresser* som kan tale for inngrepet, og dermed nyansere legalitetsprinsippets betydning. For politiets metoder vil det være tale om å avveie individinteressene mot formålet med politimetoden og dens karakter. Hva formålet med politimetoden er og hvor viktig den er å utføre, må avgjøres konkret. Et knippe sentrale formål og hensyn kan tjene som eksempler på hva politiets formål med metoden kan være. For det første kan politiets formål være oppklaring av straffesaker. Høy oppklaring er av riksadvokaten trukket frem som et resultatmål for politiet og statsadvokatene, ettersom det er avgjørende for å nå det overordnede målet om redusert kriminalitet.<sup>218</sup> Å redusere og avverge kriminalitet kan i seg selv være et annet formål. Det samme gjelder det å fremskaffe bevis.<sup>219</sup> Videre kan politiets samfunnsfunksjon ha betydning. Det innebærer en henvisning til at samfunnet har pålagt politiet bestemte plikter, og politiet bør ha adgang til å utføre sitt oppdrag.<sup>220</sup> Videre er hensynet til politiets effektivitet et viktig formål. Hensynet uttrykker en forutsetning om at mest mulig skal søkes oppnådd med minst mulig innsats og omkostninger.<sup>221</sup> Det handler således om en effektiv utnyttelse av ressursene uavhengig av den til enhver tid gjeldende kriminalpolitikk.<sup>222</sup>

Metodebruken må være videre være *forholdsmessig*.<sup>223</sup> Det skal ved politiets bruk av tvangsmidler foretas en forholdsmessighets- og hensiktsmessighetsvurdering etter straffeprosessloven § 170 a. Koherenshensyn i rettssystemet og hensynet til individets rettssikkerhet taler for at samme forholdsmessighetsvurdering bør gjøres ved bruk av inngripende politimetoder. Forholdsmessighetsvurderingen innebærer at politimetodens mål og middel skal være proporsjonale, og vil i så måte begrense politiets handlefrihet.<sup>224</sup> Det beror på om mindre inngripende

---

<sup>216</sup> Torgersen (2009) s. 321–323. Torgersen benytter ikke samlebenevnelsene. At de fysiske interessene har et sterkt vern i lovgivningen, gjør også at *lex superior*-prinsippet vil få virkning.

<sup>217</sup> Hopsnes (2005) s. 120.

<sup>218</sup> Riksadvokaten (2018) IV II.

<sup>219</sup> Torgersen (2009) s. 22.

<sup>220</sup> Auglend (2016 II) s. 606

<sup>221</sup> Auglend (2016 II) s. 655

<sup>222</sup> Dette ble også lagt til grunn som et grunnleggende hensyn for utformingen av forslaget til ny straffeprosesslov i NOU 2016: 24 punkt 5.4.3.

<sup>223</sup> Se også Graver (2015) s. 87.

<sup>224</sup> Ot.prp. nr. 22 (1994–1995) punkt III 2.4.



metoder kan oppnå samme formål. Metodeutvalget uttrykte det som et krav til at politiet ikke skal gå «lenger i metodebruk enn hva som er nødvendig for å kunne oppklare begåtte forbrytelser.»<sup>225</sup> Et tenkt eksempel er at det ikke vil være forholdsmessig av politiet å benytte infiltrasjon som metode for å avdekke epleslang.

Politimetoden *stille SMS* kan tjene som eksempel på vurderingen. Metoden ble lovfestet i straffeprosessloven § 216 b annet ledd bokstav e i 2016 av hensyn til legalitetsprinsippet.<sup>226</sup> Stille SMS går ut på at politiet kan sende en «skjult» tekstmelding til en mobiltelefon. Mottakertelefonen får ikke varsel om meldingen, men telefonens nærmeste basestasjon blir registrert hos teleoperatøren.<sup>227</sup> Disse opplysningene kan politiet kreve utlevert etter straffeprosessloven § 216 b annet ledd bokstav d. Metoden kan dermed benyttes for å lokalisere mottakertelefonen, som kan bidra til oppklaring av straffesaker uten at metodebruken avsløres.<sup>228</sup> Adgangen til å sende stille SMS hadde tidligere sitt grunnlag i den alminnelige handlefrihet, i likhet med politiets adgang til å ringe eller sende ordinær tekstmelding til en mistenkt.<sup>229</sup> I proposisjonen til endringsloven viste departementet til at det var «noe mer tvilsomt om politiet i kraft av den alminnelige handlefrihet kan sende SMS-er når dette skjer *uten at mottakeren har mulighet til å få vite om det*».<sup>230</sup> Politimetoden innebærer et inngrep i mottakerens personvern, ved at politiet får tilgang til opplysninger om personens lokasjon.<sup>231</sup> Graden av inngrep viser seg ved tiltakets art, i form av at metoden utføres uten at mottakeren vet det. Av denne grunn har mottakeren av den stille SMS-en behov for de formelle garantiene legalitetsprinsippet oppstiller.

Hittil har fremstillingen vist at legalitetsprinsippet er en formell garanti som setter grenser for politiets handlefrihet. Hvorvidt den nedre grensen for inngrep kan justeres noe ut fra politiets konkrete formål med metoden, må vurderes konkret. Hvilke individinteresser det gripes inn i og graden av inngrep vil likevel være avgjørende, slik som lovfestingen av stille SMS-metoden illustrerer.

---

<sup>225</sup> NOU 1997: 15 punkt 3.1.1, se også NOU 2016: 24 punkt 14.3.4.1.

<sup>226</sup> Prop. 68 L (2015–2016) punkt 1.3 og 7.7.5.4. Justiskomiteen viste til departementets proposisjon og hadde ingen merknader knyttet til metoden stille SMS, se Innst.343 L (2015–2016).

<sup>227</sup> Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll (2014) punkt 5.12.

<sup>228</sup> Prop. 68 L (2015–2016) punkt 1.3 og 7.7.5.2.

<sup>229</sup> Prop. 68 L (2015–2016) punkt 7.7.5.4.

<sup>230</sup> Prop. 68 L (2015–2016) punkt 7.7.5.4. Departementets kursivering.

<sup>231</sup> Prop. 68 L (2015–2016) punkt 3.2, se også NOU 2009: 15 punkt 2.2.

### 3.3 Tredje unntak fra handlefriheten: Individrettigheter i Grunnloven og EMK

#### 3.3.1 Generelt om individrettighetenes betydning

Det siste unntaket fra utgangspunktet om alminnelig handlefrihet som skal behandles, er menneskerettighetene i Grunnloven og EMK. Disse individrettighetene vil være omfattet av lex superior-prinsippets begrensninger for handlefriheten, som er behandlet tidligere. Jeg finner det likevel hensiktsmessig å skille dem til en særskilt behandling for å belyse det overordnede menneskerettslige vern og krav om hjemmel.

Utviklingen i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har bidratt til å styrke rettsikkerheten på en rekke felt i norsk rett.<sup>232</sup> Den har vært særlig merkbar innenfor straffeprosessen.<sup>233</sup> For politiets metoder er det spesielt EMK art. 8 og Grunnloven § 102 som er aktuelle skranker.<sup>234</sup> Nesten alle politimetoder vil berøre frihetene som vernes etter disse bestemmelsene, men ikke enhver politimethode vil være et inngrep i rettighetene.<sup>235</sup> Problemstillingen som skal belyses er når rettighetene *aktualiseres* og dermed gjør et unntak fra utgangspunktet om handlefrihet.

EMK art. 8 første ledd gir individet rett til respekt for sitt «privatliv», «familieliv», «hjem» og «korrespondanse».<sup>236</sup> Begrepene er ikke gitt noen klar definisjon, men er nærmere trukket opp i EMDs praksis. Rettighetene overlapper dels hverandre og grensene mellom dem er flytende.<sup>237</sup> Kjernen i vernet av «privatliv» knytter seg til den personlige identitet, integritet og autonomi.<sup>238</sup> Begrepet er vidt og dekker en rekke forskjellige forhold. Det kan forstås som individets rett til å få være i fred når det gjelder privatliv.<sup>239</sup> Begrepet «hjem» omfatter huset eller boligen hvor en person bor, men er ikke nødvendigvis avgrenset til det.<sup>240</sup> Vernet om «korrespondanse»

---

<sup>232</sup> Møse (2017 I) s. 60–62.

<sup>233</sup> Det viser seg blant annet ved økningen i antall saker for Høyesterett der EMK har vært påberopt, se Jebens (2017) s. 255.

<sup>234</sup> Jeg vil i det videre avgrense mot andre individrettigheter av hensyn til oppgavens omfang. Rettighetene kommer også til uttrykk i Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art 17, som i hovedsak har samme innhold som EMK art. 8, se Strand (2015) s. 150 flg. På grunn av oppgavens rammer avgrenser jeg også mot EMK art. 6, herunder forbudet mot tvungen selvinkriminering, selv om det er aktuelt i denne sammenheng.

<sup>235</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.1.

<sup>236</sup> Bestemmelsens vern av «familieliv» faller utenfor denne fremstillingen.

<sup>237</sup> Strand (2015) s. 150–151.

<sup>238</sup> Strand (2015) s. 150–151. Dette underbygges av bl.a. Aksu v. Turkey punkt 58, Peck v. The United Kingdom avsnitt 57, Niemietz v. Germany avsnitt 29, El-masri v. Macedonia avsnitt 248, Nada v. Switzerland avsnitt 151 og S.A.S. v. France avsnitt 107.

<sup>239</sup> Møse (2017 II) note 69.

<sup>240</sup> Møse (2017 II) note 71.

knytter seg til all kommunikasjon som rettes fra en person direkte til en annen, og omfatter både skriftlig, muntlig, elektronisk og telekommunikasjon.<sup>241</sup> EMK er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2 punkt 1. Konvensjonen er i § 3 gitt forrang for annen lovgivning.

Grunnloven § 102 slik den lyder i dag ble tatt inn i Grunnloven i 2014. Menneskerettighetene som ble tatt inn i Grunnloven i 2014 er bygget over samme lest som sine forbilder i EMK og SP, og likhetstrekkene er store.<sup>242</sup> Bestemmelsens første ledd første setning er formulert på samme måte som EMK art. 8 første ledd, med unntak av at «korrespondanse» er erstattet med «kommunikasjon».<sup>243</sup> I Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58 la Høyesterett til grunn at det sentrale med Grunnloven § 102 er å verne «menneskets fysiske og psykiske integritet, alle de ulike elementene i den enkeltes identitet i videste forstand, og den personlige autonomi». Grunnloven § 102 skal tolkes i lys av EMK art. 8 og EMDs praksis knyttet til denne.<sup>244</sup> Dette er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2015 s. 93 avs. 57. I dommen presiserer Høyesterett at fremtidig praksis fra EMD etter grunnlovfestingene ikke nødvendigvis vil ha samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen. Det er fordi Stortinget ikke har bundet grunnlovstolkningen til fremtidig rettsutvikling.<sup>245</sup> Ved at enkelte menneskerettigheter er gitt plass i Grunnloven, er de også gitt grunnlovs rang. Det vil si at de går foran annen lovgivning ved eventuell motstrid.

Grunnloven § 102 første ledd annen setning viderefører også forbudet mot husransaker, slik det fulgte av bestemmelsen før grunnlovsreformen i 2014.<sup>246</sup> Grunnloven § 102 åpner utelukkende for husransakelse i kriminelle tilfeller.<sup>247</sup> Det innebærer et forbud mot slike politimetoder i forebyggende øyemed.<sup>248</sup> Grunnloven § 102 har også vært diskutert i tilknytning til rutinemessig, tvungen dødsstedsundersøkelse i tilfeller små barn lider en plutselig og uventet død i hjemmet.<sup>249</sup> Lovavdelingen har i en uttalelse tatt stilling til om det kunne foretas slike undersøkelser med formål om å skaffe kunnskap om dødsårsak i forebyggingsøyemed, og etter omstendighetene også å avdekke kriminelle forhold.<sup>250</sup> Lovavdelingen uttalte at det var tvilsomt

---

<sup>241</sup> Strand (2015) s. 153.

<sup>242</sup> Rt. 2015 s. 93 avs. 57 og Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.2 flg.

<sup>243</sup> Begrunnelsen for dette var å modernisere formuleringen i EMK, slik at uttrykket også fanger opp nye kommunikasjonsmidler, se Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.6.6.2.

<sup>244</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.6.5.

<sup>245</sup> Bårdsen (2017 I) s. 77.

<sup>246</sup> Se bl.a. Kierulf (2016) note 239A6. Tidligere talte Grunnloven om «husinkvisisjon».

<sup>247</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.2.2 og Stub (2009) s. 427.

<sup>248</sup> Stub (2009) s. 421 og Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.2.2. Kierulf stiller spørsmål ved hvorvidt dette ikke uansett vil fanges opp av de øvrige deler av bestemmelsen, og viser til at Menneskerettighetsutvalget foreslo å ta setningen ut, se Kierulf (2016) note 239A6.

<sup>249</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 30.2.2 og Smith (2017) s. 388.

<sup>250</sup> Justisdepartementets lovavdeling (2009) punkt 2.2.

hvorvidt en slik tvungen ordning i forebyggende øyemed ville være forenelig med bestemmelsen, som oppstiller et visst mistankekrav før undersøkelser kan skje.<sup>251</sup> Det ble også vektlagt at undersøkelsene ville ha en inngripende karakter, og bar preg av å ha som funksjon å avdekke straffbare forhold.<sup>252</sup> Oppsummert viser dette hvordan bestemmelsen innebærer en del ytterligere skanker, så fremt politimetoden retter seg mot private hjem.

Samlet sett kan man anse EMK art. 8 første ledd og Grunnloven § 102 å verne om *en privat sfære*.<sup>253</sup> Hvorvidt politimetoden griper inn i denne privatsfæren, beror på en konkret vurdering. En persons rimelige forventning om privatliv er en betydningsfull, men ikke nødvendigvis avgjørende faktor i vurderingen.<sup>254</sup> I det videre vil visse holdepunkter fastsatt i EMDs praksis trekkes frem, for å illustrere hvordan politiets handlefrihet således begrenses.

EMD har lagt til grunn at vernet er sterkest når politimetoden retter seg mot private hjem, selv om vernet gjelder også utenfor hjemmet.<sup>255</sup> Vernet etter EMK art. 8 rammer som utgangspunkt ikke den virksomhet som skjer i det offentlige rom.<sup>256</sup> Bestemmelsen fanger heller ikke opp den generelle innsamlingen av informasjon som skjer rettet mot allmennheten.<sup>257</sup> Skjer det imidlertid informasjonsinnhenting rettet direkte mot en person, og dette skjer over lengre tid, kan vernet sette grenser for politiets handlefrihet.<sup>258</sup> Hvorvidt politiet bruker tekniske hjelpemidler, kan også ha betydning for om vernet slår til.<sup>259</sup> Interessant er det også at EMD vektlegger forhold ved personen som politimetoden berører.<sup>260</sup> Det innebærer at vernet kan være svakere om personen metodene rettes mot har satt seg i risiko for å havne i politiets søkelys gjennom tidligere eller pågående straffbar virksomhet.<sup>261</sup> Samlet sett vil vernet mot innblanding fra politiet være sterkest når det er tale om metoder som griper inn i den fysiske integritet, slik at den psykiske integritet ikke har samme vern.<sup>262</sup>

---

<sup>251</sup> Justisdepartementets lovavdeling (2009) punkt 2.2, se også Stub (2009) s. 436.

<sup>252</sup> Justisdepartementets lovavdeling (2009) punkt 2.2. I punkt 3 ble det vist til at en slik undersøkelse også utgjorde et inngrep i utøvelsen av retten til respekt for hjemmet etter EMK art. 8 første ledd. Det faller utenfor oppgavens rammer å behandle dette mer inngående.

<sup>253</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2, Torgersen (2009) s. 323.

<sup>254</sup> P. G. and J. H. v. The United Kingdom avsnitt 57.

<sup>255</sup> Niemietz v. Germany.

<sup>256</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2.

<sup>257</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2.

<sup>258</sup> Tsavachidis v. Greece.

<sup>259</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2.

<sup>260</sup> Lüdi v. Switzerland avsnitt 7, 8 og 40

<sup>261</sup> Lüdi v. Switzerland og Torgersen (2009) s. 323.

<sup>262</sup> NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.2 og 5.2.2.

Politimetoden *spaning* kan tjene som eksempel for å illustrere terskelen for når EMK art. 8 og Grunnloven § 102 kan tenkes å sette grenser. Spaning er observasjonsvirksomhet politiet gjør av mistenkte personer, kriminelle miljøer eller spesielle steder hvor det antas å foregå ulovlig virksomhet.<sup>263</sup> Det dreier seg om observasjon med sikte på informasjonsinnhenting.<sup>264</sup> For spaning er utgangspunktet at den alminnelige handlefrihet gir grunnlag.<sup>265</sup> Begrunnelsen for det er at observasjonene er faktiske handlinger. Det finnes heller ingen straffebud, lovfestede forbud eller ulovfestede forbud som rammer spaning.<sup>266</sup> Spørsmålet er dermed om Grunnloven § 102 og EMK art. 8 kan sette grenser for spaningen i noen tilfeller. Det vil bero på inngrepsintensiteten i spaningsvirksomheten. Spaningen kan tenkes så *intensiv* at det vil være tale om et inngrep i den private sfære.<sup>267</sup> Torgersen fremholder at man i vurderingen av intensiteten må se hen til spaningens karakter og varighet, i tillegg til alvor av det lovbrudd som etterforskes.<sup>268</sup> Torgersens konklusjon er at meget intensiv spaning, som retter seg mot private sammenhenger, der personen ikke har utsatt seg for risiko for å havne i politiets søkelys, kan være et inngrep i den vernedes privatsfæren etter EMK art. 8 og Grunnloven § 102.<sup>269</sup>

### 3.3.2 Særlig om det menneskerettslige hjemmelskravet

Vernet etter EMK art. 8 første ledd er ikke absolutt. Hvis det foreligger et inngrep i den private sfære etter første ledd, blir resultatet likevel ikke krenkelse om det kan forsvares etter vilkårene i unntaket oppstilt i annet ledd.<sup>270</sup> Disse vilkårene er at inngrepet må være i samsvar med loven, ha et relevant formål og være nødvendig i et demokratisk samfunn. Det siste vilkåret stiller også krav om at inngrepet må være forholdsmessig.

At inngrepet er i «samsvar med loven» uttrykkes på engelsk som et krav om «law». Uttrykket «law» omfatter både lovgivning og rettstilstanden for øvrig.<sup>271</sup> Det innebærer et materielt lovsbegrep. Begrepet «law» etter EMK dekker således både *skrevne og uskrevne regler*, samtidig som det stiller krav om at inngrepet har hjemmel etter den nasjonale retten.<sup>272</sup> EMD har videre

---

<sup>263</sup> Auglend (2016 II) s. 924–925.

<sup>264</sup> Torgersen (2009) s. 438–439.

<sup>265</sup> Torgersen (2009) s. 438–442.

<sup>266</sup> Torgersen (2009) s. 438–442. En lovfestet begrensning kan likevel følge av det polisiære formålet med spaningen. Det kan eksempelvis være at politiet ved å observere en politisk demonstrasjon gjør registreringer av hvem som deltar, og dermed skaffer etterretning om politisk standpunkt. Denne typen registrering gjelder det lovfestede begrensninger for, jf. politiregisterloven § 7, jf. også § 2 nr. 1 og 2.

<sup>267</sup> Torgersen (2009) s. 440.

<sup>268</sup> Torgersen (2009) s. 440.

<sup>269</sup> Torgersen (2009) s. 440, Lüdi v. Switzerland.

<sup>270</sup> Møse (2017 II) note 68.

<sup>271</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.4.

<sup>272</sup> Se til det følgende avsnitt *The Sunday Times v. The United Kingdom* avsnitt 46–49, jf. *Silver and others v. The United Kingdom* avsnitt 85 og Møse (2017 II) note 84.

oppstilt kvalitative krav til regelens tilgjengelighet og klarhet. At regelen må være *tilgjengelig*, vil si en mulighet for individet til å få en tilfredsstillende angivelse av hvilke regler som gjelder i den konkrete sak. At den må være *klar* innebærer at den må være formulert tilstrekkelig presist til at individet kan tilpasse sin atferd etter den. Det er ikke et absolutt krav til presisjon; det avgjørende er at individet i rimelig grad skal kunne forutse konsekvensene av en gitt handling.<sup>273</sup> De tre hjemmelskriteriene har nær sammenheng med hverandre og er dels overlappende.<sup>274</sup>

Forholdet til legalitetsprinsippet slik det uttrykkes i Grunnloven § 113 viser seg dermed ved at det etter EMK oppstilles kvalitative krav til hjemmelen. Grunnloven § 113 inneholder på sin side et formelt legalitetsprinsipp. Det «norske» legalitetsprinsippet innebærer altså at inngrep må ha hjemmel i formell lov fastsatt av Stortinget etter reglene i Grunnloven.<sup>275</sup> Begrunnelsen er at det er gjennom lovgivning flertallsviljen kommer til uttrykk og at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling.<sup>276</sup> Selv om det er en distinksjon mellom kravene, viser Høyesteretts praksis at det foretas en samlet vurdering av Grunnloven og EMKs krav i den konkrete prøvelsen av legalitetsprinsippet.<sup>277</sup> I avsnitt 30 i kjennelsen inntatt i i Rt. 2014 s. 1105 viser Høyesterett til at det både gjelder et formelt krav, men også et krav om presisjon og rimelige garantier mot misbruk.<sup>278</sup>

Et spørsmål er om den alminnelige handlefrihet vil være tilstrekkelig grunnlag for inngrep i de beskyttede rettigheter etter EMK art. 8. I juridisk teori, basert på EMDs praksis og forarbeider, er det lagt til grunn at handlefriheten ikke vil oppfylle konvensjonens krav.<sup>279</sup> Som begrunnelse viser Skjerdal til at unntaksvilkårene skal tolkes strengt. Han kan vanskelig se at den alminnelige handlefrihet vil kunne oppfylle kravene om å være en tilgjengelig og klar regel.<sup>280</sup> Det er fordi det kreves en viss positiv forankring for inngrepet for å sikre mot vilkårlig metodebruk.<sup>281</sup>

Det kan diskuteres om politiets praksis knyttet til handlefriheten som grunnlag gir opphav til en *sedvanerettsdannelse*, som vil ligge nærmere konvensjonens krav ettersom «law» også omfatter

---

<sup>273</sup> Møse (2017 II) note 84.

<sup>274</sup> Skjerdal (1998) s. 23–24.

<sup>275</sup> Graver (2015) s. 81.

<sup>276</sup> Dokument 16 (2011–2012) punkt 41.5.

<sup>277</sup> Bårdsen (2017 II) punkt 4, jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30 og HR-2016-833-A avsnitt 14.

<sup>278</sup> Bårdsen (2017 II) punkt 4.

<sup>279</sup> Skjerdal (1998) s. 37–39, Torgersen (2009) s. 323 og Graver (2015) s. 84, NOU 2004: 6 punkt 4.3.5.3.2. Konklusjonen støttes blant annet opp av EMDs dommer i sakene *Malone v. The United Kingdom* og *Klass and others v. Germany*.

<sup>280</sup> Skjerdal (1998) s. 37–39

<sup>281</sup> Torgersen (2009) s. 323.

uskreven rett.<sup>282</sup> Sedvanerett kjennetegnes ved at praksisen har vært lang og fast, at det ikke er for mange unntak, og at den som utøver praksisen er i den tro at det er en rettslig norm.<sup>283</sup> Den alminnelige handlefrihet som grunnlag for politimetoder kan imidlertid ikke anses som sedvanerett. Praksisen har vart over lengre tid, men grensene har stadig endret seg. Det er en rekke unntak til hvor langt handlefriheten rekker. I tillegg er det vanskelig å påstå at handlefriheten i seg selv er en rettslig norm. Kravene til tilgjengelighet og klarhet ville dermed vanskelig ha vært tilfredsstillende om den alminnelige handlefrihet i kraft av politiets praksis skulle gi adgang for inngrep i konvensjonens rettigheter. Skjerdal poengterer også at kravet til klarhet kan tolkes med en forutsetning om at forvaltningen ikke selv kan skape rettsgrunnlaget for sin egen myndighetsutøvelse.<sup>284</sup>

Oppsummert ser man dermed at om politimetoden går ut over den vernede privatsfæren i EMK art. 8 første ledd, vil det kreves *hjemmel i lov for å gripe inn i rettigheten*. Dette markerer en viktig skranke for politiets metodebruk med grunnlag i den alminnelige handlefrihet. Fordi unntaksvilkårene er kumulative, vil unntaksadgangen etter EMK art. 8 annet ledd således bare være aktuell for lovhjemlede politimetoder.<sup>285</sup> Det vil si at det ikke kan gjøres unntak fra vernet om politimetoden innebærer et inngrep etter første ledd og er gjort med henvisning til den alminnelige handlefrihet. Unntaksadgangen etter Grunnloven § 102 er bygget over samme lest som de folkerettslige forpliktelsene, slik at samme vern ivaretas som etter konvensjonene.<sup>286</sup> En videre unntaksadgang hos den ene ville potensielt ha ført til et svekket rettighetsvern hos den andre.<sup>287</sup> Det vil i denne sammenheng innebære at den alminnelige handlefrihet heller ikke vil være tilstrekkelig grunnlag for å begrunne inngrep i Grunnloven § 102.

### **3.4 Rettslige konsekvenser av at det nødvendige grunnlaget for normeringen eller den faktiske handlingen ikke forelå**

Her gis en kort oversikt over hvilke rettslige konsekvenser som kan aktualiseres dersom politiet har foretatt en normering eller utført en faktisk handling uten tilstrekkelig rettsgrunnlag. Det ligger utenfor oppgavens rammer å redegjøre grundig for virkningene.

---

<sup>282</sup> Skjerdal (1998) s. 33–34. En viktig presisering er at EMDs praksis ikke gir grunnlag for å konkludere med at sedvane alltid vil oppfylle konvensjonens hjemmelsgrunnlag, men det kan etter omstendighetene godtas, gitt at de kvalitative kravene er oppfylt, se Skjerdal (1998) s. 34.

<sup>283</sup> Eckhoff (2001) s. 244

<sup>284</sup> Skjerdal (1998) s. 75–77 og 153.

<sup>285</sup> En ytterligere fremstilling av de andre vilkårene faller utenfor mitt tema på grunn av kravet om «law».

<sup>286</sup> Lagt til grunn i Rt. 2014 s. 1105 avs. 28, Rt. 2015 s. 93 avs. 60 og Rt. 2015 s. 155 avs. 52. Se også Dokument 16 (2011–2012) punkt 13.5.2.

<sup>287</sup> Bårdsen (2017 I) s. 82.

Både normeringer og faktiske handlinger kan få rettslige konsekvenser. Likevel er det bare forvaltningens normeringer som vil ha som tilleggsdimensjon at man kan stille spørsmål ved dens gyldighet.<sup>288</sup> Avgjørelsen av normeringens gyldighet beror på om det foreligger en mangel ved kompetansegrunnlaget som ligger til grunn for normeringen.<sup>289</sup> Ugyldighet er rettsvirkningen, og følgen vil være at den aktuelle normeringen ikke skal foretas.<sup>290</sup> Forvaltningens faktiske handlinger, at politiet går på gaten eller infiltrerer et miljø, kan derimot selvfølgelig ikke bli ugyldige.<sup>291</sup>

Erstatningsansvar for det offentlige kan være aktuelt både for normeringer og faktiske handlinger. Det vil si at den som har lidt et tap som følge av forhold knyttet til det offentlige, kan ha krav på erstatning.<sup>292</sup> Det kan komme i stedet for, som følge av eller i tillegg til andre rettsvirkninger.<sup>293</sup> Spørsmålet må som utgangspunkt løses etter alminnelige erstatningsrettslige regler.<sup>294</sup>

En annen mulig konsekvens av at politiet og påtalemyndigheten gjør feil, er bevisavskjæring. Det vil si at feilen medfører at bevis innhentet ved bruk av metoden blir avskåret, som igjen innebærer at retten ikke kan legge vekt på det i sin avgjørelse.<sup>295</sup> Det kan være aktuelt for bevis som er skaffet til veie på en ulovlig eller utilbørlig måte under etterforskningen. Et eksempel kan tenkes der politiet har gått ut over den alminnelige handlefrihetens grenser ved spaning. Bevisene som er innhentet ved metoden, kan dermed bli avskåret av retten.<sup>296</sup> Regler for hvorvidt bevis kan avskjæres i tilfeller hvor de er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte, er trukket opp i rettspraksis.<sup>297</sup> Det klare utgangspunktet er likevel at eventuelle feil ved innhentingen av et bevis ikke er til hinder for at det føres.<sup>298</sup>

---

<sup>288</sup> Graver (2015) s. 190.

<sup>289</sup> Eckhoff (2014) s. 459–461.

<sup>290</sup> Eckhoff (2014) s. 459. Følgene av slik ugyldighet kan være flere, og beror på en konkret vurdering. Se nærmere omtale i Graver (2015) s. 541–544 og Eckhoff (2014) s. 475 flg.

<sup>291</sup> Eckhoff (2014) s. 354.

<sup>292</sup> Graver (2015) s. 545.

<sup>293</sup> Mer utfyllende gjennomgang hos Graver (2015) s. 545–557.

<sup>294</sup> Det faller utenfor denne oppgavens tema å redegjøre nærmere for disse reglene.

<sup>295</sup> Se Torgersen (2009) for en mer utfyllende gjennomgang.

<sup>296</sup> Torgersen (2009) s. 442–445.

<sup>297</sup> Se nærmere redegjørelse i Andenæs (2009) s. 240–246. I NOU 2016: 24 punkt 13.3.4–13.3.5 foreslås det å lovfeste en nøytral bestemmelse om disse tilfellene basert på ulovfestet rett.

<sup>298</sup> Se f. eks. NUT 1969: 3 s. 197 og Rt. 2006 s. 582.



Felles for normeringer og faktiske handlinger, er at feil kan føre til personlige konsekvenser for den som begikk den.<sup>299</sup> Det kan for det første skje i form av tjenesterettslig ansvar.<sup>300</sup> Tjenesterettslig ansvar kan innebære at vedkommende blir møtt med ordensstraff i form av tap av ansiennitet, omplassering, skriftlig irettesettelse, og avskjed eller suspensjon.<sup>301</sup> Den ansatte kan også møtes med straffereaksjon. Avhengig av hva slags handling det er tale om, kan diverse alminnelige straffebud etter en konkret vurdering kunne aktualiseres.<sup>302</sup> Straffeloven § 346 kan eksempelvis ramme polititjenestemannen som uberettiget skaffer seg adgang til en privat bolig i forbindelse med undersøkelser. Et annet eksempel er straffeloven § 267, som rammer visse krenkelser av privatlivets fred. Videre kan straffeloven § 231 ramme polititjenestemannen som ved infiltrasjon ulovlig oppbevarer narkotika.<sup>303</sup>

Videre regulerer straffeloven § 171 de forsettlige, grove tjenestefeil. Bestemmelsen er etter forarbeidene ment å ramme tjenestepersoner som innenfor sitt ansvarsområde handler grovt i strid med tjenesteplikten sin.<sup>304</sup> Straffeloven § 171 rammer den som gjør dette i utøvelse eller bistand av utøvelse av offentlig myndighet. I tillegg rammes faktiske handlinger. At tjenestepersonen handler i strid med sin tjenesteplikt innebærer en konkret vurdering av personens fastsatte tjenesteplikt i lov eller forskrift, i arbeidsavtalen, instruks eller etter pålegg fra overordnede. Det er de grove bruddene på tjenesteplikten som er straffbelagte. Det innebærer ifølge forarbeidene for det første at avviket fra korrekt handlemåte må være grovt, videre at det er tale om et brudd på en tjenesteplikt av en viss betydning. Et tenkt eksempel kan være polititjenestemannen som med hensikt fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville blitt begått ved provokative handlinger.<sup>305</sup>

Straffeloven § 172 rammer de tilfeller hvor den objektive gjerningsbeskrivelsen i § 171 er oppfylt, og handlingen er begått ved grov uaktsomhet.<sup>306</sup> Bestemmelsen erstatter straffeloven 1902 § 325 første ledd som rammet den som utviste «grov Uforstand i Tjenesten». I HR-2017-1677-A var en politiadvokat tiltalt etter denne bestemmelsen, for å ha utferdiget en åpenbart uhjemlet pågrepelsesbeslutning. Høyesteretts flertall kom til at pågrepelsesbeslutningen var et utslag av grov uforstand i tjenesten. I dommens avsnitt 10 viste førstvoterende til at normen i straffebudet

---

<sup>299</sup> Eckhoff (2014) s. 136–138.

<sup>300</sup> Eckhoff (2014) s. 136–138.

<sup>301</sup> De nærmere regler om de tjenesterettslige konsekvensene følger statsansatteloven kap 3. Loven gjelder arbeidstakere i staten og embetsmenn, jf. §1 første ledd.

<sup>302</sup> Se også Eckhoff (2014) s. 136–137.

<sup>303</sup> Merk drøftelsen om rettsstridsreservasjonen i punkt 3.1.2.

<sup>304</sup> Se til det følgende Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) punkt 12.2.4.

<sup>305</sup> Se punkt 3.1.4.

<sup>306</sup> Ot.prp.nr. 8 (2007–2008) punkt 12.2.4 og Andenæs (2016) s. 254–255. Hva som utgjør grov uaktsomhet følger av straffeloven § 23.

sikter til en «kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet», jf. også Rt. 1986 s. 670. Det ble vist til at Høyesteretts praksis for domfellelse for overtredelse av straffebudet ligger høyt, men at det er rom for feilvurderinger, jf. også kjennelsen inntatt i Rt. 1993 s. 1025. Et tenkt eksempel på en metode som kan rammes av dette straffebudet, er om politiets spaningsoppdrag blir for langvarig, intenst og uforholdsmessig og dermed krenker spaningsobjektets menneskerettslige vern.<sup>307</sup> Bestemmelsene suppleres også av straffeloven § 173, som rammer misbruk av offentlig myndighet.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> Se punkt 3.3.1.

<sup>308</sup> Matningsdal (2017) note 1164.

## **4 Kasuistikk**

### **4.1 Innledning**

I dette punktet vil jeg ta opp to typetilfeller av ulovfestede politimetoder, for å illustrere hvordan grensene jeg har diskutert tidligere i oppgaven aktualiseres. Målet med den videre fremstillingen er ikke å løse spørsmålet om hvor grensene for handlefriheten skal trekkes i alle henseende, men å vise hvordan en enkelt metode kan nødvendiggjøre vurderinger opp mot en rekke av begrensningene fremstilt foran.

Som oppgaven har skissert, vil dette overordnet bero på om metoden er en faktisk handling eller en normering. Derrest er spørsmålet om noen av de formelle eller materielle grensene gjør seg gjeldende.

### **4.2 Søk med politihund**

Spørsmålet er i hvilken grad den alminnelige handlefrihet kan begrunne politiets søk med politihund i forebyggende øyemed. Slike søk er aktuelle i eksempelvis politiets ordinære patruljegang, søk på offentlige kommunikasjonsmidler og søk på idretts- og kulturarrangement.<sup>309</sup> Formålet vil særlig være søk etter narkotika.

Benyttes søk hvis det foreligger mistanke om straffbare forhold, er det straffeprosesslovens regler om ransaking av person eller sted som regulerer bruken. I straffesporet gir ransakingsreglene i straffeprosessloven §§ 192–195 en uttømmende angivelse av når politiet kan bruke hund. Søk på privat område er begrenset av vilkårene for ransaking i straffeprosessloven § 156, jf. §§ 192–194.<sup>310</sup> Personsøk er videre begrenset av vilkårene for ransaking i straffeprosessloven § 195.

Et første spørsmål er om straffeprosesslovens bestemmelser om ransaking skal tolkes antitetisk, eller om bestemmelsen åpner opp for ransaking om mistanke ikke foreligger.<sup>311</sup> I så fall vil politiet kunne søke med hund i forebyggende øyemed. Utgangspunktet for straffeprosesslovens regler er at de skal tolkes antitetisk. Det er ikke gjort unntak fra dette utgangspunktet for ransaking.<sup>312</sup> Årsaken er at slike undersøkelser vil kunne krenke personens psykiske og fysiske interesser.<sup>313</sup> Lovgivers angivelse av at det kreves mistanke for å foreta ransaking, er i så måte en stadfesting av at slike søk bare skal utføres ved slik mistanke. Det er altså selve

---

<sup>309</sup> Spurkland (2011) s. 278–283.

<sup>310</sup> Også straffeloven § 346 kan være et aktuelt forbud for søk på privat område.

<sup>311</sup> Se punkt 3.1.3.

<sup>312</sup> Se også NOU 2004: 6 punkt 1.3.2 og punkt 7.7.3.4.2. Straffeprosessloven § 195 fremgår heller ikke av bestemmelsene Politiets sikkerhetstjeneste kan benytte i forebyggende øyemed etter politiloven § 17 d.

<sup>313</sup> Torgersen (2009) s. 356 og Andenæs (2009) s. 307.

mistankegrunnlaget som er oppstilt som begrunnelse for å berettige inngrepet. Hvor langt handlefriheten rekker som grunnlag, avgrenses dermed mot straffeprosesslovens regler om ransaking.<sup>314</sup> En forutsetning for søket, er således at det ikke berører grensene oppstilt i straffeprosessloven.

For å ta stilling til hvor grensen for forebyggende søk med politihund går, er det første som må avgjøres om politiet ved bruk av politihund utfører en faktisk handling, eller om det er tale om en normering.<sup>315</sup> Isolert sett innebærer ikke bruk av politihund å stifte en rett eller plikt for andre. Det avgjørende for å klargjøre om søkene innebærer en normering, er dermed om politiet *pålegger borgeren å finne seg i søket*, eller om borgeren må *medvirke til* at metoden utføres.<sup>316</sup> Det vil typisk være tilfelle der politiet sier at vedkommende må stå i ro for å la hunden søke. I disse tilfeller vil den alminnelige handlefrihet være avskåret som grunnlag for metoden, ettersom normeringer krever hjemmel i lov. Finner man at søket ikke innebærer slik normering, er søket i utgangspunktet en faktisk handling. Det vil typisk være tilfellet når politiet benytter seg av politihund ved patruljering i åpent, offentlig område, uten at hunden styres mot en eller flere bestemte personer.<sup>317</sup> Slikt søk kan i utgangspunktet utføres med grunnlag i den alminnelige handlefrihet.

Det springende punktet for om søk med politihund kan utføres med grunnlag i den alminnelige handlefrihet, er dermed inngrepsintensiteten i søket. Unntaket for inngripende søk har sitt grunnlag i legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 113. Vurderingen må ses i sammenheng med vernet for privatsfæren, slik det fremgår av EMK art. 8 og Grunnloven § 102. Avgjørende er således om søket representerer et inngrep i borgerens fysiske eller psykiske interesser.<sup>318</sup>

Graden av begrensning i bevegelsesfrihet er et viktig moment i vurderingen av hvorvidt søket utgjør et inngrep i borgerens fysiske interesser.<sup>319</sup> Det kan tenkes tilfeller hvor det av fysiske grunner er vanskelig eller umulig for borgeren å komme seg unna søket. Det kan for eksempel være tilfellet ved gjennomløp av tog på reise mellom to destinasjoner. Ved slike gjennomløp vil passasjerene vanskelig kunne forlate stedet, og må således tåle at søket gjennomføres. Det gjør den reelle bevegelsesfriheten svært begrenset. Et annet praktisk eksempel er om borgeren oppholder seg i et rom med bare en inngang, som også medfører en svært begrenset bevegelsesfrihet. Skjer søket på et utested eller på et idrett- eller kulturarrangement kan

---

<sup>314</sup> Spurkland (2011) s. 272–273.

<sup>315</sup> Se punkt 2.1.

<sup>316</sup> Se punkt 2.2.1.

<sup>317</sup> Spurkland (2011) s. 273.

<sup>318</sup> Se punkt 3.2.2 og 3.3.1.

<sup>319</sup> Spurkland (2011) s. 275.

bevegelsesfriheten begrenses både av stedets karakter og antall andre som oppholder seg der.<sup>320</sup> Intensiteten av hundens nærvær vil også være av betydning for å avgjøre om det er tale om et inngrep i borgerens fysiske interesser. Er hunden for nærgående og søket for intenst, vil det lettere være tale om et inngrep i borgerens fysiske interesser.<sup>321</sup> Det skal lite til før inngrep i fysiske interesser utløser krav om hjemmel i lov.<sup>322</sup>

Videre er inngrepsintensiteten i borgerens psykiske interesser av betydning. Hvorvidt det er et inngrep vil bero på grad av opplevd mistanke, stigmatisering og negativ oppmerksomhet.<sup>323</sup> Sentrale momenter vil være varigheten av søket og hvor nærgående det er.<sup>324</sup> Spurkland hevder at det ikke vil være tale om samme krenkelse om undersøkelser gjøres av et større antall personer og formålet med undersøkelsen er klargjort på forhånd å være forebyggende.<sup>325</sup> Dette kan imidlertid ikke være avgjørende i seg selv, ettersom antall andre i samme situasjon ikke nødvendigvis tilsier hvorvidt borgeren opplever søket som mistenkeliggjørende eller stigmatiserende. I tillegg vil den forebyggende effekten bestå i at borgeren risikerer å bli markert på av hunden. Dette kan etter omstendighetene kunne gi grunnlag for mistanke, hvorpå man i så fall er over i etterforskning og straffesakssporet.<sup>326</sup>

Hva gjelder samfunnsinteressene i søket, taler hensynet til politiets effektivitet for at metoden skal kunne gjennomføres.<sup>327</sup> I samme retning heller hensynet til å forebygge kriminalitet og hensynet til politiets samfunnsfunksjon i form av å vise synlighet og fremme tillit. Dette vil i konkrete tilfeller tilsi en viss nyansering for de minst inngripende søkene.<sup>328</sup> Et eksempel på et søk hvor disse hensynene med tyngde gjør seg gjeldende, er søk på offentlige, åpne områder.<sup>329</sup> Disse hensynene må likevel vike der graden av inngrep i de fysiske eller psykiske interesser blir fremtredende.

Oppsummert viser denne gjennomgangen at den alminnelige handlefrihet etter omstendighetene vil kunne gi grunnlag for søk med politihund på offentlige, større områder. En forutsetning er at politiet ved søkene ikke pålegger personer å medvirke eller finne seg i søket. Graden av inngrep vil imidlertid variere, og hvorvidt inngrepsintensiteten tilsier at det gjøres unntak fra

---

<sup>320</sup> Spurkland (2011) s. 281.

<sup>321</sup> Spurkland (2011) s. 282.

<sup>322</sup> Se punkt 3.2.2.

<sup>323</sup> Spurkland (2011) s. 280.

<sup>324</sup> Spurkland (2011) s. 276.

<sup>325</sup> Spurkland (2011) s. 280–281.

<sup>326</sup> Se straffeprosessloven § 224 første ledd og Riksadvokaten (1999) II punkt 3.

<sup>327</sup> Spurkland (2011) s. 274.

<sup>328</sup> Se punkt 3.2.1.

<sup>329</sup> Spurkland (2011) s. 278.

politiets handlefrihet, må vurderes konkret. I tillegg viser gjennomgangen at søk som skjer der det ikke er fysisk mulig å forlate stedet, eller der borgeren må tåle søket, ofte vil være inngripende. Det samme gjelder der søkets varighet eller hundens nærvær blir for intenst. I disse tilfeller vil dermed ikke den alminnelige handlefrihet kunne tjene som grunnlag, men hjemmel i lov er nødvendig.

#### **4.3 Innhenting av biologisk materiale for å sikre DNA-analyse**

Spørsmålet er om politiet kan innhente biologisk materiale for å sikre DNA-spor i kraft av den alminnelige handlefrihet. Det er tilfeller som ikke omfattes av straffeprosessloven §§ 157 og 158 som er aktuelle i denne sammenheng. Med innhenting av biologisk materiale menes i dette tilfellet innhenting av analysemateriale uten siktedes medvirkning, men samtidig uten at det benyttes tvang.<sup>330</sup> Det kan eksempelvis være analyse av sigarettneiper mistenkte kaster fra seg eller glass mistenkte har drukket av under avhør.<sup>331</sup>

Målet med den videre fremstillingen er å avklare om den alminnelige handlefrihet gir grunnlag for innhenting av biologisk materiale på *områder som er tilgjengelige for allmennheten og skjult innhenting av biologisk materiale i forbindelse med avhør*.<sup>332</sup> Innhenting av det biologiske materialet er faktiske handlinger og ikke normeringer. Utgangspunktet er dermed at den alminnelige handlefrihet gir grunnlag, med mindre unntak gjør seg gjeldende.<sup>333</sup>

Det første spørsmålet er om det finnes lovfestede forbud.<sup>334</sup> Det beror på om straffeprosessloven § 157 skal tolkes antitetisk, slik at den utelukker innhenting av biologisk materiale på annen måte enn ved kroppslig undersøkelse.<sup>335</sup> Som skissert tidligere, skal straffeprosesslovens bestemmelser i utgangspunktet tolkes antitetisk. Men ifølge DNA-utvalget setter ikke bestemmelsen begrensninger for innhenting av materiale som ikke representerer et inngrep som krever lovhjemmel.<sup>336</sup> Det er fordi bestemmelsen beskytter den tvungne innhenting, og ikke selve

---

<sup>330</sup> Inspirasjon til den videre fremstilling er hentet fra Torgersen (2009) s. 389–399.

<sup>331</sup> Torgersen (2009) s. 390.

<sup>332</sup> Fremstillingen avgrenses mot innhenting på privat område, ettersom det antakelig vil være hjemlet i strpl. § 202, jf. §156, jf. også § 224, se Torgersen s. 393–397.

<sup>333</sup> Se punkt 2.3.1.

<sup>334</sup> Se punkt 3.1.2.

<sup>335</sup> Fordi innhenting av materialet etter § 158 er ansett å være et beskjedent inngrep, gjør § 158 første ledd unntak fra forbeholdet om at inngrepet ikke skal være «uforholdsmessig» etter § 157, se Ot.prp. nr 19 (2006–2007) punkt 8.1.

<sup>336</sup> NOU 2005: 19 punkt 4.5, se også Torgersen (2009) s. 391. Departementet fremhevet videre at § 158 ikke uttømmende for så vidt gjelder innhenting av DNA-profil, ettersom den blant annet suppleres av strpl. § 203, se Ot.prp. nr. 19 (2006–2007) punkt 8.1.

DNA-materialet. Bestemmelsen kan dermed ikke forstås uttømmende med sikte på adgangen til å innhente biologisk materiale, så fremt innhentingene *ikke utgjør et inngrep*.<sup>337</sup>

Spørsmålet er dermed om innhentingene av biologisk materiale i de nevnte tilfeller er et inngrep. Metoder som utgjør et inngrep kan ikke gjøres uten hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 113. Vurderingen må ses i sammenheng med vernet for privatsfæren, slik det fremgår av EMK art. 8 og Grunnloven § 102. Det springende punkt er inngrepsintensiteten i innhentingene, og det avgjørende er om det representerer et inngrep i borgerens fysiske eller psykiske interesser.<sup>338</sup>

Politiets innhenting av biologisk materiale innebærer ikke noen fysisk integritetskrenkelse mot personen det gjelder, ettersom det ikke er tale om fysisk kontakt mellom politiet og mistenkte.<sup>339</sup> I stedet er det de psykiske interesser som berøres, i form av personvern hensyn og retten til å kontrollere informasjon om seg selv.<sup>340</sup> EMD har lagt til grunn at DNA-profiler inneholder en betydelig mengde unike personopplysninger, hvorav tilgangen til dem kan innvirke på retten til privatliv.<sup>341</sup> Saken gjaldt imidlertid *oppbevaring* av DNA-profiler, som EMD kom til at utgjorde et inngrep i art. 8 første ledd. Det er usikkert hvorvidt *selve innhentingene* griper inn i den vernede privatsfæren.<sup>342</sup>

Personvern hensynene gjør seg bare med begrenset styrke gjeldende ved innhentningen som skjer i offentlige, åpne områder.<sup>343</sup> Kaster man eksempelvis fra seg en hårbørste eller en sigarettsneip i en park, kan det vanskelig sies at politiets innhenting av dette utgjør et inngrep i den vernede privatsfæren. Innhentingene skjer ikke i borgernes hjem, hvor retten til privatliv har sterkest vern.<sup>344</sup> På den annen side er politiets formål med innhentingene å skaffe bevis og å oppklare straffesaker. DNA-spor er betydningsfullt for å oppklare alvorlige straffesaker. Ettersom inngrepsintensiteten er marginal, kan politiets undersøkelsesformål dermed fremheves som et argument mot å stille krav om lovhjemmel i disse tilfeller.<sup>345</sup> Det vil således være innenfor politiets handlingsfrihet å innhente biologisk materiale på friarealer.

---

<sup>337</sup> Torgersen (2009) s. 391–392.

<sup>338</sup> Se punkt 3.2.2 og 3.3.1.

<sup>339</sup> Torgersen (2009) s. 390.

<sup>340</sup> Torgersen (2009) s. 390.

<sup>341</sup> *S. and Marper v. The United Kingdom* avsnitt 75.

<sup>342</sup> Torgersen (2009) s. 391.

<sup>343</sup> Torgersen (2009) s. 392.

<sup>344</sup> Se punkt 3.3.1.

<sup>345</sup> Se punkt 3.2.2, særlig figur 2.

Inngrepsgraden i de psykiske interesser, herunder retten til å kontrollere informasjon om seg selv, er mer fremtredende om innhenting skjer skjult i forbindelse med et avhør.<sup>346</sup> Det kan eksempelvis skje ved at mistenkte tilbys en kopp kaffe under avhør, der formålet med tilbudet er å DNA-teste koppen i etterkant.<sup>347</sup> Disse tilfellene skiller seg fra tilfellene hvor innhenting skjer i områder tilgjengelig for allmennheten, ettersom metoden innebærer en form for «lureri» fra politiets side. Metodens art innebærer således en forhøyet grad av inngrepsintensitet. At metoden skjer i det skjulte tilsier videre at mistenkte har behov for de formelle garantiene legalitetsprinsippet oppstiller.<sup>348</sup> Riksadvokaten har i tillegg fremhevet at avhørgjennomføringen innvirker på den allmenne tillit til politiet.<sup>349</sup> Dette hensynet kan potensielt svekkes om politiet utfører metoder med preg av lureri. Selv om politiets formål også her vil være å sikre bevis og å oppklare straffesaker, tilsier den mer fremtredende inngrepsintensiteten at det ikke kan få avgjørende vekt i disse tilfellene. Samlet sett heller dette i retning av at metoden ikke kan utføres med grunnlag i den alminnelige handlefrihet, men at hjemmel i lov er nødvendig.<sup>350</sup>

Oppsummert viser gjennomgangen at den alminnelige handlefrihet antakelig vil kunne tjene som grunnlag der innhenting skjer i åpne, offentlige områder. Det er mer tvilsomt hvorvidt den også omfatter den «skjulte» innhenting ved avhør, ettersom legalitetsprinsippet taler for at slik innhenting må ha hjemmel i lov.

---

<sup>346</sup> Torgersen (2009) s. 397–398.

<sup>347</sup> Torgersen (2009) s. 397–398.

<sup>348</sup> Se punkt 3.2.2.

<sup>349</sup> Riksadvokaten (2016) I.

<sup>350</sup> Torgersen (2009) s. 398.



## 5 Avslutning

På 1960-tallet anså politiet at deres alminnelige handlefrihet strakk seg så langt som til det straffbare.<sup>351</sup> Drøftelsene i denne oppgaven gir grunnlag for å nyansere denne oppfatningen i lys av nyere rettsutvikling og det styrkede menneskerettsvernet. Oppgaven har søkt å vise hvordan det grunnleggende skillet mellom faktiske handlinger og normeringer danner utgangspunktet for spørsmålet om i hvilken grad den alminnelige handlefrihet kan begrunne bruk av politimetoder. Er utførelsen av metoden *bare* en faktisk handling, vil utgangspunktet være at politiet kan utføre metoden i kraft av sin handlefrihet. Er politimetoden en normering, eller innebærer den faktiske handlingen samtidig en normering, vil politiet på den annen side måtte vise til rettslig grunnlag.

Som oppgaven har vist, angir ikke handlefriheten noe annet enn det alminnelige utgangspunkt for alle faktiske handlinger. Det er således unntak fra handlefriheten som krever begrunnelse. Skulle man i stedet særskilt begrunne bruk av handlefriheten, ville en rekke sentrale hensyn for politiets virke måtte settes til side, og deres adgang til utfoldelse og effektivitet bli redusert. I så måte er handlefriheten et uomgjengelig utgangspunkt for politiets metodebruk. Samtidig er det viktig å understreke at krav om lovhjemmel – eller en eventuell lovregulering – av politiets metoder, ikke har som konsekvens at politiet ikke lenger kan handle effektivt eller rasjonelt.<sup>352</sup> En av begrunnelsene for at Straffeprosesslovutvalget ønsker å lovfeste flere ekstraordinære etterforskningsmetoder, er at lovfesting kan åpne opp for en effektivisering av metodene ved at ellers ulovlig virksomhet da tillates.<sup>353</sup>

Selv om det kan være uklart hvilke metoder politiet kan benytte seg av som ikke krever lovhjemmel, fordi grensene må vurderes konkret, betyr ikke det at grensene kan overses. Denne oppgaven har vist at handlefriheten begrenses av både straffebud, andre lovfestede og ulovfestede forbud og begrensninger, særlige individrettigheter og formelle garantier. Skrankene sikrer at politiets metodebruk ikke misbrukes eller blir vilkårlig, samtidig som den vernede privatsfæren for individene ivaretas.<sup>354</sup> Det er når man finner at de formelle og materielle skrankene ikke gjør seg gjeldende – at utgangspunktet om handlefrihet kommer til anvendelse.

---

<sup>351</sup> Bratholm (1968) s. 307–308.

<sup>352</sup> Fliflet (2017) s. 307–308.

<sup>353</sup> NOU 2016: 24 punkt 14.10.2.

<sup>354</sup> Fliflet (2017) s. 307–308.

## 6 Kilder

### 6.1 Litteratur

- Andenæs 2009      Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Andenæs 2016      Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Auglend 2016      Auglend, Ragnar. *Handleplikt, kommandomyndighet og lydighetsplikt i operativt politiarbeid*, Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Auglend 2016 II      Auglend, Ragnar og Henry John Mæland. *Politirett*, 3. utgave, Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Aarli 2005      Aarli, Ragna. «Vern av ”privatlivets fred”», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg 118 (2005), s. 525–573 (sitert fra Lovdata).
- Boe 1993 I      Boe, Erik. *Innføring i juss Bind 2 Statsrett og forvaltningsrett*, Oslo: Tano, 1993.
- Boe 1993 II      Boe, Erik. *Oversikt over forvaltningsretten*, Oslo: NKS-Forlaget, 1993.
- Boe 2010      Boe, Erik. *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Boe 2012      Boe, Erik. *Grunnleggende juridisk metode: en introduksjon til rett og rettstenkning*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Bratholm 1968      Bratholm, Anders. «Politiet og personlighetsvernet», *Lov og Rett* (1968), s. 289–308.
- Bratholm 1972      Bratholm, Anders. «Politiet og legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* (1972), s. 1–25 (sitert fra Lovdata).
- Bratholm 2014      Bratholm, Anders, Birger Stuevold Lassen og Tore Lunde. «Personlighetens rettsvern» ved Tore Lunde i *Knops oversikt over Norges*

- rett*, utgitt av Kåre Lilleholt, 14. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2014, s. 100–109.
- Bårdsen 2017 I Bårdsen, Arnfinn. «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2017, s. 63–90.
- Bårdsen 2017 II Bårdsen, Arnfinn. «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», *Jus-sens Venner* nr. 1 (2017), s. 1-44 (sitert fra Idunn.no).
- Bårdsen 2017 III Bårdsen, Arnfinn. «Grunnloven, overvåking og domstolenes rolle», *Høyesteretts nettsider* nr. 4 (2017) (sitert fra Lovdata).
- Dorenfeldt 1978 Dorenfeldt, Lauritz. «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker? Foredrag på politisjefmøtet 26. april 1978», *Lov og Rett* (1978), s. 291–303.
- Eckhoff 1978 Eckhoff, Torstein. «Rettslige sider ved overvåking og sikkerhetstjeneste», i *Jus og jord: Heidersskrift til professor dr. juris Olav Lid på 70-årsdagen, 24. april 1978*, Torgeir Austenå og Olav Lid (red.), Oslo: Det norske Samlaget, 1978, s. 55–66 (sitert fra Nasjonalbiblioteket.no).
- Eckhoff 1991 Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. reviderte utgave ved Torstein Eckhoff, Oslo: Tano, 1991.
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff 2010 Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 9. utgave ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Eckhoff 2014 Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 10. utgave ved Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

- Eng 2007 Eng, Svein. *Rettsfilosofi*, Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Fliflet 2017 Fliflet, Arne. «Politimetoder og rettssikkerhet – nå må lovgiver handle», *Lov og Rett* nr. 6 (2017), s. 307–308 (sitert fra Idunn.no).
- Fredriksen 2015 Fredriksen, Steinar. *Ro, orden og frihet: En fremstilling av politiets adgang til å gripe inn i den personlige frihet ved utførelse av ordenstjeneste*, Oslo: Gyldendal juridisk, 2015.
- Fredriksen 2016 Fredriksen, Steinar og Tor-Geir Myhrer. *Politirett i et nøtteskall*, Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Frøberg 2014 Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo: Gyldendal juridisk, 2014.
- Frøberg 2016 Frøberg, Thomas. *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Graver 2007 Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Graver 2015 Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hopsnes 2003 I Hopsnes, Roald. «Politiets forebyggende politimetoder» i *Det utfordrende politiarbeid: Om krisehåndtering og utradisjonelle etterforskningsmetoder: Forskningskonferansen, 12. og 13. august 2003*, Trond Myklebust og Gunnar Thomassen (red.), Oslo: Politihøgskolen, 2003, s. 103–161.
- Hopsnes 2003 II Hopsnes, Roald. «Provokasjon som politimetode», *Jussens Venner* nr. 2 (2003), s. 62–130 (sitert fra Idunn.no).
- Hopsnes 2005 Hopsnes, Roald og Raymond Solberg. «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* nr. 2 (2002), s. 77–155 (sitert fra Idunn.no).
- Husabø 2011 Husabø, Erling. «Nødrett som heimel for hemmeleg husransaking, romavlytting og fjernsynsovervaking i Treholt-saka», *Tidsskrift for Strafferett* Årg. 11 nr. 4 (2011), s. 368–400 (sitert fra Idunn.no).

- Innjord 2014 Innjord, Frode A. «Forvaltningsretten» i *Knops oversikt over Norges rett*, utgitt av Kåre Lilleholt, 14. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2014, s. 572–592.
- Jebens 2017 Jebens, Sverre Erik. «Internasjonale menneskerettigheters betydning i straffesaker», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2017, s. 255–275.
- Kierulf 2016 Kierulf, Anine. (2016) «Kommentar til Grunnloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata* [Sisert 16.03.2018].
- Kjerschow 1932 Kjerschow. «Har en ikke mistenkt person i straffesak plikt til å la sig legemlig undersøke?», *Norsk Retstidende* (1932), s. 897 (sisert fra Lovdata).
- Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll 2014 Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport 2014* (2015) [https://www.regjeringen.no/contentassets/0d8f3410e21f4783b77992a5baa61f1d/kk-utv\\_arsrapport\\_2014.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/0d8f3410e21f4783b77992a5baa61f1d/kk-utv_arsrapport_2014.pdf) [Sisert 20.03.2018].
- Matningsdal 2017 Matningsdal, Magnus. (2017) «Kommentar til straffeloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Sisert 31/03-2018].
- Myhrer 2001 Myhrer, Tor-Geir. «Fra riksadvokaten», *Tidsskrift for strafferett* Årg. 1 nr. 2 (2001), s. 102–136 (sisert fra Lovdata).
- Myhrer 2003 I Myhrer, Tor-Geir. «Vanlig og ekstraordinær» i *Det utfordrende politiarbeid: Om krisehåndtering og utradisjonelle etterforskningsmetoder: Forskningskonferansen, 12. og 13. august 2003*, Trond Myklebust og Gunnar Thomassen (red.), Oslo: Politihøgskolen, 2003 s. 163–177.
- Myhrer 2003 II Myhrer, Tor-Geir. «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 116 nr 2 (2003), s. 219–245 (sisert fra Lovdata).

- Møse 2017 I Møse, Erik. «Den europeiske menneskerettighetsdomstol», i *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.) Oslo: Universitetsforlaget, 2017, s. 35–62.
- Møse 2017 II Møse, Erik, Jørgen Aall, Ragnar Nordeide og Eirik Bjørge. (2017) «Kommentar til Menneskerettsloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Sisert 16.03.2018].
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen; Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Rygh 1912 Rygh, Per. «Ekspropriantens raadighet over ekspropriert ting», *Norsk Retstidende* (1912), s. 113 (sisert fra Lovdata).
- Sjöholm 1978 Sjöholm, Erik. *När och hur får polisen ingripa?: polisrättens allmänna grunder*, andra upplagan, Stockholm: Statens nämnd för utgivande av förvaltningsrättsliga publikationer, 1978.
- Skafllem 2016 Skafllem, Ingolf. (2016) «Kommentar til straffeprosessloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Sisert 02.03.2018].
- Skjerdal 1998 Skjerdal, Nicolai. *Kvalitative hjemmelskrav: Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer*, Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
- Smith 2017 Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2017.
- Spurkland 2011 Spurkland, Kai. «Undersøkelser med narkotikahund», *Tidsskrift for Strafferett* Årg. 11 nr. 3 (2011), s. 272–284 (sisert fra Lovdata).
- Språkrådet 2018 Språkrådet. *Feil bruk av ord og uttrykk* (2018), <http://www.sprakradet.no/sprakhjelp/Skriverad/Feil-bruk-av-ord-og-uttrykk/> [Sisert 01.04.18]

- Stub 2009                      Stub, Marius. «Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 122 nr. 3 (2009), s. 388–444 (sitert fra Lovdata).
- Stub 2011                      Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Strand 2015                    Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinović Larsen, *Menneskerettigheter i et nøtteskall*, Oslo: Gyldendal akademisk, 2015.
- Torgersen 2009              Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Papinian, 2009.
- Urbye 1918                    Urbye. «Kan tiltaltes tro om en straffebestemmelses grundlovsstridighet bevirke frifindelse?», *Norsk Retstidende* (1918), s. 257 (sitert fra Lovdata).

## **6.2      Lover og forskrifter**

- 1814                              Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).
- 1902                              Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902).
- 1967                              Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1981                              Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- 1986                              Forskrift 21. mars 1986 nr. 747 om kjørende og gående trafikk (trafikkregler).
- 1990                              Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) 22. juni 1990 nr. 3963
- 1995                              Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven).

1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
2010	Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

### 6.3 Traktater

EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. desember 1950.
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, New York 16. desember 1966.

### 6.4 Forarbeider og stortingsdokumenter

Politolvkomiteen 1914	Indstilling fra den departementale politilovkomite av 1912 utkast til lov om politiets ordning m.v.
NUT 1969: 3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).
NOU 1993: 3	Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen.
NOU 1997: 15	Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II.
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern: Politimetoder i forebyggende øyemed.
NOU 2005: 19	Lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien.



NOU 2009: 15	Skjult informasjon - åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov.
Oslo politidistrikt 2017	Oslo politidistrikt (2017), <i>Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov</i> , 26. mai 2017, <a href="https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/oslopol.pdf">https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6217304df9fc9/oslopol.pdf</a> [Sitert 04.04.2018].
Ot.prp. nr. 35 (1978–1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
Ot.prp. nr. 22 (1994–1995)	Om lov om politiet (politiloven).
Ot.prp. nr. 24 (2002–2003)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel).
Ot.prp. nr. 19 (2006–2007)	Om lov om endringer i straffeprosessloven (utvidelse av DNA-registret).
Ot.prp. nr. 8 (2007–2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).
Prop. 68 L (2015–2016)	Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler).
Innst. O. nr. 37. (1980–1981)	Innstilling frå justiskomiteen om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
Innst.169 S (2012–2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Innst.186 S (2013–2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.
Innst.343 L (2015–2016)	Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler).
Dokument nr. 15 (1995–1996)	Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble oppnevnt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere («Lund-rapporten»).
Dokument 16 (2011–2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

## **6.5 Avgjørelser**

### **6.5.1 Nasjonale avgjørelser**

Rt. 1952 s. 1217

Rt. 1979 s. 468

Rt. 1979 s. 1492

Rt. 1981 s. 679

Rt. 1984 s. 1076

Rt. 1986 s. 670

Rt. 1993 s. 473

Rt. 1993 s. 1025

Rt. 1995 s. 20

Rt. 1995 s. 530

Rt. 1998 s. 407

Rt. 2000 s. 1223

Rt. 2000 s. 1345

Rt. 2000 s. 1482

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 404

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 155

HR-2016-1833-A

HR-2017-1677-A

Oslo tingretts dom av 23. mars 2018

### 6.5.2 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Klass and others v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6. september 1978.
The Sunday Times v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. april 1979.
Silver and others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. mars 1983.

Malone v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 1984.
Lüdi v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. juni 1992.
Niemietz v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. desember 1992.
Tsavachidis v. Greece	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. januar 1999.
P. G. and J. H. v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. september 2001.
Peck v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. januar 2003.
S. and Marper v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. desember 2008.
Aksu v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15. mars 2012.
Nada v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. september 2012.
El-Masri v. Macedonia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. desember 2012.
S.A.S. v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juli 2014.

## 6.6 Annen offentlig praksis

Justisdepartementets lovavdeling 2009 Dødsstedsundersøkelser ved plutselig og uventet barnedød - forholdet til Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

- Riksadvokaten 1999 Etterforskning.
- Riksadvokaten 2000 Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode.
- Riksadvokaten 2016 Politiavhør.
- Riksadvokaten 2018 Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2018 – politiet og statsadvokatene.