

Nødrett som rettsgrunnlag for forvaltningens faktiske handlinger og rettslige beslutninger.

Marianne Hovde

Veileder: Førsteamanuensis dr. juris Johan Greger Aulstad.

1. INNLEDNING	5
1.1 EMNEPRESENTASJON	5
1.2 AKTUALITET OG AVGRENSNING	6
1.3 OM METODE	7
1.3.1 Generelt om det juridiske resonnement og rettsområdet	7
1.3.2 Rettskildebildet	8
1.4 DEN VIDERE BEHANDLING	9
2. DE MATERIELLE HJEMMELSKRAV FOR BESLUTNING OM OG GJENNOMFØRING AV FORVALTNINGSTILTAK	10
– SÆRLIG OM FAKTISKE HANDLINGER OG RETTSLIG NORMERING.....	10
2.1 INNLEDNING	10
2.2 KRAV TIL DET MATERIELLE RETTSGRUNNLAG FOR BESLUTNING OM OG GJENNOMFØRING AV FORVALTNINGSTILTAK.	11
2.2.1 Kravet om særskilt hjemmel.	11
2.2.1.1 Kompetansebegrepet.....	11
2.2.1.2 Privat autonomi og heteronom offentligrettslig kompetanse - krav om hjemmel og krav om særskilt hjemmel.	12
2.2.2 Når er hjemmel i lov nødvendig ?	13
2.2.3 Nærmere om legalitetsprinsippet.....	14
2.2.3.1 Bakgrunn og legislativ begrunnelse	14
2.2.3.2 Læren om legalitetsprinsippet i norsk rett.	16
2.2.3.3 Tradisjonell tilnærming og legitimitetsteori - Inngrep i borgernes rettsfare krever hjemmel i lov.	17
2.2.3.4 Hvem omfattes av betegnelsene ”borgerne” og ”private rettssubjekter”?.....	19
2.2.3.5 Når foreligger et ”inngrep i borgernes rettsfare” som krever lovhjemmel?	19
2.2.3.6 Hva er ”hjemmel i lov”?.....	22
2.2.3.7 Kvalitative hjemmelskrav og legalitetsprinsippets relativitet.	23
2.2.3.8 Kompetanseteorien – legalitetsprinsippet som et helt generelt kompetansespørsmål.	25
2.2.3.9 Den negative definisjon av legalitetsprinsippet – formell lov som residualhjemmel.	26
2.2.3.10 Kompetansegrunnlagene	28
2.3 SÆRLIG OM FAKTISKE HANDLINGER OG NORMERINGSHANDLINGER.	30
2.3.1 Grensedragningen – introduksjon.	30
2.3.2 Faktiske handlinger	31
2.3.3 Normeringshandling	32
2.3.4 Nærmere om betydningen av en sonndring mellom faktiske handlinger og rettslige normeringer. – særlig i forhold til diskusjonen rundt legalitetsprinsippets krav til særskilt rettsgrunnlag for forvaltningstiltak.....	34
2.3.5 Hva er konsekvensene dersom faktiske handlinger <i>ikke</i> anses omfattet av legalitetsprinsippet?	38
2.3.6 Avsluttende bemerkninger.....	39
3. NØDRETT SOM RETTSGRUNNLAG FOR FORVALTNINGSTILTAK – ET ALTERNATIVT KOMPETANSEGRUNNLAG.....	40
3.1 HVA ER ”NØDRETT”?.....	40
3.1.1 Innledning.....	40
3.1.2 Strafferettslig nødrett, sivil nødrett og konstitusjonell nødrett.	41
3.1.3 Historikk og legislative hensyn	42
3.1.3.1 Strafferettslig nødrett	43
3.1.3.2 Nødrett utenfor strafferetten – sivil nødrett	45
3.1.3.3 Nødrett som kompetansegrunnlag for forvaltningen – hvorfor oppstår det her særlige spørsmål?	46

3.2 NÅR ER NØDRETT AKTUELT SOM RETTSGRUNNLAG FOR BESLUTNING OM OG/ELLER GJENNOMFØRING AV OFFENTLIGE INNGREP?	48
3.2.1 Innledning	48
3.2.2 Utvidelse av eksisterende hjemmel for bestemte tiltak	49
3.2.3 Kompensasjon for manglende hjemmel	50
3.2.4 Grunnlag for avvik fra regler om saksbehandling ved beslutning om iverksettelse av forvaltningstiltak, og/eller ved gjennomføring av tiltaket	51
3.2.5 Kombinasjoner	52
3.3 NÆRMERE OM NØDRETT SOM RETTSGRUNNLAG FOR BESLUTNING OM OG GJENNOMFØRING AV FORVALTNINGSTILTAK	53
3.3.1 Strl. §47 – det rettslige utgangspunktet	53
3.3.2 Anvendelsesområdet for strl.47	54
3.4 NØDRETT SOM RETTSGRUNNLAG FOR OFFENTLIGE INNGREP I FORM AV FAKTISKE HANDLINGER	55
3.4.1 Vilkårskatalogisering av nødrettsvilkårene i strl.§47	55
3.4.2 Krav om <i>nødsituasjon</i> – en fare som truer noens person eller gods	56
3.4.3 Redningshandlingen	61
3.4.4 Krav om nødvendighet – ”paa anden maade uafvendelig”	61
3.4.5 Krav om særdeles betydelig interesseovervekt til fordel for den truede interesse - ”særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes”	63
3.4.5.1 Interessene og verddivurderingen	64
3.4.5.2 Interesseovervektsprinsippet – ”Særdeles betydelig”	65
3.5 NØDRETT SOM KOMPETANSEGRUNNLAG FOR FORVALTNINGEN – ET RETTSGRUNNLAG FOR NORMERINGSHANDLINGER	67
3.5.1 Sondringen mellom nødrettsinngrepets lovlighet og gyldighet	67
3.5.1.1 Sondringen mellom ”faktiske” og ”rettslige” nødrettsinngrep – er den aktuell og praktisk?	68
3.5.2 Kompetansegrunnlaget – sedvanerett, analogi eller allment prinsipp?	69
3.5.2.1 Rettslig analyse av nødrett som kompetansegrunnlag	69
3.5.2.2 Når foreligger det grunnlag for nødrettsinngrep?	77
4. NØDRETTSINNGREPET I LYS AV LEGALITETSPRINSIPPET	80
4.1 INNLEDNING	80
4.1.1 Fremstillingens oppbygging og kontekst – plassering av kap.4	80
4.2 SEDVANERETTENS STILLING SOM KOMPETANSEGRUNNLAG FOR NØDRETTLIGE NORMERINGSHANDLINGER	82
4.2.1 Utgjør legalitetsprinsippet en skranke for forvaltningens adgang til å foreta nødrettslige normeringshandlinger?	82
4.2.2 Hva innebærer legalitetsprinsippets krav for forvaltningens adgang til å foreta nødrettslige normeringshandlinger?	82
4.2.2.1 Kompetanseteorien	82
4.2.2.2 Legitimitetsteorien	83
4.3 ALMINNELIG HANDLEFRIHET OG STRL. §47 SOM RETTSGRUNNLAG FOR FAKTISKE NØDRETTSINNGREP	89
4.3.1 Innledning	89
4.3.2 Eksisterer det et generelt forbud mot inngripende faktiske handlinger fra det offentlige i kraft av legalitetsprinsippet, og hvilken innvirkning har dette eventuelt på adgangen til å foreta nødrettsinngrep?	90
4.3.1.1 Kompetanseteorien – adgangen reguleres av grensene for alminnelig handlefrihet	90
4.3.1.2 Legitimitetsteorien – et rettskildepriussipp og en generell forbudsnorm	91
4.4 BØR DET I KRAFT AV LEGALITETSPRINSIPPET OPPSTILLES KRAV TIL RETTSGRUNNLAGET FOR NØDRETTSINNGREP, OG HVILKEN TILNÆRMINGSMÅTE TIL PRINSIPPET ER DET DA MEST HENSIKTSMESSIG Å TA UTGANGSPUNKT I?	96
4.4.1 Terminologispørsmål, rettslige spørsmål og hensiktsmessighets spørsmål	96
4.4.2 Bør legalitetsprinsippet oppstilles som en skranke for det offentliges alminnelige handlefrihet?	97
4.4.2.1 Bør grensen for alminnelig handlefrihet være lik for det offentlige og for private borgere?	98
4.4.2.2 Bør en generell forbudsnorm terminologisk sett innordnes i legalitetsprinsippet?	100
4.4.3 Bør legalitetsprinsippet inneholde krav både om og til rettskildefundamentet for forvaltningstiltak generelt, eller bare betegne det resultat at lovhjemmel er nødvendig?	103

5. KILDEREGISTER	105
5.1 Lovregister med forkortelser	105
5.2 Litteraturliste med forkortelser	106
5.3 Andre forkortelser	110
5.4 Forarbeider og etterarbeider m.m.....	110
5.5 Domsregister.....	111
5.4 Fullstendig litteraturliste.....	112

1. Innledning

1.1 Emnepresentasjon

Forvaltningens virkemidler for samfunnsmessig styring kan ha ulik form og bygge på ulikt rettskildegrunnlag. Tema for denne oppgaven er forvaltningens adgang til å foreta rettslige beslutninger og faktiske handlinger på *nødrettsgrunnlag*, med særlig vekt på oppfyllelsen av legalitetsprinsippets krav til rettskildefundament ved slike forvaltningstiltak.

Det presiseres at det med begrepet forvaltningstiltak siktes til både forvaltningens rettslige beslutninger, og deres rene faktiske handlinger.

Bakgrunnen for et slikt perspektivvalg er at nødrettens rolle som hjemmelsgrunnlag må betraktes som en del av et større problemkompleks vedrørende grensedragningen for forvaltningens materielle kompetanse. Legalitetsprinsippets innhold og utstrekning har lenge vært gjenstand for debatt i rettslitteraturen¹, og selv om synspunktene her er mange og delte, er det alminnelig antatt at det eksisterer to hovedlinjer; videre kalt for henholdsvis legitimitetsteorien og kompetanseteorien².

På grunnlag av den teoretiske divergensen på dette punkt vil det bli foretatt en sammenlignende analyse av de teoretiske hovedlinjenes anvendelse på spørsmålet om adgangen til å foreta offentlige nødrettsinngrep. Behandlingen av nødrettsinngrepet kan på denne måten også gi et bidrag til den generelle debatten rundt legalitetsprinsippet. Det siktes her særlig til betydningen av om det i relasjon til legalitetsprinsippet må foretas en sontring mellom forvaltningens normeringshandlinger på nødrettsgrunnlag og deres faktiske nødrettsinngrep.

Samtidig som nødrettsadgangen representerer en fraksjon av spørsmålet om maktforhold mellom stat og individ, er det visse forhold ved nødrettsgrunnlaget isolert sett som fortjener oppmerksomhet. Det kan blant annet stilles spørsmål om *all* nødrett er strafferettslig nødrett, eller om det må oppstilles et frittstående nødrettsgrunnlag for forvaltningens normeringshandlinger uavhengig den strafferettslige nødrettsbestemmelsen .

Dette får i tilfelle også innvirkning på forholdet til de materielle hjemmelskravene for forvaltningsevne, - og i særdeleshet legalitetsprinsippet.

¹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.309, Hopsnes/Solberg (2005) s.85-86.

² Jfr. Graff Nielsen (2003) s.31.

Oppgavens sentrale problemstillinger er etter dette;

- På hvilket grunnlag og i hvilken utstrekning har forvaltningen adgang til å gjøre inngrep overfor private rettssubjekter på nødrettsgrunnlag?
- Hvordan er den rettslige relasjonen mellom nødrettsgrunnlaget og legalitetsprinsippet, og får teoretisk tilnærming til prinsippet noen betydning?

1.2 Aktualitet og avgrensning

Nødrettsgrunnlaget er i ulik grad aktuelt som hjemmel for forvaltningstiltak.

For enkelte tjenestemannsgrupper representerer nødrettsgrunnlaget imidlertid et helt nødvendig verktøy i det daglige omsorgsarbeid. Her kan særlig nevnes omsorgsarbeidere i kommunal sektor, for eksempel i kontakt med senil demente på institusjon, eller personer med sterkt progredierende nevrologiske sykdommer³ under åpen omsorg.

Slik omsorg baseres i utgangspunktet på samtykke fra klienten⁴, og bare i et begrenset antall tilfeller kan helsehjelp gis ved stedfortredende samtykke fra nærmeste pårørende eller ved hypotetisk samtykke, jfr. pasrl.§4-6(3). Beslutning om og gjennomføring av tvangstiltak i form av for eksempel tilbakehold i institusjon eller tilførsel av mat eller livsviktig medisin må dermed i tilfelle bygge på et nødrettsgrunnlag.⁵

Som uttalt av Sosial- og helsedepartementet i St.meld.nr.28 (1999-2000)⁶

er ikke dette helt uproblematisk. Det er nemlig ”ikkje i samsvar med naudreglane sitt føremål å byggje på desse i den daglege omsorga” og ”[r]ekkevidda av naudreglane er også uklar”.

Det blir videre hevdet at det i mangel av andre regler er ”ein fare for at naudreglane blir tolka for vidt”, og at disse i tillegg er ”vanskelege å forstå for tenesteytarane”.

³ ”[S]ykdommer i nervesystemet der sykdomstilstandene utvikler seg med forverring av symptomer og nedsatt funksjon”, jfr. IK-2716 ”Veileder i rehabilitering av mennesker med progredierende nevrologiske sykdommer” s.10.

⁴ Jfr. pasrl.§4-1.

⁵ Her kan også blant annet nevnes midlertidig vedtak om gjennomføring av undersøkelse eller behandling av mindreårig mot foreldrenes vilje, jfr. Sosialrett (2003) s.284.

⁶ Jfr. pkt.7.1.5.

Adgangen til offentlig inngripen begrenses ikke bare av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp. Blant annet oppstiller den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon på flere områder noe tilsvarende krav. Når fokus i denne fremstillingen legges spesielt på legalitetsprinsippet, er dette som tidligere nevnt i lys av den teoretiske debatt som her har utspilt seg. Av plasshensyn foretas det dermed en avgrensning mot de materielle skranker for nødrettsinngrep som kan utledes fra Norges folkerettslige forpliktelser, samt mot bestemmelser i særlovgivningen som hjemler nødrettsinngrep. Generelle rettsnormer som inneholder kvalitative krav til rettskildegrunnlaget for forvaltningstiltak – eksempelvis lex superior-prinsippet - blir behandlet i den utstrekning disse belyser oppgavens hovedproblemstilling, men vil ikke bli behandlet separat.

1.3 Om metode

1.3.1 Generelt om det juridiske resonnement og rettsområdet.

Tidvis hevdes det at det ikke finnes én juridisk metode, men like mange metoder som det finnes rettsspørsmål. Jeg vil bare kort fremheve at resonnementet i denne oppgaven bygger på alminnelig rettskildelære slik denne har utkrystallisert seg i høyesterettspraksis, og senere er blitt fremstilt i juridisk teori.⁷ Fremstillingen er videre hovedsaklig rettsdogmatisk, og tar dermed sikte på å gi en systematisk fremstilling av gjeldende rett. Avslutningsvis vil imidlertid enkelte spørsmål i forhold til relasjonen mellom nødrettsgrunnlaget og legalitetsprinsippet tas opp til en de lege ferenda-vurdering.

Temaet for oppgaven ligger i et skjæringspunkt mellom forvaltningsrett og strafferett, men med hovedvekt på den forvaltningsrettslige siden – adgangen til å beslutte og iverksette forvaltningstiltak på nødrettsgrunnlag. Ved tolkning av nødrettsgrunnlaget er det imidlertid verdt å nevne at også det strafferettslige aspekt ved nødretten må hensyntas. Blant annet kan lovsprinsippet i Grl.§96 og andre særlige strafferettslige hensyn komme inn i rettsanvendelsesprosessen.⁸

En analyse av nødrettsgrunnlaget i utgangspunktet være prinsipiell i den forstand at den vil gå på tvers av de enkelte forvaltningsområder. Særlige hensyn på forvaltningsområdene kan

⁷ Jfr. bl.a. Eckhoff (1997), Nygård (1999), Boe (1996).

⁸ Jfr. Andorsen (1999) s.371.

imidlertid også slå inn og få betydning for nødrettsresonnementet, for eksempel innenfor barnevernretten.⁹ Dette ser jeg imidlertid ikke som noen hindring for en generell analyse, og disse forhold vil fortløpende bli tatt i betraktning i fremstillingen. Det vil føre for langt å innledningsvis gå inn i en konkret vurdering av hvilke særlige metodiske hensyn som kommer inn i bildet på de mange og ulike forvaltningsområdene.

1.3.2 Rettskildebildet

Den alminnelige, og eneste generelle nødrettsbestemmelsen i norsk rett følger av strl. §47. Forarbeidene til straffeloven er imidlertid gamle, og gir i liten grad veiledning til vårt spørsmål. En del offentlige utredninger fra senere tid tar imidlertid opp forvaltningens adgang til å foreta nødrettsinngrep, og disse vil jeg komme tilbake til.

Både i rettpraksis og i litteraturen er nødrettens funksjon som rettsgrunnlag for forvaltningstiltak meget sparsommelig behandlet. For litteraturens vedkommende kan nok dette til dels skyldes det faktum at spørsmålet rent systematisk faller mellom to stoler, alminnelig strafferett og alminnelig forvaltningsrett. Hva angår rettspresis, er nok mangelen på prinsipielle avgjørelser også et resultat av at nødretten regulerer unntakssituasjoner, og at tallrikheten av rettstvister om bruk av nødrett dermed er liten i forhold til andre typer rettstvister.

Avslutningsvis skal det nevnes at det på det nåværende tidspunkt foretas en større revisjon av straffelovgivningen i Norge. Betydningen av denne vil bli behandlet under analysen av nødrettsgrunnlaget, men ikrafttreddelsen av den vedtatte nye alminnelige straffeloven¹⁰ synes fortsatt å ligge noen år frem i tid.

⁹ Hensynet til barnets beste vil for eksempel veie særdeles tungt på dette området, jfr. Sosialrett (2003) s.268.

¹⁰ Jfr. Lov om straff av 20. mai 2005 nr.28.

1.4 Den videre behandling

I kapittel 2. skal jeg på generelt grunnlag kort redegjøre for de materielle hjemmelskrav for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak. Særlig vil jeg gå inn på sontringen mellom forvaltningens faktiske handlinger og deres normeringshandling, for dermed å benytte sontringen i selve analysen av nødrettsgrunnlaget i kapittel 3.

I kapittel 4 vil jeg videre behandle nødrettsgrunnlaget i lys av legalitetsprinsippet, med særlig fokus på en eventuell betydning av teoretisk tilnæringsmåte til prinsippet. Avslutningsvis foretas også en rettspolitisk vurdering av hvilken angrepsvinkel som synes å ha de beste grunner for seg som en regulerende rettsnorm for forvaltningens nødrettsinngrep.

2. De materielle hjemmelskrav for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak

– særlig om faktiske handlinger og rettslig normering.

2.1 Innledning

Formålet med en generell behandling av de materielle hjemmelskrav for forvaltningsvirksomhet er å danne et grunnlag for en rettslig plassering av nødrettsinngrepet som kompetansegrunnlag og virkemiddel for forvaltningen senere i fremstillingen. I lys av dette kan nødretten som hjemmelsgrunnlag systematiseres og analyseres nærmere, og det kan problematiseres hvorvidt de materielle krav som oppstilles til forvaltningens handlinger faktisk blir oppfylt.

Hovedtemaet for denne delen av fremstillingen blir dermed hvilke krav som må stilles til rettsgrunnlaget for forvaltningens handlinger overfor borgerne. Her vil det bli sentralt å gå inn på de noe ulike syn på dette spørsmål i juridisk teori, og jeg vil særlig gå inn på sontringen mellom forvaltningens rettslige beslutninger og faktiske handlinger.

I forhold til oppgavens hovedtema er den sentrale problemstilling som søkes besvart i denne delen av fremstillingen;

- Hva er de rettslige forutsetninger for at nødrett kan benyttes av forvaltningen som rettsgrunnlag ved beslutning om og gjennomføring av et forvaltningstiltak ?

2.2 Krav til det materielle rettsgrunnlag for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak.

2.2.1 Kravet om særskilt hjemmel.

En av de største og praktisk viktigste problemstillinger i alminnelig forvaltningsrett er hvilke rettslige krav som stilles til bruken av de virkemidler som forvaltningen har til disposisjon som oppgaveløser for regjeringen, jfr. GrL.§3. Essensen i dette er spørsmålet om grunnlaget for og utstrekningen av forvaltningens kompetanse.

2.2.1.1 Kompetansebegrepet

I en del forvaltningsrettslige fremstillinger forbeholdes begrepet ”kompetanse” for ”evnen til å normere”, det vil si ”ved normeringsakt [å] fastsette(endre eller oppheve) generelle eller individuelle normer”.¹¹ Her defineres kompetanse som en evne til å binde seg selv eller bestemme over andre ved dispositive utsagn, og kravet om et tilstrekkelig kompetansegrunnlag blir en logisk følge av selve definisjonen av kompetanse. Enhver fastsatt norm er nemlig også per definisjon et uttrykk for en kompetanseutøvelse.

For Eckhoff/Smith er det helt sentralt at bare *normeringer* krever kompetanse.¹² Evnen til å påvirke ved faktisk handling kan etter deres syn ikke karakteriseres som kompetansebruk knyttet til rettsregler, men er et utslag av noe som ligger fast som en fysisk eller ressursmessig forutsetning. Rettslige begrensninger i denne fysiske handlekraften berører videre bare handlingens lovlighet, ikke dens gyldighet, slik en kompetansemangel normalt vil gjøre. Rettmessigheten av handlingen er dermed priggitt grensene for den alminnelige handlefrihet. Som en følge av dette oppstår det ikke noe spørsmål om forvaltningens ”kompetanse” til å foreta faktiske handlinger.

¹¹ Jfr. Eckhoff/Smith (1997) s.240.

¹² Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310.

I den videre fremstilling vil jeg forsøke å reservere begrepet kompetanse for nettopp evnen til å normere ved dispositive utsagn, slik Eckhoff/Smith gjør det, for å nyansere drøftelsen av det rettslige grunnlaget for forvaltningens handlinger og for å gjøre drøftelsene presise.

2.2.1.2 Privat autonomi og heteronom offentligrettslig kompetanse - krav om hjemmel og krav om særskilt hjemmel.

Det norske rettssystemet inneholder et prinsipielt utgangspunkt om *formell frihet* i form av alminnelig tanke-, handle-, og ytringsfrihet for alle borgere.¹³ Den nødvendige konsekvens av dette er at ingen rettssubjekter – verken offentlige eller private - besitter en alminnelig evne til å utforme rettslig bindende normer i form av en alminnelig ”normeringsfrihet”.

Både private rettssubjekter og offentlige organer er imidlertid i kraft av det rettslige grunnprinsippet om rettssubjekter autonome kompetanse gitt en utstrakt rettslig evne til å foreta normeringshandlinger med bindende rettslige virkninger for seg selv, f.eks. gjennom å inngå avtaler. En hver kan dermed fritt binde seg selv ved dispositive utsagn, samt disponere over sine subjektive rettigheter.¹⁴

Når det gjelder rettslig kompetanse i kraft av privatautonomi, står det offentlige i utgangspunktet i den samme stilling som private rettssubjekter.¹⁵ Stat og kommune kan for eksempel ta opp lån eller foreta transaksjoner med sine aktiva, og dette vil vanligvis reguleres av de samme regler som for private.

Privatautonomien står imidlertid i et underordningsforhold til den såkalte *offentligrettslige kompetanse*. Forvaltningens besitter nemlig en særlig rolle som myndighetsutøver overfor borgerne - en konsekvens av et anerkjent behov for en institusjon med generell evne til å gi, oppheve og endre rettsnormer med virkning overfor andre enn seg selv – såkalt *heteronom kompetanse*¹⁶.

Denne heteronome kompetansen følger ikke som den privatautonome kompetanse av en uskreven generell norm, og en normeringshandling i kraft av offentligrettslig kompetanse

¹³ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.81, Nygaard (2004) s.160, Boe (1993) s.589.

¹⁴ Jfr. Eckhoff /Smith (1997) s.48. Graver deler dette kompetansegrunnlaget opp i alminnelig eierrådighet og avtalekompetanse, jfr. Graver (1999) s.218.

¹⁵ Jfr. Eckhoff /Smith (1997) s.39, Graver (1999) s.218.

¹⁶ Jfr. Eng (1990) s.632-633.

krever dermed som utgangspunkt et ”særskilt kompetansegrunnlag”¹⁷ - en særskilt hjemmel - for å være gyldig.

Den alminnelige lovgivningskompetansen er grunnlovsforankret i Grl.§75a, og aktualiserer videre spørsmålet om i hvilken utstrekning det vil være *påkrevd med hjemmel i lov* ved offentlige myndighetsinngrep.

Sagt med andre ord er dette et spørsmål om når andre kompetansegrunnlag anses for å være utilstrekkelige.

2.2.2 Når er hjemmel i lov nødvendig ?

Kort skissert kan det oppstilles tre grunner til at et rettskildefundament i form av formell lov må foreligge før beslutning om eller gjennomføring av et forvaltningstiltak kan foretas.¹⁸

- For det første kan lov være nødvendig på grunn av særskilt grunnlovsbestemmelse, eller for å sikre oppfyllelsen av Norges folkerettslige forpliktelser. Eksempler på dette er Grl. §96 som fastslår at ingen kan straffes uten lov, og EMK art. 5, 8 og 10 som fastlegger et lovskrav ved inngrep i de grunnleggende rettigheter som disse artiklene verner om.
- For det andre vil det være påkrevd med materiell kompetanse i lovs form dersom det blir klart at det styringsmiddel forvaltningen ønsker å benytte seg av vil føre til brudd på rettsregler med formell lovs trinnhøyde. I slike tilfeller vil det følge av *lex superior*-prinsippet at det må til en rettsendring - eller særskilt tillatelse - av samme rang eller høyere før tiltaket kan utføres.¹⁹
- Tredje, og sist, kan et krav til lov som primært rettsgrunnlag følge av det såkalte *legalitetsprinsippet*, et utslag av prinsippet om den lovbundne forvaltning²⁰.

¹⁷ Jfr. Eng (1990) s.646.

¹⁸ Jfr. Eckhoff/ Smith (1997) s.40.

¹⁹ Jfr. Graver (1999) s.74, Smith (1978) s.659, Ross (1980) s.171.

²⁰ Jfr. Christensen (1991) s.118, Skjerdal (1998) s.5.

2.2.3 Nærmere om legalitetsprinsippet.

Vedrørende de krav som stilles til materiell kompetanse for forvaltningsvirksomhet foreligger det, som Opsahl ganske treffende har uttalt, stort sett bare enighet om at ”noe må ha hjemmel i et eller annet”²¹. Litt videre kan imidlertid denne enigheten kanskje også sies å omfatte det forhold at visse myndighetshandlinger på grunn av sitt innhold krever hjemmel i formell lov, og at en del av forvaltningsvirksomheten dermed prinsipielt sett er avhengig av kompetansetildeling fra Stortinget. Det foreligger med andre ord et legalitetskrav av en viss utstrekning, og tradisjonelt sett har dette blitt kalt for *legalitetsprinsippet* og vært formulert som en grunnsetning om at *inngrep i borgernes rettsfære krever hjemmel i lov*.²²

Rettskildegrunnlaget for et legalitetsprinsipp må etter min mening anses for å være konstitusjonell sedvanerett.²³ Prinsippet forutsettes dermed å være lagt til grunn av de høyeste statsmakter over et slikt tidsrom og med en slik konsekvens at en rettslig bindende sedvane anses for å foreligge. Som blant andre Andenæs påpeker, kommer imidlertid legalitetsprinsippet også indirekte til uttrykk gjennom enkelte av Grunnlovens bestemmelser.²⁴

Gjennom sitt rettsgrunnlag i konstitusjonell sedvanerett får det ulovfestede prinsippet Grunnlovs rang, og dermed en særskilt rettslig status som på grunn av lex-superior prinsippet bare kan endres gjennom ”ny” konstitusjonell praksis eller grunnlovsendring.

2.2.3.1 Bakgrunn og legislativ begrunnelse

I juridisk teori er legalitetsprinsippet ganske betegnende blitt kalt for den forenklede formulering av forvaltningens rettslige stilling i statsstyrelsen, og grunntrekkene i denne måten å formulere forvaltningens rettsstilling på hevdes blant annet å stamme fra tysk

²¹ Jfr. Opsahl (1962) s.378.

²² Se nærmere nedenfor under pkt.2.2.3.3.

²³ Jfr. også Smith (1978) s.659, Eckhoff(1963) s.233-235. Hos Andenæs (1998) s.179 utledes imidlertid prinsippet fra Grl.§§49,75a og 76-79. Skjerdal (2001) s.342 hevder på sin side at en henvisning til konstitusjonell sedvanerett gir et feilaktig inntrykk av at legalitetsprinsippet ikke eksisterte ved etableringen av det norske demokratiet i 1814. Han foreslår i stedet begrepet ”ulovfestet konstitusjonelt grunnprinsipp”.

²⁴ Eksempelvis Grl §§ 96,99 og 105.

statsrett.²⁵ Formuleringen av et legalitetskrav bygger her på den betraktning at forvaltningen skal være avhengig av og uselvstendig i forhold til Stortingets lovgivende makt, et syn som er videreutviklet fra Montesqieu's maktfordelingsprinsipp.

Avhengighetsforholdet gir utslag i et direkte bånd på forvaltningens virksomhet gjennom materielle kompetansekrav, og forsterkes gjennom parlamentarismen ved at regjeringssammensetningen til enhver tid er avhengig av stortingsflertallets bifall.

Sett i lys av disse forhold kan legalitetsprinsippet hevdes av være en videreføring av maktfordelingsprinsippet *i favør av den enkelte borger*.²⁶ Mens maktfordelingsprinsippet regulerer maktforholdet mellom statsmaktene, gir legalitetsprinsippet borgerne beskyttelse mot overgrep fra staten – med andre ord en rettslig beskyttelse i vertikalplan.

Stortinget som folkevalgt forsamling kan på grunnlag av disse rettslige skranker øve kontroll over forvaltningen gjennom lovgivning og regjeringens sammensetning. Gjennom den alminnelige valgrett, periodiske valg og flerpartisystem sikres det i tillegg at denne suvereniteten har legitimitet i folkeviljen, representativt sett.

Selv om grensene for forvaltningens rettssfære - slik vi kjenner de – i teorien hevdes å først ha blitt artikulert i Tyskland gjennom grunnsetningen om *Gesetzmässigkeit der Verwaltung*,²⁷ har betydningen av lov som et generelt og objektivisert uttrykk for statsviljen røtter helt tilbake til antikkens og opplysningstidens filosofer. Under opplysningstiden ble grunntankene rundt det legitimerende og legislative grunnlaget for statsmakten videreutviklet, og de demokratiske revolusjoner som fant sted i denne tidsepoken la grunnlaget for at vi i dag kan rette fokus mot lovens betydning som en rettsikkerhetsgaranti, og ikke bare som et uttrykk for individets underordning i forhold til staten.²⁸

Det kan imidlertid oppstilles hensyn både for og mot at en beslutning underkastes en stortingsbehandling. Ulempen ved å legge beslutningsmyndigheten på det øverste nivå i statshierarkiet ligger særlig ved hensynet til effektivitet. Omstendelig saksbehandling kan i seg selv true rettsikkerheten, og det er viktig at balansen mellom forvaltningens fullmakter og spørsmål som krever stortingsbehandling/lovgivning ligger på et nivå som er gjennomførbart i praksis.

²⁵ Jfr. Christensen (1991) s.118.

²⁶ Jfr. Walløe Tvedt m.fl.(2005) s.23.

²⁷ Jfr. Christensen (1991) s.119.

²⁸ Jfr. Skjerdal (2001) s.340.

Generelt er det nok likevel viktig å se fordelene ved Stortinget som et mindre spesialisert og mer ”folkelig” organ enn de enkelte deler av forvaltningen. Eckhoff/Smith nevner blant annet viktigheten av stortingsbehandling som en motvekt til ”tendenser til ensidighet og nidkjærhet i sektorpolitikk og forvaltning”²⁹. Selv med de beste hensikter er det mulig å komme sitt eget område for nært når interesseavveininger skal foretas og bredere samfunnsmessige hensyn spiller inn, og en grundig politisk behandling av saken kan dermed være hensiktsmessig. På flere samfunnsområder vil imidlertid praktiske hensyn og etiske hensyn lett kunne komme i vanskelige konfliktkonstellasjoner. Typiske eksempler er helse- og sosialsektoren, samt politi- og etterforskningsarbeid.

2.2.3.2 Læren om legalitetsprinsippet i norsk rett.

Legalitetsprinsippet *som begrep* ble først benyttet i norsk rett i 1935 av professor Frede Castberg i hans fremstilling av norsk statsforfatningsrett.³⁰ Tanken om at staten og dens tvangsmakt må bygge på lov er imidlertid - som vi har sett - mye eldre.

Som nevnt har legalitetsprinsippet utkrystallisert seg gjennom mange års statspraksis. Innholdet i prinsippet har likefullt vært gjenstand for både akademisk og politisk diskusjon med til tider ganske store uenigheter gjennom denne perioden,³¹ og debatten er definitivt ikke over.³²

Av høyesterettspraksis fremgår etter min mening en klar tendens til avholdenhet når det gjelder å formulere de innholdsmessige grenser for legalitetsprinsippet, og det forekommer sjelden uttalelser som gir grunnlag for en direkte tilslutning til eller avvisning av de ulike retninger i juridisk teori. Forklaringen på dette finnes nok dels i at domstolens oppgave primært ligger i løsningen av konkrete rettstvister og ikke teoretisk utredning, men den må nok også tilskrives en enighet blant rettsanvenderene om at de ulike tilnæringsmåter til legalitetsprinsippet for de fleste praktiske tilfeller bare vil representere forskjeller av pedagogisk og fremstillingsmessig art.

²⁹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.315.

³⁰ Jfr. Castberg (1935) s.10.

³¹ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.85.

³² Jfr. f.eks. Kraby (1996) s.159, ”Utviklingen [ift. til teoretisk tilnærming til legalitetsprinsippet] den siste tiden har vist at pendelen, i alle fall blant praktikerne, er i ferd med å svinge tilbake.”

Som jeg skal komme tilbake til er det likevel etter min mening mulig å argumentere for at nettopp det teoretiske perspektiv får større og viktigere konsekvenser, og kanskje også direkte betydning for synet på nødrettsinngrepet og adgangen til å benytte nødrett som rettsgrunnlag for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak.

Fra den juridiske teori på forvaltningsrettens og forfatningsrettens område kan det utledes to hovedlinjer i synet på legalitetsprinsippets nærmere innhold og anvendelsesområde. Innenfor de to hovedsyn, og blant talsmennene for de respektive teorier, er det naturligvis nyanseforskjeller, men de prinsipielle forutsetninger er etter min mening stort sett de samme.

For å lette fremstillingen vil jeg ta utgangspunkt i den tradisjonelle fremstilling av legalitetsprinsippet, både slik den opprinnelig ble fremsatt og slik den fremstår i dag gjennom legitimitetsteorien. Deretter vil jeg gå inn på kompetanseteoriens tilnæringsmåte, som utspringer som en kritikk av den tradisjonelle lære. Utgangspunkt og fokus i de to teorier er ganske ulikt, og fremstillingen disponeres deretter og for det formål å danne grunnlag for diskusjon i senere kapitler.

2.2.3.3 Tradisjonell tilnærming og legitimitetsteori - Inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov.

Den tradisjonelle definisjon av legalitetsprinsippet har en inngrepsorientert formulering, og kan kort beskrives som et krav om at myndighetsutøvelse i form av inngrep i private rettssubjekters livssfære direkte eller indirekte må ha hjemmel i lov.

I sin lærebok i statsforfatningsrett – opprinnelig fra 1935 - fastslår Castberg at "[b]eslutninger, som tar sikte på å oppstille normer for individernes handlinger... som alminnelig regel [må] besluttes i lovs form."³³ I Lund-kommisjonens rapport³⁴ fra 1995-1996, og den påfølgende innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteens til Stortinget, legges det til grunn en formulering av legalitetsprinsippet svært lik denne. Det uttales blant annet at "[f]lertallet finner det...klart at det følger av det såkalte legalitetsprinsippet - som ligger til grunn for all offentligrettslig, herunder straffeprosessuell og strafferettslig lovgivning, og som innebærer at

³³ Jfr. Castberg (1964) s.10.

³⁴ Jfr. Dokument nr.15 (1995-1996) s.72.

*inngrep i borgernes rettssfære ikke skal kunne skje uten ved hjemmel i lov - at et så inngrep som telefonavlytting nettopp er avhengig av klar hjemmel i formell lov.*³⁵ Også innenfor denne mer tradisjonelle teoretiske linje varierer imidlertid prinsippets nærmere utforming fra forfatter til forfatter, og særlig i nyere teori har det blitt foretatt enkelte nyanseringer.

Det karakteristiske ved en slik definisjon av legalitetsprinsippet er at vilkåret for forvaltningens lovbundethet, og dermed prinsippets nedslagsfelt, formuleres *positivt*. Her stopper imidlertid også stort sett likheten mellom Castberg's forståelse av legalitetsprinsippet og den som i dag gjøres gjeldende hos tilhengerne av den såkalte "legitimitetsteorien"³⁶.

Den legitimitet det her siktes til som grunnlag for et positivt lovskrav er den som forvaltningens virksomhet tilegnes ved å bygge på formell lov som rettskildefundament, vedtatt av Stortinget som folkevalgt forsamling etter Grl. §§75a flg.

Utgangspunktet etter den opprinnelige formuleringen av legalitetsprinsippet var at formell lov³⁷ er en absolutt nødvendighet hvor forvaltningen ved utøvelse av offentlig myndighet griper inn i rettsstillingen til private rettssubjekter. Definisjonen kan på denne bakgrunn hevdes å ta utgangspunkt i et materielt lovsbegrep. Slik definisjonen av legalitetsprinsippet er blitt utledet i nyere teori, jfr. den nevnte legitimitetsteorien, anses den imidlertid klart å romme en mulighet for bruk av alternative rettsgrunnlag til formell lov, for eksempel sedvanerett - slik adgangen til dette også er blitt anerkjent gjennom praksis.³⁸ Et absolutt lovskrav må dermed anses som forkastet.

I den videre behandling av innholdet i den positive definisjon av legalitetsprinsippet og dets anvendelsesområde er det naturlig å ta utgangspunkt i innholdet av begrepene "borgerne"/ "private rettssubjekter", samt "inngrep" og "lov".

³⁵ Jfr. Innst.S.nr.240 (1996-1997), pkt.3.1.3.4., min kursivering.

³⁶ Jfr. Graff Nielsen (2003) s.211.

³⁷ Jfr. Grl. §§76-79 og 81.

³⁸ Jfr. Graff Nielsen (2003) s.233 og Nygård (2004) s.66.

2.2.3.4 Hvem omfattes av betegnelsene "borgerne" og "private rettssubjekter"?

Subjektet for vern mot vilkårlige angrep fra statens side er etter den positive formuleringsmåte "borgerne" eller de "private rettssubjekter". Det må regnes for sikker rett at dette omfatter både fysiske og juridiske personer, noe som blant annet medfører at stiftelser, aksjeselskaper og lignende omfattes i likhet med alminnelige norske statsborgere.³⁹

I den såkalte "Hagangur II-saken"⁴⁰, som gjaldt Kystvaktens inngrep overfor islandske fiskere, ble det også lagt til grunn at *utenlandske* statsborgere blir omfattet ved befatning med norske forvaltningsmyndigheter.

På grunn av prinsippet om lokalt selvstyre for kommunene og fylkeskommunene i Norge er den alminnelige oppfatning at kommuner og fylkeskommuner kommer i en tosidig stilling i relasjon til legalitetsprinsippet. De opptrer således som forvaltningsmyndighet overfor borgerne på samfunnsområder hvor de er tillagt slik kompetanse, mens de i forhold til statlig inngripen i form av pålegg om konkrete samfunnsoppgaver vernes av legalitetsprinsippet på lik linje med private.⁴¹

2.2.3.5 Når foreligger et "inngrep i borgernes rettsfære" som krever lovhjemmel?

Begrepet "inngrep i borgernes rettsfære" må klart avgrenses mot beslutninger og handlinger på statens eget rettsområde.⁴² Legalitetsprinsippet utgjør således bare en skranke for utøvelsen av den del av forvaltningsvirksomheten som går ut på å treffe tiltak i den private rettsfære.⁴³

Utarbeidelse av administrative klagesystemer eller endring i andre interne og/eller administrative forhold omfattes dermed i utgangspunktet ikke.

Selve begrepet "borgernes rettsfære" har et høytidelig preg over seg og bringer tankene til gamle liberalistiske idealer. Rettsfærebegrepet er det naturlig å forstå som en språklig forenkling av summen av de interesser hos den enkelte borger som nyter rettsvern i vårt rettssystem.

³⁹ Jfr. Andenæs (1998) s.176-177.

⁴⁰ Jfr. Rt.1996s.654

⁴¹ Jfr. Walløe Tvedt (2005) m.fl.s.30, Smith (1978) s.662.

⁴² Jfr. Andenæs (1998) s.211-212.

⁴³ Jfr. Eckhoff (1963) s.233.

Kjernen i denne massen av personlige interesser er liv, frihet og kropp⁴⁴, og lengre ut i materien kommer eiendomsinteressene og økonomiske og politiske interesser. Overgangene er flytende og det er av denne grunn også vanskelig å gi noen objektiv vurdering av ”vekten” til de enkelte interesser. Generelt kan man imidlertid si at når det i andre omgang skal vurderes hva som utgjør et ”inngrep” i dette feltet av interesser, er det blitt vurdert som mer inngripende for den enkelte jo nærmere man kommer kjerneområdet av fysisk integritet. Denne virkningen må antagelig langt på vei krediteres de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Her er det en uttalt målsetning å fastlegge universelle normer for menneskelig og samfunnsmessig samhandling, og å utvikle et vern for den enkeltes grunnleggende friheter overfor statsmakten. Vernet om fysisk integritet må i tillegg anses som en grunnleggende forutsetning for den enkeltes muligheter til å kunne gjøre bruk av den øvrige rettighetskatalogen.

Spørsmålet om når en myndighetshandling fra forvaltningens side utgjør et ”inngrep”, og dermed behøver et nærmere definert rettsgrunnlag, representerer en sentral del av legitimitetsteoriens legalitetsprinsipp. Samtidig er det også denne delen av definisjonen som har blitt gjenstand for størst kritikk.⁴⁵ Særlig har det blitt hevdet at man ved et slikt utgangspunkt har et for ensidig fokus i kompetansespørsmålet, og underkommuniserer de mer overordnede samfunnsmessige behov.

Ikke alle forvaltningstiltak kan imidlertid karakteriseres som inngrep, og som tidligere nevnt er det også sikker rett at ikke *alle* offentlige myndighetshandlinger krever hjemmel i lov. Språklig sett er et ”inngrep” en handling hvor den inngrepet foretas ovenfor mister kontroll over det som er objektet for inngripen, det er med andre ord en form for ”overstyring”. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved *hvilken grad og art* av overstyring som krever lovhjemmel etter legalitetsprinsippet.

Juridisk teori på området fastslår at anvendelsen av legalitetsprinsippet etter den positive tilnærming beror på en konkret interesseavveining.⁴⁶ Det springende punkt er om det aktuelle forvaltningstiltak, på grunn av sitt innhold, griper inn i interesser som nyter et slikt rettsvern at

⁴⁴ Jfr. Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.31.

⁴⁵ Se f.eks. Eckhoff (1963) s.262, Eckhoff/Smith (2003) s.309flg.

⁴⁶ Jfr. Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.31flg., Kraby (1996) s.151.

de bare kan beskjæres ved lov eller likestilt rettsgrunnlag.⁴⁷ Legitimitetsteoriens tilnærming til legalitetsprinsippet har dermed i prinsippet ingen generelle begrensninger med hensyn til inngrepets *art*⁴⁸, men prinsippets anvendelse på henholdsvis faktiske handlinger og rettslige normeringer behandles nærmere nedenfor under pkt.2.4.

Inngrepet må i det enkelte tilfelle bedømmes ut fra sin karakter og intensitet og avveies mot de hensyn som ligger bak legalitetsvernet. Vurderingen dermed også en flytende overgang til problemstillinger rundt kvalitative hjemmelskrav, og tolkning av hjemmelsbestemmelser.

Det er stort sett enighet om at *avgjørelser som pålegger private plikter eller forbud* som alminnelig regel krever hjemmel i lov⁴⁹, og dette uten hensyn til omfanget av den konkrete ”byrden” som pålegges borgeren. Høyesterett synes å ha autorisert dette standpunktet uten nærmere forbehold i ”Hagangur II”- dommen, hvor det blant annet uttales at; ”etter legalitetsprinsippet må et forbud mot det aktuelle fisket ha hjemmel i formell lov eller i forskrift gitt med hjemmel i formell lov”⁵⁰. Slik jeg ser det er det naturlig å tolke uttalelsen dit hen at tiltakets karakter av å være et forbud overfor et privat rettssubjekt her gjorde det påkrevd med lovhjemmel, og at det dermed foreligger en tilslutning til det nevnte standpunkt.

På bakgrunn av langvarig praksis kan det samme utgangspunkt også hevdes for *inngrep i personlig frihet og privatrettslige rettigheter*⁵¹. Av de førstenevnte er fysiske tvangsinngrep et typisk eksempel på at ufrivillighetsaspektet og den personlige integritetskrenkelse gjør det særlig nødvendig med en demokratisk forankring for forvaltningens inngrepsadgang. Med inngrep i privatrettslige rettigheter menes på den annen side typisk inngrep i eiendomsrett, og begrensede rettigheter i formuesgoder.⁵²

Til slutt skal det nevnes at den vekt som tillegges de ulike interesser og hensyn i interesseavveiningen ikke vil være statisk, men vil måtte skifte over tid i tråd med samfunnsutvikling og alminnelig rettsoppfatning⁵³.

⁴⁷ Jfr. Eckhoff (1963) s.252.

⁴⁸ Se Andenæs (1998) s.176.

⁴⁹ Jfr. Eckhoff (1963) s.263, Graff Nielsen (2003) s.222, Kraby (1996) s.151.

⁵⁰ Jfr. Rt.1996s.654, s.657.

⁵¹ Jfr. Kraby (1996) s.150-151.

⁵² Jfr. Kraby (1996) s.150-151.

⁵³ Jfr. Eckhoff (1963) s.250.

2.2.3.6 Hva er ”hjemmel i lov”?

Dersom en påtenkt handling utløser et krav til ”hjemmel i lov” etter legalitetsprinsippet, oppstår spørsmålet om hva som må til for at dette hjemmelskravet skal være oppfylt.

Som utgangspunkt er det klart at en hvilken som helst beslutning på statens vegne *kan* treffes i lovs form såfremt den ikke vil stride mot Grunnloven, eller gripe inn på et område som tilkommer Regjeringen, domstolene eller en av Stortingets avdelinger.⁵⁴ Folkerettslige forpliktelser vil imidlertid ikke utgjøre noen *absolutt* skranke for lovgiver på grunn av den dualistiske doktrine i norsk rett, selv om Stortinget formodes å ville oppfylle disse forpliktelsene slik de reelt sett vil få en slik virkning.

Med lovs form menes her en beslutning av odelsting og lagting, sanksjonert av Kongen i henhold Gr.l.§§76-79, jfr. §§75 litra a og 49. Beslutninger tatt av Stortinget i medhold av disse bestemmelser omtales ofte som ”formell lov”.

Det er imidlertid sikker rett at det ikke bare er formell lov som anses å tilfredsstille det formelle krav til lovhjemmel ved inngrep i borgernes rettssfære. Et klart behov for delegasjon av lovgivningskompetanse til forvaltningen er blitt anerkjent i praksis⁵⁵, og forvaltningen er derfor i vid utstrekning blitt innrømmet fullmakt til å utferdige forskrifter på forskjellige livsområder - det vil si vedtak med generell gyldighet.

Delegasjonsadgangen ble i teorien anerkjent av Aschehoug så tidlig som i 1892, og på grunn av den sammenhengende ”hjemmelsrekkefølgen” anses slik forskrift å utlede sin legitimitet fra lov i relasjon til legalitetsprinsippet.⁵⁶

Delegasjonsadgangen er imidlertid ikke ubegrenset, men generelt anses den for å foreligge der den kan begrunnes i et faktisk samfunnsmessig behov.⁵⁷ Grunnloven inneholder verken hjemmel for delegasjon eller uttrykkelig forbud mot det, og så lenge hjemmelskjeden for en forskrift er komplett må en delegasjon av lovgivningsmyndighet derfor være gyldig. Det følger likevel av lex superior-prinsippet at en forskrift må vike ved kollisjon med en rettsregel utledet fra lov. Slik fungerer rettskildeprinsippene som en sikkerhet og ramme rundt forvaltningens forskriftsproduksjon.

⁵⁴ Jfr. Andenæs (1998) s.217.

⁵⁵ Jfr. f.eks. den alminnelige vilkårslæren.

⁵⁶ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.141flg., Walløe Tvedt m.fl.(2005) s.28.

⁵⁷ Jfr. Andenæs (1998) s.192.

I en viss utstrekning kan også materielle bestemmelser som er blitt til på annet vis, f.eks. plenarvedtak i Stortinget, sedvanerettsdannelser og provisoriske anordninger utferdiget av Kongen, tre i stedet for formell lov som grunnlag for inngrep overfor private rettssubjekter etter legitimitetsteorien.⁵⁸ Som Nygård sier får denne formuleringa av legalitetsprinsippet likvel godt frem det synspunkt ”at den store hovedregel er lovkrav, men at det er unntak for visse typer eller arter tilfelle”⁵⁹.

2.2.3.7 Kvalitative hjemmelskrav og legalitetsprinsippets relativitet.

Som det har fremgått blir kravet om lovhjemmel for forvaltningsinngrep etter legitimitetsteorien oppfylt ved eksistensen av formell lov, samt unntaksvis ved andre typer rettskildegrunnlag. Legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp har imidlertid betydning utover det å kreve et særskilt rettskildefundament for den aktuelle typen inngrep.

Forvaltningens myndighetsutøvelse finner stort sett sted under pretensjon om hjemmel i lov, forskrift eller plenarvedtak, og felles for disse rettsgrunnlag er at rekkevidden av forvaltningens materielle kompetanse må utledes gjennom en *tekstfortolkning*.

Naturligvis blir denne prosessen minst like viktig for borgernes rettsstilling som det faktum at den formelle siden ved loven som rettskildegrunnlag er i orden, og også her må derfor legalitetsprinsippet komme til anvendelse.⁶⁰

Differansen mellom spørsmålet *om* en kompetanse i det hele tatt kan utledes, og i så tilfelle *hvilken* kompetanse som kan utledes, blir på denne måten i bunn og grunn et gradsspørsmål, og legalitetsprinsippet flyter her sammen med alminnelig rettskildelære.

Utgangspunktet for en fortolkning av det materielle hjemmelsgrunnlaget er – som for andre rettsspørsmål - anvendelsen av de alminnelige rettskildeprinsipper slik disse har utkrystallisert seg gjennom høyesterettspraksis, og senere er fremstilt i juridisk teori. På legalitetsprinsippets område kan det imidlertid i tillegg hevdes å foreligge et kvalitativt krav til det primære rettsgrunnlaget for inngrepet – et krav om *tilstrekkelig klar lovhjemmel*⁶¹.

⁵⁸ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.132, Bernt (1982) s.521, Boe (1983) s.164-165, Graver (2002) s.80-81. Tilsynelatende annerledes, Kraby (1996) s.150flg.

⁵⁹ Jfr. Nygård (2004) s.66.

⁶⁰ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.127flg, her vises blant annet til Rt.2000s.46 og Rt.2001s.382.

⁶¹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.336, Skjerdal (1998) s.53flg.

Eksistensen av dette kravet er det stort sett enighet om i teorien, men enkelte forfattere tar avstand fra å kalle dette for et *krav til hjemmelen*, og anser heller legalitetsprinsippet som et tolkningsmoment etter alminnelig tolkningslære⁶².

Mens tilhengere av legitimitetsteorien anser klarhetskravet som en del av legalitetsprinsippet, oppstiller forfatterne i kompetanseteorien gjennomgående klarhetskravet på ulovfestet grunnlag. Slik jeg ser det blir dette i større grad et terminologisk enn et rettslig spørsmål.

Av Rt.1995s.530 kan det utledes at klarhetskravet ikke er noen statisk skranke. Her uttales det blant annet at ”kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er ovenfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.”⁶³ Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak fattet av Fiskeoppdretternes Salgslag AL om avgift på førstehåndsomsetningen av fersk laks.

Uttalelsens rettskildemessige vekt må også anses for ytterligere styrket ved at den også siteres og legges til grunn i en senere høyesterettsavgjørelse, inntatt i Rt.2001s.382.

Etter min mening fremgår det på denne bakgrunn av rettspraksis at spørsmålet om den aktuelle hjemmelslov med tilstrekkelig grad av klarhet hjemler det aktuelle forvaltningstiltak må besvares gjennom en *sammensatt vurdering*, og ut fra de kriterier som 1995-dommen oppstiller.

Klarhetskravet deler legalitetskravets legislative begrunnelse, men flyter som sagt også over i hensyn fra alminnelig rettskildelære. Prinsippet om forvaltningens lovbundethet og hensynet til forutsigbar myndighetsutøvelse tilsier at det ikke bør være et for stort sprang fra ordlyd til tolkningsresultat.⁶⁴ Sett fra et rettskildemessig perspektiv blir imidlertid dette bare en konkretisert dimensjon av spørsmålet om hvordan de ulike tolkningsfaktorer i lys av tolkningsprinsippene forholder seg til hverandre. Denne delen av legalitetsprinsippet anses dermed også med rette som et rettskildeprinsipp⁶⁵, og har i teorien blitt kalt ”det relative legalitetsprinsipp”⁶⁶.

⁶² Se Bernt (1982) s.516flg, Graver (2002) s.80-81.

⁶³ Jfr. s.590.

⁶⁴ Jfr. Skjerdal (2001) s.344.

⁶⁵ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.100flg., Kraby (1996) s.154.

⁶⁶ Jfr. Boe (1983) s.164.

Forestillingen om det relative legalitetsprinsippet bygger på det syn at hvorvidt et inngrep fra forvaltningens side krever hjemmel, og hvor klar denne hjemmel må være, i høy grad er avhengig av karakteren av inngrepet. Som en følge av dette visualiseres skrankene for forvaltningens materielle kompetanse som en glideskala⁶⁷, og ikke som en fast grense mellom kompetansegrunnlagene. Særlige reelle hensyn innenfor det aktuelle rettsområde kan dessuten få konkret innflytelse på hjemmelsproblematikken.

Boe kaller i denne sammenheng legalitetsprinsippet ganske betegnende for ”jo-jo-regelen”⁶⁸, jo mer inngripende handlingen er, jo strengere blir lovskravet. På denne bakgrunn er også legalitetsprinsippet blitt forsøkt reformulert som en generell rettskildemessig standard, bl.a. av Bernt og Boe.⁶⁹

Innholdet i klarhetskravet kan etter dette noe kortfattet samles i to hovedelementer⁷⁰; Dels er kravet om tilstrekkelig klar lovhjemmel et vektmoment i avveiningen mellom ordlyd i lovtekst og andre rettskildefaktorer under den konkrete rettanvendelsen. Legalitetsprinsippet medfører med dette at det finnes en grense for hvor langt forvaltningen under henvisning til lovforarbeider og andre rettskildefaktorer kan strekke en kompetansebestemmelse.

Dels oppstilles også et presisjonskrav til lovteksten på bakgrunn av legalitetsprinsippet som setter skranker for hvor vid kompetanse forvaltningen kan tildels ved lov. Presisjonskriteriet går dermed lenger enn en generell tolkningsregel gjør, og det gir også føring på hvilke typer spørsmål som legalitetsprinsippet forutsetter vurdert på lovgivernivå, og hvordan dette må komme til uttrykk.

2.2.3.8 Kompetanseteorien – legalitetsprinsippet som et helt generelt kompetansespørsmål.

Karakteristisk for den formelle tilnærming til legalitetsprinsippet, som kanskje særlig Eckhoff og Smith har stått for å utvikle, er at legalitetsprinsippet betraktes som et uttrykk for et helt generelt kompetansespørsmål. På denne bakgrunn har deres tilnæringsmåte blitt kalt for ”kompetanseteorien”⁷¹.

⁶⁷ Jfr. Bernt (1982) s.521flg.

⁶⁸ Jfr. Boe (1993) s.607.

⁶⁹ Jfr. Bernt (1982), særlig s.521flg, Boe (1983) s.164flg.

⁷⁰ Jfr. Skjerdal (2001) s.345.

⁷¹ Jfr. Graff Nielsen (2003) s.247.

Ross var imidlertid den første som i forhold til legalitetsprinsippet fant det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i et generelt krav om hjemmel for dispositive utsagn, og han kritiserte fremstillingen av legalitetsprinsippet som en spesiell regel med anvendelse på visse nærmere angitte typer vedtak.⁷² På midten av 60-tallet startet Ross debatten om holdbarheten av den tradisjonelle utforming av legalitetsprinsippet, og hans hovedsynspunkt var at legalitetsprinsippet ikke bare utgjør en begrensning i den utøvende makts generelle rettsanordnende kompetanse, men er et uttrykk for at en slik generell kompetanse ikke eksisterer. Med hans egne ord krevde ”alle forvaltningsakter (ordet taget i videste forstand), ikke blot de der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom...hjemmel i loven.”⁷³ En slik angrepsvinkel ville, etter Ross’ mening, gi en riktigere og mer presis fremstilling av de materielle hjemmelskrav ved offentlige myndighetshandlinger enn den uklare inngreps-tilnærmingen.

Hovedinnvendingen mot en slik tilnærming er at hjemmelsbegrepet på bakgrunn av praksis må favne svært vidt for å holde stand – det er et faktum i dag at det må tas høyde for alternative hjemmelsgrunnlag til den formelle lov. Med Ross’ standpunkt bringes også uklarheten om *når* hjemmel i formell lov faktisk er nødvendig inn med ny styrke, og mye på grunn av denne innvendingen har teorien i liten grad fått gjennomslag blant de øvrige forfattere og rettsteoretikere.

De som først og fremst står bak gjennombruddet for kompetanseteorien i norsk rett er Smith og Eckhoff, som på slutten av 70-tallet kom med teoretiske arbeider hvor de sluttet seg til mange av Ross’ tanker, men også videreutviklet disse. I senere tid har i tillegg blant andre Frihagen, Graver og Skjerdal⁷⁴ i sine fremstillinger tatt utgangspunkt i kompetanseteoriens definisjon av legalitetsprinsippet, og bygger i stor grad på Smith og Eckhoff’s hovedteser.

2.2.3.9 Den negative definisjon av legalitetsprinsippet – formell lov som residualhjemmel.

Smith og Eckhoff tar som tidligere nevnt utgangspunkt i en kompetansegrunnsetning om at kompetanse alltid er nødvendig for å treffe rettslig bindende beslutninger.⁷⁵ Rettslig

⁷² Jfr. Bernt (1982) s.510-511.

⁷³ Jfr. Ross (1980) s.238.

⁷⁴ Jfr. Frihagen (2003)s.107flg., Graver (1999) s.206flg., Skjerdal (1998) s.53-55 og 59-61.

⁷⁵ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310.

normering er per definisjon bruk av kompetanse⁷⁶, og legalitetsprinsippet anses som en avgrensende rettsnorm for denne materielle kompetansen for de rettssubjekter som omfattes av prinsippet. Adressatene for normeringshandlingene er imidlertid ikke avgrenset til ”borgerne” eller lignende, slik som etter den tradisjonelle definisjon av prinsippet, men omfatter enhver adressat for rettslige beslutninger forvaltningen treffer – også som et ledd i reguleringen av interne forhold. Hvilken *form* for kompetanse som er påkrevd reguleres videre av legalitetsprinsippet.

På dette grunnlag betegnes legalitetsprinsippet som en kompetansenorm⁷⁷, en normkategori som kjennetegnes ved at overskridelse medfører ugyldighet. Ved at legalitetsprinsippet anses for å være en kompetansenorm omfattes *ikke* forvaltningens faktiske handlinger av nedslagsfeltet for prinsippet etter kompetanseteoriens lære. Dette begrunnes i at det blir meningsløst å skulle bedømme en foretatt faktisk handling som ugyldig.⁷⁸ Legalitetskravet må reserveres for rettslige disposisjoner ”[h]vis terminologien skal tas på alvor”⁷⁹.

Standpunktet har skapt betydelig debatt, og skiller seg ganske skarpt fra både tradisjonell lære og legitimitetsteorien synspunkt, hvor samtlige av forvaltningens tiltak, avhengig av det nærmere innhold, har legalitetsprinsippet som felles skranke.

Utspringet til den ”nyere” teori om legalitetsprinsippet som kompetanseteorien representerer ligger som nevnt i en kritikk av det tradisjonelle syn om at inngrep i borgernes rettsfære må ha hjemmel i lov. Tiltak overfor private kan etter gjeldende rett også gjennomføres på grunnlag av sedvanerett eller samtykke som rettsgrunnlag, og i følge Smith m.fl. blir det dermed kunstig å opprettholde et krav om hjemmel i lov på prinsipielt grunnlag.⁸⁰

Med erkjennelsen av flere mulige kompetansegrunnlag som rettskildefundament for forvaltningens normeringshandling, er hovedtesen innenfor kompetanseteorien at legalitetsprinsippets betydning ligger i å verne mot inngrep som ikke har hjemmel i lov *eller* i et av de øvrige gyldige rettsgrunnlag. Formell lov blir dermed bare en residualhjemmel for de tilfeller hvor andre rettsgrunnlag ikke foreligger, eller i såkalte ”lovtomme rom”.

⁷⁶ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310, Graver (2002) s.198.

⁷⁷ Jfr. Smith (1978) s.656, Graff Nielsen (2003) s.250.

⁷⁸ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.323.

⁷⁹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310.

⁸⁰ Jfr. Smith (1978) s.664.

Som en følge av dette defineres legalitetskravet negativt som et prinsipp om at ”hjemmel i lov er nødvendig hvis det *ikke foreligger noe annet grunnlag for kompetanse*”⁸¹.

2.2.3.10 Kompetansegrunnlagene

I tillegg til formell lov oppstiller Smith og Eckhoff fire alternative kompetansegrunnlag for forvaltningen;

- organisasjons- og instruksjonsmyndigheten
- privat autonomi
- grunnlovens spesielle kompetanseregler og
- sedvanerettslig kompetanse

Det blir imidlertid presisert at listen kan utformes annerledes, og at kategoriseringen av de enkelte rettsgrunnlag er uten betydning for det grunnleggende resonnementet.⁸²

På dette punkt mener jeg ”universaliteten” i det grunnleggende resonnement kanskje overvurderes. En presis avgrensning av de enkelte rettsgrunnlag er etter min mening en forutsetning for opprettholdelsen av en kritikk av den tradisjonelle definisjon av legalitetsprinsippet. Det faktum at skillet mellom de ulike rettsgrunnlag i praksis er relativt flytende gjør at også slutningen i forhold til hvilke forvaltningstiltak som krever hjemmel i formell lov blir uforutsigbar. På dette punkt har kompetanseteorien også blitt møtt med kritikk.

Den kan hevdes å forenkle spørsmålet om når hjemmel i lov er nødvendig, men forflytter muligens bare uklarheten i kompetansespørsmålet til neste ”omgang”, fordi avgrensingen av hjemmelsgrunnlagene beror på en komplisert vurdering av hvor langt den aktuelle hjemmelen i praksis rekker.

Angivelsen av de ulike kompetansegrunnlag representerer i alle tilfelle noe av ”substansen” i kompetanseteorien.. To av kategoriene, - privat autonomi og organisasjons- og

⁸¹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310, min kursivering.

⁸² Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310.

instruksjonsmyndigheten defineres ut fra kompetansens innhold, de tre øvrige ut fra deres rettskildemessige grunnlag.⁸³

Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten betegnes som den kompetanse som tilligger den eller de overordnede i forvaltningen til å bestemme over forvaltningsapparatets indre anliggender, eksempelvis interne instruksjoner for saksbehandling. Det rettslige grunnlaget for kompetansen regnes for å være en kombinasjon av Grl. §3 og sedvanerettsdannelser.⁸⁴

Ut fra sitt innhold vil organisasjons- og instruksjonsmyndigheten sjelden rette seg mot private borgere, og slike inngrep kan som utgangspunkt heller ikke hjemles i organisasjons- og instruksjonsmyndigheten. Det kan imidlertid oppstå vanskelige grensespørsmål i forhold til beslutninger som indirekte får innvirkning på private rettssubjekter, f.eks. flytting av statlige etater, arbeidsinstruksjoner o.l.⁸⁵

Privatautonomien har blitt omtalt tidligere i fremstillingen, og eksistensen av et prinsipp om selvråderett regnes som nevnt som en alminnelig rettsgrunnsetning.

Som kompetansegrunnlag inndeles rettsgrunnlaget ofte i *eierrådighet* og *avtalekompetanse i form av muligheten til å oppnå et samtykke*⁸⁶. Kompetansen er videre underlagt en rekke faktiske og rettslige grenser, eksempelvis nabolovgivning og andre innskrenkninger av retten til eiendomsnytelse.⁸⁷

For enkelte offentlige myndighetshandlinger inneholder *Grunnloven* spesielle kompetanseregler. Dette gjelder blant annet det rettslige grunnlaget for Stortingets pålegging av skatter og avgifter, samt deres bevillingsbeslutninger, jfr. Grl. §§75 litra a og litra d. Grunnlovens spesielle kompetansebestemmelser gir en saksavgrenset kompetanse til statorganene, og legitimerer dermed rettslige beslutninger uten at hjemmel i formell lov er nødvendig.

I likhet med organisasjons- og instruksjonsmyndigheten er Grunnloven sjelden aktuell som kompetansegrunnlag i forhold til direkte inngrep ovenfor borgerne, og faller derfor også som utgangspunkt helt utenfor legalitetsprinsippets anvendelsesområde.

⁸³ Jfr. Bernt (1982) s.514-515.

⁸⁴ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.317.

⁸⁵ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.318, Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.53.

⁸⁶ Jfr. Graver (2002) s.218.

⁸⁷ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.319.

Som nevnt ovenfor anses organisasjons- og instruksjonsmyndigheten å være basert på *sedvanerett*. Av praksis følger imidlertid at sedvanerettsbasert kompetanse også kan være aktuelt i andre sammenhenger. Vilkårslæren og forvaltningens omgjøringskompetanse må blant annet anses fundert på sedvane, og som vi skal i kapittel 3 representerer også antakelig nødrettsgrunnlaget et helt eller delvis sedvanerettsbasert kompetansegrunnlag.

2.3 Særlig om faktiske handlinger og normeringshandlingler.

2.3.1 Grensedragningen – introduksjon.

Skillet mellom faktiske handlinger og normeringshandlingler er en sontring mellom ulike typer virkemidler for forvaltningen – det vil si ulike former for samfunnsmessig styring og påvirkning. Sondringen har blant annet rettslig betydning ved at den er sentral i relasjon til avgrensingen av legalitetsprinsippets anvendelsesområde etter kompetanseteorien.

Som utgangspunkt er imidlertid en slik teoretisk og ”samlende” kategorisering av forvaltningens virkemidler vanskelig av flere grunner. For det første gjør mangfoldet og uoverskueligheten av forvaltningsgjøremål en uttømmende systematisering svært krevende. Videre finnes det også mange forskjellige grunnlag eller kjennetegn å bygge en slik kategorisering på, og det finnes til dels også sterke juridiske tradisjoner for valg av slikt grunnlag.⁸⁸

For å danne et fundament for en oversiktlig og presis rettsdogmatikk er en begrepsanalyse likevel viktig. Begrepsapparatet for forvaltningsmessig styring skal ideelt sett kunne betegne samtlige handlinger gjort av offentlige tjenestemenn på forvaltningens vegne, for dermed å kunne være et tjenlig utgangspunkt for en nærmere angivelse av materielle og kvalitative hjemmelskrav, samt fortolkningen av kompetansebestemmelser og rekkevidden av forvaltningens krav til saksbehandling.⁸⁹

⁸⁸ Jfr. Christensen (1991) s.55.

⁸⁹ Jfr. Graver (2002) s.204.

Rettskildegrunnlaget for å foreta en sontring mellom faktiske handlinger og rettslige normeringer er stort sett teoretiske fremstillinger innenfor forvaltningsretten. Her henger imidlertid synet på sontringens rettslige betydning ofte sammen med den øvrige tilnærming til rettsstoffet. Sontringen behandles blant annet sjelden inngående av talsmennene for en positiv formulering av legalitetsprinsippet.

Avgjørelser fra Høyesterett blir i teorien tatt til inntekt for ulike syn på både relevansen av sontringen og de eventuelle avgrensingskriterier for denne. Det finnes imidlertid ikke avgjørelser fra Høyesterett som eksplitt benytter en terminologi bestående av begrepene ”faktiske handlinger” og ”rettslige disposisjoner/normeringshandlingler”.

I det videre vil jeg forsøke å gjøre rede for innholdet i sontringen, og jeg vil også forsøke å skissere hovedlinjene i problematikken rundt disse begrepene. Jeg vil fokusere på å belyse sontringens sammenheng med tilnærmingen til forvaltningsmessige hjemmelskrav, og dens betydning for en slik debatt.

Denne tråden vil imidlertid også bli tatt opp igjen i forbindelse med behandlingen av nødrettsinngrepet i lys av de gjeldende legalitetskrav.

2.3.2 Faktiske handlinger

Umiddelbart, og basert på en rent språklig forståelse, synes det naturlig å likestille begrepet ”faktisk handling” med fysisk realisasjon av forvaltningstiltak. Dette bygges på en kjent individualpsykologisk iakttakelse om at det er forskjell på en beslutning og dennes realisasjon.⁹⁰

En faktisk handling vil da typisk være vegbrøyting i tråd med forvaltningsvedtak eller forskrift, eller den praktiske utføringen av et tvangsinngrep. Motstykket i form av normeringshandlingler, ville etter den samme begrepsforståelsen typisk være et forvaltningsvedtak i sin formelle skriftlige form, som et klart ”forutgående” element i forhold til vedtakets faktiske realisasjon.

Problemet ved en slik tilnærming blir klart når en beveger seg utenfor de klare tilfeller av forutgående forvaltningsprosess og etterfølgende tiltak. En faktisk handling vil nemlig stort

⁹⁰ Jfr. Christensen (1991) s.64.

sett alltid ha sitt utspring i en eller annen form for mental beslutningsprosess, og kan vanskelig skilles ut fra andre forvaltningshandlinger etter dette kriteriet. En normeringsakt vil på den annen side prinsipielt sett kunne bestå i ren ”fysisk” aktivitet, for eksempel ved politiets bruk av fullmakt til å bevare ro og orden. En slik inndeling ville i tillegg være vanskelig å få til å harmonere med øvrig terminologi.⁹¹

I forvaltningsrettslig teori gis det sjelden positive eller abstrakte definisjoner på de faktiske handlinger. Inngrepskategorien blir i stedet angitt ved å bruke uttrykket som et residualbegrep, og hovedregelen blir dermed at handlinger som *ikke* per definisjon er rettslige normeringer, *er* faktiske handlinger.⁹² Dette hevdes som et utgangspunkt både blant talsmennene for legitimitetsteorien og kompetanseteorien, dog har den særskilt betydning for kompetanseteorien.

Dersom man i tråd med dette tar utgangspunkt i at faktiske handlinger er ”rest-handlinger” og skal defineres negativt, er det helt avgjørende for sontringen med en klar og håndterbar definisjon av normeringshandlingene.

2.4.3 Normeringshandlinger

Som nevnt ovenfor kan verken faktiske handlinger eller normeringshandlinger skilles ut ved en vurdering av normeringsaktens *uttrykk*. En normering kan foretas ved en realhandling, og forutsetter ikke nødvendigvis en etterfølgende faktisk realisasjon. I likhet med andre handlinger kan en normeringsakt i tillegg ha både faktiske og rettslige *konsekvenser*, og selve normeringsakten kan dermed ikke skilles ut gjennom en vurdering av om handlingen direkte eller indirekte påvirker noens rettigheter.

Som Graver påpeker kan også en faktisk handling påvirke rettigheter. For eksempel utløses det et kjøreforbud gjennom vegtrl. §17 dersom vognkortet i en lovlig registrert bil blir fysisk fjernet.⁹³

⁹¹ Jfr. Christensen (1991) s.65.

⁹² Jfr. f.eks. Smith (1978) s.657, som behandler ”legalitetsprinsippet som skranke for rettslige disposisjoner”, og definerer disse, samt Graver (2002) s.198.

⁹³ Jfr. Graver (2002) s.199.

Smith og Eckhoffs definisjon av normeringer knyttes som nevnt innledningsvis til begrepet kompetanse. Kompetanse blir definert som evnen til å ”ved normeringsakt fastsette (endre eller oppheve) generelle eller individuelle normer”⁹⁴, og normeringer blir dermed etter deres syn selve *bruken av* slik kompetanse – for eksempel en beslutning om å foreta omsorgsovertakelse etter bvl.§4-12. Normeringene kjennetegnes videre ved at de ”iallefall etter sin art [kan] tenkes å være ugyldige”⁹⁵.

I tillegg til at det kan stilles spørsmål ved handlingens *lovlighet*, vil det dermed for normeringshandlinger også alltid kunne stilles spørsmål ved hvorvidt handlingen er *gyldig* i henhold til den foreliggende kompetanse. I følge Smith og Eckhoff blir kompetansebegrepet av denne grunn tilsvarende ”meningsløst for rent faktiske handlinger”⁹⁶, idet utføringen av disse bygger på fysiske og faktiske forutsetninger og ikke kan vurderes i forhold til et gyldighetskriterium. Disse handlinger skiller seg fra normeringene ved at de per definisjon ikke representerer noen kompetanseutøvelse.

En viktig observasjon er imidlertid at en normeringsakt også gjerne er *nært knyttet* til faktiske handlinger – eksempelvis gjennom møteavholdelse og andre praktiske skritt som er nødvendig for å gjennomføre den, samt etterfølgende overvåkning av beslutningens overholdelse

Sammenlignet med de øvrige forsøk på tilnærming fremstår kompetanseteoriens modell umiddelbart som rimelig konsekvent og gjennomførbar, og isolert sett foreligger det heller ingen betenkeligheter ved å skille ut en gruppe forvaltningshandlinger gjennom å konstatere at disse *enten inneholder eller ikke inneholder et klart element av kompetansebruk*.

Problemene oppstår etter min mening først når man gjennom en negativ definisjon forsøker å skille ut ”rene” faktiske disposisjoner, og videre benytter denne inndelingen som utelukkende er basert på ”kompetansebruk” som basis for å definere legalitetsprinsippets omfang.

⁹⁴ Jfr. Eckhoff/Sundby (1991) s.83.

⁹⁵ Jfr. Smith (1978) s.656.

⁹⁶ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.323.

2.3.4 Nærmere om betydningen av en sontring mellom faktiske handlinger og rettslige normeringer. – særlig i forhold til diskusjonen rundt legalitetsprinsippets krav til særskilt rettsgrunnlag for forvaltningstiltak.

Grensedragningen mellom disposisjoner i form av faktiske handlinger og rettslige normeringer er av vesentlig betydning for diskusjonen rundt rettsgrunnlaget for forvaltningens virksomhet. Årsaken til dette er at uenigheten mellom de to hovedteorier for tilnærming til legalitetsprinsippet for en stor del består i nettopp ulikt syn på hvilke materielle hjemmelskrav som stilles til forvaltningens ”faktiske handlinger”.

Hos tilhengerne av legitimitetsteorien, er sontringen mellom forvaltningens handlinger og rettslige beslutninger i utgangspunktet av underordnet betydning for angivelsen av legalitetsprinsippets anvendelsesområde. Fokus er i stedet rettet mot det materielle innhold av den enkelte myndighetshandling og behovet for legalitetsvern, jfr. vurderingen av inngrep i borgernes rettssfære.

Språklig sett innebærer ikke legitimitetsteoriens inngrepskriterium noen krav til gjennomføringsmåte og ”faktisk eller rettslig” karakter i sin angivelse av legalitetsprinsippets nedslagsfelt, og dette tilsier at sontringen mellom faktiske handlinger og normeringer isolert sett heller ikke har betydning for vurderingen.

Det erkjennes imidlertid at normeringshandlingene oftere *vil* bli kategorisert som ”inngrep” i relasjon til legalitetsprinsippet enn de faktiske handlinger, både på grunn av at det for enkelte myndighetshandlinger foreligger en tradisjon for dette, og fordi hensynene som taler for legitimitet gjennom en lovgivningsprosess i noen tilfeller vil slå sterkere til i disse tilfellene. Prinsipielt står likevel faktiske handlinger og rettslige normeringer i samme stilling i følge legitimitetsteorien, og legalitetsprinsippet betegnes som ”en generell forfatningsrettslig skranke for *all utøving av offentlig virksomhet*”⁹⁷.

Slik jeg tolker Kraby og de øvrige talsmenn for legitimitetsteorien tillegges legalitetsprinsippet på denne måten betydning både som *pliktnorm og kompetansenorm*⁹⁸. Kompetansenormer har normsystemet som gjenstand, og gir evne til å oppheve, endre og fastsette nye rettsnormer gjennom nettopp rettslige normeringer. Pliktnormer har derimot den

⁹⁷ Jfr. Kraby (1996) s.149, min kursivering.

⁹⁸ Jfr. også Hopsnes/ Solberg (2005) s.92flg.

faktiske verden som gjenstand, og er rettslige innskrenkninger i form av plikt til å foreta seg noe, plikt til å la være å foreta seg noe, eller plikt til å tåle noe. Som Hopsnes og Solberg skriver er det et sentralt kjennetegn ved pliktnormer at de ”søker å regulere den faktiske verden direkte ved å angi hva som er lovlig og ulovlig atferd”⁹⁹.

Standpunktet innebærer at legalitetsprinsippet i tillegg til å begrense det offentliges kompetanseutøvelse griper inn i og begrenser det offentliges *alminnelige handlefrihet*. Med alminnelig handlefrihet menes den formelle frihet til å handle, tenke og ytre seg med mindre det foreligger et uttrykkelig forbud mot den aktuelle handlemåte.¹⁰⁰ En faktisk handling behandles dermed prinsipielt forskjellig når den foretas av det offentlige og når den foretas av en privatperson. Det offentlige må forholde seg til legalitetsprinsippet pliktnorm.

Eckhoff og Smith anser på den annen side legalitetsprinsippet for utelukkende å være en *kompetansenorm*, og finner å måtte holde faktiske handlinger utenfor normens anvendelsesområde fordi disse etter sin art ikke kan tenkes rammet av ugyldighet.¹⁰¹

Disposisjoner som etter sin art ikke kan være ugyldige er per definisjon ikke et resultat av kompetansebruk, og reguleres dermed heller ikke av en kompetansenorm. Konsekvensen av dette blir som tidligere nevnt at legalitetsprinsippet overhodet ikke anses å angå forvaltningens faktiske handlinger. Standpunktet støttes stort sett av talsmennene for kompetanseteorien, dog finnes enkelte nyanseforskjeller.

Graver og Boe skiller seg blant annet ut ved å befinne seg i en slags mellomstilling mellom de to teorier. I sin fremstilling ”Alminnelig forvaltningsrett” tar Graver klart utgangspunkt i kompetanseteorien og den negative definisjon av legalitetsprinsippet¹⁰², men han bygger også på at det skal skje en materiell vurdering av forvaltningens faktiske handlinger på tilsvarende måte som etter legalitetsprinsippet. Han uttaler blant annet at ”gode grunner [taler for å] med Boe å tale om et materielt legalitetsprinsipp som kommer til anvendelse på forvaltningens faktiske handlinger”¹⁰³.

I sin artikkel går Kraby, som jeg definerer som talsmann for legitimitetsteorien, så langt som å hevde at det ikke hersker noen ”tvil om at legalitetsprinsippet beskytter mot både rettslige og

⁹⁹ Jfr. Hopsnes /Solberg (2005) s.90.

¹⁰⁰ Jfr. Hopsnes /Solberg (2005) s.89.

¹⁰¹ Jfr. Smith (1978) s.657.

¹⁰² Jfr Graver (2002) s.206flg.

¹⁰³ Jfr. Graver (2002) s.209.

faktiske inngrep”. Dette strider etter min mening mot uttalte oppfatninger fra blant andre Eckhoff /Smith¹⁰⁴, og jeg mener Kraby her tar for lett på de eksisterende divergenser i teorien. Selv om begge hovedteorier erkjenner at enkelte forvaltningshandlinger på grunn av sitt innhold krever hjemmel i lov, og at man i tvilstilfeller må foreta en konkret interesseavveining for å avgjøre rekkevidden av lovskravet, er *begrunnelsene* for at man stiller materielle hjemmelskrav vesensforskjellige, og dette gir også utslag for rettsanvendelsen. Som Hopsnes/Solberg skriver er ”spørsmålet om skrankene for det offentliges handlefrihet som fulgte av den tradisjonelle formuleringen skal behandles som en del av ”legalitetsprinsippet” kun av terminologisk art. Eksistensen og rekkevidden av forbudsnormen er derimot et rettslig spørsmål.”¹⁰⁵

Spørsmålet om eksistensen av en generell pliktnorm med visse skranker for offentlige myndighetshandlinger har i liten grad vært gjenstand for debatt utenfor teoretiske fremstillinger og artikler. Det foreligger imidlertid offentlige utredninger fra senere tid som kan tolkes til inntekt for å operere med en generell forbudsnorm for inngripende handlinger uten hjemmel i lov. Som eksempler kan nevnes rapporten fra Lundkommisjonen¹⁰⁶, samt Metode – og politimetodeutvalgets rapporter¹⁰⁷. Disse vil jeg komme tilbake til senere i fremstillingen.

I rettspraksis finnes også avgjørelser som styrker rettskildegrunnlaget for legalitetsprinsippet pliktnormdel. Avgjørelsene inneholder ikke direkte uttalelser med hensyn til dette spørsmål, men det fremkommer likevel begrunnelser og slutninger av relevans.

Særlig aktuell er kanskje den såkalte ”Fornebu-saken”¹⁰⁸. Saken gjaldt spørsmålet om tvangsmedisinering av en utvist gambisk statsborger under uttransportering fra Norge var uhjemlet. Tiltale ble tatt ut for overtredelse av strl.§325 nr.1 mot polititjenestemannen som foretok medisineringen. Høyesterett domfelte vedkommende, og anså ham for å ha stått for en ”maktanvendelse som innebærer en inngripende integritetskrenkelse”¹⁰⁹. De uttalte videre at det var ”snakk om en handling som faller utenfor de tradisjonelle politihandlinger” hvor

¹⁰⁴ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.323.

¹⁰⁵ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.91.

¹⁰⁶ Jfr. Dokument nr.15 (1995-1996).

¹⁰⁷ Jfr. NOU 2003:18, NOU 2003:21, NOU 2004:6.

¹⁰⁸ Rt.1995s.20

¹⁰⁹ Jfr. s.21.

*”legalitetsprinsippet tilsier at det må kreves hjemmel i lov for at en slik tjenestehandling skal være akseptabel”*¹¹⁰. Slik lovhjemmel forelå ikke.

Høyesterett viser her direkte til legalitetsprinsippet som en norm som medfører at et oppfylt legalitetskrav er en betingelse for handlingens lovlighet, og dette kan tas til inntekt for at legalitetsprinsippet nettopp må inneholde en pliktnorm med anvendelse på offentlig virksomhet. Dersom faktiske handlinger, som denne dommen jo omhandler, skulle anses for å falle utenfor prinsippets anvendelsesområde, må det forventes at retten i stedet ville tatt et klart utgangspunkt i grensene for alminnelig handlefrihet og lex superior-prinsippet. Strl. §325 nr.1 utgjør en forbudregel av lovs rang, og en tilnærming fra en slik synsvinkel ville etter all sannsynlighet også ha ført til det samme resultat.

Også ”Hagangur II-saken”¹¹¹ styrker etter min mening det rettskildemessige grunnlaget for å kunne anse legalitetsprinsippet for å omfatte faktiske handlinger, og dermed være både en kompetansenorm og en pliktnorm rettet mot de offentlige myndigheter.

Saken gjaldt straffetiltaler i forbindelse med kystvaktens aksjon mot ulovlig fiske. Høyesterett fant at de fangstbegrensninger som på det aktuelle tidspunkt gjaldt for fiskevernsonen, ikke ga hjemmel for forbud mot det fisket som ble drevet fra tråleren, og at Kystvaktens forsøk på å kutte trålen da objektivt sett var uberettiget. Under behandlingen av dette spørsmål ble det fra Høyesteretts side ikke tatt avstand fra Herredsrettens uttalelse om det må ”kreves hjemmel i lov for at kystvakten kan gå til et så alvorlig inngrep overfor et fiskefartøy – norsk eller utenlandsk – som det å kutte trålen innebærer.”¹¹² Som Kraby¹¹³ mener jeg også at Herredsretten med en slik formulering klart begrunnet sitt resultat med en vurdering etter legalitetsprinsippet, og ikke ut fra en trinnhøydeargumentasjon.

¹¹⁰ Jfr. s.21, min kursivering.

¹¹¹ Rt.1996s.654.

¹¹² Jfr. s.657flg.

¹¹³ Jfr. Kraby (1996) s.158.

2.3.5 Hva er konsekvensene dersom faktiske handlinger *ikke* anses omfattet av legalitetsprinsippet?

En vesentlig del av kritikken mot kompetanseteorien har gått på at man med dette lager en teoretisk modell for hvilke materielle hjemmelskrav som må stilles til forvaltningens normeringshandlinger, uten å stille krav til rettskildefundament for inngripende faktiske handlinger ovenfor borgerne. Kompetanseinnfallsvinkelen fremstiller som nevnt legalitetsprinsippet utelukkende som et spørsmål om det foreligger kompetanse for å etablere normer.¹¹⁴

Det kan raskt slås fast at det også etter kompetanseteorien stilles opp *visse* skranker for forvaltningens anledning til å foreta faktiske handlinger. Selv om man etter dette syn ikke trenger noen form for *kompetanse* for å utføre en slik handling, er det ikke dermed sagt at handlingen også er *lovlig*.¹¹⁵

Skrankene for faktiske offentlige myndighetshandlinger knyttes imidlertid ikke til handlingens inngripende karakter overfor borgeren og behovet for legitimitet fra lovgiver, men til det faktum at også forvaltningen må avholde seg fra å foreta handlinger som normalt er forbudte.¹¹⁶ Konsekvensene av å anse de faktiske handlinger for å falle utenfor legalitetsprinsippet nedlagsfelt er dermed hovedsaklig at grensene for hva forvaltningen kan foreta seg gjennom slike handlinger og hva private personer kan foreta seg, som utgangspunkt blir de samme. Lex-superior-prinsippet er almengyldig, og fra dette utledes regelen om at det behøves tillatelse i lov eller trinnhøyere regel for å gjøre unntak fra regler som har lovs rang, herunder for eksempel straffebud om tvang og rådighetskrenkelser.

Med lex-superior-prinsippet trekkes dermed grensene for forvaltningens ”faktiske” handlefrihet med en henvisning til grensene for alminnelig handlefrihet, og de materielle hjemmelskrav vil være oppfylt etter kompetanseteorien dersom den aktuelle handling ikke rammes av et straffebud eller et annet forbud av lovs rang.

¹¹⁴ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.89.

¹¹⁵ Jfr. Graver (2002) s.207.

¹¹⁶ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.323.

2.3.6 Avsluttende bemerkninger

Gjennomgangen av de materielle hjemmelskrav, og herunder de ulike teorier for tilnærmingen til legalitetsprinsippet, tyder etter min mening på en noe uklar rettstilstand vedrørende kravene til rettsgrunnlag for forvaltningens atferd og beslutninger . På bakgrunn av ulikheten mellom kompetanseteoriens og legitimitetsteoriens tilnærming til de materielle skrankene for utøvelse av offentlig myndighet er det derfor kanskje hensiktsmessig å begynne å lete etter gode løsninger gjennom å drøfte spørsmålet de lege ferenda.

Dette vil jeg komme tilbake til etter å ha sett nærmere på nødrettsinngrepet og gjennom å gjøre rede for anvendelsen av de materielle hjemmelskrav på denne typen inngrep.

3. Nødrett som rettsgrunnlag for forvaltningstiltak – et alternativt kompetansegrunnlag.

3.1 Hva er ”nødrett”?

3.1.1 Innledning

”Nød bryter alle lover” sier et gammelt uttrykk¹¹⁷, og gir samtidig en generell pekepinn på nødrettens innhold. Stikkordet er nettopp ”nød” som situasjonsbeskrivelse, og det faktum at denne særegne situasjonen får innvirkning på samfunnsnormenes angivelse av hva som er rettmessig og urettmessig atferd. Nødssituasjonens karakter medfører at den sosiale, etiske eller rettslige referanseramme – kort sagt normene for hva som er rett og galt – differensierer fra den som ellers er fastsatt å skulle gjelde.¹¹⁸ Det finnes dermed en egen *nødrett*.

Området for nødretten kan videre avgrenses på forskjellige måter. På den ene siden kan nødrettsreglene anses som normer som bare angår den særlige unntakssituasjonen som nøden utgjør, og dermed som ”unntaksregler” - *lex specialis* - i forhold til normer for riktig atferd i en normalsituasjon. På den annen side kan man si at rettsreglene i samfunnet på sett og vis forutsetter en normalsituasjon, og dermed kan disse hevdes å ikke omfatte nødssituasjonen i det hele tatt. Som en følge av dette blir man i en nødssituasjon stående i et retts – eller regeltomt rom dersom et særlig nødrettsgrunnlag ikke foreligger.¹¹⁹

Uavhengig av angrepsvinkel er det klart at en nødrettshandling ikke vil representere noe *regelbrudd*. Dersom vilkårene for å benytte nødrett er oppfylte vil handlingen alltid være *rettmessig*, i og på grunn av den faktiske konteksten den inngår i.

I denne delen av fremstillingen vil jeg foreta en nærmere analyse av nødretten som rettsgrunnlag for forvaltningstiltak, og med *tiltak* sikter jeg både til faktiske handlinger og normeringshandlinger¹²⁰. Denne delen av nødrettsinstituttet reiser etter min mening særlige

¹¹⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.3.

¹¹⁸ Jfr. Andorsen (1999) s.3.

¹¹⁹ Jfr. Andorsen (1999) s.3 Denne konstruksjonen stammer fra tysk rett, men er ikke i overensstemmelse med dagens alminnelige rettsoppfatning. Både i tysk og norsk rett vil man se det slik at den enkelte handlemåte enten er rettsstridig eller lovlig, ikke prisgitt det ”rettstomme rom”.

¹²⁰ Jfr. pkt.2.3.

spørsmål som i liten grad har vært belyst tidligere. Av hensyn til plass er det imidlertid nødvendig å foreta visse avgrensninger, og dette kommer jeg tilbake til.

Hovedproblemstillingen for kapittelet kan sammenfattes slik;

- Hva består hjemmelsgrunnlaget for offentlige nødrettsinngrep i, og når kan slike inngrep rettmessig foretas?

3.1.2 Strafferettslig nødrett, sivil nødrett og konstitusjonell nødrett.

Historisk sett er det særlig den strafferettslige nødrett som har vært viet interesse i rettsteoretiske fremstillinger.¹²¹ Nødrett er i strafferettslig sammenheng først og fremst en lovfestet straffrihetsgrunn, og således et regelfragment i strafferettens ansvarslære. Lovbestemmelsen i strl.§47 gir rettssubjektet suspensjon fra de strafferettslige normene for normalsituasjonen, under forutsetning av at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

I tillegg til at nødrettssituasjonen fritar for straffansvar, har nødretten en tilleggsdimensjon som rettmessighetsgrunn. Nødrettshandlingen er dermed ikke bare unnskyldt, den er objektivt sett *lovlig*¹²². Som det uttrykkes i NOU 1983:57 er nødrett ”et forhold som utelukker *rettstrid*”, og ”grunnvilkåret om at det må være begått et lovbrudd for å kunne straffe, innebærer også at det ikke må foreligge noen omstendighet som utelukker rettsstrid, dvs *gjør handlingen lovlig*.”¹²³

Dette aspektet ved nødretten fremgår ikke direkte av selve nødrettsbestemmelsen, men kan utledes fra skadeserstatningslovens §1-4 samt straffelovens forarbeider, og regnes per i dag som sikker rett.¹²⁴

I norsk rett har vi ingen generell sivillovbok, og utenfor strafferetten finnes det heller ingen felles lovfestet bestemmelse om nødrett. Det finnes imidlertid mange eksempler på sivile og

¹²¹ Jfr. Andorsen (1999) s.5.

¹²² Jfr. Andenæs (1998) s.180.

¹²³ Jfr. s.116.

¹²⁴ Jfr. Andenæs (2004) s.181, Andorsen (1999) s.5.

lovfestede særbestemmelser om nødrett, for eksempel i beredskapsloven og psykisk helsevernloven.

Som vi imidlertid skal se senere i fremstillingen antas det også å eksistere rettsregler om nødrett utenfor strafferettens område på et ulovfestet rettskildemessig grunnlag.

Mens den strafferettslige problemstilling dreier seg om pådratt eller ikke pådratt straffansvar, er den sivilrettslige problemstillingen hvorvidt en opptreden er *rettmessig* eller ikke, med de rettslige konsekvenser dette får. Som Andorsen påpeker¹²⁵ er det imidlertid rent prinsipielt liten eller ingen forskjell mellom den strafferettslige nødrett på den ene siden, og den sivilrettslige på den andre, men ulikheten mellom rettsområdene får allikevel visse konsekvenser for den konkrete rettsanvendelsen.

Både det som hittil er omtalt som ”strafferettslig nødrett” og som ”sivilrettslig nødrett” dreier seg om spesialregulering av nødssituasjoner med konsekvenser for hva som er rettmessig handlemåte etter rettsregler med formell lovs trinnhøyde. Strl. §47 eller nødrettsbetraktninger på ulovfestet grunnlag kan imidlertid ikke gjøre en i utgangspunktet *grunnlovsstridig* handling rettmessig. Dette følger av trinnhøydeprinsippet i norsk rett.

Grunnloven inneholder ingen nødrettsbestemmelse, men det finnes likevel ulovfestede regler om konstitusjonell nødrett som vil kunne medføre at forfatningens regler rettmessig kan fravikes. Når dette er sagt skiller konstitusjonell nødrett seg vesentlig fra nødretten forøvrig, og reiser særlige spørsmål som det ikke er naturlig å ta opp i denne fremstillingen. Etter denne korte presentasjon avgrenses det dermed mot denne delen av nødrettsinstituttet i den videre behandling.

3.1.3 Historikk og legislative hensyn

Strl. §47 ble vedtatt i 1902 som en del av vår alminnelige straffelov, og har siden stått tilnærmet uendret i sin språklige form. Som en del av den pågående lovrevisjon på strafferettens område er imidlertid ny nødrettsbestemmelse vedtatt i ny alminnelig straffelov, men denne er ennå ikke ikrafttrådt.¹²⁶ På det nåværende tidspunkt er det ennå usikkert når

¹²⁵ Jfr. Andorsen (1999) s.4.

¹²⁶ Jfr. Lov om straff av 20. mai 2005 nr.28, §17.

ikrafttredelse vil bli aktuelt, men det er naturlig å tenke seg at dette vil skje innenfor en femårsperiode.

Selve nødrettsinstituttet har imidlertid røtter mye lenger tilbake enn til vedtagelsen av den gjeldende straffelov. Nødrettstanken har klanggrunn i klassisk filosofi, og drøftes således i filosofiske verk både av Aristoteles og Kant. Generelt preges nødretten av grunnleggende moralfilosofiske betraktninger, og må kunne sies å være en nødvendig bestanddel i et hvert rettssystem. Noe upresist, men likevel treffende, kan dette illustreres gjennom det kjente uttrykket ”ingen regel uten unntak”.

Som det fremgår av forrige punkt i fremstillingen har nødrettsinstituttet stor saklig rekkevidde, og dette forplanter seg nødvendigvis også til den nærmere begrunnelse bak nødrettsinngrepet i det enkelte tilfelle. For å illustrere dette vil jeg innledningsvis undersøke de legislative hensyn bak instituttet slik det fremtrer som henholdsvis straffrihetsgrunn, sivil rettmessighetsgrunn og kompetansegrunnlag for det offentlige. Jeg vil også gå inn på spørsmålet om hvorfor nødretten som kompetansegrunnlag skiller seg ut og reiser særlige spørsmål.

3.1.3.1 Strafferettslig nødrett

Strl.§47 må i følge juridisk teori anses for å bygge på både subjektive og objektive begrunnelser for nødrettshandlingen, og det norske standpunkt kan på denne bakgrunn sies å være *dualistisk fundert*¹²⁷.

Siden nødrett forutsettes å ikke bare være et unnskyldende forhold som fritar for straff (subjektivt), men også medfører at handlingen objektivt sett er lovlig, må den anses for å ha et visst *objektivt fundament*.

En av de fremste talsmenn for et objektivt syn på nødretten var filosofen Hegel, som tok til orde for at nødrettsinstituttet definerer selve grensen mellom ”rett og galt”, og dermed ikke bare utelukker straff.¹²⁸

¹²⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.21 og 22.

¹²⁸ Jfr. Hegel (1986) §127.

Den nærmere objektive begrunnelsen for rettmessigheten av nødrettshandlingen har ellers i stor grad blitt forankret i utilitarismen, som karakteriseres ved strikt konsekvensialisme og nyttemaksimering. Det sentrale innhold i det utilitaristiske prinsipp blir ofte uttrykt som en setning om at goder av større verdi bør reddes og bevares på bekostning av goder av mindre verdi¹²⁹, idet dette generelt vil medføre mest mulig lykke for flest mulig mennesker. Prinsippet begrunner dermed for eksempel at et menneskeliv kan reddes ved inngrep i materielle verdier, uten at samtykke fra eieren er nødvendig. Skoleeksempelet på en slik situasjon er innbrudd i en hytte på fjellet for det formål å kunne søke ly for snøstorm.

Enkelte teoretikere¹³⁰ har imidlertid hevdet at klassisk utilitarisme ikke gir en tilstrekkelig begrunnelse for nødrettsinngrepet, med grunnlag i et resonnement om at man ikke kan begynne en bestemt løsning med et vilkår for den samme løsningen. Nettopp ”særdeles betydelig” verdiovervekt for den fareutsatte interesse er nemlig det sentrale vilkår i straffelovens nødrettsbestemmelse. Prinsippet om privatautonomi taler med tyngde for at en skade skal forbli der den tilfeldig rammer, og for å kunne foreta et rettmessig nødrettsinngrep i strid med dette hensynet, må dette søkes begrunnet med et prinsipp om plikt til å utvise *solidaritet*.¹³¹

Grunntanken er her at det anses *rimelig* at innehaveren av et klart mindre verdifullt gode ofrer dette til fordel for et truet gode av større verdi. Utilitarismens vilkår om verdiovervekt benyttes uten samtidig å være nødrettsinngrepet begrunnelse, og henviser bare til vilkårssiden av nødretten - selve interesseavveiningen.

Som nevnt inneholder det norske nødrettsinstituttet i tillegg til et objektivt fundament også visse subjektive elementer. Dette kommer blant annet til syne i interesseavveiningsfasen, og kanskje særlig i tilfeller hvor en nødssituasjon blir fremkalt av samme person som man gjennom et nødrettsinngrep ønsker å ”redde”. Dette subjektive forhold får nemlig innflytelse på vurderingen av nødrettshandlingens berettigelse ifølge norsk teori og praksis.¹³²

¹²⁹ Jfr. Andenæs (2004) s.180, Andorsen (1999) s.33.

¹³⁰ Se Andorsen (1999) s.34, som bygger på tysk rett, særlig Joachim Renzikowski, ”Notstand und Notwehr” (1993) s.202flg.

¹³¹ Jfr. Andorsen (1999) s.34.

¹³² Jfr. Andorsen (1999) s.19-20.

Nødrettshandlingen kan imidlertid også begrunnes subjektivt ut fra den såkalte *psykologiske tvangsteori*¹³³.

Norsk strafferett har et klart individualpreventivt formål, og bygger på prinsippet om subjektiv skyld som vilkår for straff.¹³⁴ I en nødssituasjon kan fritak for straff dermed begrunnes i at lovovertrederen i en slik situasjon ikke er psykologisk mottakelig for straffetrusselen som et element i overveielser for og mot den straffbare handlingen. Dersom straffetrusselen på denne måten ikke har hatt mulighet for å innvirke på handlemåten, er det ifølge vårt gjeldende syn på straffens berettigelse i samfunnet heller ingen grunn til å gjennomføre den.

Dette forhold har som nevnt nær tilknytning og flytende overgang til kravet om subjektiv skyld i ansvarslæren, og begrunner også nødretten som en subjektiv unnskyldningsgrunn. Den psykologiske tvangsteori er fremtredende hos filosofene Kant, Fichte og Feuerbach, og i norsk rett har særlig Andorsen argumentert for å begrunne strafferettslig nødrett fra en subjektiv synsvinkel gjennom å anse den nettopp som en unnskyldningsgrunn.¹³⁵

Det har også blitt hevdet, som et kriminalpolitisk hensyn til støtte for en regel om straffriende nødrett, at de unntakssituasjoner nødrettsinngrepene representerer i forhold til straffelovens normering av normalsituasjoner, ikke bryter ned straffelovens alminnelige autoritet.¹³⁶ Dens almenpreventive virkning påvirkes dermed heller ikke av at straffebud tillates overtrådt i nødssituasjoner.

3.1.3.2 Nødrett utenfor strafferetten – sivil nødrett

Sivil nødrett, det vil si nødrett utenfor strafferettens område, må i stor grad anses for å dele legislativ begrunnelse med den strafferettslige nødrett.¹³⁷ Illustrerende for dette er det faktum at de sivile nødrettsbestemmelsene¹³⁸ i tysk rett anvendes analogisk i strafferetten.¹³⁹

Denne felles begrunnelse må anses for å gjelde både når nødretten er lovfestet i særregler og hvor den oppstilles på ulovfestet grunnlag. Særlige hensyn kan naturligvis komme inn i

¹³³ Jfr. Andorsen (1999) s.18.

¹³⁴ Jfr. Andenæs (2004) s.91.

¹³⁵ Jfr. Andorsen (1999) s.17flg.

¹³⁶ Jfr. Andorsen (1999) s.36.

¹³⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.4-5.

¹³⁸ Jfr. BGB av 18. august 1896 §904 og §228.

¹³⁹ Jfr. Andorsen (1999) s.5.

vurderingene som supplement på de enkelte rettsområder, men den prinsipielle begrunnelse bak nødrettsinstituttet må likevel i all hovedsak anses for å være den samme.

Siden spørsmålet om straffansvar kontra straffrihet her ikke er aktuelt, er det imidlertid den objektive begrunnelse ut i fra solidaritetstanken og det utilitaristiske prinsipp som begrunner nødrettshandlingens rettmessighet i forhold til de sivile påbud og forbud som gjelder for en normalsituasjon. Det vises videre til det som er sagt ovenfor om denne.

3.1.3.3 Nødrett som kompetansegrunnlag for forvaltningen – hvorfor oppstår det her særlige spørsmål?

Et særlig aspekt ved nødretten – og som også er en del av kjernen i denne fremstillingen -, er den rolle nødretten spiller innenfor forvaltningsretten som kompetansegrunnlag for det offentlige ved inngrep ovenfor borgerne i form av normeringer, dvs. rettslig bindende beslutninger som enkeltvedtak og forskrift.¹⁴⁰ Rettsgrunnlaget for og innholdet i dette kompetansegrunnlaget er relativt lite behandlet i litteraturen, og fremstår etter min mening som ganske uklart.

Betegnende for situasjonen er den eneste uttalelsen vedrørende nødrett som kompetansegrunnlag i siste utgave av Eckhoff/ Smith's "Forvaltningsrett";

"Også nødrettskompetansen må iallefall for en del anses bygget på sedvanerett. Etter strl.§47 er handlinger foretatt for å redde noens person eller gods fra en ellers "uafvendelig Fare", ikke straffbare når faren må anses "særdeles betydelig" i forhold til den skade som handlingen kan medføre. Direkte sier den ikke noe om det offentliges kompetanse, men det er godtatt i praksis at forvaltningen uten lovhjemmel kan treffe beslutning om redningsaksjoner etter analogi derfra."¹⁴¹

Slik jeg tolker denne uttalelsen synes Eckhoff og Smith å bygge på et nødrettsgrunnlag nærmest i form av en blanding mellom sedvanerett og analogi. Dette fremkommer imidlertid langt fra klart, og nedenfor vil rettsgrunnlaget bli analysert nærmere og plassert i henhold til de materielle hjemmelskrav til forvaltningen.

¹⁴⁰ Se ovenfor under pkt 2.3.

¹⁴¹ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.312.

Nødretten som kompetansegrunnlag må nok i stor grad anses for å bygge på de samme legislative hensyn som strafferettslig nødrett og sivil nødrett generelt. Særlig sentralt står dermed det utilitaristiske prinsipp, og plikt til solidaritet overfor fellesskapsinteresser kan oppstilles som begrunnelse for nødretts handlingen på tilsvarende måte som en plikt til solidaritet ovenfor rent private interesser.¹⁴²

Etter min mening er det imidlertid forhold ved nødretten som kompetansegrunnlag som kan gjøre det nødvendig med en *særskilt* begrunnelse. Dette kan illustreres gjennom et praktisk eksempel, og en sammenligning med strafferettslig nødrett;

Dersom en akutt nødssituasjon i form av en katastrofe eller ulykke skulle oppstå, vil man – både som privatperson og myndighetsorgan - for det formål å skulle berge menneskeliv kunne foreta faktiske disposisjoner som griper inn i andres eiendom på grunnlag av nødrettsbestemmelsen i strl.§47, eller sivile nødrettsbestemmelser. Man vil for eksempel kunne bruke en fremmed bil for å bringe et menneske til sykehus uten at strafferettslige eller sivile normer blir krenket, og dette vil også være i tråd med de legislative hensyn bak nødrettsinstituttet.

Uansett nødssituasjon, vil man imidlertid ikke på grunnlag av nødrettsbestemmelsen i strl.§47 kunne få tilført noen form for *normeringskompetanse* som privat rettssubjekt, bestemmelsen angir bare lovlig og ulovlig atferd.¹⁴³ Man vil for eksempel ikke - tross en nødssituasjon - kunne binde en annen person avtalerettslig uten tilstrekkelig fullmakt, eller dersom grov tvang eller andre sterke ugyldighetsgrunner foreligger. På grunnlag av strafferettslig nødrett vil man dermed ikke kunne ha rett til å *disponere rettslig* over en annens eiendom ved salg eller lignende, og man behøver som rettsanvender heller ikke begrunne legislativt hvordan en i utgangspunktet ugyldig disposisjon blir gyldig. Strl.§47 utgjør ikke noe dekkende kompetansegrunnlag for normerings handlinger.¹⁴⁴

Når nødrett derimot fungerer som rettsgrunnlag for forvaltningens enkeltvedtak¹⁴⁵ og andre rettslige beslutninger, får nødretten nettopp betydning for disposisjonens gyldighet.

¹⁴² Det er imidlertid ikke med dette sagt at alle offentlig inngrep skjer til vern om offentlige interesser. Nærmere om interessebegrepet nedenfor.

¹⁴³ Se nærmere nedenfor, pkt.3.3.2.

¹⁴⁴ Se nedenfor under pkt.3.5.

¹⁴⁵ F.eks. beslutning om tvangsbehandling – tvangsmedisinering o.l. på nødrettsgrunnlag. Slike beslutninger er klart å anse som enkeltvedtak, jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.229, selv om de i mange tilfeller likevel ikke omfattes av fvl. pga. særlige unntaksbestemmelser for helsesektoren.

Som kompetansegrunnlag forutsettes nødretten nemlig å utgjøre grunnlaget for at normeringer gyldig kan foretas.

Dette foranlediger som sagt både en del særlige rettslige spørsmål, samt en særskilt legislativ begrunnelse.

Først og fremst blir spørsmålet *hva som danner det rettslige fundamentet for en slik kompetanse*, og som jeg har nevnt tidligere synes dette noen uklart ut fra dagens rettskildebilde. Den legislative begrunnelsen for kompetansen avhenger videre av hva som blir konklusjonen her. Sedvanerett berettiges for eksempel generelt gjennom faktisk etterlevelse av den aktuelle rettsregelen, mens analogislutninger blant annet begrunnes med at like tilfeller bør behandles likt. Grunntankene bak nødrettsinstituttet – solidaritetsplikt og nyttemaksimering - bør imidlertid være sentrale også her, selv om de kanskje ikke kan stå alene.

For det andre er det etter min mening, og på bakgrunn av drøftelsen i kapittel 2, relevant å stille spørsmålet om visse nødrettsinngrep i kjernen av den private rettsfære krever hjemmel i lov på bakgrunn av legalitetsprinsippet, og dermed *overhodet ikke kan foretas på et ulovfestet nødrettsgrunnlag*, eller *bare etter en konkret vurdering av det aktuelle rettskildefundamentet*. Dette vil bli gjenstand for selvstendig drøftelse nedenfor i kapittel 4, og flyter til en viss grad også sammen med spørsmålet om nødrettsgrunnlaget kan anses for å ha en tilstrekkelig legislativ begrunnelse.

3.2 Når er nødrett aktuelt som rettsgrunnlag for beslutning om og/eller gjennomføring av offentlige inngrep?

3.2.1 Innledning

Formålet med dette punktet i fremstillingen er å antyde i hvilke praktiske situasjoner spørsmålet om bruk av nødrett som alternativt hjemmelsgrunnlag kan oppstå. Selv om nødretten, som nevnt, opptrer ulikt som rettsgrunnlag avhengig av forvaltningstiltakets art vil det derfor her bli behandlet enhetlig. Uttrykket ”offentlige inngrep” innbefatter dermed både

forvaltningens faktiske handlinger og normeringshandling, og det gjøres heller ingen begrensning med hensyn til hvilke interesser som søkes vernet ved det aktuelle inngrepet.

Som en følge av nødssituasjonens karakter er det særlig på politirettens og velferdrettens område illustrerende og praktiske eksempler på nødrettsinngrep finnes. Som nevnt innledningsvis i oppgaven er det imidlertid i prinsippet ingen grenser for hvilke forvaltningsområder som kan bli berørt.

3.2.2 Utvidelse av eksisterende hjemmel for bestemte tiltak

Med utgangspunkt i modellen for det klassiske byråkrati forutsetter forvaltningens virksomhet et incitament fra den lovgivende myndighet. Som Kraby skriver er det imidlertid slik at ”den rettslige regulering av menneskelig aktivitet [er] så omfattende at forvaltningen på de fleste samfunnsområder *kan* vise til en hjemmel i formell lov som begrunnelse for inngrep i den private rettssfære”¹⁴⁶.

Forholdene kan undertiden likevel ligge slik an at vilkårene for inngrep i følge den aktuelle hjemmelsloven ikke er oppfylt, på tross av at situasjonen fremstår som prekær, og reelle hensyn sterkt taler for at det offentlige tar affære. Her kan man reise spørsmålet om adgangen til å sette i gang forvaltningstiltak er uttømmende regulert i hjemmelsloven, eller om man på visse vilkår skal kunne utføre tiltaket på grunnlag av nødrett fordi den eksisterende formelle hjemmel ”ikke strekker til i det enkelte tilfelle”¹⁴⁷. Dette forutsetter imidlertid at et styrket rettskildefundament i det hele tatt er *nødvendig* for å foreta inngrepet, noe som forutsettes i dette tilfellet, men som det på generelt grunnlag først må tas stilling til.

Slikt rettskildefundament kan for eksempel være påkrevd fordi det eksisterer et sivilt eller strafferettslig forbud mot den påtenkte handlingen, eller fordi objektet for det aktuelle inngrep nyter et legalitetsvern på bakgrunn av legalitetsprinsippet.¹⁴⁸ Ofte vil imidlertid disse begrunnelsene overlape hverandre.

¹⁴⁶ Jfr. Kraby (1996) s.147, min kursivering.

¹⁴⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.372.

¹⁴⁸ Jfr. imidlertid også debatten om hvorvidt legalitetsprinsippet inneholder en pliktnorm med anvendelse på forvaltningens faktiske handlinger, se pkt. 2.3.

Et eksempel på en gruppe tilfeller hvor utvidelse av eksisterende inngrepshjemler kan være aktuelt, er ved innleggelse og behandling uten samtykke i psykiatrien. I teorien¹⁴⁹ er det antatt at det i unntakssituasjoner må kunne foretas slike inngrep på grunnlag av nødrett, og Høyesterett holder også muligheten åpen i Rt.2002s.1646, selv om vilkårene for tvangsmessig tilbakehold her ikke ble ansett å foreligge.

I et høringsnotat fra Helse- og Omsorgsdepartementet fra juni 2005 vedrørende foreslåtte endringer i psykisk helsevernloven m.m. uttales det sågar at ”en pasient som er innlagt til frivillig psykisk helsevern vil kunne holdes tilbake mot sin vilje dersom vedkommende i en akutt nødrettssituasjon vil være til fare for eget eller andres liv eller helse.”¹⁵⁰

3.2.3 Kompensasjon for manglende hjemmel

Det er helt klart en flytende overgang fra det å foreta en utvidelse av et eksisterende hjemmelsgrunnlag på grunnlag av nødrett, jfr. forrige punkt, og til den situasjon at nødrett benyttes som rettsgrunnlag for en type tiltak som overhodet ikke har særlig hjemmel. Også her er det imidlertid en forutsetning for å vurdere nødrett som et alternativt hjemmelsgrunnlag at et særskilt rettskildefundament eller en foreliggende straffrihetsgrunn i det hele tatt er *nødvendig* for å utføre inngrepet.

Tvangsmessig gjennomføring av elektrokonvulsiv behandling, også kalt ECT – eller elektrosjokkbehandling, overfor psykiatriske pasienter er et eksempel på forvaltningstiltak som må baseres på nødrett som kompensasjon for manglende hjemmel. Det finnes ikke lovhjemmel for slik behandling uten pasientsamtykke, men det er en etablert oppfatning i det medisinske fagmiljø at slike inngrep unntaksvis kan foretas på grunnlag av nødrett.¹⁵¹ Helsetilsynet og Helse- og omsorgsdepartementet har også sluttet seg til synspunktet om at nødrettsinngrep i form av slik behandling kan foretas dersom situasjonen ellers oppfyller nødrettsvilkårene.¹⁵²

¹⁴⁹ Jfr. Bovim (2005) s.45flg., Kjøenstad/Syse (2005) s.413.

¹⁵⁰ Jfr. pkt.7.9.3.1.

¹⁵¹ Jfr. Gorm Grammeltvedt (2001) s.2537.

¹⁵² Jfr. forrige note.

Som utgangspunkt vil slik uhjemlet tvangsbehandling påføre pasienten fysiske og psykiske påkjenninger som aktualiserer en rekke straffebud, og dermed gjør handlingen straffbar. Det ville imidlertid også kunne diskuteres hvorvidt slike inngrep krever et særlig rettskildefundament på grunnlag av legalitetsprinsippet. I denne retning tolker jeg blant annet uttalelsen i NOU 2004:16¹⁵³ om at ”tvang generelt [er] en så inngripende integritetskrenkelse at det krever hjemmel i lov. Tvang kan imidlertid etter forholdene hjemles i nødverge- og nødrettsbetraktninger.” Dette vil jeg imidlertid komme tilbake til i kapittel 4.

Andersen nevner straffeprosessuelle inngrep som romavlytting og telefonavlytting utenfor narkotika- og spionsaker som eksempler på myndighetsinngrep uten hjemmel, og med nødrett som eneste mulige rettsgrunnlag.¹⁵⁴ Dette medfører imidlertid ikke lenger riktighet, på grunn av nye bestemmelser i straffeprosessloven som uttrykkelig gir adgang til slike tiltak. Nødrettsgrunnlaget er likevel fortsatt aktuelt også innenfor straffeprosessen som kompensasjon for manglende hjemmel, for eksempel i forhold til politiets adgang til materiale fra biobanker.¹⁵⁵

3.2.4 Grunnlag for avvik fra regler om saksbehandling ved beslutning om iverksettelse av forvaltningstiltak, og/eller ved gjennomføring av tiltaket.

Ofte kreves det bestemte fremgangsmåter ved beslutning om og gjennomføring av tiltak innenfor forvaltningsretten. For eksempel stiller forvaltningsloven opp krav til habilitet, og i særlovgivningen gis det spesialregler om materiell beslutningskompetanse for bestemte tiltak.¹⁵⁶ Brudd på disse saksbehandlingsreglene kan etter omstendighetene medføre at et vedtak blir kjent ugyldig, og blir et inngrep foretatt i strid med de gjeldende regler, kan handlingen også medføre straff og/eller erstatningsplikt for den utførende tjenestemann.

Dersom situasjonen tilsier det, kan det imidlertid oppstå spørsmål om å fravike de gjeldende saksbehandlingsregler på grunnlag av nødrett, for dermed å beholde handlingens gyldighet og lovlighet på tross av den avvikende fremgangsmåte. Slik nødrettsbegrunnelse ble blant annet

¹⁵³ Jfr. pkt. 7.5.5.3.

¹⁵⁴ Jfr. Andersen (1999) s.373.

¹⁵⁵ Jfr. Saksnr. 2004/01843 EO, ”Biobankmateriale som grunnlag for DNA-analyser i straffesaker”.

¹⁵⁶ Jfr. f.eks. straffeprosessloven og barnevernloven.

påberopt av påtalemyndigheten under den mye omtalte ”Treholt-saken”.¹⁵⁷ Her ble det foretatt såkalt ”hemmelig ransaking” på grunnlag av nødrett – ransaking i strid med dagjeldende straffeprosesslov §§224(1), jfr.199(1) og 225(2), jfr.200(2) – og dette resulterte blant annet i det såkalte ”pengebeviset”, som sterkt bidro til domfellelsen av Arne Treholt etter tiltalen om spionasje.

3.2.5 Kombinasjoner

Nødrettssituasjoner som involverer offentlige tiltak er ofte komplekse, og også vanskelige rettslig sett, fordi de utspiller seg i en vekselvirkning mellom straffelovgivning og forvaltningsrettslige regler. Som Andorsen påpeker¹⁵⁸, kan det faktisk forekomme at en påberopelse av nødrett i realiteten innebærer en utfylling av rettsgrunnlaget på *flere* av måtene nevnt ovenfor.

Et illustrerende eksempel på en slik situasjon foreligger i Rt.1989s.1079. Avgjørelsen gjaldt spørsmål om hvorvidt barnevernssjefen og formannen i barnvernemnda hadde begått en straffbar handling da de etablerte et fiktivt grunnlag for ulovhjemlet frihetsberøvelse av en 18-årig behandlingstrengende rusmisbruker. Handlingen skjedde blant annet under påtrykk fra jentas familie, og byretten frifant begge på bakgrunn av nødrettsbetraktninger. Begge ble derimot domfelt i Høyesterett.

Nødrettspåstanden kan her betraktes fra forskjellige synsvinkler.¹⁵⁹ For det første kan man se det slik at nødrettsgrunnlaget utvider et eksisterende hjemmelsgrunnlag for tvangsmessig omsorgsanbringelse i barnevernloven. Det fiktive vedtaket var således forsøkt forankret i den daværende barnevernlovs §19, jfr. §16b. På den annen side, og slik retten bemerker, kan det ”også vises til at vår lovgivning i dag ikke inneholder noen spesiell hjemmel for tvangsmessig tilbakeholdelse av narkomane”¹⁶⁰. Slik sett fremstår nødrettsgrunnlaget som et forsøk på kompensasjon for et helt ut manglende hjemmelsgrunnlag.

¹⁵⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.381, samt LE-1985-21.

¹⁵⁸ Jfr. Andorsen (1999) s.373.

¹⁵⁹ Jfr. Andorsen (1999) s.373.

¹⁶⁰ Jfr. s.1081.

For det tredje fortøner det såkalte ”hastevedtaket” seg som en avvikende fremgangsmåte for en beslutning om omsorgsovertakelse, og således som en form for brudd på gjeldende saksbehandlingsregler.

3.3 Nærmere om nødrett som rettsgrunnlag for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak.

3.3.1 Strl. §47 – det rettslige utgangspunktet.

I en rettslig analyse av nødretten som rettsgrunnlag for beslutninger om og gjennomføring av forvaltningstiltak, er det naturlig å ta utgangspunkt i strl.§47 - den eneste generelle lovfestede nødrettsbestemmelsen vi har i norsk rett.

I sin nåværende utforming, vedtatt i 1902 og siden uendret i sin ordlyd, lyder den slik;

§ 47.

Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes.

Som et ledd i den pågående lovrevisjon på strafferettens område fremstår imidlertid også nødrettsbestemmelsen i moderne utforming og språkdrakt i den vedtatte, men ikke ikrafttrådte, straffeloven av 20. mai 2005 nr.28;

§ 17. Nødrett

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og
- b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.

Av lovforarbeidene fremgår at denne bestemmelsen i all hovedsak ment å videreføre den gjeldende rettstilstand.¹⁶¹

Det spørsmål som søkes besvart i relasjon til strl. §47 er i hvilken grad og på hvilke vilkår bestemmelsen kan utgjøre et rettsgrunnlag for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak - både faktiske handlinger og normeringshandling.

Dette fordrer innledningsvis en nærmere redegjørelse for bestemmelsens anvendelsesområde, og deretter en gjennomgang av dens vilkår.

3.3.2 Anvendelsesområdet for strl.47.

Av ordlyden i strl.§1, jfr. §4 følger det at strl.§47, såfremt ikke noe annet er særskilt bestemt, får anvendelse ”paa alle straffbare handlinger” og ”derunder ogsaa indbefattet Undladelse”. Bestemmelsen er dermed å anse som en generell straffrihetsgrunn med anvendelse innenfor hele strafferetten, både alminnelig og spesiell del, samt spesiallovgivningen.

Som en straffrihetsgrunn forutsetter anvendelsen av nødrettsbestemmelsen at det i utgangspunktet foreligger en handling eller unnlattelse som er *straffbar*, det vil si som rammes av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et av lovens straffebud, og at tilstrekkelig grad av skyld foreligger hos gjerningsmannen.

Straffrihetsgrunnen aktualiseres ved at *fraværet av den* anses som et objektivt vilkår for ileggelse av straff. Strl.§47 kan således sees på som et uttrykk for at det ved utformingen av straffebud ikke er mulig å ta hensyn til alle de spesielle omstendigheter som kan ha betydning for vurderingen av handlingen som det enkelte straffebud beskriver.¹⁶² Bestemmelsens vide saklige virkefelt representerer slik sett et abstrakt element på et rettsområde som særlig på grunn av lovprinsippet i Grl.§96 ellers er ganske så kasuistisk utformet.

Strl.§47 inneholder ingen begrensning i forhold til om handlingen blir utført som offentlig tjenestehandling eller i privat regi. Den må således antas å gjelde for alle livsområder.¹⁶³

¹⁶¹ Jfr. Ot.prp.nr.90(2003-2004) s.417.

¹⁶² Jfr. Andenæs (2004) s.150.

¹⁶³ Jfr. Andorsen (1999) s.13.

Som utgangspunkt er det imidlertid bare fysiske personer som kan pådra seg et straffansvar, selv om visse sanksjoner også kan ilegges juridiske personer som foretaksstraff i medhold av strl.§48a. Dette medfører at anvendelsen av strl.§47 på handlinger som inngår i forvaltningsvirksomhet i realiteten gjelder spørsmålet om *den tjenestemann som har besluttet eller utført et inngrep har pådratt seg straff eller ikke*. Slik var spørsmålsstillingen blant annet i den tidligere nevnte avgjørelsen i Rt.1989s.1079, som gjaldt overtredelse av straffelovens §§120, 182 , 223 og 185.

Som nevnt innledningsvis er rettslitteraturen diffus når det gjelder spørsmålet om hvorvidt nødrettslige normeringshandlinger kan hjemles direkte i strl.§47, eller om strl.§47 utelukkende får anvendelse på faktiske handlinger som foretas i kraft av alminnelig handlefrihet.

Av denne grunn ser jeg det også formålstjenlig å analysere rettsgrunnlaget for disse to typer forvaltningstiltak separat. Spørsmålet om ”lovlighetsstatusen” til forvaltningens nødrettsinngrep på bakgrunn av strl.§47 kan falle bort på bakgrunn av legalitetsprinsippet vil videre bli tatt opp som en særlig problemstilling i kapittel 4.

3.4 Nødrett som rettsgrunnlag for offentlige inngrep i form av faktiske handlinger.

3.4.1 Vilkårskatalogisering av nødrettsvilkårene i strl.§47.

Strl.§47 er språklig sett kort formulert, men innholdsmessig svært kompakt. Bestemmelsen inneholder også et sett med kumulative vilkår som både påvirker og til dels glir over i hverandre. Avgrensningen av innholdet i det enkelte vilkår, og også antallet vilkår, blir dermed i hovedsak et disposisjonsmessig spørsmål.¹⁶⁴

På grunnlag av ordlyden i strl.§47 finner jeg det mest hensiktsmessig å foreta en grovinndeling av nødrettsvilkårene i fire hovedpunkter, og benytter så disse som

¹⁶⁴ Jfr. Andorsen (1999) s.72 og 122.

utgangspunkter for den videre analyse. Slik jeg ser det forutsetter strl.§47 en 1)*nødssituasjon*, og bestemmelsen innebærer videre at en 2)*redningshandling* kan foretas dersom det foreligger en 3)*betydelig interesseovervekt til fordel for den truede interesse* og handlingen ellers fremstår som 4)*nødvendig*.¹⁶⁵

3.4.2 Krav om *nødssituasjon* – en fare som truer noens person eller gods.

I følge ordlyden i strl.§47 er en *nødssituasjon* en forutsetning for et rettmessig nødrettsinngrep. Ordlyden fastlegger et grunnleggende krav om en ”fare” som truer ”nogens person eller Gods” for at en nødrettslig problemstilling i straffelovens forstand i det hele tatt skal kunne oppstå.¹⁶⁶ Foreligger ikke dette nødrettsgrunnlaget, er det således heller ikke behov for et videre nødrettslig resonnement, og kravet om nødssituasjon kan således med rette karakteriseres som et alminnelig vilkår for nødrettsvern.

Uttrykket ”nogens person eller gods” angir hvilke rettsgoder eller interesser nødrettsinngrepet kan gjøres til vern om, og betegner således subjektet for nødrettsvernet etter strl.§47.

En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier etter min mening at alle private interesser er beskyttet, og at denne beskyttelsen gjelder uavhengig av hvem interessen tilhører, jfr. uttrykket ”noens”. Med private interesser sikter jeg her både til interesser knyttet til liv og helbred som menneske og samfunnsborger, og interesser av økonomisk og næringsmessig art.

Legemlig integritet og yringsfrihet må dermed anses beskyttet, og det samme med næringsvirksomhet og eierinteresser både hos private og hos offentlige organer.

Denne forståelsen styrkes etter min mening av den foreliggende rettspraksis og juridisk teori. Her har man imidlertid også gått ett skritt lenger i tolkningen av nødrettsgrunnlagets omfang, og som Eskeland sier anses det for ”sikker rett at uttrykket ”person eller gods” skal tolkes utvidende slik at det omfatter *en hvilken som helst beskyttelsesverdig interesse*”¹⁶⁷.

Med dette omfattes dermed for eksempel også ikke-økonomiske interesser som affeksjonsverdi o.l. Slike interesser kan ellers vanskelig innpasses direkte i uttrykket ”person eller gods”, men reelle hensyn gir altså ikke grunnlag for gi disse et annet og svakere rettslig vern.

¹⁶⁵ Lignende inndeling hos Eskeland (2000) s.228-232.

¹⁶⁶ Jfr. Andorsen (1999) s.93.

¹⁶⁷ Jfr. Eskeland (2000) s.228.

Når de private interesser så klart anses beskyttet, oppstår spørsmålet om hvilket vern som kan oppstilles for *offentlige interesser* på bakgrunn av strl. §47. Dette reiser i sin tur flere underproblemstillinger, og først og fremst må begrepet ”offentlige interesser” undersøkes nærmere. Videre må de offentlige interesser plasseres i forhold til nødrettsbestemmelsens vilkår om en nødssituasjon for person eller gods .

Når forvaltningen utfører tjenesteytelser med alminnelige bedriftsøkonomiske målsetninger vil det vanskelig kunne pekes på noen avgjørende forskjell fra privat næringsvirksomhet, og det kan også vanskelig tenkes grunner til at disse interesser skal forskjellsbehandles med hensyn til nødrettsvern. Offentlige økonomiske interesser anses dermed for å falle direkte inn under begrepet ”Gods” i strl. §47, og siden begrepet ”noens” gir ikke noen subjektbegrensinger, foreligger her det samme nødrettslige vern som for private interesser.¹⁶⁸

Offentlige *ikke-økonomiske* interesser kan på den annen side vanskelig subsumeres under uttrykket ”noens Person eller Gods” rent språklig, og som utgangspunkt blir anvendelsen av strl.§47 til vern om slike interesser dermed et spørsmål om lovanalogi.

Det kan imidlertid nevnes at situasjonen i enkelte tilfeller vil ligge slik an at den aktuelle faren representerer en felles trussel i forhold til *både* private og offentlige ikke-økonomiske interesser, og her vil selvsagt allerede de private interesser aktualisere bestemmelsen.

Anvendelsen av strl.§47 på offentlige ikke-økonomiske interesser kommer derfor bare på spissen når disse interesser står alene, og i rettsteorien antas dommen i Rt.1947s.612 å danne det rettskildemessige grunnlaget for en analogisk anvendelse av straffelovens nødrettsbestemmelse for disse tilfellene.¹⁶⁹ Også forarbeidene til den nye nødrettsparagrafen bygger på en slik forståelse.¹⁷⁰

I Rt.1947s.612 var to personer tiltalt for overtredelse av strl.§86(1) om ytelse av bistand til fienden under Hitlers okkupasjon av Norge. I retten ble nødrett påberopt, og følgende ble uttalt om anvendelsen av strl.§47 i lagmannsrettsdommen; ”Etter ordlyden gjelder straffelovens §47 bare angrep på person eller gods....Etter rettens mening må [imidlertid] §47

¹⁶⁸ Jfr. Andorsen (1999) s.117, Andenæs (2004) s.183, Matningsdal/Bratholm (2003) s.376, Eskeland (2000) s.228.

¹⁶⁹ Jfr. Andenæs (2004) s.183, Andorsen (1999) s.118 og s.369, Eskeland (2000) s.228, Matningsdal/Bratholm (2003) s.376.

¹⁷⁰ Jfr. NOU 1992:23 s.90.

kunne brukes analogisk eller helst som uttrykk for den alminnelige rettsgrunnsetning at det ved vurderingen av det straffverdige bør foretas en interesseavveining, således at handlingen blir straffri når den skade som er voldt etter et nøkternt objektivt skjønn er av liten vekt sammenlignet med det som oppnås ved at den ellers straffbare handling blir foretatt”¹⁷¹

Flertallet i Høyesterett drøftet spørsmålet om rettsstrid uten direkte henvisning til et nødrettsgrunnlag, men votumets utforming og den forutgående lagmannsrettsbehandlingen tilsier klart at det er dette det siktes til. Dommen er som nevnt på dette grunnlag antatt å autorisere et nødrettsvern for ikke-økonomiske reelle hensyn.

Hvorvidt man velger å kalle det rettskildemessige grunnlaget for analogi, utvidende tolkning eller et utslag av alminnelige rettsgrunnsetninger må imidlertid være et hensiktsmessighetsspørsmål. Jeg ser som mest naturlig å bygge på analogi i disse tilfellene, ettersom man klart benytter seg av vilkår og begreper fra strl.§47, jfr. eksempelvis ”særdeles betydelig i forhold til” på dommens s.620.

Som det fremgår ovenfor av analysen av begrepet ”nogens Person eller Gods”, samt av nødrettsbestemmelsens analogiske anvendelse på ikke-økonomiske offentlige interesser, kan det slutes at adgangen til offentlige nødrettsinngrep gjelder både til vern om statens egne interesser og til vern av privates interesser. På det sistnevnte området kan det imidlertid nevnes at nødrettsinngrepet må avgrenses mot såkalt uanmodet nødhjelp, negotiorum gestio. Dette behandles imidlertid ikke nærmere i denne omgang.

For at en nødssituasjon skal foreligge stiller strl. §47 videre opp et krav om en ”Fare”. Etter min mening kan innholdet i dette farebegrepet analyseres med utgangspunkt i to hovedspørsmål; 1) Hva vil det si at noens person eller gods er truet av en ”Fare”, og 2) Hvilke krav skal stilles til farebedømmelsen hos den som utfører redningshandlingen, jfr. ”naar Omstændighederne berettigede ham til at anse denne [faren]”.

Språklig sett forstår jeg fare som den situasjon at visse forutsetninger ligger til grunn for at et påbegynt hendelsesforløp skal ende i hel eller delvis ødeleggelse av den aktuelle interesse. Man registrerer for eksempel at et hus er påtent, og dermed i fare for å brenne ned, eller at en person holder på å drukne, og dermed står i fare for å miste livet.

¹⁷¹ Jfr.Rt.1947s.612.

Rent tidsmessig kan man dermed si at faresituasjonen befinner seg et sted i mellom aktualitetspunktet og materialiseringspunktet for realisasjonen av farepotensialet.¹⁷²

Materialiseringstidspunktet vil være det punkt hvor redningshandlingen senest kan settes inn for at fareeffekten skal kunne avverges eller begrenses.

Selve avgrensingen av det nødrettslige farebegrepet er ikke omtalt nærmere i forarbeidene til den nåværende straffelov, og begrepet brukes på en nærmest selvsagt måte.¹⁷³ Begrepet ”fare” benyttes imidlertid i flere av straffelovens bestemmelser, og på denne bakgrunn er det naturlig å stille spørsmål om en eventuell konformitet.

Som Andorsen påpeker¹⁷⁴ er det nok ingen grunn til å ta et enhetlig meningsinnhold for gitt, ettersom farebegrepet i de enkelte straffebud betegner noe rettstridig og straffbart, mens det i nødrettsbestemmelsen tar sikte på å definere et vilkår for en rettmessig og straffri handling. Hensynet til lovsprinsippet i strafferetten slår heller ikke inn ved tolkningen av det nødrettslige farebegrepet, i alle fall ikke i samme grad som ved tolkning av straffebudene.

Begrunner man nødrettsinstituttet i en solidaritetstanke er det imidlertid viktig for innehaveren av inngrepsobjektet å kunne forutse når en solidaritetsplikt overfor den mer verdifulle interesse slår inn, og farebegrepet bør derfor gis et konkret og definert innhold.

I teorien gis imidlertid ingen videre avklaring av det nødrettslige farebegrepet, tvert om blir det betegnet som uklart.¹⁷⁵ Det finnes meg bekjent heller ingen rettsavgjørelser som belyser begrepets innhold ytterligere.

Denne uklarheten må antakelig – og i allefall til dels – tilskrives dynamikken i nødrettsbestemmelsens vilkår. Dersom det ikke foreligger noen reell fare vil som regel heller ikke redningshandlingen være nødvendig. Det samme rettsresultatet kan dermed forankres på flere måter, og domstolen behøver som kjent ikke behandle rettsspørsmål subsidiært.

Helt klart er det likevel at ikke en *hvilken som helst* faregrad legitimerer et nødrettsinngrep, og at et nedre aktualitetspunkt må foreligge for det enkelte tilfelle. Politiet kan for eksempel ikke foreta kriminalpreventive nødrettsinngrep basert på en ubegrunnet eller løs mistanke om at den pågående aktivitet vil resultere i et lovbrudd. Nødrettsbestemmelsen er naturligvis ikke ment å være noen ”universalnøkkel” verken for forvaltningsmyndighetene eller andre.

¹⁷² Jfr. Andorsen (1999) s.140-141.

¹⁷³ Jfr. Andorsen (1999) s.124.

¹⁷⁴ Jfr. Andorsen (1999) s.132.

¹⁷⁵ Jfr. Andorsen (1999) s.124.

Dersom det på den annen side skulle foreligge ”konkrete, klare indikasjoner på at alvorlige straffbare handlinger med fare for menneskeliv er under planlegging eller forberedelse”¹⁷⁶ er det antatt at man må kunne akseptere kriminalpreventive inngrep ut fra nødrettsbetraktninger, med den følge at polititjenestemannen som utfører inngrepet ikke begår en straffbar handling. Som denne uttalelsen også tyder på, er det neppe mulig å isolere det nødrettslige farebegrepet helt fra de øvrige vilkår i bestemmelsen. Farevilkåret vil påvirkes blant annet av verdien av den interesse som står på spill, og man vil raskere kunne konstatere fare i forhold til høyverdige interesser som liv og helse, enn i forhold til materielle verdier. På dette grunnlag kan farebegrepet i strl.§47 med rette betegnes som både funksjonelt og relativt¹⁷⁷.

Gjennom farebegrepet er det viktig å poengtere at nødssituasjonen også gis et *tidsaspekt*. En fare er som regel av kort varighet, og forutsettes å være relativt ”uventet”. I dette ligger at nødrettsbestemmelsen ikke kan benyttes som hjemmel for tiltak som ”i tid eller omfang går ut over det som er nødvendig for å avverge en akutt krise”¹⁷⁸. Vedvarende inngrep i form av tvangsmessig behandling eller lignende kan dermed ikke forankres i strl.§47, og heller ikke behandling av en tilstand man erfaringsmessig har visst ville oppstå. Her glir imidlertid vurderingen også noe over i nødvendighetsvilkåret.

Når det gjelder kravet til *farebedømmelsen*, er dette et spørsmål om nødrettsinngrepets rettmessighet beror på objektiv eller subjektiv farediagnose og fareprognose. Holder det at en offentlig tjenestemann *selv* vurderer faregraden og sannsynligheten for realisasjon som prekær, eller må denne også objektivt vurdert være til stede?

Utgangspunktet må her klart være at enhver skal bedømmes ut fra egne subjektive forutsetninger, og at det gjelder et krav om forsettsdekning for ileggelse av straff, jfr. strl.§42 og strafferettens dekningsprinsipp. Faktisk villfarelse vil dermed ikke gjøre nødrettsinngrepet urettmessig. Det kan imidlertid nevnes at Andorsen mener *uaktsom* prognosebedømmelse bør være tilstrekkelig for skyld¹⁷⁹, men dette kan foreløpig ikke hevdes å være gjeldende rettstilstand, og uaktsomhet i forhold til farebedømmelsen utelukker dermed ikke en rettmessig nødrettshandling.

¹⁷⁶ Jfr. NOU 2004:6, under pkt.5.4.5.

¹⁷⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.201.

¹⁷⁸ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.480.

¹⁷⁹ Jfr. Andorsen (1999) s.201.

3.4.3 Redningshandlingen

Det fremgår av ordlyden i strl.§47 at nødrettsinngrepets må bestå i en ”Handling” for å ”redde” noens person eller gods – med andre ord en *redningshandling*. Strl.§4 må imidlertid få anvendelse på strl.§47, slik at også en unnløstelse kan regnes som redningshandling.

Bestemmelsen stiller ingen kvalitative krav til redningshandlingen eller dens art, noe som også er naturlig siden nødrettssituasjonen er en unntakssituasjon og vanskelig å definere på forhånd. En uttalelse i St.meld.nr.28 (1999-2000) om nødrettsinngrep overfor senile demente kan anføres til støtte for en slik tolkning. Her sies blant annet at ”[n]audreglane set ingen konkrete grenser med omsyn til bruk av verkemiddel. Under føresetnad av at vilkåra er oppfylte, kan reglane mellom anna gi straffridom for medisinerer (som såkalla tvangsmiddel for å dempe aggresjon, uro, angst m.m.), tilbakehalding, mekaniske tvangsmiddel og innlegging i sjukeheim når den demente manglar kompetanse til å samtykke og motset seg dette.”¹⁸⁰

Etter en naturlig språklig forståelse kan på den annen side inngrep som bare gjøres for å oppnå en *fordel* ikke foretas på bakgrunn av nødrett. Denne slutningen støttes blant annet av Matningsdal/Bratholm¹⁸¹, som imidlertid nevner at dommen i Rt.1939 s.336 dermed blir noe tvilsom, om ikke uriktig.

3.4.4 Krav om nødvendighet – ”paa anden maade uafvendelig”

Etter ordlyden i strl.§47 stilles det krav om at faren må være ”paa anden maade uafvendelig”. Noen tolker dette som et kvalifikasjonskrav til nødssituasjonen¹⁸², men i likhet med Andorsen mener jeg det er riktigere å se dette som et krav om redningshandlingens nødvendighet.¹⁸³ Selv om uttrykket rent plasseringsmessig er knyttet nært opp til begrepet ”Fare”, gir det ingen konkret indikasjon på hvilken faregrad som her behøves. Utrykket belyser imidlertid redningshandlingens karakter av å være en situasjonsbetinget sekundærutvei¹⁸⁴, og ivaretar på

¹⁸⁰ Jfr. under pkt.7.1.5.

¹⁸¹ Jfr. Matningsdal/Bratholm (2003) s.376.

¹⁸² Jfr. f.eks. Eskeland (2000) s.229 og Andenæs (2004) s.181.

¹⁸³ Jfr. Andorsen (1999) s.139.

¹⁸⁴ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.489.

denne måten også status quo-prinsippet i nødrettsvurderingen. Dersom man kan redde seg ut av nødssituasjon uten å gjøre inngrep i andres interesser, så må man på grunn av nødvendighetskravet gjøre nettopp dette. Nødretts handlingen representerer tross alt et inngrep i ellers beskyttede rettigheter, og på denne bakgrunn er det naturlig at alle alternative løsninger er uttømte.

For forvaltningsinngrep er nødvendighetskravet gjerne avgjørende, for så lenge et inngrep foretas for eksempel i behandlingshensikt eller for å unngå alvorlige fremtidige forbrytelser vil kravene til interesseovervekt og nødssituasjon gjerne være oppfylt. Spørsmålet blir dermed om den ellers ulovlige handlingen virkelig er *nødvendig*.

Et praktisk eksempel kan være at en pasient er bevisstløs, og at det på grunn av fare for liv eller helse ikke er mulig å be om samtykke til medisinsk behandling. Her må det foretas en konkret vurdering av nødvendighetsgraden gjennom en avveining av de relevante hensyn.

Aktualiteten av nødvendighetsvilkåret reflekteres også i rettspraksis¹⁸⁵, hvor handlingens lovlighet ofte står og faller på dette vilkåret. Et illustrerende eksempel, dog utenfor forvaltningsvirksomhet, er Rt.1994s.48. Tiltalte hadde her følt seg truet til å overlate bilen til en alkoholpåvirket sjåfør, og påberopte nødrett som straffrihetsgrunn i forhold til den påtalte overtredelse av vtrl.§17(2). I domsgrunnene blir det uttalt at tiltalte ”i den situasjonen han var i, burde tatt med seg bilnøklene og gått ut av bilen. Etter rettens vurdering ville det vært fullt mulig for tiltalte å gjøre dette.”¹⁸⁶ Nødvendighetsvilkåret var med andre ord ikke oppfylt for redningshandlingen fordi det fantes handlingsalternativer som ikke krenket offentlige og private interesser i trygg trafikkferdsel.

Etter bestemmelsens ordlyd og hensynene bak nødrettsinstituttet kreves en absolutt nødvendighet. I teorien hevdes det imidlertid at nødvendighetskravet må modifieres gjennom utvidende tolkning i de tilfeller hvor nødrettssubjektet har valget mellom flere nødrettsobjekter. Dersom man – som Bratholm sier - for eksempel har valget mellom å slukke en gressbrann i hagen gjennom å ødelegge sitt eget dyrebare persiske teppe, eller ved å ”låne” naboens fillerye, burde man kunne ofre det minst verdifulle.¹⁸⁷ I følge Andenæs og Eskeland burde slike tilfeller bedømmes etter det samme verdiovervektsprinsipp som strl.§47 ellers

¹⁸⁵ Jfr. Andorsen (1999) s.263, Matningsdal/Bratholm (2003) s.376 .

¹⁸⁶ Jfr. s.49.

¹⁸⁷ Jfr. Bratholm (1980) s.159.

bygger på.¹⁸⁸ Etter min mening støttes dette tolkningsresultatet også av nødrettsinstituttets begrunnelse – solidaritetsplikt på bakgrunn av en nødssituasjon, samt interesseovervekt. Løsningen er også blitt lovfestet i den nye straffeloven gjennom et vilkår om at faren ikke skal kunne « avverges på annen *rimelig* måte ». Intensjonen med formuleringen bekreftes også i forarbeidene.¹⁸⁹

Til slutt skal det nevnes at kravet om uavvendelighet også er blitt tolket til å innebære et ”minste inngreps-prinsipp”¹⁹⁰. Dette innebærer at den redningshandling som medfører det minste inngrep i den annens rettssfære må velges dersom det foreligger flere alternativer.

3.4.5 Krav om særdeles betydelig interesseovervekt til fordel for den truede interesse - ”særdeles betydelig i Forhold til den Skade, som ved hans Handling kunde forvoldes”

Det følger av ordlyden i strl.§47 at et rettmessig nødrettsinngrep også forutsetter at den eller de interesser som skal reddes har en ”særdeles betydelig” verdi sammenlignet med den ”Skade” som kan forvoldes ved redningshandlingen. Av dette kan utledes at nødrettsbestemmelsen gir anvisning på en konkret *interesseavveining*. Denne slutningen støttes av forarbeidene, hvor det uttrykkelig sies at det skal foretas en ”Afmaaling...af de forskjellige Retsgoders Værdi”¹⁹¹.

Vilkåret om verdiovervekt er utvilsomt det bærende vilkår for å tillate nødrettsinngrep overfor en i utgangspunktet rettsbeskyttet interesse¹⁹², og må som jeg tidligere har vært inne på antas å stamme fra det utilitaristiske prinsipp, hvor mest mulig nytte for flest mulig mennesker er et uttalt mål.¹⁹³

¹⁸⁸ Jfr. Andenæs (2004) s.182 og Eskeland (2000) s.230.

¹⁸⁹ Jfr. Ot.prp.nr.90(2003-2004) s.418.

¹⁹⁰ Jfr. NOU 1992:23 s.90, Sinding Aasen (1998) s.489.

¹⁹¹ Jfr. Straffelovkommissjonen 1896 s.81.

¹⁹² Jfr. Andorsen (1999) s.206.

¹⁹³ Jfr. Andorsen (1999) s.208.

3.4.5.1 Interessene og verdivurderingen

Begrepet ”interesse” forekommer ikke i ordlyden til strl.§47. Verken subjektet for nødrettsvernet eller objektet for nødrettsinngrepet er her beskrevet i abstrakte termer, og som påpekt i teorien er bestemmelsen unøyaktig formulert når det gjelder angivelsen av hva som skal ligge på vektskålen i interesseavveiningen.¹⁹⁴

”Faren” for person eller gods holdes i bestemmelsen opp mot ”Skade[n]” som kan forvoldes ved en redningshandling. Dette er imidlertid inkommensurable størrelser, og kravet til verdiovervekt må anses å bygge på en sammenligning av både faregrad og skademulighet på begge sider. Likefullt er det som tidligere nevnt sikker rett at dette betraktes som en konkret *interessavveining*¹⁹⁵.

Begrepet ”interesser” er innarbeidet i juridisk teori rundt nødrettsinstituttet, og er i den senere tid også autorisert av lovgiver gjennom den nye nødrettsbestemmelsen i strl.§17.

Ovenfor ble de *vernede interesser* i form av ”Person eller Gods” presisert, og gjennom utvidende/analogisk tolkning ble det klart at ut over at interessen må være lovlig stilles det her ikke opp noen begrensninger med hensyn til hvilke interesser som kan vernes. Denne rettstilstanden videreføres også i den nye straffeloven.¹⁹⁶

Når det gjelder de *interesser som er gjenstand for inngrep*, er disse overhodet ikke definert verken i strl.§47, eller den nye §17. Tilstedeværelsen av en slik interesse er imidlertid klart forutsatt gjennom at noe blir påført en ”Skade”. Objektinteressene må videre avgrenses til interesser med strafferettslig vern. Dersom en interesse ikke er vernet gjennom et straffebed ville det heller ikke være noen grunn til å påberope seg strafferettslig nødrett.

Et forhold som har vært påpekt i teorien¹⁹⁷, er at det tidvis kan være vanskelig å identifisere den interesse som konkret søkes vernet gjennom det enkelte straffebed. Et og samme straffebed kan sågar verne om både private og offentlige interesser, som for eksempel vegtrafikklovens straffebed. Dette er imidlertid ikke en særskilt nødrettslig problemstilling, og anses ikke å medføre større problemer for anvendelsen av strl.§47 enn ellers i strafferetten/straffeprosessen.

¹⁹⁴ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.484, Andenæs (2004) s.185, Matningsdal/Bratholm (2003) s.385, Andorsen (1999) s.213.

¹⁹⁵ Jfr. Andorsen (1999) s.91.

¹⁹⁶ Jfr. Ot.prp.nr.90(2003-2004) s.418.

¹⁹⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.222.

3.4.5.2 Interesseovervektsprinsippet – ”Særdeles betydelig”.

Etter sin ordlyd krever strl.§47 ”særdeles betydelig” interesseovervekt til fordel for den truede interesse dersom en redningshandling skal godtas som en rettmessig nødrettshandling.

På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål ved hva som nærmere ligger i begrepet ”særdeles betydelig”, og hvordan en slik interesseavveiningen rettslig sett skal foretas.

Som tidligere nevnt er det vanskelig å utlede noen foreskrevne fremgangsmåte med hensyn til interesseavveiningen, fordi strl.§47 er utydelig i forhold til hvilke størrelser som skal veies opp mot hverandre. Fra de øvrige rettskilddefaktorer ble det imidlertid sluttet at det må tas hensyn til både interessens verdi og skadeomfang, samt skaderisiko på begge sider under denne vurderingen. Dersom for eksempel kommunehelsetjenestens personell skal tvinge en eldre sykehjemspasient til å innta nødvendige medisiner, må både inngrepets grad av integritetskrenkelse og den aktuelle skadevirkning ved at inngrepet *ikke gjøres* veies mot hverandre. Tilsvarende må *sannsynligheten av en skadevirkning* – faregraden for liv og helse – samt *sannsynligheten av en skade på inngrepsobjektet ved inngrep* – skaderisikoen i forhold til den menneskelige integritet og selvbestemmelse - tas med i avveiningen.

En slik isolert og ”matematisk” avveining av de aktuelle interesser er imidlertid heller ikke tilstrekkelig. Allerede i formuleringen ”naar Omstændighederne berettigede ham til” gis det en indikasjon på at det må foretas en *bred interessevurdering*, hvor et vidt spekter av hensyn virker inn på og relativiserer bedømmelsen. Eksempel på omstendigheter som kan få en slik betydning, er at faren som danner grunnlaget for nødssituasjonen er selvforskyldt, eller at personen som faren truer har en utsatt stilling, som for eksempel ansatte i politiet eller brannvesenet.¹⁹⁸

At bedømmelsen må skje konkret støttes også av uttalelser i forarbeidene om at ”[d]omstolene naturligen netop [vil] tage Hensyn til, om en sund Betragtning maatte lede til, at man burde tilføie hin for at afværge denne”¹⁹⁹. I likhet med bl.a. Andenæs tolker jeg dette dit hen at en helt abstrakt klassifikasjon av interessene ikke anses mulig, og at det avgjørende i det enkelte tilfelle dermed blir rettsordenens verdsetting og prioritering av ulike verdier *i kombinasjon*

¹⁹⁸ Se. Rt.1976s.864.

¹⁹⁹ Jfr. Straffelovkommissjonen 1896 s.80-81.

med et skjønn over handlingens konkrete tilbørlighet.²⁰⁰ Man kan for eksempel ikke si at personlige interesser alltid vil gå foran økonomiske/materielle goder.

I forhold til selve *terskelen* i overvektskravet kan man av ordlyden utlede at en alminnelig interesseovervekt ikke er tilstrekkelig. Utrykket ”særdeles betydelig” tilsier et strengt krav, og at det således må *sterke grunner*²⁰¹ til for å oppheve inngrepsobjektets alminnelige rettsbeskyttelse. Nødrettsinngrep er således forbeholdt de absolutte unntakssituasjoner, og dersom tvil foreligger om hvorvidt den ene interesse er mer beskyttelsesverdig, kan nødrettsinngrepet ikke forvares. Denne tolkningen støttes også av forarbeidene.²⁰²

Slik jeg tolker nødrettsbestemmelsen anses terskelen for når interesseovervekt foreligger for å være konstruert som rimelig *fast* etter gjeldende rett. Det vil imidlertid komme likt ut i praksis om et resultat begrunnes i en konkret og relativisert bedømmelse ut fra de foreliggende omstendigheter, eller om det vises til at *selve terskelen i strl.§47* varierer og er relativ på grunn av de samme omstendigheter. Andorsen hevder, i alle fall de lege ferenda, at terskelen bør være dynamisk, og at ”kravet til interesseovervekt kan stille seg noe ulikt, alt etter hvordan nødrettssituasjonen foreligger i det enkelte tilfelle”²⁰³. Som jeg allerede har antydnet er det imidlertid uvisst om dette ville fått noen praktisk betydning.

Avslutningsvis kan det nevnes at kravet til interesseovervekt er lempet noe i den nye straffeloven. Det fremgår av forarbeidene at ”dagens krav om at interesseovervekten må være « særdeles betydelig », setter for snevre grenser for handlefriheten.”²⁰⁴

Departementet foreslår i stedet at ”skaderisikoen ved faren som truer må være « langt større » enn skaderisikoen ved nødhandlingen for at nødrettsbestemmelsen skal få anvendelse”, og det forutsettes videre at ”det skal noe mer til for å oppfylle dette kravet enn det krav som Straffelovkommisjonen har foreslått, men mindre enn dagens krav om « særdeles betydelig » interesseovervekt.”²⁰⁵

Det gjenstår å se om en slik lemping gir noen nevneverdige utslag i praksis.

²⁰⁰ Jfr. Andenæs (2004) s.186, se også Sinding Aasen (1998) s.487 m/videre henvisn.

²⁰¹ Jfr. Andenæs (2004) s.185.

²⁰² Jfr. Straffelovkommisjonen 1896 s.81.

²⁰³ Jfr. Andorsen (1999) s.217.

²⁰⁴ Jfr. Ot.prp.nr.90(2003-2004) s.418.

²⁰⁵ Jfr. Ot.prp.nr.90(2003-2004) s.418.

3.5 Nødrett som kompetansegrunnlag for forvaltningen – et rettsgrunnlag for normeringshandlinger.

3.5.1 Sondringen mellom nødrettsinngrepets lovlighet og gyldighet.

Til nå har vilkårene for strafferettslig nødrett blitt gjennomgått, og med dette også vilkårene for bruk av strafferettslig nødrett som rettsgrunnlag ved forvaltningens faktiske handlinger. Som nevnt innledningsvis er imidlertid ikke all nødrett strafferettslig nødrett, og heller ikke alle typer forvaltningsinngrep *kan* gjøres med grunnlag i strafferettslig nødrett.

Normeringshandlinger, det vil si skapelsen av normer av allmenn eller spesiell karakter²⁰⁶, må i følge den alminnelige kompetansegrunnsetningen bygge på et kompetansegrunnlag for å være gyldige.²⁰⁷ Strl.§47 er som vi har sett en straffrihetsgrunn, men selv om den dermed på visse vilkår medfører at en i utgangspunktet ulovlig faktisk handling blir *lovlig*, utgjør den ikke noe kompetansegrunnlag. Anvendelsesområdet for strl.§47 begrenser seg til de *faktiske handlinger*²⁰⁸, det vil si en eller annen form for fysisk aktivitet som ikke kommer til uttrykk i en norm²⁰⁹. Slike handlinger utføres i kraft av alminnelig handlefrihet og krever i utgangspunktet ingen særskilt kompetanse, og kan dermed heller ikke være *ugyldige*. I Metodeutvalgets utredning uttales det for eksempel at; ”Etter den alminnelige oppfatning kan politiet, hvis vilkårene for å sette i gang etterforskning er tilstede, uten lovhjemmel foreta seg det som alle og enhver kan i kraft av den alminnelige handlefrihet.”²¹⁰

Forholdet mellom nødretten som kompetansegrunnlag og de generelle materielle hjemmelskrav i forvaltningsretten vil bli tatt opp i kapittel 4. Foreløpig er det bare min intensjon å klargjøre at sondringen mellom faktiske handlinger og normeringshandlinger får betydning for nødrettsgrunnlaget, og at nødrett som kompetansegrunnlag må bygges på et rettskildemessig grunnlag utenfor straffeloven.

²⁰⁶ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.202 og Owe (1983) s.136flg.

²⁰⁷ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.310.

²⁰⁸ Jfr. pkt.3.3.2.

²⁰⁹ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.202 og Owe (1983) s.136flg.

²¹⁰ Jfr. NOU 2004:6 pkt.3.1.2.

3.5.1.1 Sondringen mellom "faktiske" og "rettslige" nødrettsinngrep – er den aktuell og praktisk?

Sondringen mellom faktiske handlinger og normeringer ble gjennomgått på generelt grunnlag i pkt.2.4, og det kan innledningsvis vises til dette. Formålet her er å se isolert på nødrettsinngrepet i relasjon til denne sondringen.

Sinding Aasen har en illustrerende beskrivelse av forskjellen mellom faktiske handlinger og normeringshandlinger som tankemessig kan overføres til nødrettsinngrepet, ettersom tvangsinnleggelse etter omstendighetene kan bli foretatt på nødrettsgrunnlag²¹¹; ”Mens et vedtak om å tvangsinnlegge en person er et rettslig inngrep [rettslig normering], er de fysiske handlinger som skal til for å gjennomføre vedtaket faktiske inngrep. På tilsvarende vis kan straffelovens forbud mot legemskrenkelses sees som en rettslig normering, mens en legemskrenkelse utgjør et faktisk inngrep i noens legeme.”²¹²

Gjennom dette eksemplet illustreres etter min mening godt hvordan nødretten som kompetansegrunnlag er minst like aktuelt som rettsgrunnlag i den praktiske forvaltningsvirksomhet som den strafferettslige nødrett. Tradisjonelt har naturalytelser fra det offentlige, for eksempel hjemmesykepleie og sykehjemsbehandling blitt betraktet som serviceytelser og ikke offentlig myndighetsutøvelse.²¹³ Spørsmålet om tilstrekkelig kompetansegrunnlag har dermed ikke vært aktuelt, og heller ikke problematisert. Gjennom sosialtjenestelovens §8-1(2) 1.punktum er det imidlertid blitt fastslått at ”[a]vgjørelser om tildeling av sosiale tjenester²¹⁴” skal regnes som enkeltvedtak. Både forvaltningslovens saksbehandlingsregler og ulovfestede rettssikkerhetsgarantier får dermed anvendelse på disse beslutninger, som også må kategoriseres som normeringshandlinger. Dette taler etter min mening for at også forvaltningens beslutninger om å foreta tvangstiltak, for eksempel i form av innelåsing av senile demente på bakgrunn av nødrett, samt iverksetting av ufrivillige behandlingstiltak og lignende, er å regne som normeringshandlinger. I særlovgivningen for særskilte grupper, blant annet psykisk utviklingshemmede, er også slike tvangstiltak klart å anse som forvaltningsvedtak, med de rettsvirkninger dette medfører.

²¹¹ Jfr. f.eks. Rt.2002s.1646.

²¹² Jfr. Sinding Aasen (1998) s.203.

²¹³ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.204.

²¹⁴ Herunder både kommunal hjelp i form av råd og veiledning, praktisk bistand o.l.

Som nevnt tidligere kan imidlertid sontringen mellom forvaltningens faktiske handlinger og normeringshandlingene til tider være vanskelig.

3.5.2 Kompetansegrunnlaget - sedvanerett, analogi eller allment prinsipp?

3.5.2.1 Rettslig analyse av nødrett som kompetansegrunnlag

Spørsmålsstillingen i dette punktet av fremstillingen er hvorvidt det eksisterer et nødrettslig kompetansegrunnlag de lege lata, uavhengig av den strafferettslige nødrett. Videre blir spørsmålet hva som i så fall er det rettskildemessige grunnlaget for dette.

Rettskildebildet preges etter min mening av at det lenge har vært uklarheter rundt hvilke krav som stilles til forvaltningens materielle hjemler, samt av at nødretten etter sin art regulerer unntakssituasjoner. Temaet er svært ”stemoderlig” behandlet i teorien, og det er sparsomt med oppklarende avgjørelser i rettspraksis.

Rt.2002s1646 er illustrerende på dette punkt. Saken gjaldt krav om utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern, og saksøker bestred både gyldigheten og riktigheten av tvangsvedtaket. Gyldighetspåstanden ble imidlertid avvist fordi søksmålet var anlagt etter tvml. kap. 33, og tvml. §482 ikke foreskriver noen gyldighetsprøving, men et realitetsvedtak ut fra tilstanden på domstidspunktet. På grunnlag av tidligere rettspraksis ble det likevel vurdert om brudd på konverteringsforbudet i phlsvl. §2-3 var av ”en slik karakter at den bør utelukke at domstolene anser B som tvangsinnlagt den 25. april 2001” – dvs. at man burde avstå fullstendig fra realitetsbehandling. Høyesterett fant at så ikke var tilfelle.

Nødrett ble i denne saken påberopt som alternativt hjemmelsgrunnlag for tvangsinnleggelsen, og i lagmannsretten vant saksøkte frem med denne anførselen. Lagmannsretten bygde da direkte på strl.47.

Etter min mening kan det ikke være noen tvil om at tvangsvedtaket representerte en rettslig normering, og at det er denne som vurderes i avgjørelsen. Dersom det var den faktiske handling i form av frihetsberøvelse som skulle angripes ville søksmål mer naturlig vært anlagt

i enten straffeprosessuelle former mot den enkelte tjenestemann²¹⁵, eller som erstatnings søksmål for eventuelt økonomisk tap. Dette synspunktet støttes av at bestemmelsen i strl.§47 ikke blir nevnt av Høyesterett, det tales utelukkende om ”spørsmålet om nødrett” – da etter mitt syn underforstått som *kompetansegrunnlaget* nødrett.

Noe kryptisk er det da likevel at Høyesterett velger å *vurdere* hvorvidt det forelå en nødssituasjon ved vedtakets utferdigelse– altså et av de alminnelige vilkår for nødrett –, for deretter å bruke fraværet av en nødssituasjon til å begrunne en uttalelse om at ”spørsmålet om nødrett som tvangsgrunnlag er det da ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på.”²¹⁶

Dette er etter min mening bare egnet til å forvirre, og Høyesterett burde her i stedet gjort det klart at strl.§47 som straffrihetsgrunn ikke kan gjøre et tvangsvedtak gyldig eller rettmessig, slik lagmannsretten konkluderte med, bare selve tvangshandlingen lovlig. Tvangsvedtaket som rettslig normering blir, slik jeg ser det, her vurdert av Høyesterett på basis av et nødrettslig kompetansegrunnlag selv om dette ikke er uttrykkelig uttalt.

Innholdet og grunnlaget for et slikt kompetansegrunnlag velger retten imidlertid å avstå fra å kommentere.

I flere offentlige utredninger er nødrett som alternativt kompetansegrunnlag omhandlet - både direkte og indirekte. Selv om utredningene sett opp mot hverandre omhandler forskjellige rettsområder og forskjellige deler av offentlig forvaltning, må de likevel etter min mening kunne gi informasjon om nødrettsinngrepet generelt som forvaltningsrettslig virkemiddel.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven²¹⁷ uttales det gjentatte ganger fra sosial- og helsedepartementets side at det utover de foreslåtte inngrepshjemlene i loven kan bli aktuelt å foreta nødrettsinngrep dersom situasjonen skulle tilsi dette. For eksempel uttales det her at ”nødretten kan komme inn som et eget grunnlag for å gi ECT-behandling uten pasientens samtykke, dersom det er fare for pasientens liv eller at vedkommende kan få alvorlig helseskade”²¹⁸, og at tilbakeholdelse i institusjon under frivillig psykisk helsevern kan skje ”dersom det er en overhengende fare for at pasienten i tilfelle utskrivning vil påføre seg selv eller andre alvorlig skade på liv eller helse”²¹⁹.

²¹⁵ Se f.eks. den tidligere nevnte avgjørelsen i Rt.1989s1079.

²¹⁶ Jfr. s.1653.

²¹⁷ Jfr. Ot.prp.nr.11(1998-1999)

²¹⁸ Jfr. pkt. 8.4.5.3.

²¹⁹ Jfr. pkt. 6.5.4.

Som rettsgrunnlag vises det i begge tilfeller uttrykkelig til straffeloven §47, og ingen sontring foretas mellom faktiske handlinger og normeringshandlinger i form av vedtak eller lignende. Umiddelbart er det på denne bakgrunn naturlig å tolke uttalelsene dit hen at noe separat nødrettslig kompetansegrunnlag ikke eksisterer, og at all nødrett dermed er å anse som strafferettslig nødrett. Det gis imidlertid ingen forklaring på hvordan en straffrihetsgrunn kan utstyre forvaltningen med heteronom beslutningskompetanse, og temaet virker heller ikke særlig grundig utredet.

En tilsvarende tilnærming fremkommer i en stortingsmelding fra sosial- og helsedepartementet fra 1999-2000²²⁰. Stortingsmeldingen omhandler målsetninger for et pågående arbeid med kvalitetssikring av de kommunale sosial- og helsetjenestene. Mangelen på nødvendig lovhjemmel for inngrep overfor særskilte grupper er her et sentralt tema, og meldingen nevner i særdeleshet senile demente og rusmiddelmisbrukere.

I omtalen av nødssituasjoner viser departementet konsekvent til strl.§47 og §48, men behandler ikke anvendelsesområdet for disse bestemmelser på generelt grunnlag. Under pkt. 7.1.5 sies det imidlertid at; ”I mangel av andre heimlar har naudreglane i straffelova blitt gjort gjeldande som heimel for helse- og sosialpersonell sin rett til å gripe inn i naudsituasjonar, *også utover dei tilfelle som reglane strengt teke regulerer*”²²¹.” Under samme punkt uttaler departementet også at ”rekkevidda av naudreglane er ...uklar.”

Begge uttalelser er svært rundt formulert, men kan iallefall tolkes som en viss ”bevissthet” rundt problematikken som tas opp i denne oppgaven. Dette støttes også av at behovet for lovhjemmel knyttes opp mot legalitetsprinsippet, ikke straffelovens straffebed og/eller lex superior-prinsippet.²²² Det er imidlertid forvirrende at nødrettsbegrepet utelukkende knyttes til straffelovens nødrettsbestemmelse_[m1].

Den 26. januar 2004 ble det sendt en anmodning fra Helsedepartementet om å få Lovavdelingens vurdering av om det fra politiets side kan kreves tilgang til humant biologisk materiale innsamlet og lagret etter bestemmelsene i biobankloven for å forsøke å identifisere gjerningspersonen i straffesaker. Spørsmålet oppstod i forbindelse med etterforskningen av NOKAS-ranet i Stavanger.

²²⁰ St.meld.nr.28 (1999-2000).

²²¹ min kursivering.

²²² Jfr. pkt.7.1.5, avsnitt 28.

Etter å ha konkludert med at det på det foreliggende tidspunkt ikke finnes en hjemmel for *regulær* tilgang til humant biologisk materiale i biobanker for slike personidentifikasjonsformål, uttaler lovavdelingen at det ”helt unntaksvis [kan] stille seg annerledes i tilfeller der *nødrettsbetraktninger* tilsier at biobanklovens bestemmelser må vike, slik at det må gis tilgang til lagret biobankmateriale selv om det i utgangspunktet er i strid med lovens bestemmelser. *Det skal imidlertid svært mye til for at nødrett kan anses å gi hjemmel for handlinger i strid med en klar lovbestemmelse.*”²²³

Bruken av begrepet ”hjemmel” og fraværet av strl.§47 som uttrykkelig rettskildegrunnlag tyder her på at lovavdelingen sikter til en annen type nødrett enn den strafferettslige nødrett. Dette fremkommer også ved behandlingen av vilkårene for nødrett. Her sies det blant annet at ”kriteriet i straffeloven § 47 om at det skal en ”særdeles betydelig” overvekt av interesser til for at nødrett skal kunne gjøres gjeldende, må anses som et *allment prinsipp som også har gyldighet utenfor straffelovens anvendelsesområde*”²²⁴

På denne bakgrunn er det nærliggende å tolke lovavdelingens vurdering dit hen at nødrett som kompetansegrunnlag bygger på et nærmest ”almengyldig” prinsipp om adgang til nødrettsinngrep til fordel for en klart mer verdifull interesse. Grunnlaget holdes klart atskilt fra strl.§47, men det rettskildemessige grunnlag for et kompetansegrunnlag i form av et slikt allment prinsipp forblir uklart.

Uttalelsen fra lovavdelingen om politiets adgang til biobanker er også nevnt i Datatilsynets og Personvernemndas årsmeldinger for 2004. Her oppsummeres det og gis tilslutning til lovavdelingens konklusjon, og det nevnes at nødrettsgrunnlaget faktisk ble anvendt i desember 2004, hvor det ”i samband med flodbølgekatastrofen i Asia [blei] gitt løyve til at biologisk materiale frå mor og barn-undersøkingane kunne nyttast til identifikasjon av offer etter flodbølgekatastrofen.”²²⁵

En tilslutning til et synspunkt om at det nødrettslige kompetansegrunnlag må holdes atskilt fra strl.§47 kan etter min mening også utledes av Politimetodeutvalgets utredning fra 2004²²⁶. Under behandlingen av virkemiddelet ”hemmelig ransaking” sies det at

²²³ Jfr. saksnr. 2004/01843 EO, ”Biobankmateriale som grunnlag for DNA-analyser i straffesaker”, min kursivering.

²²⁴ se note 211, min kursivering.

²²⁵ Jfr. St.meld.nr.40(2004-2005) s.43.

²²⁶ Jfr. NOU 2004:6

strpl. § 200a krever mistanke om begått straffbar handling for å kunne iverksette hemmelig ransaking, og at bestemmelsen derfor ikke hjemler hemmelig ransaking i forebyggende øyemed. Utvalget uttaler imidlertid videre at ”nødrett ...under gitte omstendigheter vil...kunne være kompetansegrunnlag for slik ransaking.”²²⁷

Strl. §47 er her overhodet ikke nevnt, og det snakkes om et ”kompetansegrunnlag” - ikke en straffrihetsgrunn. Ser man denne uttalelsen i sammenheng med behandlingen av adgangen til innhenting av telefontrafikkdata, blir denne tolkningen styrket ytterligere. Her sies det at ”*metoden krever hjemmel i lov* og noen konkret lovhjemmel som åpner for innhenting av trafikkdata i forebyggende øyemed er ikke gitt. Imidlertid vil politiet etter omstendighetene kunne kreve trafikkdata *med hjemmel i nødrett.*”²²⁸

I juridisk teori finnes det også spor av nødrett som rettsgrunnlag for forvaltningens normeringshandlinger. Andorsens fremstilling ”Strafferettslig nødrett” omhandler for eksempel ikke bare strafferettslig nødrett, slik tittelen skulle tilsi. Både kapittel 18 og 19 er viet nødrettsinngrep hvor offentlige interesser står mot private interesser eller andre offentlige interesser, og strl.47 omtales her som en ”inngrepshjemmel”²²⁹. Andersen skiller imidlertid ikke uttrykkelig mellom nødrettsinngrep i form av faktiske handlinger og normeringshandlinger, og dette kunne i utgangspunktet tyde på at han anser *all* nødrett som strafferettslig nødrett. På den annen side uttaler han at hvor ”det offentlige må falle tilbake på strl. §47...reiser..[det] seg kompliserte spørsmål i relasjon til legalitetsprinsippet.”²³⁰

Betydningen av dette utsagnet blir imidlertid etter min mening et tolkningsspørsmål, og slutningen avhenger i stor grad av Andorsens syn på de materielle hjemmelskrav til forvaltningstiltak.

Dersom Andersen, som Eckhoff/Smith m. fl., har som utgangspunkt at legalitetsprinsippet utelukkende er en kompetansenorm, impliserer utsagnet at han anser selve lovbestemmelsen i strl. §47 som nettopp et *kompetansegrunnlag* for det offentlige. Legalitetsprinsippet ville ellers ikke være aktuelt, da bestemmelsen i motsatt tilfelle ikke ville omhandle normeringshandlinger.

Dersom Andersen på den annen side er tilhenger av legitimitetsteoriens tilnærming til legalitetsprinsippet, og anser legalitetsprinsippet for å inneholde både en kompetansenorm og

²²⁷ Jfr. pkt. 7.7.4.3.2.

²²⁸ Jfr. pkt. 7.12.4.3.

²²⁹ Se f.eks. s.403.

²³⁰ Jfr. Andersen (1999) s.116.

en pliktnorm, innebærer uttalelsen bare en fastslåing av at også faktiske nødrettshandlinger må vurderes i forhold til legalitetsprinsippet.

Siden Andorsen ellers avstår fra å behandle legalitetsprinsippet, finnes det ikke noe klart svar på dette. Under overskriften ”Myndighetsinngrepene” sier han imidlertid at ”som myndighetsorgan trenger det offentlige et hjemmelsgrunnlag for å kunne pålegge borgerne å tåle pålegg, innskrenkninger eller inngrep generelt sett i forvaltningsretten...Det er her ikke et spesifikt strafferettslig problem som reiser seg, men spørsmålet om innenfor forvaltningsretten å benytte grunnregelen om nødrettsinngrep i strl.§47 som et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag når annet grunnlag mangler.”²³¹

Hva som legges i uttrykket ”hjemmelsgrunnlag” finner jeg litt uklart, men ut fra konteksten er det slik jeg ser det sannsynlig at Andorsen mener *kompetansegrunnlag*, i betydningen rettsgrunnlag for normeringshandlinger. Utsagnet tilsier dermed at rettslige normeringer ikke kan foretas direkte på grunnlag av strl.§47.

Det fremstår likevel som litt flytende at Andorsen presenterer ”grunnregelen om nødrettsinngrep i strl.§47” som rettskildegrunnlaget for dette kompetansegrunnlaget. Det mest nærliggende må vel være å si at det han her dermed sikter til et slags allment nødrettsprinsipp. Sandberg har et ganske tilsvarende syn på dette, idet hun henviser til ”*nødrettsprinsippet som er nedfelt i straffeloven §47*” som et alternativ når ”det ikke er tid til å vente på vedtak i fylkesnemnda” i forbindelse med en medisinsk akuttssituasjon som involverer en mindreårig.²³²

Som et annet hovedsynspunkt finnes det flere forfattere som etter mitt syn klart mener at enhver nødrett er strafferettslig nødrett, og dermed forankrer alle former for nødrettsinngrep direkte i strl.§47. Blant disse er Rasmussen, som i forbindelse med behandlingen av konverteringsforbudet i phlsvl.§2-3 uttaler at ”nødrettsbestemmelsen i strl.§47 virker her som ellers i samfunnet...Nødretten vil da tjene som rettslig grunnlag for tilbakehold i institusjon enten inntil man har gjennomført den nødvendige prosedyre i en tvangssak og truffet et tvangsvedtak, eller så lenge nødrettssituasjonen foreligger i de tilfeller der psykiatrilovens vilkår for tvang ikke er til stede”²³³. Jeg savner imidlertid et detaljert resonnement rundt

²³¹ Jfr. Andorsen (1999) s.372.

²³² Jfr. Sosialrett (2003) s.315.

²³³ Jfr. Sosialrett (2003) s.419.

anvendelsesområdet for strl.§47, og da særlig i forhold til nødrettsinngrep i form av normeringshandlinger.

Også Kjønstad/Syse synes å ha en slik tilnærming, da de utelukkende betegner nødrett som en ”straffrihetsbestemmelse” i relasjon til ”uhjemlet tvangsbruk”.²³⁴ Sinding Aasen forankrer også nødrettsinngrep i form av tvangsmedisinering og annen medisinsk behandling uten uttrykkelig eller hypotetisk samtykke i strl.§47 som straffrihetsgrunn.²³⁵ Her mangler etter min mening på tilsvarende måte som i forhold til Rasmussen et åpent resonnement i forhold til anvendelsen av strl.§47 på normeringshandlinger.

Det tredje hovedsynspunkt som kan utledes fra den juridiske teori på området består etter mitt syn av et klart adskilt nødrettslig kompetansegrunnlag som rettsgrunnlag for forvaltningens normeringshandlinger.

Representanter for dette er blant andre Eckhoff/Smith, som også nevnt ovenfor i pkt. 3.1.2.

Det er imidlertid vanskelig å utlede presist fra deres uttalelser hvilket rettskildegrunnlag de bygger dette kompetansegrunnlaget på. Mest nærliggende er det vel å si at forvaltningen etter deres syn har en *sedvanerettslig adgang* til å foreta nødrettsinngrep basert på en analogi fra strl.§47.

Slik har også Kraby tolket Eckhoffs/Smiths uttalelser²³⁶, men på bakgrunn av drøftelsen ovenfor har jeg vanskelig for å slutte meg til hennes utsagn om at dette er en ”alminnelig antatt” løsning.

Graver oppstiller klart et særskilt nødrettslig kompetansegrunnlag, og også dette bygges på sedvanerettsgrunnlag. ”[K]ompetanse til å treffe inngripende avgjørelser ut fra nødrettslige betraktninger” nevnes som et eksempel på ”*sedvaneretten*...som et eget kompetansegrunnlag”²³⁷. Her nevnes ikke strl.§47 overhodet.

Samme synspunkt uttrykkes enda klarere hos Walløe Tvedt m.fl., som uttaler at ”[n]ødrett som kompetansegrunnlag er basert på sedvanerett. Strafferettslig nødrett for private borgere er hjemlet i strl.§47. Det er ingen tilsvarende hjemmel for at forvaltningen har en

²³⁴ Jfr. Kjønstad/Syse (2005) s.392.

²³⁵ Se Sinding Aasen (1998) s.495.

²³⁶ Jfr. Kraby (1996) s.154.

²³⁷ Jfr. Graver (2002) s.214.

nødrettskompetanse til å gripe inn overfor borgerne²³⁸. Her skiller det med andre ord klart mellom nødrett som straffrihetsgrunn og som kompetansegrunnlag, et skille som også anses tvingende *nødvendig*.

Jeg finner det vanskelig å peke ut et konkret rettskildegrunnlag for å konkludere på spørsmålet om enhver nødrett er strafferettslig nødrett, og videre hvilket rettskildemessig grunnlag et eventuelt særskilt nødrettslig kompetansegrunnlag må anses for å bygge på. Som drøftelsen har vist, foreligger det relativt få slutninger fra autoritative rettskilder som lov, forarbeider og høyesterettspraksis. I de offentlige utredninger som jeg har gjennomgått mener jeg likevel å finne en utvikling mot at et særskilt nødrettslig kompetansegrunnlag anses for å være tvingende nødvendig på bakgrunn av de generelle materielle hjemmelskrav for forvaltningstiltak.²³⁹ Utviklingen mot et slikt kompetansegrunnlag synes imidlertid noe omstridt i teorien, men med utgangspunkt i sontringen mellom faktiske handlinger og rettslige normeringer finner jeg det likevel fullt forsvarlig å slutte meg til eksistensen av dette. For å oppnå gyldighet for en normeringshandling, og dermed konsekvens i den alminnelige forvaltningsrett, er det etter min mening helt nødvendig å skille slik nødrett fra den strafferettslige nødrett.

Rettskildegrunnlaget for denne kompetansen finner jeg på den annen side noe uklart. Slik jeg ser det kan det ikke være anledning til å anvende strl.§47 direkte. For at dette i det hele tatt skal kunne hevdes mener jeg det blir helt påkrevd med et åpent rettslig resonnement i forhold til hvordan eventuelle rettslige normeringshandlinger skal innpasses anvendelsesområdet til strl.§47 og kompetansegrunnsetningens krav om hjemmel.²⁴⁰

Etter min mening må rettskildegrunnlaget for rettslige nødrettsinngrep konstrueres som en sedvanerettsregel eller et allment prinsipp. Siden det her har skjedd en viss utvikling over tid, og utvalget av tungtveiende rettskildefaktorer er lite, heller jeg imidlertid mot at det er mer naturlig å se nødrettsgrunnlaget som en sedvanerettsregel enn et allment prinsipp. Det har i praksis klart blitt foretatt nødrettsinngrep i form av rettslige normeringer i den tro at kompetansegrunnlag forelå, og de fleste forfattere som behandler spørsmålet eksplisitt baserer seg også på sedvanerett, jfr. ovenfor. Som Nygaard skriver er den prinsipielle forskjellen

²³⁸ Jfr. Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.55.

²³⁹ Se nærmere kap.4.

²⁴⁰ Jfr. kap.2.

mellom sedvanerett og ulovfestede rettssetninger egentlig relativt liten, men sedvaneretten karakteriseres av at det ved formuleringen av en rettsregel legges vekt på ”praktiseringa som et sjølvstendig moment, og at retten kjende seg bunden av denne praksisen”²⁴¹.

En helt annen sak er imidlertid hvorvidt sedvanerettsregelens *innhold* skal bygges på en mer eller mindre direkte analogi fra strl.§47.

3.5.2.2 Når foreligger det grunnlag for nødrettsinngrep?

Mens teoriens behandling av nødretten som kompetansegrunnlag generelt sett ble betegnet som ”stemoderlig” ovenfor, kan behandlingen av *innholdet* i eller *vilkårene for* et slikt kompetansegrunnlag med rette kalles nesten ikke-eksisterende. Behovet for en rettslig drøftelse av dette temaet blir dermed desto større.

Sedvaneretten karakteriseres av at folk over tid har fulgt denne praksis eller handlemåte i den tro at den representerte etterlevelse av en rettslig bindende norm. Innholdet i sedvanen må dermed også ta utgangspunkt i den praksis som foreligger, og herunder teoriens gjengivelse og fortolkning av slik praksis. Til dette kommer også at hensynet til en ”god” sedvanerettsregel kommer inn som et sentralt verdipremiss ved fortolkningen av den.²⁴²

Som Graver sier gir eksistensen av et nødrettslig kompetansegrunnlag listen av relevante kompetansegrunnlag ”et visst preg av åpenhet for at sterke samfunnsmessige behov kan erstatte kravet til kompetanse”²⁴³. De samme samfunnsmessige behov tilsier etter min mening at oppstillingen av vilkår for nødrettsinngrepene ikke gjøres for rigid, idet kompetansegrunnlaget ellers ikke vil oppfylle sitt formål som en nødvendig sikkerhetsventil i et i utgangspunktet kasuistisk utformet regelverk. Mothensynet er naturligvis forutberegnelighet for den enkelte borger i forhold til inngrep fra forvaltningen. Indirekte blir denne vurderingen langt på vei en refleksjon av avveiningen for og mot stortingsbehandling, og herunder hvordan nødretten som kompetansegrunnlag forholder seg til legalitetsprinsippet. Dette behandles nærmere i kapittel 4.

²⁴¹ Jfr. Nygård (1999) s.266.

²⁴² Jfr. Nygård (1999) s.265.

²⁴³ Jfr. Graver (2002) s.214.

Et synspunkt som har vært fremme flere ganger under analysen av nødretten som kompetansegrunnlag, er at sedvanerettsregelen baserer seg på en *analogi* fra strl.§47. Ikke alle forfatterne foretar et slikt grep, men synspunktet er verdt å undersøke nærmere.

Først er det grunn til å understreke at det her ikke menes analogi som selvstendig rettsgrunnlag, men analogi som et moment i klarleggingen eller dannelsen av en sedvanerettsregel. Dette er ikke helt uvanlig, og forekommer blant annet i relasjonen mellom avtl.§39 og den ulovfestede re-integra regelen for tilbakekall av løfter.²⁴⁴

Analogiens berettigelse i rettssystemet ligger i den grunnleggende tanken om at like tilfeller bør behandles likt, og dette refererer igjen til et ønske om konsistens i rettssystemet - rettsanvendelsen skal ikke være vilkårlig.²⁴⁵

Det som taler *for* en analogislutning når behovet for å foreta en normeringshandling i en nødssituasjon melder seg, er først og fremst den ytre likheten mellom den handlingen som karakteriseres som straffri i strl.§47, og den normering som forventes å utlede sin gyldighet fra det nødrettslige kompetansegrunnlaget. Lovlighet i strafferettslig forstand og gyldighet som rettslig disposisjon må kunne betraktes som forskjellige dimensjoner av det samme rettslige spørsmålet om *adgangen* for forvaltningen/forvaltningens tjenestemenn til å foreta en slik disposisjon.

Antakelig er det også en slik tankegang som ligger til grunn for innholdet i sedvanerettsregelen, og som har fått blant andre Eckhoff/Smith, Walløe Tvedt m.fl. og Kraby til forankre vilkårene for nødrett som kompetansegrunnlag i en analogislutning til nødrettsbestemmelsen. Dette innebærer at en gyldig normeringshandling på grunnlag av nødrett forutsetter 1) en *nødssituasjon*, hvor sedvanerettsregelen så foreskriver en 2)*redningshandling*, som kan foretas av forvaltningen dersom det foreligger en 3)*særdeles betydelig interesseovervekt til fordel for den truede interesse* og handlingen fremstår som 4)*nødvendig*.²⁴⁶ Det som ovenfor er sagt om innholdet i disse vilkårene må videre være relevant så langt det passer.

²⁴⁴ Jfr. Nygård (1999) s.201.

²⁴⁵ Jfr. Askeland (2004) s.500.

²⁴⁶ Jfr. pkt.3.4.1.

Med henvisning til ”god sedvane”- vurderingen nevnt ovenfor, vil det imidlertid etter min mening også måtte foretas en konkret vurdering av nødrettsinngrepet i relasjon til det aktuelle rettskildebildet – og da særlig i forhold til det regelverket som nødrettshjemmelen fungerer som alternativ *til*. Her kan det vises til pkt. 3.2 ovenfor, og de typetilfeller som her er skissert. Som også Andorsen påpeker er det grunn til å anse det mer betenkkelig at nødrett tjener som hjemmelsgrunnlag for et inngrep uten særhjemmel overhodet, enn de tilfellene hvor nødrett benyttes for å strekke en eksisterende særhjemmel. Spørsmålet kommer særlig på spissen hvor nødrett ”benyttes til å gjøre et inngrep som lovgiveren har vurdert et sær-hjemmelsgrunnlag for, men ikke har villet innføre, og uten at det i forarbeider e.l. er uttalt noe bestemt om stillingen i ekstraordinære situasjoner”.²⁴⁷

Et eksempel på en situasjon av den sistnevnte art er den tidligere nevnte problemstilling om hvorvidt biologisk materiale lagret i biobanker kan benyttes i etterforskningsøyemed, og eventuelt også som bevis i straffesaker.

Denne problemstillingen kan også godt formuleres i to separate spørsmål; 1) foreligger det i det hele tatt en særregulering av inngrepsadgangen, og 2) må dette særskilte grunnlaget i så fall anses for uttømmende å regulere vilkårene for å gjøre et bestemt inngrep, eller er det åpning for å benytte nødrettsgrunnlaget i under spesielle forhold som ligger utenfor det lovgiver har ment å ta stilling til?

Andorsen skriver i sin avhandling at ”stilles dette spørsmålet helt generelt, mener jeg bestemt at svaret ikke er et enten-eller, men at det beror på en nærmere tolkning av det særskilte hjemmelsgrunnlaget som er aktuelt. Svaret kan således bli forskjellig, fra den ene særloven til den andre”²⁴⁸. Denne konklusjonen vil jeg slutte meg til, men jeg velger å se denne vurderingen som en del av den alminnelige rettsanvendelsesprosessen og som et utslag av at reelle hensyn får innvirkning på denne prosessen her som ellers. Analogislutningen fra strl.§47 blir dermed bare et utgangspunkt.

²⁴⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.375.

²⁴⁸ Jfr. Andorsen (1999) s.377.

4. Nødrettsinngrepet i lys av legalitetsprinsippet.

4.1 Innledning

4.1.1 Fremstillingens oppbygging og kontekst – plassering av kap.4.

I kapittel 2 ble de materielle krav til rettsgrunnlaget for beslutning om og gjennomføring av forvaltningstiltak gjennomgått på generelt grunnlag. Med ”materielle krav” siktes det her til hvilke kvalitative krav som stilles til rettskildedefundamentet for et påtenkt forvaltningstiltak. Med Nygårds terminologi fra alminnelig rettskildelære kan dette formuleres som et spørsmål om hvilken rettskilde som må utgjøre *det primære rettsgrunnlag* for den rettsregelen som hjemler inngrepet.²⁴⁹

Sentralt i kapittel 2 står særlig redegjørelsen av legalitetsprinsippetets innhold og utstrekning, og som det fremgår her strides teorien om hvorvidt legalitetsprinsippet utelukkende må anses som en kompetansenorm, eller om prinsippet også inneholder en pliktnorm – og dermed en skranke for lovligheten av faktiske forvaltningsinngrep.

Tema for kapittel 3 var på den annen side nødrettsinngrepet som forvaltningsvirkemiddel, og dermed de materielle vilkår for adgangen til nødrettsinngrep. Som en oppfølging av kapittel 2 ble imidlertid analysen av rettsgrunnlaget for normeringsinngrep og faktiske handlinger foretatt atskilt. Særlig tvil oppstod her i relasjon til rettsgrunnlaget for nødrettslige normeringshandlinger. I tråd med min konklusjon på dette punkt blir det imidlertid lagt til grunn i den videre fremstilling at normeringshandlingene bygger på et sedvanerettsgrunnlag.

Denne siste delen av fremstillingen bygger også på de to foregående kapitler, og har som formål å ta opp problemstillinger som oppstår i forhold til forvaltningsrettslige hjemmelskrav ved at nødrettsinngrep blir foretatt både som faktiske handlinger og normeringshandlinger, og på ulikt rettsgrunnlag. Formålet er med andre ord å beskrive relasjonen mellom hjemmelskravene og nødrettsinngrepet som forvaltningsvirkemiddel.

²⁴⁹ Jfr. Nygård (2004) s.119.

På bakgrunn av sontringen mellom faktiske handlinger og normeringshandling er det i særdeleshet forholdet til legalitetsprinsippet som er interessant, og det er også dette hjemmelskravet drøftelsen kommer til å ta utgangspunkt i.

Forholdet til legalitetsprinsippet er først og fremst interessant fordi dette direkte angår *forvaltningens* adgang til å foreta rettmessige nødrettsinngrep, og fordi denne relasjonen er svært sparsommelig behandlet i teorien. Videre er den eventuelle betydningen av teoretisk tilnærming og avgrensning av dette ulovfestede prinsippet av interesse fordi det også påvirker synet på nødrett som rettsgrunnlag for forvaltningen. Man kan videre stille seg spørsmålet om en slik virkning er tilsiktet, og ikke minst, hvorvidt den er gunstig eller bidrar til å tåkelegge grensene for denne inngrepsformen.

Det som ønskes besvart i kapittel 4 kan dermed kort oppsummeres i tre sentrale problemstillinger;

- Representerer legalitetsprinsippet *alltid* en skranke for forvaltningens adgang til å iverksette nødrettsinngrep overfor private, og tilfredsstiller i så fall nødrettsgrunnlaget prinsippets kvalitative krav?
- Hvilken betydning får teoretisk tilnærming til legalitetsprinsippet for synet på forvaltningens adgang til å gjøre inngrep overfor private på grunnlag av nødrett?
- Bør legalitetsprinsippet begrense adgangen til å foreta nødrettsinngrep?

4.2 Sedvanerettens stilling som kompetansegrunnlag for nødrettslige normeringshandlinger

4.2.1 Utgjør legalitetsprinsippet en skranke for forvaltningens adgang til å foreta nødrettslige normeringshandlinger?

Uavhengig av teoretisk ståsted i relasjon til legalitetsprinsippet innhold og utstrekning må svaret her være bekreftende. I følge tilhengerne av kompetanseteorien vil nettopp normeringshandlingene utelukkende representerer anvendelsesområdet for legalitetsprinsippet, og ifølge en mer tradisjonell tilnæringsmåte omfattes i prinsippet alle former for myndighetsinngrep. Det kan for øvrig henvises til behandlingen av legalitetsprinsippet under kapittel 2.

4.2.2 Hva innebærer legalitetsprinsippets krav for forvaltningens adgang til å foreta nødrettslige normeringshandlinger?

4.2.2.1 Kompetanseteorien.

Som tidligere nevnt anser kompetanseteoriens talsmenn legalitetsprinsippet for å være en kompetansenorm av *negativ* karakter. Legalitetskravet oppstilles således som et krav om hjemmel i formell lov for det tilfelle at de øvrige kompetansegrunnlag *ikke strekker til*. Selve legalitetsprinsippet blir på denne måten i realiteten en situasjonsbeskrivelse og ikke et analyseverktøy. Uttrykket betegner rett og slett *det resultat at lov er nødvendig*²⁵⁰.

I følge kompetanseteorien inneholder legalitetsprinsippet heller ikke selv normer for *når* de øvrige kompetansegrunnlag er utilstrekkelige og dermed når denne situasjonen oppstår. Avgrensingen mellom kompetansegrunnlagene reguleres av andre kompetansenormer, og for nødrettsnormeringenes vedkommende kanskje i særdeleshet *lex superior*-prinsippet, ettersom de fleste interesser det ville være aktuelt å gjøre inngrep i vil være beskyttet gjennom lovfestede og ulovfestede regler.

²⁵⁰ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.101.

I følge kompetanseteorien vil legalitetsprinsippets rolle i rettsanvendelsesprosessen dermed allerede være utspilt dersom de materielle vilkår for å benytte sedvanerettsgrunnlaget for nødrettsinngrep foreligger, og tiltaket for øvrig ikke møter motstand i andre kompetansenormer. Dette fordi behovet for lovhjemmel logisk nok ikke vil oppstå. Legalitetsprinsippet får dermed ingen ”skranke-funksjon” for denne typen nødrettsinngrep, den materielle vurderingen av rettskildefundamentet foretas i en helt annen form og på et tidligere stadium i rettsresonnementet.

Kompetanseteorien oppstiller heller ikke særskilte krav *til hjemmelen* på bakgrunn av legalitetsprinsippet – kvalitative hjemmelskrav oppstilles riktignok, men på ulovfestet grunnlag, dog med anvendelse på ”legalitetsprinsippets område”²⁵¹. Som en følge av dette er ingen kvalitativ vurdering av nødrettens sedvanerettsgrunnlag på grunnlag av legalitetsprinsippet påkrevd etter kompetanseteorien. Dette betyr likevel ikke at sluttresultatet ikke vil bli det samme.

Sammenfatningsvis synes ikke rettsgrunnlaget for nødrettslige normeringshandlinger å være særskilt problematisk i forhold til legalitetsprinsippet fra kompetanseteoriens synspunkt. Ved å postulere et sedvanerettsgrunnlag inntar man nemlig implisitt det standpunkt at hjemmel i formell lov ikke er nødvendig, og at rettskildefundamentet for sedvanen er tilstrekkelig.

4.2.2.2 Legitimitetsteorien.

Etter legitimitetsteorien anses legalitetsprinsippet i prinsippet som en generell forfatningsrettslig skranke for *alle* former for offentlig virksomhet²⁵², herunder også nødrettslige normeringshandlinger, og prinsippet oppstiller særlige krav til forvaltningstiltakets rettskildefundament dersom virksomheten innebærer et *inngrep i borgerens rettsfære*²⁵³.

²⁵¹ Eckhoff/Smith (2003) s.336. Hva som legges i begrepet ”legalitetsprinsippets område” er imidlertid litt uklart.

²⁵² Jfr. Kraby (1996) s.149.

²⁵³ Jfr. mer eller mindre tilsvarende formuleringer hos for eksempel Eckhoff (1963) s.233, Frihagen (2003) s.107, Kraby (1996) s.149.

I relasjon til nødrettslige normeringshandlinger innebærer denne rettskildeprinsipp-delen av legalitetsprinsippet for det første et krav *om* forankring i en kvalitativt sterk rettskildefaktor ved etablering av pliktnormer²⁵⁴, og for det andre et kvalitativt krav *til* dette rettsgrunnlaget. Dette kan videre formuleres i to separate problemstillinger;

- 1) Er det påtenkte forvaltningstiltaket av en slik karakter at legalitetsprinsippet slår inn med særlige krav til kompetansegrunnlaget?
- 2) Oppfyller sedvanerettsgrunnlaget i så fall de kvalitative krav til rettskildefundament som følger av legalitetsprinsippet?

Hva angår legalitetsprinsippets anvendelsesområde etter legitimitetsteorien, henvises det hovedsaklig til behandlingen ovenfor i kapittel 2. Det springende punkt vil være hvorvidt den aktuelle normeringen representerer et ”inngrep i borgernes rettsfære”.

Ved denne vurderingen må som utgangspunkt det enkelte nødrettsinngrep underkastes en konkret og individuell interesseavveining. Som en følge av dette er det vanskelig å si noe *generelt* om hvilke nødrettslige normeringshandlinger som bringer legalitetsprinsippet til anvendelse. Det er imidlertid verdt å merke seg at flere forfattere anser det for alminnelig antatt at *etablering av pliktnormer i form av påbud eller forbud overfor private rettssubjekter* prinsipielt sett er å regne som et inngrep i legalitetsprinsippets forstand, og dermed utløser særlige krav til kompetansegrunnlaget uavhengig av om plikten er mye eller lite inngripende, eller generelt eller individuelt utformet²⁵⁵. Begrunnelsen for denne generaliseringen er at etableringen av pliktnormer alltid vil innebære et innhugg i individets formelle frihet, som legalitetsprinsippet - blant annet - har til formål å beskytte.

Alle former for beslutninger om *tvangsinngrep* vil på denne bakgrunn omfattes av legalitetsprinsippets vern, idet de vil representere en etablering av en pliktnorm i form av påbud eller forbud ovenfor vedkommende borger. Herunder også beslutninger om tvangsinngrep på nødrettsgrunnlag, for eksempel vedtak om tilbakehold i psykiatrisk institusjon eller beslutning om elektrokonvulsjonsbehandling.

²⁵⁴ Presumptivt formell lov, men som sagt legger de fleste forfattere i dag til grunn et relativt legalitetsprinsipp hvor andre rettskildefaktorer etter forholdene kan være alternative kompetansegrunnlag dersom hensynene bak legalitetsprinsippet ellers blir tilstrekkelig ivaretatt.

²⁵⁵ Se f.eks. Eckhoff/Smith (2003) s.317(som ulovf. prinsipp utenfor legalitetsprinsippet, men på prinsippets område), Hopsnes /Solberg (2005) s.107 og Kraby (1996) s.150-151.

Et eksempel på et forvaltningsområde hvor behovet for klargjøring av den rettslige statusen til slike nødrettsinngrep er særlig iøynefallende, og antallet inngrep stort, er den kommunale omsorgen for eldre og senile demente. Her foreligger per i dag ingen tvangshjemler for omsorg og behandling, omsorgen er utelukkende basert på frivillighet og samtykke fra klienten, og til en viss grad beslutning fra hjelpeverge.²⁵⁶ I undersøkelser utført av Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens, på oppdrag fra Sosial- og helsedepartementet konkluderes det likevel med at tvangstiltak utøves overfor enkeltbeboere i 94% av alle omsorgsavdelingene dersom man inkluderer bruk av sengehest.²⁵⁷ I mangel av lovgivning fungerer nødrettsgrunnlaget her som det eneste mulige kompetansegrunnlag for å få gyldig besluttet gjennomføring av slike tvangsinngrep.

Også *etablering av rettigheter i formuesgoder underlagt privat eiendomsrett* har tradisjonelt blitt ansett som ”inngrep” i relasjon til legalitetsprinsippet uten en konkret og individuell interesseavveining.²⁵⁸ Denne typen normeringshandlinger er det også aktuelt å foreta i kraft av nødrettskompetansen, og et illustrerende eksempel på dette som tidligere nevnt politiets innhenting av det såkalte ”pengebeviset” i forbindelse med etterforskningen av Arne Treholt i 1983. Beslutningen om inngrepet kunne ikke foretas med hjemmel i den daværende straffeprosesslov, men ble av påtalemyndigheten senere forsvart med en nødrettsbegrunnelse.²⁵⁹

Utover de to typene normeringshandlinger som nå er nevnt eksplisitt, beror spørsmålet om legalitetsprinsippet anvendelse på en konkret vurdering av det aktuelle forvaltningstiltak. Som Walløe Tvedt m.fl.(2005) skriver må vurderingen baseres på ”inngrepets art og hvor i rettssfæren det treffer; holdt opp mot hvilken fare som avverges, samt graden av overraskelse nøden innebærer.”²⁶⁰ Vurderingen av nødrettslige normeringer skiller seg på dette punkt ikke nevneverdig fra andre typer tiltak.

²⁵⁶ Jfr. det generelle samtykkekravet til helsehjelp i pasrl.§4-1, samt representasjonsregler i kapittel 4. Representasjonsreglene gjelder imidlertid ikke helsehjelp som pasienten motsetter seg. Utenfor området for helsehjelp gjelder de alminnelige ulovfestede samtykkeregler.

²⁵⁷ Jfr. Den norske Lægeforening, ”Når du blir gammel og ingen vil ha deg. En statusrapport om situasjonen i helsetjenesten.” Oslo: Den norske lægeforening, 2000, pkt.5.11.

²⁵⁸ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.317flg.(på ulovfestet grunnlag utenfor legalitetsprinsippet, men på dettes område), Hopsnes/Solberg (2005) s.110flg., Kraby (1996) s.151.

²⁵⁹ Jfr. Andorsen (1999) s.382.

²⁶⁰ Jfr. Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.56.

Avslutningsvis kan det nevnes at det i juridisk teori har blitt tatt til orde for å forbeholde anvendelsen av legalitetsprinsippet for ”kjerneverdier” i form av formell frihet og rettigheter i formuesgoder.²⁶¹ Det hevdes at man ved å utvide og utydeliggjøre anvendelsesområdet for prinsippet samtidig vil svekke dets gjennomslagskraft. Det er nemlig åpenbart at man i mange tilfeller må prioritere det offentlige behov for fleksibilitet ved utførelsen av forvaltningsoppgavene – noe som særlig klart kommer frem ved nødssituasjoner, og særlig når man med hensyn til inngrepsobjekt kommer utenfor området til ”kjerneverdiene”. På dette punkt foreligger det imidlertid ikke konsensus i rettsteorien, og heller ikke autoritative rettskildefaktorer som gir tilslutning til en slik avgrensning. Det er dermed etter min mening naturlig å bare anse dette som et moment i den totale interesseavveiningen.

Etter å ha brakt på det rene at legalitetsprinsippet i mange tilfeller *får* anvendelse på nødrettslige normeringshandlinger, aktualiseres den andre delen av legalitetsprinsippets rettskildeforskjelling ifølge legitimitetsteorien. Det neste spørsmålet blir dermed hvorvidt nødrettsinngrepets sedvanerettslige kompetansegrunnlag oppfyller de kvalitative krav som oppstilles for det primære rettsgrunnlaget for tiltaket.

Ved inngrep i borgernes rettsfære følger det av legitimitetsteorien at ”hjemmel i lov” som utgangspunkt er påkrevd. Det klare utgangspunkt er dermed at sedvaner, rettspraksis, forarbeider og reelle hensyn m.m. *ikke* kan utgjøre det primære rettskildeforskjelling for forvaltningens kompetanse, slike inngrep krever i henhold til legalitetsprinsippet hjemmel i formell lov.

Som det fremgår av redegjørelsen for legitimitetsteorien i kapittel 2, er imidlertid så vidt jeg kan se samtlige av de forfattere som *i dag* benytter en positiv tilnæringsmåte til prinsippet åpne for bruk av alternative rettsgrunnlag for enkelte forvaltningstiltak²⁶², og dette henger sammen med at legalitetsprinsippet i større grad betraktes som en del av alminnelig rettskildelære. Nødrett på sedvanerettslig grunnlag nevnes også som et eksplisitt eksempel på et slikt tilfelle.²⁶³

Et spørsmål som imidlertid oppstår er om visse normeringshandlinger i kjernen av borgerens rettsfære, og som rammer vedkommende særlig hardt, ikke i det hele tatt kan foretas uten

²⁶¹ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.116-117.

²⁶² Se f. eks. Hopsnes/ Solberg (2005) s.132, Kraby (1996) s.153, Boe (1983) s.164 flg., Bernt (1983) s.521.

²⁶³ Jfr. Kraby (1996) s.154, Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.55.

hjemmel i formell lov – og dermed gjør sedvaneretten utilstrekkelig som hjemmelsgrunnlag.²⁶⁴

I teorien gis det ikke noe generelt svar på dette punkt, men de fleste forfattere – også innenfor legitimitetsteorien – legger til grunn et relativisert krav til primærgrunnlag etter legalitetsprinsippet. Som Opsahl sier må det for offentlige tiltak være ”jevn overgang fra tilfeller hvor en kan si at kravet om lovhjemmel opprettholdes, selv om det er noe ubestemt, til de situasjoner hvor kravet nærmest oppgis.”²⁶⁵ Det må dermed foretas en konkret bedømmelse av det aktuelle inngrep og en vurdering av rettstradisjonen på vedkommende forvaltningsområde.²⁶⁶

Kjerneinnholdet i vurderingen er imidlertid etter min mening en konkret avveining av hensynet til borgeren og fellesskapets behov, og her kan det forøvrig vises til redegjørelsen for legalitetsprinsippets relativitet under pkt. 2.3.2.7 ovenfor.

Som både Bernt, Boe og Hopsnes/Solberg legger til grunn²⁶⁷, er det fruktbart å beskrive legalitetsprinsippet som et rettskildeprinsipp for slutnings- og vektfasen av rettsanvendelsen, heller enn en absolutt positivrettslig skranke for hvilke rettskildefaktorer som er relevante som grunnlag for normeringshandlinger på legalitetsprinsippets område. Hensynene bak legalitetsprinsippet tilsier riktignok ”et skjerpet kvalitativt krav til rettskildefundament for inngripende tiltak”²⁶⁸, men sterke samfunnsmessige hensyn til fleksibilitet i valg av forvaltningsvirkemidler - for eksempel i en nødssituasjon - kan som nevnt hevdes å måtte moderere dette til et *relativt* legalitetskrav. Slik jeg ser det er også denne relativiteten helt nødvendig for å oppstille en positiv tilnærming til legalitetsprinsippet som er gjennomførbar i praksis.

Nødrettslige normeringshandlinger må dermed etter legitimitetsteorien underkastes en legalitetsvurdering som ivaretar hensynene til rettssikkerhet og demokratisk legitimitet, samtidig som de bredere samfunnshensyn kan vektlegges og eventuelt få forrang i det enkelte tilfelle. Målsetningen bør absolutt ikke være lovbehandling for enhver pris, men anledning til

²⁶⁴ Jfr. også Walløe Tvedt m.fl. (2005) s.56.

²⁶⁵ Jfr. Opsahl (1962) s.381.

²⁶⁶ Jfr. Graff Nielsen (2003) s.232 og Andenæs (1998) s.177.

²⁶⁷ Jfr. Bernt (1982) s. 517-518, Boe (1983) s.165-166, Hopsnes/Solberg (2005) s.132-133.

²⁶⁸ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.133.

å stille krav om et styrket rettskildemessig fundament – for eksempel i form av en uttrykt lovgivervilje i forarbeidene - når hensynene bak legalitetsprinsippet gjør seg sterkt gjeldende. I tillegg til tiltakets art og omfang bør det etter min mening få særlig betydning for nødrettslige normeringshandlinger hvordan rettskildebildet for øvrig arter seg, og hvilken funksjon nødrettsgrunnlaget får for det planlagte tiltaket.

Dersom det for den påtenkte tiltak for eksempel finnes en særhjemmel, men vilkårene for inngrep ikke er oppfylt, må fellesskapets behov for et nødrettsinngrep vurderes opp mot hensynet til å respektere de lovgiverfaste grenser. Her kan særlig forarbeidene til særloven gi veiledning for å se intensjonen bak det enkelte vilkår.

Dersom det overhodet ikke eksisterer lovgivning eller andre rettskildefaktorer som belyser inngrepsadgangen aktualiseres hensynene for stortingsbehandling etter min mening særlig hvis nødrettsgrunnlaget benyttes til å gjøre et inngrep som lovgiver har *vurdert* å innføre særskilt hjemmel for, men avstått fra, uten at det i utredninger, forarbeider o.l. er sagt noe om ekstraordinære situasjoner.²⁶⁹

Sammenfatningsvis kan man si at legalitetsprinsippet får en ganske annen betydning for sedvanerettsgrunnlaget for nødrettslige normeringshandlinger etter legitimitetsteorien enn etter kompetanseteorien, jfr. ovenfor. Her benyttes prinsippet aktivt som analyseverktøy for å kartlegge utstrekningen av forvaltningens kompetanse, og får betydning som ”skranke” for inngripende forvaltningstiltak uten tilstrekkelig forankring i lovgivningsvedtak eller annet kvalifisert rettskildefundament. Hvorvidt denne tilnæringsmåten er mer eller mindre hensiktsmessig vil jeg ta opp i pkt. 4.4.

²⁶⁹ Se også Andorsen (1999) s.375.

4.3 Alminnelig handlefrihet og strl. §47 som rettsgrunnlag for faktiske nødrettsinngrep

4.3.1 Innledning

Som vi har sett utgjør strl.§47 en generell straffrihetsgrunn – det vil si en norm som tillater en handling på tross av at den i utgangspunktet rammes av den objektive gjerningsbeskrivelsen i ett eller flere straffebud. Nødretten utvider slik sett en alminnelige handlefrihet, under forutsetning av at vilkårene i nødrettsbestemmelsen er oppfylt.

Forvaltningen som rettssubjekt kan ikke foreta handlinger på egen hånd, og myndighetshandlingene utføres av offentlige tjenestemenn på det offentliges vegne. Generelle forbud i form av straffebestemmelser og lignende rammer i utgangspunktet disse myndighetshandlinger på samme måte som de rammer handlinger foretatt av private - handlingen blir ulovlig.

I pkt. 4.2 ble legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp anvendt og drøftet i relasjon til sedvanerettsgrunnlaget for nødrettslige normeringshandlinger.

Spørsmålet her er om legalitetsprinsippet i tillegg til dette rettskildeprinsippet også inneholder en *pliktnorm* som angir lovlig og ulovlig atferd for forvaltningen, og eventuelt videre hvilken innvirkning pliktnormen får på adgangen til å foreta faktiske nødrettsinngrep.

I motsetning til kompetansenormer har pliktnormer den faktiske verden som gjenstand, og representerer innskrenkninger eller utvidelser i den alminnelige handlefriheten.²⁷⁰

Det er viktig å presisere at eksistensen av en generell forbudsnorm mot inngripende faktiske handlinger ikke nødvendigvis avhenger av om legalitetsprinsippet får anvendelse, forbudsnormen kan selvsagt også oppstilles på selvstendig grunnlag. Gjennom juridisk teori, offentlige utredninger m.m fremkommer det imidlertid en klar sammenheng mellom teoretisk

²⁷⁰ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.90.

tilnærming til legalitetsprinsippet og synet på selve *eksistensen* av en slik generell forbudsnorm.²⁷¹

Av hensyn til fremstillingens oversiktlighet tar jeg utgangspunkt i denne sammenhengen, og det avgrenses mot en nærmere redegjørelse for det eventuelle innhold og grunnlag for en forbudsnorm oppstilt uavhengig av legalitetsprinsippet. Selve eksistensen av normen og dets innhold er etter min mening det vesentligste for en generell behandling av nødrettsinngrepet. Hensiktsmessigheten av valgt terminologi og konstruksjonen av rettsregelen vil imidlertid bli dratt inn i de lege ferenda-drøftelsen om legalitetsprinsippets anvendelse på faktiske nødretts handlinger under pkt. 4.3.3.

4.3.2 Eksisterer det et generelt forbud mot inngripende faktiske handlinger fra det offentlige i kraft av legalitetsprinsippet, og hvilken innvirkning har dette eventuelt på adgangen til å foreta nødrettsinngrep?

På dette punkt eksisterer det som tidligere nevnt to hovedsyn i norsk rett.

4.3.1.1 Kompetanseteorien – adgangen reguleres av grensene for alminnelig handlefrihet.

I følge kompetanseteorien anses det å følge av begrepsmessige forutsetninger at faktiske handlinger etter forholdene kan være ”lovlige eller ulovlige, straffbare, erstatningsbetingende, etc...”, men ”[p]r. definisjon kan de derimot ikke bedømmes i relasjon til kompetansenormer, f.eks. legalitetsprinsippet, og kjennes ugyldige hvis slike normer blir brutt.”²⁷²

Legalitetsprinsippet anses ikke for å inneholde noen pliktnorm, og det utgjør dermed heller ingen skranke for faktiske nødrettsinngrep. Slike inngrep ses under en lex-superiorsynsvinkel²⁷³, og er tillatte i kraft av alminnelig handlefrihet, såfremt de ikke uttrykkelig er forbudt.

Eksisterer det et forbud mot handlingen, krever inngrepet videre særlig tillatelse av lovs rang for å likevel være lovlig. Nødrettsbestemmelsen i strl.§47 er et eksempel på en generell norm som på denne måten dispenserer fra et foreliggende forbud.

²⁷¹ Se ovenfor pkt.2.3.

²⁷² Jfr. Smith (1978) s.209, se også Eckhoff /Smith (2003) s.323 og ovenfor pkt.2.3.

²⁷³ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.203.

Det er imidlertid viktig å presisere at pliktnormer ikke nødvendigvis må fremgå av formell lov, men også kan gjøres gjeldende på ulovfestet grunnlag.²⁷⁴ Det er dermed ingenting i selve *konstruksjonen* av kompetanseteorien som hindrer en slik særlig forbudsnorm for forvaltningen, og som Eckhoff/Smith uttaler kan ”også uskrevne forbud...tenkes”²⁷⁵.

Et spørsmål som aktualiseres i kjølvannet av denne angrepsvinkelen, er om grensene for alminnelig handlefrihet dermed er helt *identiske* for handlinger foretatt på vegne av det offentlige, og handlinger foretatt i privat interesse.

Utgangspunktet er helt klart at det ifølge kompetanseteorien ikke opereres med noe *generelt* forbud mot inngripende handlinger fra det offentlige. Grensene for hva som kan foretas i kraft av alminnelig handlefrihet er dermed som hovedregel lik for tiltak i privat og offentlig regi. Adgangen til å foreta faktiske nødrettsinngrep beror som en følge av dette på en alminnelig tolkning av straffebestemmelser i straffeloven og i lovgivningen forøvrig, samt vilkårene for nødrett i strl.§47.

Graver, som i utgangspunktet følger Eckhoffs synspunkter langt på vei, synes imidlertid å oppstille en ulovfestet generell forbudsnorm på bakgrunn av rettspraksis. Han uttaler blant annet at ”[h]øyesterett nærmer seg spørsmålet om lovligheten av det offentliges handlinger på en annen måte enn lovligheten av privates handlinger, og...resultatet kan bli at grensene ikke behøver å falle sammen”²⁷⁶. Innholdet i normen beskrives som et ”materielt legalitetsprinsipp”, og det henvises til Boe’s gjennomgang av legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp.²⁷⁷ Dette synspunktet skiller seg imidlertid klart ut fra de øvrige forfatterne innenfor kompetanseteorien, og flere av disse stiller seg kritiske til Gravers fortolkning av rettspraksis.²⁷⁸

4.3.1.2 Legitimitetsteorien – et rettskildeprinsipp og en generell forbudsnorm

Slik legalitetsprinsippet opprinnelig ble forstått av blant andre Castberg og Opsahl, ble en sondring mellom forvaltningens faktiske handlinger og rettslige normeringer verken tillagt rettslig betydning for legalitetsprinsippets anvendelsesområde eller rettsnormens karakter.

²⁷⁴ Jfr. også Owe (1983) s.141.

²⁷⁵ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.325.

²⁷⁶ Jfr. Graver (2002) s.210.

²⁷⁷ Jfr. Boe (1983) s.151flg.

²⁷⁸ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.94.

Prinsippet ble ansett som en konstitusjonell skranke for *all* utøvelse av offentlig virksomhet, og tiltakets inngrepsgrad utgjorde det avgjørende vurderingstema – uavhengig av dets art eller uttrykk. En nærmere systematisering av prinsippet i forhold til den rettssystematiske inndelingen i kompetansenormer og pliktnormer foretas ikke, og det redegjøres heller ikke særskilt for hvordan legalitetsprinsippet som felles rettsnorm for faktiske handlinger og normeringer kan ha både ulovlighet og ugyldighet som rettsvirkning.

I senere tid er det blant talsmennene for legitimitetsteorien i større grad blitt vektlagt at en begrepsmessig og systematisk forutsetning for å la legalitetsprinsippet omfatte både rettslige normeringer og faktiske handlinger, er å legge til grunn at prinsippet inneholder *to forskjellige rettsnormer*²⁷⁹. For det første et rettskildeprinsipp med krav til rettskildegrunnlag ved etablering av rettsnormer innenfor prinsippets område, og for det andre en pliktnorm i form av et forbud mot inngripende faktiske handlinger fra det offentlige. Forbudsnormen innebærer dermed at lovligheten av forvaltningens faktiske nødrettsinngrep er betinget av at det foreligger ”en norm av minst lovs trinnhøyde og med styrket rettskildefundament som opphever forbudet”.²⁸⁰ Pliktnormen utgjør på den måten et vesentlig inngrep i det offentliges alminnelige handlefrihet.

På bakgrunn av dette aktualiseres følgende spørsmål;

1) Når rammes forvaltningens faktiske nødrettsinngrep av forbudsnormen i legalitetsprinsippet, og 2) oppfyller strl.§47 i tilfelle legalitetsprinsippets (rettskildeprinsippets) kvalitative krav til rettskildefundament for de normer som opphever det generelle forbudet mot inngripende handlinger fra det offentlige?

Forbudsnormens nedslagsfelt er det samme som for rettskildeprinsippets – forbudsnormen slår inn dersom det påtenkte tiltaket representerer et inngrep i borgernes rettssfære. Vurderingstemaet for faktiske handlinger vil imidlertid bli noe forskjellig fra normeringshandlinger. Her vurderes de faktiske forhold, i motsetning til normeringens/pliktnormens virkning.²⁸¹

²⁷⁹ Se Hopsnes /Solberg (2005) s.86.

²⁸⁰ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.119.

²⁸¹ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.119.

Grensen for hva som innebærer et inngrep er vanskelig, og jeg kan ikke se at den i det hele tatt kan gis et abstrakt uttrykk med særlig språklig informasjonsverdi. Hvert nødrettsinngrep må underkastes en konkret vurdering, og det henvises i denne anledning hovedsaklig til redegjørelsen for legitimitetsteorien under pkt. 2.3.3.3 ovenfor.

Generelt gjelder imidlertid at forbudsnormen skal ivareta borgernes reelle handlefrihet, og siden denne er uløselig knyttet til bevegelsesfrihet og fysisk integritet, vil inngrep i form av fysisk hindring og påvirkning klart utløse legalitetsprinsippet – uavhengig av inngrepets art og omfang.²⁸² Gjennomføring av tvangsinngrep vil typisk være et eksempel på dette, og som illustrasjon kan det vises til de uhjemlede tvangsinngrep overfor senile demente som ble dokumentert i den tidligere nevnte undersøkelsen utført av Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens. Eksempler på ulovhjemlede tvangstiltak overfor denne gruppen er²⁸³;

- Fysisk påvirkning uten at klienten ønsker det, for eksempel holde noen fast, dytting, puffing
- Mekaniske tvangsmidler som belter, hansker, remmer og tvangstrøye
- Isolering, dvs. innesperring i rom, deler av hus og avlåsing av ytterdør
- Farmakologiske midler (tvangsmedisinering)
- Psykisk tvang, dvs. trussel om bruk av tvang, verbalt eller på annen måte - herunder økonomisk tvang

Disse inngrepene utmerker seg ved at de som gruppe fullstendig mangler andre rettsgrunnlag enn nødrett, samtykke og negotiorum gestio.

Som nevnt tidligere vil også *inngrep i formuesgoder* generelt nyte vern etter legalitetsprinsippet, og slike inngrep bringer dermed forbudsnormen til anvendelse på forvaltningens faktiske nødrettsinngrep. Eksempler på slike inngrep er fysisk bruk eller lån av eiendom og eiendeler, samt begrensinger i adgangen til eiendomsnytelse.

Forøvrig må hvert enkelt inngrep vurderes på individuell basis. I teorien er særlig forvaltningens kontroll- og overvåkningsmetoder blitt diskutert i relasjon til

²⁸² Jfr. Hopsnes /Solberg (2005) s.119.

²⁸³ Jfr. Den norske lægeforening, "Når du blir gammel og ingen vil ha deg. En statusrapport om situasjonen i helsetjenesten." Oslo: Den norske lægeforening, 2000, pkt.5.11.

legalitetsprinsippet, og det uttrykkes fra flere hold at legalitetsprinsippet på dette punkt kan få en økt betydning som skranke for myndighetsinngrep.²⁸⁴ Det har vært hevdet at menneskets psykiske integritet og personvern – kort sagt ”det private rom” – nyter liten beskyttelse fra offentlig innblanding i lovgivningen, og at legalitetsprinsippet representerer en hensiktsmessig balansegang mellom behovet for kontroll og fleksible fullmakter og rettsikkerhet i form av demokratisk legitimitet. Prinsipielt skiller disse inngrepene seg likevel ikke vesentlig fra andre faktiske handlinger fra det offentlige, og må etter legitimitetsteorien behandles på samme måte – det vil si vurderes konkret i forhold til hensynene bak legalitetsprinsippet.

Når legalitetsprinsippet forbudsnorm får anvendelse, utløses i følge legitimitetsteorien også rettskildeprinsipp-delen av legalitetsprinsippet.²⁸⁵ For at legalitetsprinsippet forbudsnorm skal kunne oppheves, og det offentlige foreta handlingen, må en annen pliktnorm med minimum lovs trinnhøyde foreligge. Etableringen av denne krever hjemmel i en kompetansenorm, og dette bringer også rettskildeprinsippet til anvendelse. Rettsgrunnlaget for normen som opphever legalitetsprinsippet generelle forbud mot inngripende handlinger – i denne sammenheng strl.§47 –, må dermed tilfredsstillende visse *kvalitative krav*²⁸⁶.

For det første begrenses kretsen av relevante rettskildefaktorer som kan bære en slik tillatelsesnorm i utgangspunktet til formelt vedtatt lovtekst alene. Gjennom det relativiserte legalitetsprinsipp har dette utgangspunktet imidlertid som tidligere nevnt blitt vesentlig modifisert. Det kan dermed også trygt hevdes at betydningen av legalitetsprinsippet rettskildeprinsipp i stor grad blitt overført fra relevans-delen av rettsanvendelsesprosessen til slutningen fra og vektingen av de forskjellige rettskildefaktorene.

Strl.§47 er en straffesuspenderende norm av lovs rang, og dermed i utgangspunktet klart relevant som rettsgrunnlag for nødrettsinngrep i følge legitimitetsteoriens legalitetsprinsipp. Som det imidlertid vil ha fremgått er ikke bestemmelsen utformet med tanke på den type inngrep det her er snakk om, og lovteksten er også foreldet språklig sett. Anvendelsesområdet for straffelovens nødrettsbestemmelse er i tillegg til svært vidt og vilkårene vage. Disse forhold har ført til at Andorsen har stilt spørsmålet om ”nettopp vagheten og ubestemtheten

²⁸⁴ Se f.eks. Kraby (1996) s.152flg., Graver (2002) s.208.

²⁸⁵ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.126.

²⁸⁶ Hos Hopsnes/Solberg forankres dette synspunktet blant annet i uttalelser fra høyesterettspraksis, jfr. Rt.1984s.1076 og 1995s.20.

ved strl.§47 kan tale for å avvise bestemmelsen som et alternativt hjemmelsgrunnlag for myndighetsinngrep²⁸⁷.

Etter min mening blir det prinsipielle spørsmålet her om det kan tenkes tilfeller hvor faktiske nødrettsinngrep må anses ulovlige etter legalitetsprinsippet, fordi strl.§47 ikke er *tilstrekkelig klar* til å hjemle så inngripende tiltak, jfr. ovenfor i pkt.2.3.2.7.

Klarhetskravet inngår i legalitetsprinsippets rettskildeprinsipp etter legitimitetsteorien, og i tråd med høyesterettsdommene i Rt.1995s.530 og Rt.2001s.382 må kravet til lovhjemmel ”nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er ovenfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.”²⁸⁸

På den ene siden skal det helt klart mye til før en lovbestemmelse blir ansett som for uklar til å hjemle et forvaltningsinngrep som ellers fyller de vilkår Stortinget har oppstilt for vedkommende norm. Det finnes ingen eksempler på at formell lov er blitt underkjent som stridende mot legalitetsprinsippet fordi forvaltningen har fått for frie tøyler til å foreta inngrep.²⁸⁹

På den andre siden er tvangsinngrep og andre typiske former for nødrettsinngrep både svært inngripende og til en viss grad rimelig påregnelige, og hensynet til forutberegnelighet skulle dermed tale for et strengt krav om klar lovhjemmel. For nødrettsinngrep i særdeleshet må det også få betydning hvorvidt Stortinget eksplisitt eller implisitt har tatt stilling til inngrepsadgangen. Faktiske nødrettsinngrep må anses mer betenkelige når man i realiteten overtrer de av Stortinget fastsatte grenser for offentlig innblanding.²⁹⁰ For eksempel vil det lettere kunne tenkes å foreligge tilstrekkelig rettskildefundament i strl.§47 for inngrep som overhodet ikke er lovregulert, enn for å foreta straffeprosessuelle tvangsinngrep utover det som er hjemlet i straffeprosesslovens bestemmelser.

Som Andorsen mener jeg bestemt at faktiske myndighetsinngrep med hjemmel i strl.§47 ikke kan avvises rent generelt, dette ville være for kategorisk og heller ikke i tråd med dagens rettsoppfatning. Jeg mener likevel det kan stilles spørsmålstegn ved om for eksempel et

²⁸⁷ Jfr. Andorsen (1999) s.375.

²⁸⁸ Jfr. Rt.1995s.530, s.590.

²⁸⁹ Jfr. Kraby (1996) s.148.

²⁹⁰ Jfr. Andorsen (1999) s.375.

særlig inngripende tiltak som tvangsmessig elektrokonvulsjonsbehandling kan gjennomføres med grunnlag i strl.§47, slik både Helsetilsynet og Sosial- og helsedepartementet har lagt til grunn. Dette kan i alle fall ikke være en helt opplagt slutning, og krever i det minste etter legitimitetsteorien en individuell vurdering i relasjon til legalitetsprinsippet.

4.4 Bør det i kraft av legalitetsprinsippet oppstilles krav til rettsgrunnlaget for nødrettsinngrep, og hvilken tilnæringsmåte til prinsippet er det da mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i?

4.4.1 Terminologispørsmål, rettslige spørsmål og hensiktsmessighetsspørsmål

På bakgrunn av drøftelsene i kapittel 2 og 3 fremstår det som klart at oppfatningen av legalitetsprinsippet får stor betydning for hvordan rettsanvenderen faktisk forholder seg til både det nødrettslige sedvanerettsgrunnlaget for normeringshandlinger, og strl.§47 for faktiske nødrettsinngrep. Hvorvidt den endelige konklusjonen om adgang/ikke adgang til det enkelte forvaltningsinngrep ville blitt forskjellig er et annet spørsmål, men det er heller ikke utenkelig at dette er tilfelle.

Hvilken tilnæringsmåte til legalitetsprinsippet som generelt bør foretrekkes er per i dag en selvstendig og pågående diskusjon blant forfatnings- og forvaltningsteoretikere i Norge. Selv om en del høyesterettsavgjørelser brukes til underbygge både legitimitetsteoriens og kompetanseteoriens standpunkter, finnes det ikke noen avgjørelse som eksplisitt tar stilling til spørsmålet. Dette må i og for seg anses som en naturlig følge av at domstolens hovedoppgave er å ta stilling til konkrete rettsvister, ikke avgjøre stridigheter i juridisk teori.

Etter min mening er det på bakgrunn av det foreliggende rettskildetilbud mulig å forsvare både legitimitetsteorien og kompetanseteorien rent rettslig.

I tillegg til å fremgå av det rettslige resonnerementet i kapittel 2 støttes dette synspunktet etter min mening av det ubestridte faktum at teoriene lever side om side i det juridiske miljø, og kommer til uttrykk i både lærebøker og offentlige utredninger på departementsnivå.

Ved valg av tilnæringsmåte er på denne bakgrunn naturlig å foreta en hensiktsmessighetsvurdering av hvorvidt det i kraft av legalitetsprinsippet *bør* oppstilles materielle krav til faktiske og rettslige forvaltningsinngrep. Særlig interessant for denne fremstillingen er om de teoretiske tilnæringsmåter får innvirkning på synet på nødrettsinngrepene, og om denne vurderingen gir et bidrag til den prinsipielle debatten.

Faktiske og rettslige nødrettsinngrep reiser til dels ulike problemstillinger i relasjon til valg av tilnæringsmåte. Jeg velger imidlertid å i stille opp to problemstillinger som jeg anser for å være sentrale, og dette i utgangspunktet uavhengig av inngrepstype. Den første angår likevel bare anvendelsen av legalitetsprinsippet på faktiske nødrettsinngrep, mens den siste – dog avhengig av synet på legalitetsprinsippets anvendelsesområde – angår begge typer inngrep.

4.4.2 Bør legalitetsprinsippet oppstilles som en skranke for det offentliges alminnelige handlefrihet?

En stillingtagen til dette spørsmålet fordrer en oppsplitting i to underpunkter; For det første må det tas stilling til hvorvidt forvaltningen bør ha samme alminnelige handlefrihet som private borgere, eller om det bør gjelde en generell forbudsnorm mot inngripende handlinger overfor borgerne fra det offentlige. Videre, og forutsatt et negativt svar, er det nødvendig å stille spørsmål om en begrensing av handlefriheten gjennom en generell forbudsnorm bør anses for å være en del av legalitetsprinsippet.

Som det tidligere vil ha fremgått, foreligger den kanskje største forskjellen mellom legitimitetsteorien og kompetanseteorien nettopp på dette punktet. Med de begrepsmessige forutsetninger kompetanseteorien bygger på, vil det være umulig å la legalitetsprinsippet omfatte også faktiske handlinger.

4.4.2.1 Bør grensen for alminnelig handlefrihet være lik for det offentlige og for private borgere?

Handlefriheten er en del av den formelle friheten som anerkjennes et hvert menneske til vern om deres iboende egenskaper. Denne friheten omfatter, kort presentert, frihet til å tenke, handle og ytre etter eget forgodtbefinnende.

Handlefriheten begrenses imidlertid av forbudsnormer med ulikt rettsgrunnlag. Disse har først og fremst som formål å verne om andre menneskers formelle frihet. Illustrerende eksempler på dette er straffebud som rammer frihetsberøvelse og legemskrenkelser.

I interaksjonen mellom stat og individ er det flere forhold som avviker fra vanlig samhandling mellom private. For det første kan det pekes på at det offentlige ikke innehar noen egeninteresse – deres gjøren og laden bygger utelukkende på en fellesskapsinteresse. Dette gjør at utgangspunktet om alminnelig handlefrihet mer blir en hensiktsmessig beskrivelsesmodell enn en felles regel på grunnlag av felles hensyn, og det foreligger ikke de samme prinsipielle betenkeligheter ved å innskrenke denne friheten som overfor fysiske personer.²⁹¹

For det andre slår maktfordelingsprinsippet og hensynene til folkesuverenitet inn hvor det offentlige foretar inngrep overfor borgerne. Det kan på denne bakgrunn stilles spørsmål ved om hensynet til å begrense muligheten for misbruk av statsmakt, og hensynet til å forhindre destabilisering av staten gjennom å gi styringsvirkemidlene demokratisk legitimitet, gjør at det bør stilles opp særskilte skranker for offentlig handling.

Til slutt skal det også pekes på at det ved et økt handlingsrom for offentlige myndigheter potensielt kan skapes en tilstand av manglende forutberegnelighet for borgerne, som igjen lett kan gi utrygghet for vilkårlighet ved forvaltningens beslutninger og handlinger.

Spørsmålet blir om disse forhold *samlet* gir grunnlag for å begrense handlefriheten til det offentlige gjennom å oppstille en generell forbudsnorm mot inngripende faktiske handlinger – for eksempel på nødrettsgrunnlag.

Et argument mot en generell forbudsnorm for offentlige handlinger, er at en slik norm til dels overlappes av lex superior-prinsippet.²⁹² Gjennom lovgivning foreligger et utrakt vern av de

²⁹¹ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.89.

²⁹² Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.323, Bernt (1983) s.516.

interesser en generell forbudsnorm ville verne om, og i henhold til lex superior-prinsippet krever en suspensjon fra et lovforbud lovhjemmel.

Til dette kan innvendes at lex superior-prinsippets overlapping ikke er så fullstendig som enkelte hevder – for eksempel er privatlivets fred, psykisk integritet og personvernet relativt sparsomt beskyttet i den generelle lovgivning -, og en generell forbudsnorm kan her medføre økt rettssikkerhet. For eksempel ble det antatt i blant annet NOU 1997:15²⁹³ at politiavlytting kunne foretas i kraft av alminnelig handlefrihet.²⁹⁴ Etterforskningsmetoden er ikke forbudt etter alminnelig straffelovgivning, strl.§145a rammer bare avlytting og opptak med tekniske midler av samtaler som vedkommende ikke selv rettmessig deltar i. Siden det dermed ikke eksisterte et alminnelig forbud mot handlingen ville ikke lex superior-prinsippet kunne ivareta oppgaven til en generell forbudsnorm i kraft av legalitetsprinsippet. Avlytting er et så inngripende tiltak at hensynene bak et krav om forsterket rettskildegrunnlag også må antas å slå til. I NOU 2003:18 uttales det også i forbindelse med behandlingen av avlyttingsadgangen at "[o]gså uten lovregulering vil...kunne stilles strengere krav til offentlige myndigheters adferd enn til private."²⁹⁵

Et argument mot innskrenking av offentlig handlefrihet er imidlertid at brudd på en generell forbudsnorm til dels har ganske usikre rettsvirkninger.²⁹⁶ På grunn av lovsprinsippet i Grl.§96 er det utelukket å straffesanksjonere brudd på en ulovfestet norm. På den annen side inneholder flere straffebud henvisninger til ulovlige tjenestehandlinger generelt²⁹⁷, og her kan normen få stor betydning. Det kan videre anlegges sivilt søksmål for å få en pågående handling til å opphøre – for eksempel tvangsinngrep -, og det kan søkes erstatning for påført tap dersom erstatningsvilkårene forøvrig er oppfylt. Her må det antas at handlingens rettsstridighet vil få innvirkning på aktsomhetsvurderingen.

Selv om en generell norm dermed vil kunne ha en betydning som vern mot inngrep fra det offentlige, kan det hevdes at en generell forbudsnorm ville føre til en uberettiget forskjellsbehandling av offentlige tjenestemenn og privat ansatte. På grunn av økt privatisering av det offentlige tjenestetilbud, er det i dag slik at flere yrkesgrupper som tidligere nesten utelukkende tjenestegjorde for staten – f.eks. leger og annet helsepersonell –

²⁹³ Jfr. s.78.

²⁹⁴ Nå foreligger uttrykkelig lovhjemmel, jfr. strpl.§216l.

²⁹⁵ Jfr. pkt.8.3.5.1.

²⁹⁶ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.97.

²⁹⁷ Jfr. f.eks. strl.§§324-325.

like gjerne arbeider i private institusjoner. Disse ville prinsipielt - og delvis også faktisk – få et ulikt handlingsrom.

Selv om det absolutt foreligger betenkeligheter ved en generell forbudsnorm, heller jeg likevel mot at det er hensiktsmessig å oppstille en generell forbudsnorm for det offentlige – og dermed innskrenke handlingsrommet i forhold til det som gjelder for private borgere. Dette synspunktet legges som tidligere nevnt også til grunn i flere offentlige utredninger på forvaltningsrettens område. Ved å stille krav til et særskilt rettsgrunnlag/tillatelse sikres en grundig utredning av behovet for statlig inngripen gjennom en demokratisk prosess hvor også opposisjonen i Stortinget kan uttale seg og stille kritiske spørsmål. Rettssystemet forutsetter et apparat for fysisk tvangsgjennomføring av rettslige posisjoner, og dette særtrekket ved heteronom kompetanse nødvendiggjør etter min mening en skranke i form av en generell forbudsnorm.²⁹⁸ Dette gjør seg særlig gjeldende når myndighetene går utenfor den alminnelige fremgangsmåten i tvangsfullbyrdelsesloven gjennom å bruke nødrett som alternativt rettsgrunnlag.

4.4.2.2 Bør en generell forbudsnorm terminologisk sett innordnes i legalitetsprinsippet?

I følge kompetanseteorien anses det som nevnt som begrepsmessig umulig å inkludere en generell forbudsnorm i legalitetsprinsippet, og dette medfører at spørsmålet blir avgjørende for valg av teoretisk tilnærming.

Det har blant annet vært hevdet i teorien²⁹⁹ at legalitetsprinsippet grunnlovstrinnhøyde vil gi en generell forbudsnorm mot inngripende handlinger større gjennomslagskraft, fordi en opphevelse av prinsippet krever grunnlovsendring eller konstitusjonell sedvanerettsdannelse. ”Vanlige” forbudsnormer kan på regulær måte endres eller oppheves av lovgiver. Siden beslutningsadgangen likevel ligger hos den folkevalgte forsamling kan jeg imidlertid ikke se at dette representerer et stort problem. Formålet med en generell skranke er ikke å hindre offentlig myndighetsutøvelse generelt, men må være å ivareta hensynet til demokratisk legitimitet.

²⁹⁸ Jfr. også Hopsnes/Solberg (2005) s.95.

²⁹⁹ Jfr. Hopsnes/Solberg (2005) s.96.

Vanskelighetene som oppstår ved forsøk på sontring mellom faktiske handlinger og rettslig normering kan imidlertid etter min mening tale for å oppstille en felles generell skranke, for dermed å unngå problemene. Dette virker som en ryddig og pedagogisk løsning, og styrkes ved at hensynene bak en skranke mot inngripende tiltak er tilnærmet identiske for de to typer forvaltningstiltak. Behovet for et slikt vern kan i alle fall ikke være *mindre* for fysisk inngripen, kontra rettslig. Her kan det bare vises til de fysiske tvangsinngrepene på nødrettsgrunnlag.

Et forhold som imidlertid kan hevdes å redusere betydningen av dette argumentet, er at de aller fleste alvorlige inngrep innledes med en rettslig beslutning, og at legalitetsprinsippet dermed slår inn som skranke allerede her. I denne anledning kan det blant annet vises til den tidligere nevnte sostjl.§8-1(2) som innebærer at alle avgjørelser om sosiale tjenester skal regnes som enkeltvedtak.

Mens alminnelige forbudsnormer etter forholdene kan tolkes innskrenkende dersom det øvrige rettskildetilbudet tilsier dette, gjør rettskildetilbudet i legitimitetsteoriens legalitetsprinsipp at dette ikke er tilfelle etter legalitetsprinsippets pliktnorm. Dette forhold kan tale for å inkludere den generelle normen i legalitetsprinsippet.³⁰⁰ Dette får videre kanskje særlig betydning i forhold til nødrettsinngrepene, hvor ordlyden er vag og det blant annet har blitt godtatt analogisk bruk av strl.§47 til vern om offentlige materielle interesser.

Ved å kreve ”hjemmel” for faktiske handlinger kan det også hevdes at den rettslige virkelighet gjenspeiles på en bedre måte enn ved å si at handlingen i utgangspunktet kan foretas i kraft av alminnelig handlefrihet, likevel er forbudt, men etter forholdene kan tillates på særskilt rettsgrunnlag. Som Boe skriver får man med hjemmels-begrepet assosiasjoner til et rettskildespørsmål.³⁰¹ For en del helsepersonell synes det nok også å være en ganske fremmed tanke at det er straffelovens bestemmelser som er avgjørende for inngrepsadgangen.

En innvending mot hjemmels-tilnærmingen, som Sinding Aasen presenterer i sin doktoravhandling, er at selve begrunnelsen for å oppstille et hjemmelskrav for det offentlige ofte er at handlingen ellers er ulovlig.³⁰² Dermed synes det overflødig å koble inn legalitetsprinsippet i forhold til faktiske handlinger, det blir på sett og vis å si de samme to

³⁰⁰ Jfr. Hopsnes og Solberg (2005) s.97.

³⁰¹ Jfr. Boe (1983) s.168.

³⁰² Jfr. Sinding Aasen (1998) s.206.

ganger. Dette forhold kommer også i tillegg til at store deler av legalitetsprinsippet allerede konsumeres av lex superior-prinsippet, og at flere forfattere betegner kompetanseteorien og legitimitetsteorien som likeverdige med hensyn til rettsikkerhet.³⁰³

Videre kan det også innvendes at parlamentarismen faktisk gir Regjeringen en form for demokratisk legitimitet, og at Stortingets instruksjons- og omgjøringskompetanse kan bøte på utstrakt maktoverføring ved delegasjon til forvaltningsapparatet. Fysisk maktmisbruk lar seg imidlertid i liten grad omgjøre.

På den annen side unngås rettsliggjøring av politiske spørsmål gjennom utstrakt forankring i ”reelle hensyn” eller lignende ved et sterkt legalitetsprinsipp. Til dette kan likevel innvendes at det i dagens juridiske miljø langt på vei er anerkjent at rettsanvendelsesprosessen er helt avhengig av åpen bruk av slike hensyn, og at dette slett ikke representerer noen trussel mot rettssikkerheten. Rigide rammeverk ville i så måte være et større problem for samfunnet.

Konklusjonen på dette spørsmålet synes jeg blir svært vanskelig. Siden jeg ser det formålstjenlig med en begrenset handlefrihet for det offentlige, er det fristende å argumentere for legitimitetsteoriens innfallvinkel. Som jeg tidligere har nevnt er det imidlertid ikke noe prinsipielt i veien med å oppstille en ulovfestet forbudsnorm med et utgangspunkt i kompetanseteorien, selv om dette er ganske uvanlig.³⁰⁴

Det er særlig det forhold at betydningen av legalitetsprinsippet på faktiske handlinger strengt tatt er svært liten som volder store kvaler med en mer tradisjonell tilnærming. Når det gjelder nødretten mener jeg likevel at dette er – om enn ett av de få – områder hvor en slik materiell skranke faktisk kan ha avgjørende betydning. Dette kommer særlig frem i de tilfeller hvor en inngrepshjemmel for tiltaket er vurdert av lovgiver, men bevisst utelatt.³⁰⁵ Her synes jeg det er mer naturlig å forankre et legalitetskrav i legalitetsprinsippet enn i strafferetten og lex superior-prinsippet.

På grunn av samfunnsutviklingen er det i tillegg grunn til å tro at ”etterslepet” på lovgivningssiden ikke vil bli mindre med tiden – noe blant annet politiet har fått merke i relasjon til bruken av virkemidler for å stoppe alvorlig kriminalitet – se for eksempel det tidligere nevnte eksempelet i relasjon til romavlytting.

³⁰³ Jfr. Sinding Aasen (1998) s.207, Eckhoff/Smith (2003) s.323.

³⁰⁴ Graver gjør dette, mens Eckhoff/Smith m.fl., som nevnt i kap.2, bare begrenser handlefriheten gjennom alminnelige forbudsnormer.

³⁰⁵ For eksempel tvangsmessig elektrokonvulsjonsbehandling (elektrosjokkbehandling).

Etter en samlet vurdering konkluderer jeg på denne bakgrunn med at den generelle forbudsnormen mot inngripende offentlige handlinger bør inkluderes i legalitetsprinsippet.

4.4.3 Bør legalitetsprinsippet inneholde krav både om og til rettskildefundamentet for forvaltningstiltak generelt, eller bare betegne det resultat at lovhjemmel er nødvendig?

Som ovenfor er også dette egentlig et spørsmål om valg av tilnærming til legalitetsprinsippet, og de to hovedsyn er blitt presentert tidligere i fremstillingen. Uenigheten angår etter mitt syn hovedsaklig selve systematiseringen av de materielle hjemmelskravene, ikke selve grensen for statlig kompetanse. Mens normen for avgrensning mellom kompetansegrunnlagene er en sentral del av legitimitetsteoriens legalitetsprinsipp, oppstilles de samme normer uavhengig på ulovfestet grunnlag etter kompetanseteorien. Så lenge de materielle vurderinger gir samme grad av rettssikkerhet må konstruksjonen av hjemmelskravene ha mindre betydning.

Fordelen med legitimitetsteoriens tilnærming kan være at det med dette oppstilles en felles norm og et felles analyseverktøy for *når* andre kompetansegrunnlag enn lov er utilstrekkelige, og på denne måten risikerer man ikke at hensynene for og mot stortingsbehandling underkommuniseres. Hensynene må i alle tilfelle trekkes inn ved avgrensningen av hjemmelsgrunnlagene, og hos Eckhoff/Smith angis anvendelsesområde for disse kompetansenormer også til det noe uklare begrepet ”legalitetsprinsippets område”³⁰⁶.

Som tidligere nevnt dekkes imidlertid en stor del av området for legitimitetsteoriens legalitetsprinsipp allerede av lex superior-prinsippet. Det kan dermed stilles spørsmål ved nødvendigheten av et legalitetsprinsipp som analyseverktøy.

Som fremstillingen tidligere har vist kan imidlertid legalitetsprinsippet ha selvstendig betydning, og det kan etter omstendighetene være mer naturlig å forankre et krav om styrket rettskildefundament i hensynene bak legalitetsprinsippet enn i de ulike hensyn bak konkrete forbudsnormer.

Ved å velge legitimitetsteoriens linje vil man også oppnå en felles skranke for både faktiske handlinger og normeringshandling foretatt av det offentlige. Dette er etter min mening et

³⁰⁶ Jfr. Eckhoff/Smith (2003) s.336.

selvstendig poeng. I de fleste tilfeller vil det være kunstig å begrunne krav til rettsgrunnlaget for en inngripende nødrettslig normeringshandling annerledes enn krav til rettsgrunnlaget for den faktiske gjennomføringen av den samme normeringshandlingen. Selv om valget av teoretisk tilnæringsmåte antagelig ikke har like stor betydning for normeringshandlingenes vedkommende, vil det på denne bakgrunn være naturlig å velge legitimitetsteorien til grunn også her, fordi denne ble ansett å gi et mest hensiktsmessig utgangspunkt i forhold til forvaltningens faktiske handlinger. Legalitetsprinsippet bør etter min mening dermed anses for å inneholde krav både om og til rettskildefundamentet for forvaltningstiltak generelt, og ikke bare være en betegnelse på det resultat at lovhjemmel er nødvendig for å foreta en normeringshandling.

5. Kilderegister

5.1 Lovregister med forkortelser

Grunnloven (Grl.)	Kongeriket Norges Grundlov given i Rigsforsamling paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Straffeloven (Strl.)	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr.10.
Tvistemålsloven (tvml.)	Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr.6.
Beredskapsloven (beredskl.)	Lov om særlige rådgjerd under krig, krigsfare og liknende forhold av 15. desember 1950 nr.7.
Vegtrafikkloven (vtrl.)	Vegtrafikklov av 18. juni 1965 nr.4.
Forvaltningsloven (fvl.)	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
Skadeserstatningsloven (skl.)	Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr.26.
Straffeprosessloven (strpl.)	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr.25.
Sosialtjenesteloven (sostjl.)	Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr.81.
Barnevernloven (bvl.)	Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr.100.
Psykisk helsevernloven (phlsvl.)	Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr.61.
Pasientrettighetsloven (pasrl.)	Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr.63.
Biobankloven (biobl.)	Lov om biobanker (biobankloven) av 21. februar 2003 nr.12.
Straffeloven (strl.)	Lov om straff av 20. mai 2005 nr.28. (ikke ikrafttrådt)

5.2 Litteraturliste med forkortelser

- Andenæs (1998): Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 2.utgave. Oslo 1998.
- Andenæs (2004): Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett, 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2004.
- Andorsen (1999): Kjell Andorsen, Strafferettslig nødrett, Oslo 1999.
- Aschehoug (1892): T.H. Aschehoug, Norges Nuværende Statsforfatning, 2. utgave, bind II. Oslo 1892.
- Askeland (2004): Bjarte Askeland, "Om analogi og abduksjon", Tid for Rett 2004 s.499.
- Bernt (1982): Jan Fridthjof Bernt, "Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger", Lov og frihet, Festskrift til Johs. Andenæs s.509. Oslo 1982.
- Bernt (1996): Jan Fridthjof Bernt, "Rettsikkerhet i den kommunaliserte velferdsstat", Lov og Rett 1996 s.625.
- Bernt (2000): Jan Fridthjof Bernt, "Sosialt ansvar, integritetsvern og rettsikkerhet", Kritisk Juss 2000 s.99.
- Boe (1983): Erik Boe, "Eckhoff/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten", Jussens Venner 1983 s.151.
- Boe (1993): Erik Boe, Innføring i juss, bind II, 2.utgave. Oslo 1993.

- Boe (1996): Erik Boe, Innføring i juss, bind I. Oslo 1996.
- Bovim (2005): Odd Bovim, "Om bruk av nødrett innen psykisk helsevern", Det juridiske fakultets skriftserie nr.104, Universitetet i Bergen 2005.
- Bratholm (1980): Anders Bratholm, Strafferett og samfunn. Oslo 1980.
- Castberg (1935): Frede Castberg, Norges statsforfatning II, bind II, 1.utgave. Oslo 1935.
- Castberg (1964): Frede Castberg, Norges statsforfatning II, bind II, 3.utgave. Oslo 1964.
- Christensen (1991): Bent Christensen, Forvaltningsrett. København 1991.
- Eckhoff (1963): Torstein Eckhoff, "Legalitetsprinsippet", Tid for Rett 1963 s.225.
- Eckhoff (1997): Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5.utgave ved Jan Helgesen. Oslo 1997.
- Eckhoff/Smith (1997): Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6.utgave v/Eivind Smith. Oslo 1997.
- Eckhoff/Smith (2003): Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7.utgave. Oslo 2003.
- Eckhoff/Sundby (1991): Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby, Rettssystemer. Oslo 1991.
- Eng (1990): Svein Eng, "Begrepene 'kompetanse' og 'gyldighet' i juridisk argumentasjon", Tid for Rett 1990 s.625.

- Eskeland (2000): Ståle Eskeland, Strafferett. Oslo 2000.
- Frihagen (2003): Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, Frihagens forvaltningsrett, bind I. Oslo 2003.
- Graff Nielsen (2003): Jacob Graff Nielsen, Legalitetskravet ved beskatning - de forfatnings- og forvaltningsrettslige rammer, 1. udgave. København 2003.
- Gorm Grammeltvedt (2001) ”Kan elektrokonvulsiv behandling gis med tvang?”, Tidsskrift for den Norske Lægeforening nr. 21, 2001; 121: 2537–8
- Graver (1999): Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 1. utgave. Oslo 1999.
- Graver (2002): Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave. Oslo 2002.
- Hegel (1986): Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt an Main 1986.
- Hopsnes/Solberg (2005): Roald Hopsnes og Raymond Solberg, ”Legalitetsprinsippet”, Jussens Venner 2005 s.77.
- Kjønstad/Syse (2005): Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, Velferdsrett I, 3. utgave. Oslo 2005.

- Kraby (1996): Ida Hjort Kraby, "HVA ER LOV? - særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger", Jussens Venner 1996 s.145.
- Matningsdal/Bratholm (2003): Magnus Matningsdal og Anders Bratholm, Straffeloven, kommentarutgave, Første del, 2.utgave. Oslo 2003.
- Nygård (1999): Nils Nygård, Rettsgrunnlag og standpunkt. Oslo 1999.
- Nygård (2004): Nils Nygård, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2.utgave. Oslo 2004.
- Opsahl (1962): Torkel Opsahl, "En moderne forfatning under debatt", Tid for Rett 1962 s.369.
- Owe (1983): Stein Owe, "Faktiske handlinger og legalitetsprinsippet – noen utvalgte emner", Jussens Venner 1983 s.136.
- Ross (1980): Alf Ross, Dansk Statsforfatningsret II, 3.utgave, København 1980.
- Sinding Aasen (1998): Henriette Sinding Aasen, "Pasientens rett til selvbestemmelse", doktoravhandling, Det juridiske fakultet i Bergen 1998.
- Skjerdal (1998): Nicolai V. Skjerdal, Kvalitative hjemmelkrav. Oslo 1998.
- Skjerdal (2001): Nicolai V.Skjerdal, "Hva betyr "klar lovhjemmel"? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel.", Jussens Venner 2001 s.337.

Smith (1978):	Eivind Smith, ”Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter”, Tid for Rett 1978 s.655.
Sosialrett (2003):	Kristian Andenæs, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kirsten Sandberg og Lasse Warberg, Sosialrett, 6.utgave. Oslo 2003.
Walløe Tvedt m.fl. (2005):	Morten Walløe Tvedt, Roar Berge og Sindre Gjertsen Marqvardsen, Hvordan forstå materiell forvaltningsrett? Oslo 2005.

5.3 Andre forkortelser

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, vedlegg til lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr.30.
Innst.S.	Innstilling Stortinget
JD	Justis – og politidepartementet.
NOU	Norges Offentlige Utredninger
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Rt.	Rettstidende (Kristiania/Oslo 1836-)
St.meld.	Stortingsmelding

5.4 Forarbeider og etterarbeider m.m.

St.meld.nr.28 (1999-2000).

St.meld.nr.40(2004-2005).

Dokument nr.15 (1995-1996), (Lundrapporten), Oslo 1996.

Straffelovkommisjonen 1896.

Innst.S.nr.240 (1996-1997).

NOU 1983:57.

NOU 1992:23.

NOU 1997:15.

NOU 2003:18.

NOU 2003:21.

NOU 2004:6.

NOU 2004:16.

Høringsnotat fra Helse- og Omsorgsdepartementet fra juni 2005 vedr. foreslåtte endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven.

Ot.prp.nr.11 (1998-1999).

Ot.prp.nr.90 (2003-2004).

Uttalelse fra JD av 22. juli 2004, "Biobankmateriale som grunnlag for DNA-analyser i straffesaker", Saksnummer: 2004/01843 EO.

5.5 Domsregister

LE-1985-21, "Treholt-saken", dom av 20.juni 1985 Eidsivating lagmannsrett.

Rt.1947s.612

Rt.1976s.864

Rt.1989s.1079

Rt.1994s.48

Rt.1995s.20, "Fornebu-saken".

Rt.1995s.530

Rt.1996s.654, "Hagangur II – saken".

Rt.2001s.382

Rt.2002s.1646

5.4 Fullstendig litteraturliste

- Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge, 2.utgave. Oslo 1998.
- Alminnelig strafferett, 5.utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2004.
- Andenæs, Kristian; Molven, Olav; Rasmussen, Ørnulf; Sandberg, Kirsten og Warberg, Lasse Sosialrett, 6.utgave. Oslo 2003.
- Andersen, Kjell Strafferettslig nødrett, Oslo 1999.
- Aschehoug, T.H. Norges Nuværende Statsforfatning, 2. utgave, bind II. Oslo 1892.
- Askeland, Bjarte ”Om analogi og abduksjon”, Tid for Rett 2004 s.499.
- Auglend, Ragnar; Mæland, Henry John og Røsandhaug, Knut Politirett, 2.utgave. Oslo 2004.
- Bernt, Jan Fridthjof ”Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger”, Lov og frihet, Festskrift til Johs. Andenæs s.509. Oslo 1982.
- ”Rettsikkerhet i den kommunaliserte velferdsstat”, Lov og Rett 1996 s.625.
- ”Sosialt ansvar, integritetsvern og rettsikkerhet”, Kritisk Juss 2000 s.99.
- Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf Frihagens forvaltningsrett, bind I. Oslo 2003.

- Boe, Erik “Eckhoff/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten”, Jussens Venner 1983 s.151.
- Innføring i juss, bind II, 2.utgave. Oslo 1993.
- Innføring i juss, bind I. Oslo 1996.
- Bovim, Odd “Om bruk av nødrett innen psykisk helsevern”, Det juridiske fakultets skriftserie nr.104, Universitetet i Bergen 2005.
- Bratholm, Anders Strafferett og samfunn. Oslo 1980.
- Castberg, Frede Norges statsforfatning II, bind II, 1.utgave. Oslo 1935.
- Norges statsforfatning II, bind II, 3.utgave. Oslo 1964.
- Christensen, Bent Forvaltningsrett. København 1991.
- Den norske Lægeforening ”Når du blir gammel og ingen vil ha deg. En statusrapport om situasjonen i helsetjenesten.” Oslo: Den norske lægeforening, 2001.
- Eckhoff, Torstein “Legalitetsprinsippet”, Tid for Rett 1963 s.225.
- Rettskildelære, 5.utgave ved Jan Helgesen. Oslo 1997.
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind Forvaltningsrett, 6.utgave v/Eivind Smith. Oslo 1997.
- Forvaltningsrett, 7.utgave. Oslo 2003.
- Eckhoff, Torstein og Sundby, Nils Kristian Rettssystemer. Oslo 1991.

- Eng, Svein ”Begrepene ’kompetanse’ og ’gyldighet’ i juridisk argumentasjon”, Tid for Rett 1990 s.625.
- Eskeland, Ståle Strafferett. Oslo 2000.
- Gammeltoft-Hansen, Hans; Andersen, Jon; Engberg, Morten; Larsen, Kaj, Loiborg, Karsten, Olsen, Jens Forvaltningsret, 2.udgave. København 2003.
- Graff Nielsen, Jacob Legalitetskravet ved beskatning - de forfatnings- og forvaltningsretslige rammer, 1.udgave. København 2003.
- Graver, Hans Petter Alminnelig forvaltningsrett, 1.utgave. Oslo 1999.
- Alminnelig forvaltningsrett, 2.utgave. Oslo 2002.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt an Main 1986.
- Helset, Per og Stordrange Bjørn Norges statsforfatningsrett. Oslo 1998.
- Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond ”Legalitetsprinsippet”, Jussens Venner 2005 s.77.
- Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak Velferdsrett I, 3.utgave. Oslo 2005.
- Kraby, Ida Hjort ”HVA ER LOV? - særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger”, Jussens Venner 1996 s.145.
- Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders Straffeloven, kommentarutgave, Første del, 2.utgave. Oslo 2003.
- Nygård, Nils Rettsgrunnlag og standpunkt. Oslo 1999.

Rettsgrunnlag og standpunkt, 2.utgave. Oslo 2004.

- Opsahl, Torkel "En moderne forfatning under debatt", Tid for Rett 1962 s.369.
- Owe, Stein "Faktiske handlinger og legalitetsprinsippet – noen utvalgte emner", Jussens Venner 1983 s.136.
- Ragnemalm, Hans Förvaltningsprocessrättens grunder, sjuende upplagan, Stockholm 1992.
- Ross, Alf Dansk Statsforfatningsret II, 3.utgave, København 1980.
- Sinding Aasen, Henriette "Pasientens rett til selvbestemmelse", doktoravhandling, Det juridiske fakultet i Bergen 1998.
- Skjerdal, Nicolai V. Kvalitative hjemmelskrav. Oslo 1998.
- "Hva betyr "klar lovhjemmel"? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel.", Jussens Venner 2001 s.337.
- Statens helsetilsyn "Veileder i rehabilitering av mennesker med progredierende nevrologiske sykdommer", IK-2716, Oslo 2000.
- Smith, Eivind "Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter", Tid for Rett 1978 s.655.
- Walløe Tvedt m.fl. (2005): Morten Walløe Tvedt, Roar Berge og Sindre Gjertsen Marqvardsen, Hvordan forstå materiell forvaltningsrett? Oslo 2005.

