

NYERE PRAKSIS OM DET STRAFFERETTSLIGE LEGALITETSPRINSIPPET

Statsadvokat ph.d. Thomas Frøberg

Artikkelen redegjør for nyere avgjørelser fra Høyesterett om Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 7. Denne praksisen kaster nytt lys over forholdet mellom legalitetsprinsippet i Grunnloven og konvensjonen, og viser en tydelig skjerpning av hjemmelskravet i saker som aktualiserer det såkalte analogiforbudet. Forfatteren drøfter også om rettsutviklingen i strafferetten gir grunn til å forvente en strengere legalitetskontroll på straffeprosessens område.

Thomas Frøberg ble master i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo i 2008 og ph.d. samme sted i 2014. Frøberg er statsadvokat ved Riksadvokatembetet. Han har tidligere vært universitetsstipendiat ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo og førstekonsulent i Justisdepartementets lovavdeling.

1 INNLEDNING¹

Legalitetsprinsippet har en sentral plass i strafferettslig litteratur. Det er ikke overraskende, hensett til hvilke grunnleggende verdier prinsippet hegner om – det knesetter den hevdvunne rettssetningen om at ingen kan straffes uten et rettslig grunnlag (*nulla poena sine lege*), og knyttes derfor ofte direkte til idealet om en rettsstat.² Foruten fordringen om at straff må forankres i en lovbestemmelse, stiller prinsippet innholdsmessige krav til straffelovgivningen: straffebu-

¹ Artikkelen bygger på et foredrag jeg flere ganger har hatt gleden av å holde på Wadahl-seminaret. En stor takk til alle seminardeltagerne for innspill og diskusjon.

² Se f.eks. Jørn RT Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten* (Bergen 2009) s. 311. Prinsippet i Grunnloven § 96 har også en klar side til maktfordelingslæren, idet det gjør lovgiver og domstoler gjensidig avhengig av hverandre på strafferettens område, og begrenser muligheten for å belegge en handling med straff gjennom en administrativ beslutning. Denne delen av prinsippets begrunnelse behandles tradisjonelt grundigere i statsforfatningsretten enn i strafferetten, se f.eks. Johs. Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* (10. utgave ved Arne Fliflet, Oslo 2006) s. 395–396. Det skyldes nok at lovgivernes kriminaliseringsiver som regel har favnet videre enn formuleringsevnen. At domstolene ad fortolkning finner å kunne anvende loven til tross for dens språklige utforming, innebærer da ikke at de går lovgiver i næringen. Derimot kan tolkingen komme bardus på borgerne, hvilket aktualiserer forutberegnelighetshensynet som legalitetsprinsippet er ment å ivareta.

dene kan verken være for upresist formulert (klarhetskravet) eller anvendes på tilfeller som ligger for fjernt fra ordlyden (analogiforbudet).³

Som fanebærer for disse rettsstatsidealene, kan legalitetsprinsippet tradisjonelle ankerfeste i den norske strafferetten – Grunnloven § 96 – sies å ha hatt en sterk symbolsk betydning.⁴ Det bestemmelsen ifølge den juridiske litteraturen derimot ikke har kunnet skilte med, er en nevneverdig funksjon som skranke ved anvendelsen av straffelovgivningen i praksis. For eksempel skriver Andenæs at analogiforbudet i Grunnloven «kan virke som en formaning om ikke å gå ut-over ordlyden i utrensmål», men at rettspraksis stort sett har artet seg som den ville ha gjort uten bestemmelsen, slik at det avgjørende som regel blir «om domstolene finner en utvidelse reelt berettiget».⁵ I formuleringer som den sistnevnte ligger åpningen for å tillegge andre rettskilder – herunder reelle hensyn – stor vekt på strafferettens område, også der det vil være til gjerningspersonens ugunst.⁶

I nyere rettspraksis har legalitetsprinsippet krav blitt innskjerpet. Utviklingen har for eksempel satt sitt preg på Mælands fremstilling av den alminnelige strafferetten. I 2004-utgaven av boken skrev han – i tråd med det synet jeg ovenfor har utlagt som det gjengse i annen litteratur – at «[e]n gjennomgåelse av praksis i dette århundre avspeiler [...] at domstolene neppe har følt seg strengt bundet av prinsippet i Grl. § 96».⁷ I den nyeste fremstillingen fra 2012, blir synspunktet vesentlig modifisert. Etter å ha gjengitt en del eldre praksis, skriver Mæland:

«Imidlertid har Høyesterett praktisert legalitetsprinsippet stadig strengere i de senere år. Mest trolig ville tilfellet i Passbåtdommen Rt. 1973 s. 433 fått et annet resultat dersom saken hadde blitt forelagt Høyesterett i dag og med det rettskildebildet som den gang forelå.»⁸

³ Se Asbjørn Strandbakken, «Grunnloven § 96», *Jussens venner* 2004 s. 166–215 på hhv. s. 192 flg. og 195 flg. om de formelle og materielle krav som følger av legalitetsprinsippet i Grunnloven.

⁴ Etter grunnlovsrevisjonen i 2014 lyder Grunnloven § 96 første ledd: «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom.» Bestemmelsen viderefører den gamle § 96 første punktum.

⁵ Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett* (5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004) s. 120. Tilsvarende Per Augdahl, *Rettskilder* (3. utgave, Oslo 1973) s. 146: «[D]er findes i dag neppe nogen dommer som av hensyn til grunnlovens § 96 vil gi avkall på en utvidelse som han om § 96 ikke hadde eksistert, vilde ha anset berettiget». Se for en lignende betoning av prinsippet temmelig svake gjennomslag *de lege lata* f.eks. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001) s. 127 flg. og Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2. utgave, Oslo 2012) s. 443–444.

⁶ Se nærmere Alf Petter Høgberg, «Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2000 s. 525–649 på s. 621 flg.

⁷ Henry John Mæland, *Innføring i alminnelig strafferett* (3. utgave, Bergen 2004) s. 61.

⁸ Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett* (Bergen 2012) s. 91.

I Rt. 2014 s. 238 *Hønsehaug* uttalte Høyesterett seg generelt om denne rettsutviklingen.⁹ Domstolen pekte på at «kravet om at ingen kan straffes uten hjemmel i lov» er nedfelt i både Grunnloven § 96 og EMK art. 7 (avsnitt 15). Det heter videre:

«Grunnloven § 96 har tradisjonelt ikke vært tolket særlig strengt på dette punkt. I nyere høyesterettspraksis er det imidlertid foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen» (avsnitt 15).

Det ovenstående tilsier at den tradisjonelle oppfatningen om legalitetsprinsippets beskjedne praktiske betydning på strafferettens område, ikke lenger kan opprettholdes.¹⁰ Men et slikt generelt standpunkt gir liten veiledning når et konkret tolkingsspørsmål skal løses. Skal man få grep om hva et strengere legalitetsprinsipp nærmere innebærer, må man analysere de nyere avgjørelsene fra Høyesterett og forsøke å sammenholde dem med tilnærmingen i eldre praksis.

Siktemålet med denne artikkelen er å foreta en slik analyse. Etter å ha skissert tilnærmingen i eldre praksis om legalitetsprinsippet i punkt 2, forsøker jeg i punkt 3 å vise hvordan anvendelsen av prinsippet har blitt modifisert. Den pågående rettsutviklingen i strafferetten gir også grunn til å spørre om – og i tilfelle i hvilken grad – man bør påregne en innstramning av legalitetsprinsippet i straffeprosessen, herunder særlig hva gjelder inngrep overfor mistenkte under etterforskningen. Dette er tema for punkt 4.

Uttrykket «legalitetsprinsippet» bruker jeg i det følgende som en henvisning til både Grunnloven § 96 og EMK art. 7, med mindre noe annet sies uttrykkelig.¹¹ Det er på det rene at også konvensjonen inneholder et klarhetskrav og et analogiforbud.¹² Om de innholdsmessige kravene etter konvensjonen er de samme som etter Grunnloven, er et av spørsmålene vi skal se på i det følgende. Jeg nevner allerede nå at bestemmelsenes straffebegrep og krav til det *formelle* grunnlaget for strafferegelen, ikke er fullstendig ensartede. Straffebegrepet i konvensjonen rommer langt mer enn det man finner i Grunnloven.¹³ Grunn-

⁹ Saken drøftes nærmere i punkt 3.2.6.

¹⁰ Se i denne sammenheng også Inge Lorange Backer, «Hønsehaug i Høyesterett: Rt. 2014 s. 238», *Lov og rett* 2014 s. 399–406, som på s. 405 omtaler nyere praksis som en «betydelig innstramning» av legalitetsprinsippets krav sett i forhold til eldre praksis. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens venner* 2014 s. 297–339 på s. 328.

¹¹ Et generelt strafferettslig legalitetsprinsipp følger også av SP art. 15.

¹² Se Marius Emberland, «Lovkravet i EMK art. 7 – i lys av nyere EMD-praksis», *Tidsskrift for strafferett* 2001 s. 55–67 på s. 61 flg.

¹³ Se Skoghøy, *op.cit.* s. 302 flg. og 324 flg.

loven inneholder på sin side et strengere formelt legalitetsprinsipp. Uttrykket «lov» i § 96 betyr formell lov, provisorisk anordning eller forskrift gitt med hjemmel i et «blankettstraffebud». «Law» i EMK art. 7 omfatter derimot også uskreven rett, herunder regler med sedvanerettslig forankring. Videre åpner konvensjonen for straff direkte med hjemmel i internasjonal rett – herunder både traktater og folkerettslig sedvanerett. «Lov» etter Grunnloven § 96 vil derimot kun si *norske* rettsakter. Vi kommer noe tilbake til disse forskjellene i punkt 3.3.

Tilbakevirkningsforbudet har meget nære forbindelseslinjer til legalitetsprinsippet. Dette anskueliggjøres blant annet ved at EMK art. 7 nr. 1 uttrykker begge regler i samme passus. Langt på vei kan man se forbudet mot tilbakevirkende lover som en nødvendig forutsetning for at legalitetsprinsippets formelle side skal kunne fylle sin funksjon som rettsikkerhetsgaranti – hjemmelskravet ville ikke sikre borgerne særlig til forutberegnelighet dersom lovgiverne kunne utferdige den nødvendige hjemmelen etter at handlingen var begått. Dette nære forholdet mellom reglene har medført at enkelte regner tilbakevirkningsforbudet som en del av legalitetsprinsippet.¹⁴ Det faller likevel utenfor rammen av denne artikkelen å redegjøre for nyere praksis om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven og EMK.¹⁵

Jeg drøfter heller ikke mulige årsaker til at legalitetsprinsippets krav har blitt innskjerpet. Rettsutviklingen må antas å ha pågått over noe tid – jf. punkt 3.2.1 nedenfor – og må ses som et konkret utslag av en generell tilbøyelighet hos domstolene til strengere håndheving av individrettighetene – herunder de som er nedfelt i Grunnloven.¹⁶ En lignende utvikling kan for eksempel spores i Høyesteretts praksis om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 – også på strafferettens område. Jeg viser særlig til Rt. 2009 s. 1412 (S) og 2009 s. 1423 (S), som begge gjaldt betydningen av straffeskjerpelsessignalene i forarbeidene til straffeloven 2005, og Rt. 2010 s. 1445 (P), hvor Høyesterett vurderte om det var adgang til å endre den språklige betegnelsen til det straffbare forholdet med tilbakevirkende kraft. Det ville føre for langt å drøfte hva som driver denne allmenne rettsutviklingen.

¹⁴ Se for eksempel Jacobsen, *op.cit.* s. 315.

¹⁵ Tilbakevirkningsforbudets rekkevidde på strafferettens område drøftes av Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover* (Oslo 2010) s. 226 flg.

¹⁶ Se Jens Edwin A. Skoghøy, «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk», *Lov og rett* 2011 s. 4–24 på s. 14–15.

2 KORT OM LEGALITETSPRINSIPPETS BESTANDDELER OG DETS BETYDNING I ELDRE PRAKSIS

Legalitetsprinsippet inneholder, som allerede nevnt, to hovedkomponenter: et klarhetskrav og et analogiforbud. Disse regulerer ulike situasjoner.¹⁷ Klarhetskravet (*lex certa*) regulerer tilfellene hvor gjerningspersonens adferd omfattes av ordlyden i straffebudet, men hvor gjerningsbeskrivelsen er for upresist formulert til at den kan danne grunnlag for en straffedom. Analogiforbudet gjelder derimot situasjoner hvor ordlyden ikke rammer handlingen, men hvor man på bakgrunn av andre rettskilder ønsker å anvende straffebudet likevel. Den juridiske litteraturens kjølige innstilling til prinsippets betydning *de lege lata* har omfattet begge disse kravene.

Hva gjelder presisjonskravet, synes den rådende oppfatning å ha vært at prinsippet ikke utgjør noen nevneverdig skranke for anvendelsen av upresist formulerte straffebud.¹⁸ Riktignok har det vært gitt visse tenkte eksempler på gjerningsbeskrivelser som ville vært i strid med prinsippet – f.eks. et straffebud som rammer «den som oppfører seg som en skurk»¹⁹ eller «utilbørlig eller samfunnsskadelig adferd»²⁰ – men i praksis har Høyesterett aldri satt foten ned for å straffe gjerningspersonen fordi straffebudet har vært for upresist formulert.²¹ Det har riktignok forekommet at domstolen – under henvisning til Grunnloven § 96 – har understreket at upresise gjerningsbeskrivelser må tolkes med forsiktighet.²² Men som regel anvendes vagt formulerte straffebud uten at forholdet til klarhetskravet blir kommentert. Det gjelder for eksempel saker om straffeloven § 390 a, hvis gjerningsbeskrivelse Mæland anser å «nærme seg grensen for hva som bør aksepteres».²³

Heller ikke analogiforbudet har blitt ansett for å legge strenge føringer på rettsanvendelsen, jf. synspunktene som er gjengitt ovenfor i punkt 1. Ser man på argumentasjonsmønsteret i saker der ordlyden tilsynelatende ikke passer så godt på det saksforholdet som forelå til avgjørelse, viser det seg også at den juridiske litteraturen ikke har grepet dette synspunktet ut av løse luften. I flere saker støter man på det som fremstår som en åpenbar aksept av vidtgående utvidende

¹⁷ Se Jacobsen, *op.cit.* s. 315–316.

¹⁸ Se f.eks. Andenæs, *op.cit.* s. 115–117 og Ståle Eskeland, *Strafferett* (3. utgave, Oslo 2013) s. 119.

¹⁹ Mæland, *op.cit.* s. 86.

²⁰ Andenæs, *Statsforfatningen i Norge* s. 403.

²¹ Eskeland, *op.cit.* s. 119 gir uttrykk for at straffeloven § 412 – som rammer tjenestegivere som utviser «særlig slett forhold» – er i strid med klarhetskravet.

²² Se f.eks. Rt. 1958 s. 479 *Mykle* (s. 482), som rett nok ikke er et rent eksempel ettersom den også aktualiserer ytringsfrihetsvernet etter Grunnloven § 100.

²³ Mæland, *op.cit.* s. 86.

tolkinger. Høyesterett har, for å låne Gomards ord, «analogisert fra salg til bytte, fra dampfartøy til motorfartøy, fra melk til fløte».²⁴ Særlig kjent i læreboksammenheng er Rt. 1973 s. 433 *Passbåt*.²⁵ Her ble en 14 fots passbåt ansett for å være et «skip», og den som førte båten på fritiden regnet for å være «under tjeneste». Tolkningen ble forankret i forarbeidene og tidligere praksis.²⁶

Samtidig finnes det noen avgjørelser hvor utvidende tolkinger har blitt avvist. To klassiske avgjørelser kan tjene til illustrasjon. I Rt. 1952 s. 989 ble det å plage en privatperson med stadige telefonoppringninger, ikke ansett omfattet av forbudet i straffeloven § 350 om forstyrrelse av «den alminnelige fred og orden», selv om Høyesterett mente adferden var forkastelig. I Rt. 1961 s. 212 ble kvakksalverlovens forbud mot å «ta syke i kur» ikke anvendt på en tanntekniker som satte inn et gebiss, selv om forarbeidene forutsatte at slike handlinger skulle straffes.

Man har i juridisk litteratur lagt til grunn at Høyesteretts tilbøyelighet til å godta utvidende fortolkninger på strafferettens område, er særlig markert i saker hvor det foreligger en «fullstendig lovanalogi». Med dette menes situasjoner hvor det ikke er noen rimelig grunn til å skille mellom de tilfellene loven omfatter, og de som faller utenfor dens språklige anvendelsesområde.²⁷ Tanken er at det finnes en *bestemt type atferd* som lovgiverne har forsøkt å ramme med straffebudet, eller som i hvert fall fullt ut er å likestille med det de har tatt sikte på å straffe. Dersom ordlyden i straffebudet ikke har maktet å sirkle inn alt som sones til denne kategorien, kan det like fullt tenkes at likhetsbetraktninger bør trumfe lovens språklige avgrensning.²⁸ I formuleringen av legalitetsprinsippet i den danske straffeloven § 1, er muligheten for en slik fortolkning uttrykkelig presisert: «Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant» (uthevet her).²⁹

²⁴ Bernhard Gomard, «Analogi i strafferetten» i Mogens Blegvad m.fl. (red.), *Festskrift til Alf Ross* (København 1969) s. 125–152 på s. 131.

²⁵ For mer utførlige henvisninger, se bl.a. Andenæs, *Alminnelig strafferett* s. 118–119, Høgberg, *op.cit.* s. 630 flg. og Strandbakken, *op.cit.* s. 202 flg.

²⁶ Avgjørelsen fikk en lang rekke etterfølgere, se henvisningene i Rt. 1995 s. 1734 (s. 1735).

²⁷ Se herom Andenæs, *op.cit.* s. 120 og Høgberg, *op.cit.* s. 639–641. Ordet «analogi» i dette uttrykket er egnet til å forvirre – «fullstendig analogi» kunne jo lede tanken i retning av at straffebudet er anvendt på et tilfelle som ligger fjernt fra ordlyden. Men det brukes altså i en annen forstand – det understreker at faktum A, som dekkes av lovens ordlyd, ligner sterkt på faktum B, som ikke gjør det.

²⁸ Se for eksempel Johs. Andenæs, *Straffbar unnlatelse* (Oslo 1942) s. 242, der det heter: «En bør tillate den *fullstendige lovanalogi* [...] Går en ikke lenger i analogisk anvendelse, er der ingen fare for subjektiv vilkårlighet fra dommerens side. Og en unngår frifinnelser som virker støtende på rettsfølelsen og dermed nedbrytende for tilliten til rettsordningen» (Andenæs' utheving).

²⁹ Se nærmere om bestemmelsens bakgrunn og praktiske betydning Trine Baumbach, *Det strafferettslige legalitetsprinsipp* (København 2008) s. 395 flg.

Rt. 1994 s. 1414 er et godt eksempel på hva det siktes til med «fullstendig lovanalogi».³⁰ Spørsmålet i saken var om en biltyv som overlot det stjalne kjøretøyet til en beruset person, kunne sies å ha overtrådt vegtrafikkloven § 17 annet ledd. Bestemmelsen pålegger «eier av motorvogn eller den som på eierens vegne har rådighet over den» å forsikre seg om at den han overlater kjøretøyet til, fyller vilkårene for å føre det. Selv om loven ikke passet så godt der besitteren savnet lovlig atkomst til kjøretøyet, fremhevet Høyesterett lovgivers mening og straffverdighetsbetraktninger som argumenter for å ramme biltyven. Man sto her overfor et klart eksempel på en fullstendig lovanalogi: For så vidt gjelder den plikten som loven knesetter, er det ingen relevante forskjeller på en biltyv og en person som rettmessig kan forføye over kjøretøyet.

Det er viktig å understreke at forekomsten av en fullstendig lovanalogi, ikke automatisk medfører at straffebudet anvendes til tross for ordlyden. I Tanntekni-ker-saken syntes det for eksempel ut fra forarbeidene som om lovgivers intensjon hadde vært å likestille den aktuelle atferden med de øvrige handlingene kvakksalverloven rammet, men Høyesterett anså like fullt loven for å være uanvendelig. (Men man kan selvfølgelig mene at lovgivers vurdering av likheten mellom hhv. tannlegetjenester og legetjenester, ikke fremsto som særlig gjennomtenkt.) Vurderingstemaet er dessuten uhyre kontekstspesifikt, og følgelig også vanskelig å operasjonalisere i grensetilfellene: Hva som «ligner», beror først og fremst på øynene som ser. Teorien om «fullstendig lovanalogi» gir imidlertid en noe dypere forklaring på hva som har vært utslagsgivende i vurderingen, enn en ren henvisning til at svak støtte i lovens ordlyd tidvis kan oppveies av andre rettskilder: Høyesterett kan synes å ha vært på jakt etter det større genus som lovgiver har søkt å ramme, eller i det minste ville ha ønsket å ramme med straffebudet om de fikk seg spørsmålet forelagt.³¹

3 NYERE PRAKSIS

3.1 Sammenligning av eldre og nyere praksis – et metodespørsmål

Jeg skal nå vende blikket mot Høyesteretts anvendelse av legalitetsprinsippet utover på 2000-tallet, og forsøke å kartlegge om prinsippet har blitt håndhevet strengere. Før man kan gi seg i kast med en slik sammenligningsvirksomhet, må

³⁰ Denne avgjørelsen brukes også som eksempel av Høgberg, *op.cit.* s. 639–640.

³¹ Se om den siste, mer «idealiserende» vurderingen særlig Andenæs, *Alminnelig strafferett* s. 120. Se generelt Knut Bergho, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (Oslo 2000) s. 294.

man imidlertid ha klarlagt *hvordan* denne praksisen eventuelt skulle kunne belegge påstanden om at legalitetsprinsippets krav er innskjerpet.

Dette spørsmålet er vanskeligere enn det kanskje virker ved første øyekast. Skal man bedømme hvor «strengt» legalitetsprinsippets materielle krav har blitt forstått i en rettsavgjørelse, må man ha kjennskap til hvordan ordlyden i straffebudet var å forstå i henhold til språknormene som gjaldt på avgjørelsestidspunktet. *Klarhetskravet* innebærer at den språklige formuleringen i lovteksten ikke kan ha en for ubestemt referanse – det må altså være noenlunde forutsigbart hvilke fenomener som lovtekstens formulering refererer til. *Analogiforbudet* innebærer at man ikke kan anvende en bestemmelse på et tilfelle som ligger (for) fjernt fra det den språklige formuleringen refererer til.

La meg forsøke å illustrere de problemene dette skaper for den som ønsker å sammenligne eldre og nyere praksis. Høyesterett har altså i 1973 anvendt en bestemmelse som forbød føring av «skip» i beruset tilstand mens man var «under tjeneste», på det å føre en 17 fots plastjolle med 115 HK motor på fritiden.³² Og i 2012 satte domstolen foten ned for å regne en ytring på en internettblogg som offentlig fremsatt, fordi den ikke «mangfoldiggjøres ved Trykken eller paa anden kemisk eller mekanisk Maade».³³ Selv om man nok intuitivt kan tenke at det ene signaliserer et mildere legalitetsprinsipp enn det andre, er det vanskelig å sammenligne en plastjolles avstand fra det typiske bruksområdet til ordet «skip» med en ytring på en internettbloggs avstand fra det typiske bruksområdet til uttrykket «Skrift [...] der mangfoldiggjøres ved Trykken eller paa anden kemisk eller mekanisk Maade».

Til dette kommer at språknormer ikke er statiske størrelser, men snarere utvikler seg over tid gjennom språkbruken. Særlig der et ords anvendelsesområde er tvilsomt, vil ens oppfatning av «hvor langt fra ordlyden man befinner seg» preges av ens egne erfaringer med bruken av ordet – en opplevelse som beror på hvilken tid man er oppvokst i, foruten geografiske og sosiale forhold.³⁴ Det følger av det som hittil er sagt, at man ikke uten videre kunne sluttet seg fra at Høyesterett fikk seg forelagt en ny «passbåtsak» og nå avviste den tolkingen som tidligere ble godtatt, til at legalitetsprinsippets krav var blitt strengere. Man måtte først tatt stilling til om bruksområdet til ordet «skip» hadde endret seg siden 1973.

³² Rt. 1973 s. 433.

³³ Rt. 2012 s. 1211. Se nærmere punkt 3.2.5.

³⁴ Betydningen av variasjoner i språkbruken blir tidvis et tema i Høyesterett. I Rt. 1997 s. 1341 var for eksempel spørsmålet om ordet «bufe» omfattet høner. Høyesterett fremholdt at ordet ikke hadde noe entydig meningsinnhold og at det også var ukjent i deler av landet (s. 1343).

Nå kan man selvfølgelig gjøre det enkelt, og legge til grunn at legalitetsprinsippet har blitt strengere hvis Høyesterett *sier* at det er strengere – noe domstolen da også har gjort i Rt. 2014 s. 238 *Hønsehawk* (se punkt 1). Det gir imidlertid ikke noe robust belegg for standpunktet. For det første er det (foreløpig) bare én slik uttalelse å finne i Høyesteretts praksis. For det andre har den juridiske litteraturen i Norge tradisjonelt vært skeptisk til å legge Høyesteretts generelle uttalelser om egen metode til grunn uten nærmere prøving opp mot rettsanvendelsen i enkeltsaker. Et tydelig uttrykk for denne oppfatningen finner man hos Høgberg, der han som et preludium til en metodedrøftelse uttaler at man må «se på Høyesteretts egne handlinger og ikke Høyesteretts tale om egne handlinger når kunnskap om metoden skal erverves».³⁵

Vi kan heller ikke begrense drøftelsen til en overfladisk vurdering av om legalitetsprinsippet nevnes oftere enn før. Riktignok vil man, om man studerer domspremissene, raskt se at det eksplisitt refereres til prinsippet langt oftere i nyere avgjørelser. Etter min mening kan imidlertid ikke dette i seg selv tas til inntekt for en økt vektlegging av prinsippet. Det er i denne forbindelse grunn til å minne om at klassikere som Rt. 1973 s. 433 *Passbåt*, 1961 s. 212 *Tanntekniker* og 1952 s. 989 *Telefonsjikane* ikke inneholder eksplisitte henvisninger til verken Grunnloven § 96 eller legalitetsprinsippet. Problemstillingen i sakene er formulert som et spørsmål om hvor langt ordlyden rekker. Hensett til at legalitetsprinsippet også i eldre strafferettslig litteratur ble ansett som en ytre ramme for hvor langt domstolen kunne tøye lovens ordlyd, er det imidlertid vanskelig å fremholde at dommerne ikke hadde legalitetsprinsippet i bakhodet da de avgjorde disse sakene.³⁶ At nyere praksis oftere inneholder eksplisitte referanser til legalitetsprinsippet, må heller tilskrives Høyesteretts generelle tilbøyelighet å utforme mer omfattende og prinsipielle vota.³⁷

Undersøkelsen må gå dypere. Vi må studere hvordan domstolen typisk argumenterer i sakene hvor man, ut fra rettskildesituasjonen, må konstatere at legalitetsprinsippet har blitt aktualisert. Jeg fremhevet i punkt 2 at analogiforbudets svake gjennomslag *de lege lata* kan forklares med en tilbøyelighet til å akseptere utvidende tolkinger hvor det foreligger fullstendig lovanalogi. Et inntak til drøftelsen er dermed Høyesteretts argumentasjon i nyere saker hvor domstolen selv gir uttrykk for at grensene for lovens ordlyd ikke samsvarer så godt med

³⁵ Alf Petter Høgberg, «I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil til gode?», *Jussens venner* 2007 s. 20–36 på s. 30.

³⁶ Se f.eks. Jon Skeie, *Den norske strafferett. Første bind. Den alminnelige del* (2. utgave, Oslo 1946) s. 54–63.

³⁷ Se herom f.eks. Skoghøy, *op.cit.* s. 16–17.

hva den *burde* omfatte; typisk uttrykt slik at lovgivers vilje eller formålsbetraktninger taler for å anvende loven til tross for hvordan gjerningsbeskrivelsen er formulert. Det tradisjonelle synet har, som allerede nevnt, vært at domstolen som regel ikke viker tilbake fra å anvende loven i slike tilfeller. Skulle det vise seg at den typiske tilnærmingen nå er en annen, gir det en god indikasjon på at tesen om et strengere legalitetsprinsipp er holdbar.

3.2 De sentrale avgjørelsene

3.2.1 Innledning

Jeg skal i dette punktet gjennomgå nyere avgjørelser hvor Høyesterett har avvist en bestemt fortolkning som stridende mot legalitetsprinsippet, til tross for at den kunne underbygges med lovgivers vilje og/eller formåls- og straffverdhetsbetraktninger. Avgrensningen innebærer at jeg ikke gjennomgår avgjørelser hvor legalitetsprinsippet er nevnt i premissene, men hvor det ut fra rettskildesituasjonen i saken ikke kan antas å ha hatt nevneverdig betydning for resultatet.³⁸

Akkurat hvilken avgjørelse som bør anses som startpunktet for innstrammingen av legalitetsprinsippet, kan diskuteres. I Knut Bergos undersøkelse av samtlige høyesterettsavgjørelser i perioden 1967–1999 der det forelå motstrid mellom loven og forarbeidene, påviser han en «dobling av lovens seiersprosent fra 70- til 90-tallet» i straffesakene, herunder hvor det var spørsmål om å tolke straffehjemmelen utvidende.³⁹ Straffesakene er dermed det eneste klare unntaket fra det som ellers viste seg å være hovedtendensen, nemlig at forarbeidenes løsning ble foretrukket i tre av fire motstridstilfeller.

Det som særpreger de avgjørelsene vi skal se på nedenfor, er hvor *skarpt* Høyesterett velger å formulere den rettslige problemstillingen. Domstolen fremhever gjennomgående at et bestemt tolkingsalternativ er å foretrekke av hensyn til lovgivers mening, formålsbetraktninger eller effektivitetshensyn, men at det likevel ikke kan legges til grunn av hensyn til legalitetsprinsippet. Dersom vi retter oppmerksomheten mot saker hvor spørsmålet stilles på denne måten, er det nærliggende å begynne gjennomgangen med derivatsakene fra 2009 og 2010, ettersom disse synes å innvarsle denne trenden i domstolens begrunnelsesmøn-

³⁸ Se f.eks. Rt. 2010 s. 593 (avsnitt 25) og 2012 s. 752. I den sistnevnte avgjørelsen heter det riktignok at det er av «sentral betydning at spørsmålet her er om A skal *straffes*» (avsnitt 25, utheving i original). Men hovedpoenget i avgjørelsen synes å være at handlingen ikke falt inn under straffebudet, lest i tråd med dets ordlyd og forarbeider, se avsnitt 27. (Spørsmålet i saken var om det å holde et helikopter i en høyde på 15 meter over bakken for å heise opp en hjorteskrott, kunne straffes som «landing» med luftfartøy i utmark. At det ble besvart benektende, er lite egnet til å overraske.)

³⁹ Bergo, *op.cit.* s. 583.

ster.⁴⁰ Bergos funn tilsier imidlertid at vi ikke bør betrakte derivatsakene som lyn fra klar himmel, men snarere en omlegging av argumentasjonsmønsteret som fullt ut var i tråd med en langvarig rettsutvikling.

Man kunne innvendt at jeg med denne avgrensningen hopper bukk over det klareste eksempelet i nyere tid på at Høyesterett har tolket straffeloven sterkt utvidende i tiltaltes disfavør, nemlig Rt. 2008 s. 549. Spørsmålet i saken var om en psykose som var utløst av selvforskyldt rus, fritok for straff. Utgangspunktet etter straffeloven § 44 er at den som var psykotisk eller bevisstløs på handlingstidspunktet, ikke kan straffes. Fra denne hovedregelen gjør så § 45 et unntak: «Bevisstløshet som er en følge av selvforskyldt rus (fremkalt ved alkohol eller andre midler), utelukker ikke straff.» Høyesterett kom til at § 45 også kunne anvendes på rusutløste psykoser. Førstvoterende uttalte:

«Jeg er enig med forsvareren i at når loven i § 44 gjør straffri både den som er psykotisk, og den som er bevisstløs, og i § 45 bare gjør unntak fra dette for den som er bevisstløs som følge av selvforskyldt rus, kan det umiddelbart fremstå som betenkelig å anse den som er psykotisk i medisinsk forstand, som bevisstløs eller bevissthetsforstyrret i de tilfellene psykosen skyldes rus og blir borte når ruspåvirkningen opphører. Når jeg, til tross for legalitetsprinsippets sterke stilling i strafferetten, likevel finner å måtte akseptere dette, er det fordi det – som jeg har vist – er en lang tradisjon for at reglene er slik å forstå» (avsnitt 43).

Dette kan vanskelig kalles noe annet enn en analogisk fortolkning til tiltaltes ugunst, ettersom loven selv forutsetter at bevisstløshet og psykose er forskjellige fenomener. Avgjørelsen er likevel ikke velegnet til å illustrere legalitetsprinsippets gjennomslag på strafferettens område. Den gjelder forståelsen av tilregnelighetsreglene, ikke fastleggingen av hva slags adferd som objektivt sett er forbudt. Legalitetsprinsippet har tradisjonelt ikke blitt ansett å ha like stor relevans for fortolkningen av de subjektive vilkårene for straff, hvilket skyldes at forutberegnelighetshensynet ikke gjør seg like sterkt gjeldende på dette området.⁴¹ Jeg kan ikke se at den senere rettsutviklingen stiller dette i et annet lys.

3.2.2 Derivatbegrepet i narkotikaforskriften – Rt. 2009 s. 780 og 2010 s. 481

Spørsmålet i Rt. 2009 s. 780 var om gammabutyrolakton (GBL) kunne anses som «narkotika», slik at befatning med stoffet ble rammet av straffeloven § 162.

⁴⁰ Slik også Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven» s. 328.

⁴¹ Se for eksempel Andenæs, *op.cit.* s. 119.

Stoffet står ikke på narkotikalisten, men iht. narkotikaforskriften § 2 – slik den da lød – var det også straffbart å ha befatning med «salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter». Påtalemyndigheten hevdet at GBL måtte regnes som et derivat av gammahydroksybutyrat (GHB), ettersom GBL lett kan omdannes til GHB.

Høyesterett forsto ordet «derivat» ut fra det domstolen anså som den gjeldende kjemiske definisjonen: En kjemisk forbindelse var et derivat av en annen dersom den kunne avledes av den ved «ombytting av atomer eller atomgrupper» (avsnitt 29). Denne forståelsen medførte at GBL ikke kunne anses som et derivat. Selv om man uten avansert laboratorieutstyr lett kunne fremstille GHB av GBL, skjedde ikke omdannelsen gjennom en slik ombyttingsprosess som den kjemiske derivatdefinisjonen forutsatte. Befatning med GBL falt dermed utenfor ordlyden i straffeloven § 162. Høyesterett fremhevet at hensynet til effektiv strafforfølgning talte for å anse stoffet som et derivat (avsnitt 31), men konkluderte med at dette var utelukket av hensyn til EMK art. 7.⁴²

Høyesteretts avgjørelse ga opphav til en diskusjon om derivatbegrepets innhold. Det ble fra kjemisk hold innvendt at derivatbegrepet som Høyesterett hadde lagt til grunn, var for snevert.⁴³ Påtalemyndigheten støttet seg på disse synspunktene da rekkevidden av narkotikaforskriften § 2 kom opp på ny i Rt. 2010 s. 481, som gjaldt benzodiazepinet fenazepam. Stoffet kunne ikke anses omfattet av derivatdefinisjonen som Høyesterett la til grunn i Rt. 2009 s. 780. En rekke benzodiazepiner var oppført på narkotikalistens – herunder f.eks. klonazepam (Rivotril) – men det ville være svært krevende å skulle avlede fenazepam av noen av disse stoffene. Påtalemyndigheten hadde imidlertid innhentet sakkyndige erklæringer som indikerte at man i kjemien opererte med flere derivatbegreper. Foruten definisjonen som Høyesterett la til grunn i 2009-saken, ble uttrykket «derivat» også benyttet for å gi uttrykk for *likhet* mellom stoffer. Etter den sistnevnte definisjonen ville fenazepam kunne anses som et derivat.

Domstolen vedgikk at formålet med bestemmelsen – å «fange opp nye, tidligere ukjente, kjemiske forbindelser av stoffer som står på narkotikalistens og som

⁴² Jeg nevner for ordens skyld at Høyesterett ut fra formålsbetraktninger oppstilte et tilleggskrav – ut over den kjemiske derivatdefinisjonen – for at et stoff skulle falle inn under regelens anvendelsesområde: Forbindelsen måtte også «ha en lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra, eller lett kunne tilbakeføres eller omdannes til et stoff som står på listen» (avsnitt 29). Dette formålskravet var imidlertid klart oppfylt i den aktuelle saken.

⁴³ Se Einar Uggerud og John Sigurd Svendsen, «Juss, semantikk og kjemi», *Lov og rett* 2010 s. 171 og Lars Slørdal og Tarjei Rygnestad, «Domsslutninger, derivatregler og 'designer drugs': Manglende faktaforståelse i strafferettspleien vedrørende misbruksstoffer?», *Lov og rett* 2010 s. 223–229.

har tilsvarende narkotiske egenskaper som stoffet som er oppført på listen» – tilsa å legge denne videre forståelsen av «derivat» til grunn (avsnitt 21). Men den språklige formuleringen av narkotikaforsriften § 2 trakk i motsatt retning, idet den ikke bare ga uttrykk for at stoff skulle være et derivat, men også at det skulle være et derivat «av» et stoff som var oppført på narkotikalistens (ibid.). Forskriftens ordlyd trakk følgelig i retning av fortolkningen i 2009-saken. Ettersom EMK art. 7 oppstilte et «ganske strengt lovkrav» på strafferettens område (avsnitt 22), kunne det videre derivatbegrepet da ikke legges til grunn i en strafferettslig sammenheng.

Argumentasjonen i derivatsakene viser tydelig at hensynet til en effektiv håndheving av narkotikalovgivningen og bestemmelsens formål ikke var tilstrekkelig til å fravike ordlyden i narkotikaforskriften § 2. I hvert fall i den sistnevnte avgjørelsen står man etter mitt skjønn overfor en fullstendig lovanalogi, idet fenazepam har en svært lik rusvirkning som en rekke av de andre stoffene i benzodiazepin-familien som allerede var oppført på narkotikalistens.

3.2.3 Ektefellebegrepet i straffeloven § 219 – Rt. 2011 s. 469

Rt. 2011 s. 469 gjaldt anvendelsesområdet til straffeloven § 219 om mishandling i nære relasjoner. På avgjørelsestidspunktet var den vernede personkretsen etter bestemmelsens bokstav a angitt som gjerningspersonens «tidligere eller nåværende ektefelle». Spørsmålet var om også tidligere samboere var omfattet. Høyesterett slo fast at en anvendelse av bestemmelsen på samboere forutsatte hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 96 og EMK art. 7. I forlengelsen av denne påpekningen ble det særskilt fremhevet at «[s]traffverdighet eller andre reelle grunner som kan tale for å sidestille tidligere samboere med tidligere ektefeller, er ikke tilstrekkelig» (avsnitt 9).

Lovgiverne hadde lagt til grunn at straffeloven § 5 tredje ledd hjemlet en generell likestilling av samboere og ektefeller. Bestemmelsen fastslår at «[n]år to personer bor fast sammen under ekteskapslignende forhold, likestilles det med ekteskap». Det fremgikk imidlertid av bestemmelsens forhistorie at den kun legaldefinerte uttrykket «nogens nærmeste», jf. § 5 første ledd – et uttrykk som ikke er anvendt i straffeloven § 219. Trusler mot en tidligere samboer falt dermed utenfor gjerningsbeskrivelsen, og legalitetsprinsippet utelukket da straff med hjemmel i denne bestemmelsen. Forholdet måtte subsummeres under et mildere straffebed.

Også i denne saken forelå det en fullstendig lovanalogi, idet man vanskelig kan hevde at tidligere samboere har mindre behov for vern enn tidligere ekte-

feller. Avgjørelsens resultat gir imidlertid ikke noe nevneverdig bidrag til å avklare om legalitetsprinsippet har blitt innskjerpet, ettersom domstolene generelt har vært tilbakeholdne med å tolke lovbestemmelser som gjelder for ektefeller slik at de også får anvendelse på samboere.⁴⁴ Til dette kommer at lovgiverne feilaktig hadde gått ut fra at den forelå et rettslig grunnlag som sikret den nevnte likestillingen av de to persongruppene, hvilket synes å tilkjennegi at en lov-hjemmel ble ansett nødvendig eller i det minste ønskelig. Når det viste seg å svikte på dette punktet, var det ikke overraskende at Høyesterett avviste en subsumsjon av handlingen under straffeloven § 219.

3.2.4 Rekkevidden av forbudet mot «selvasking» – Rt. 2012 s. 313

Spørsmålet i Rt. 2012 s. 313 var om en mann som lot næringsinntektene sine bli satt inn på ektefellens konto for å unndra dem fra beskatning, kunne straffes for «selvasking» etter straffeloven § 317 annet ledd. Høyesterett kom til at forholdet ikke rammes, idet straffebudet retter seg mot å skjule eller tilsløre hvor utbyttet fra en straffbar handling som gjerningspersonen «har begått», befinner seg (osv.). Lovens formulering forutsatte at primærlovbruddet måtte ha funnet sted forut for sikringshandlingen, noe som ikke var tilfellet i den aktuelle saken. Høyesterett presiserte at lovgiver muligens ikke hadde tatt sikte på å foreta en slik innstramming av bestemmelsens rekkevidde (avsnitt 28). Men domstolen fortsatte:

«Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgi-verintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovskravet i Grunnloven § 96 og i EMK artikkel 7, slik dette er forstått blant annet i Rt. 2011 side 469. Av særlig interesse er avsnitt 9 og 12 i dommen, hvor det fremheves at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det» (avsnitt 29).

Hvorvidt det kan sies å foreligge en fullstendig lovanalogi i denne saken, er ikke opplagt. Annet ledd i § 317 kom inn i loven fordi lovgiverne antok at FNs konvensjon mot korrupsjon påla Norge en plikt til å kriminalisere selvasking.⁴⁵ Som Høyesterett påpekte, ønsket ikke departementet å kriminalisere mer enn hva som var påkrevd av hensyn til konvensjonen, og denne ble tolket slik at kriminaliseringsforpliktelsene ikke omfattet forutgående sikringshandlinger (av-

⁴⁴ En rekke eksempler gjennomgås av Eckhoff, *op.cit.* s. 137–139.

⁴⁵ Se nærmere Jon Petter Rui, *Hvitvasking: Fenomenet, regelverket, nye strategier* (Oslo 2012) s. 116 flg.

snitt 28). Høyesterett understreket imidlertid at lovgivers eventuelle ønske om å ramme den aktuelle handlingen, uansett ville vært uten betydning når det ikke var gjenspeilet i ordlyden. Dette er, om ikke annet, en slagkraftig formulering av regelen som også synes å ligge til grunn for de avgjørelsene som er gjennomgått ovenfor.

3.2.5 «Trykt skrift» – Rt. 2012 s. 1211

Ankeutvalgets avgjørelse inntatt i Rt. 2012 s. 1211 gjaldt hvorvidt oppfordringer om å drepe politimenn kunne rammes som oppvigling etter straffeloven § 140 når de var fremsatt på en internettblogg. Avgjørelsen ble avsagt av ankeutvalget, ettersom det var tale om en anke over lagmannsrettens fengslingskjennelse. (Gulating hadde beordret den fengslede løslatt fordi handlingene som var påberopt som grunnlag for fengslingen, ikke ble ansett straffbare.)

Oppvigling forutsetter etter straffeloven § 140 at ytringen er fremsatt «offentlig», hvilket iht. legaldefinisjonen i § 7 betød at den måtte være forøvet ved utgivelse ved «trykt skrift». Etter lovens § 10 omfattet dette uttrykket fremstillinger som «mangfoldiggjøres ved Trykken eller paa anden kemisk eller mekanisk Maade». Det var dissens 2–1 i ankeutvalget om internettbloggen var omfattet av denne definisjonen.

Flertallet la til grunn at «den elektroniske formidling som vi her har å gjøre med, klart [faller] utenfor ordlyden» (avsnitt 19). Det ble i denne forbindelse vist til at lovgiver i andre sammenhenger hadde lagt til grunn at ytringer på internett ikke var omfattet av definisjonen av trykt skrift. Under henvisning til Grunnloven § 96 og EMK art. 7 – slik bestemmelsene var forstått i Rt. 2011 s. 469 og 2012 s. 313 – konkluderte flertallet derfor med at ytringene ikke var straffbare. Rett nok omhandlet siktelsen straffverdige handlinger, og formålsbetraktninger tilsa en likestilling mellom ytringer fremsatt i trykt skrift og uttalelser på internett. Men flertallet fortsatte:

«Straffbarheten må imidlertid følge av loven. Forholdet i siktelsen omfattes ikke av ordlyden i straffeloven § 140 jf. § 7 nr. 2 og § 10 [...] Klarhetskravet etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 er ikke tilfredsstilt, og forholdet i siktelsen er dermed etter flertallets vurdering ikke straffbart» (avsnitt 22).

Det kan synes noe forvirrende at flertallet i denne sammenhengen henviser til «klarhetskravet». Som vi så ovenfor i punkt 2 sikter man med dette uttrykket normalt til de krav legalitetsprinsippet stiller til presis utforming av gjernings-

beskrivelsen (*lex certa*). Flertallet forutsetter imidlertid at den aktuelle handlingen ikke falt inn under straffebudets språklige nedslagsfelt, jf. sitatet ovenfor fra avsnitt 19. Problemet var i så fall ikke at ordlyden var upresist formulert, men at en eventuell bruk av bestemmelsen ville støte an mot analogiforbudet.

Mindretallet mente på sin side at ytringene kunne sies å være mangfoldig gjort på en «anden ... mekanisk Maade». Blant annet uttalte hun: «Selv om man på strafferettens område skal tolke lovens bestemmelser strengt etter sin ordlyd, må det være en fornuftig fortolkning i tråd med samfunnsutviklingen og i tråd med en naturlig forståelse av bestemmelsen ut fra dagens teknologiske virkelighet» (avsnitt 26).

Uenigheten mellom flertallet og mindretallet synes utelukkende å ha angått om man befant seg innenfor ordlydens ramme. Begge fraksjonene la til grunn at det forelå en fullstendig lovanalogi mellom spredning av ytringer på internett, og mer tradisjonelle formidlingsformer. At flertallet, til tross for det denne likheten, likevel ikke fant å kunne anvende straffebudet når de anså adferden for å falle utenfor ordlyden, gir en sterk indikasjon på at analogiforbudet håndheves strengere i dag enn tidligere.

3.2.6 Avliving av vilt – Rt. 2014 s. 238⁴⁶

Rt. 2014 s. 238 gjaldt en person som hadde skutt en hønsehauk som hadde gått til angrep på en av hønene hans. Utgangspunktet etter naturmangfoldloven § 15 jf. § 75 er at avliving av vilt er straffbart med mindre den har lovhjemmel. Naturmangfoldloven § 17 annet ledd gir adgang til å avlive vilt i visse situasjoner. Bestemmelsen lyder:

«Vilt kan avlives når det må anses påkrevd for å fjerne en aktuell og betydelig fare for skade på person. Eier, eller en som opptrer på vegne av eieren, kan avlive vilt under direkte angrep på bufe, tamrein, gris, hund og fjørfe.»

Påtalemyndigheten gjorde gjeldende at § 17 annet ledd annet punktum måtte tolkes slik at den bare kom til anvendelse dersom avlivingen måtte «anses påkrevd». Det ble pekt på at et slikt vilkår fulgte av første ledd om angrep på person, og at man uten en slik fortolkning ville oppstille en mer vidtgående adgang til å forsvare dyr enn mennesker. Høyesterett var ikke enig i denne sammenligningen – et «direkte angrep» kunne betraktes som en materialisering av en

⁴⁶ For en kritisk vurdering av dommen, se Backer, *op.cit.*, med tilsvarende fra Ørnulf Øyen, «En hauk mot en høne, og en viktig ideell verdi mot et rettsstatsprinsipp», *Lov og rett* 2014 s. 582–588.

«fare» (avsnitt 23). Høyesterett anså det også ut fra forarbeidene og lovhistorikken som uklart om lovgiverne hadde ment at bestemmelsen skulle forstås slik.

Det springende punktet var imidlertid, som i de forutgående avgjørelsene, at en eventuell utvidelse av området for det straffbare ville stride mot legalitetsprinsippet. Høyesterett uttalte:

«Hva som eventuelt måtte ha vært lovgivers intensjon, er uansett – på bakgrunn av lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 slik dette er tolket i nyere høyesterettspraksis – ikke avgjørende. Er loven ved en glipp blitt annerledes enn forutsatt, må dette rettes opp ved en lovendring» (avsnitt 24).

Det var i denne forbindelse at Høyesterett, som allerede nevnt i punkt 1, la til grunn at det har skjedd en «innstramming» av de materielle kravene etter Grunnloven § 96. Dette fremstår som en oppsummering av, eller refleksjon over, praksisen vi alt har gjennomgått.

Sakene vi har sett på ovenfor har angått fortolkningen av straffebudenes gjerningsbeskrivelse. I *Hønsehawk* var det derimot tale om å tolke en straffrihetsgrunn, dvs. en unntaksregel som gjør en ellers straffbar handling lovlig. Høyesterett la til grunn at siden en innskrenkende fortolkning av en straffrihetsgrunn samtidig medfører en utvidelse av området for det straffbare, er legalitetsprinsippets krav like strenge her som ved tolkingen av gjerningsbeskrivelsen (avsnitt 19).

Dette synspunktet er etter mitt skjønn riktig. Behovet for å stille de samme krav er særlig tydelig for tilfeller lik det Høyesterett sto overfor i *Hønsehawk*, der det er tale om å fortolke en spesiell straffrihetsgrunn – dvs. en unntaksregel som utelukkende knytter seg til ett eller noen få straffebud.⁴⁷ Hvorvidt en omstendighet tas inn som et vilkår i gjerningsbeskrivelsen eller skytes ut til en annen bestemmelse som en straffrihetsgrunn, er et spørsmål om lovteknikk.⁴⁸ Det ville være ytterst problematisk å tilskrive slike lovtekniske overveielser rettslig betydning for legalitetsprinsippets grenser.⁴⁹

⁴⁷ Se om skillet mellom generelle og spesielle straffrihetsgrunner f.eks. Andenæs, *op.cit.* s. 150–151. Inndelingsmåten er også lagt til grunn i forarbeidene til straffeloven 2005, se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 202.

⁴⁸ Det kan dermed hevdes at det egentlig ikke er behov for et skille mellom straffebudets gjerningsbeskrivelse og spesielle straffrihetsgrunner, se f.eks. Eskeland, *op.cit.* s. 255 i note 357.

⁴⁹ Slik også Øyen, *op.cit.* s. 587. Tilsynelatende motsatt Backer, *op.cit.* s. 405, som imidlertid ikke drøfter forholdet mellom spesielle straffrihetsgrunner og straffebudets gjerningsbeskrivelse.

3.3 Forholdet mellom Grunnloven § 96 og EMK art. 7

Avgjørelsene vi har gjennomgått, innbyr til noen betraktninger om forholdet mellom Grunnloven § 96 og EMK art. 7.

I derivatsakene forankrer Høyesterett resultatet direkte bare i EMK art. 7. Grunnloven § 96 nevnes bare i forbifarten i Rt. 2009 s. 780, gjennom en referanse til en tidligere sak hvor derivatbestemmelsen ikke ble ansett for å være i strid med klarhetskravet. Dette kunne anspore en til å tro at EMK art. 7 stiller strengere materielle krav enn Grunnloven. Et slikt syn har tidvis kommet til uttrykk i juridisk litteratur, selv om meningene har vært delte.⁵⁰ Så vidt meg bekjent er problemstillingen bare reist én gang tidligere i Høyesterett. I Rt. 2002 s. 1069 uttalte mindretallet (én dommer), etter å ha vist til de materielle kravene i EMK art. 7: «Lovskravet i Grunnloven § 96 har ikke vært tolket like strengt, men også etter denne finnes det en grense for hvor langt noen kan straffedømmes på grunnlag av effektivitets- eller formålsbestemte tolkinger [...]» (s. 1075). (Flertallet behøvde ikke å ta stilling til hvilke skranker som legalitetsprinsippet medførte.)

Fra og med Rt. 2011 s. 469 figurerer imidlertid Grunnloven – med ett unntak, som jeg straks kommer tilbake til – side om side med EMK når legalitetsprinsippet brukes som skranke for utvidende tolkinger. Da Høyesterett i 2011-saken utla de materielle kravene etter Grunnloven § 96 og EMK art. 7, ble det vist til den første derivatsaken – til tross for at denne, så langt det fremgår av domspremissene, altså ikke bygget resultatet på Grunnloven § 96. Gjennom denne fellesomtalen synes imidlertid Høyesterett i Rt. 2011 s. 469 – på samme måte som de senere avgjørelsene som er gjennomgått ovenfor – stilltiende å legge til grunn at legalitetsprinsippet i Grunnloven stiller de samme krav som EMK art. 7.⁵¹ Høyesterett uttalte seg så generelt om forholdet mellom bestemmelsene i Rt. 2014 s. 238, hvor det slås fast at «Grunnloven § 96 stiller samme krav til klarhet i angivelse av det straffbare forholdet som EMK artikkel 7» (avsnitt 18).⁵²

⁵⁰ Se f.eks. Benedikte Moltumyr Høgberg, «Strekker EMKs individvern seg utover det vern som følger av tilsvarende bestemmelser i Grunnloven?», *Jussens venner* 2010 s. 68–84 på s. 71. Også Smith, *op.cit.* s. 443 bygger på at art. 7 stiller strengere krav til hjemmelens klarhet. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (3. utgave, Bergen 2011) legger derimot på s. 131 til grunn at klarhetskravet er mindre strengt etter EMK, mens analogiforbudet i bestemmelsen er like strengt som det som følger av Grunnloven § 96.

⁵¹ Slik også Skoghøy, *op.cit.* s. 329.

⁵² Det henvises i denne forbindelse til Rt. 2012 s. 313, men denne avgjørelsen gir ikke eksplisitt uttrykk for et slikt standpunkt.

Det eneste tilfellet hvor Høyesterett i denne perioden skiller mellom vurderingen etter Grunnloven og konvensjonen, er flertallsvotumet i Rt. 2012 s. 387 (tre dommere). Saken gjaldt en mann som var tiltalt etter straffeloven § 199 for å ha hatt seksuell omgang med sin stedatter på 18 ½ år. Bestemmelsen lyder: «Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år.» Spørsmålet var om uttrykket «under 18 år» bare viste tilbake til «noen annen person», eller om aldersgrensen også gjaldt for de øvrige persongruppene. Flertallet la til grunn at bestemmelsen kunne leses på begge måter, og at det øvrige rettskildematerialet trakk i retning av straff. For så vidt gjaldt Grunnloven § 96, var lovskravet tilfredsstilt fordi det var tale om å velge et av flere tolkingsalternativer som alle var forenlige med ordlyden. Straff ville heller ikke krenke EMK art. 7, idet «en samlet vurdering av rettskildene [tilsier] at det er forutsigbart at forholdet var straffbart» (avsnitt 21).⁵³

Om dette votumet heter det hos Skoghøy: «Selv om det her er skilt mellom lovkravene i EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 første ledd, er det ikke problematisert hva forskjellen består i.»⁵⁴ Jeg antar for egen del at flertallets tilnærming skyldtes at det formelle legalitetsprinsippet i EMK art. 7, ikke er det samme som det Grunnloven § 96 knesetter (jf. punkt 1). Art. 7 oppstiller ikke et «lovskrav» i den forstand vi bruker uttrykket i norsk rett, men et krav om at straff kan forankres i et *rettslig grunnlag*.⁵⁵ «Law» betyr altså «rett», ikke «lov». ⁵⁶ I et slikt perspektiv er det ikke overraskende at flertallet konsentrerer grunnlovsdrøftelsen om straffebudets ordlyd, mens vurderingen etter art. 7 skjer med utgangspunkt i spørsmålet om straff var forutberegnelig, hensett til det samlede rettskildebildet i saken. Denne tilnærmingen har også støtte i tidligere praksis. Rt. 2008 s. 1582 (avsnitt 18) og mindretallsvotumet i Rt. 2002 s. 1069 (s. 1077) bygger forutsetningsvis på at rettspraksis kan bidra med den klargjøringen av straffansvarets rekkevidde som EMK art. 7 krever, og tilkjenner dermed at

⁵³ Mindretallet (to dommere) mente derimot at ordlyden ikke omfattet handlingen, og la til grunn at «det strenge krav til klarhet i straffebestemmelser som tilsies av grunnleggende rettssikkerhetshensyn» utelukket straff (avsnitt 32). De presiserte dermed ikke om resultatet var forankret i Grunnloven, EMK eller begge deler.

⁵⁴ Skoghøy, *op.cit.* s. 332.

⁵⁵ Se i denne forbindelse Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2002 s. 1069 (s. 1075).

⁵⁶ I den offisielle – men ikke autentiske – norske oversettelsen av konvensjonen (som ligger som et vedlegg til menneskerettsloven), er det benyttet to norske uttrykk for «law» i originalen. Overskriften «no punishment without law» er oversatt til «ingen straff uten lov», mens uttrykket «national or international law» i selve teksten i nr. 1 har blitt til «nasjonal eller internasjonal rett» (mine uthevinger).

forutberegnelighetsvurderingen etter konvensjonen skal baseres på et bredere grunnlag enn ordlyden i straffebudet.⁵⁷

Man kunne i og for seg fremholde at flertallsvotumet i Rt. 2012 s. 387 dermed ikke nødvendigvis må anses å være i strid med prinsipputtalelsen i Rt. 2014 s. 238. At bestemmelsene stiller «de samme krav til klarhet i angivelsen av det straffbare forhold», er én sak. Et annet spørsmål er hvilke kilder som kan inngå i vurderingen av om klarhetskravene er innfridd. Det kan imidlertid innvendes at en slik differensiering ikke har gode praktiske grunner for seg nå som Grunnlovens krav er skjerpet. Dersom straff med hjemmel i en lovbestemmelse ville være i strid med Grunnloven, er det uten betydning for resultatet om det øvrige rettskildebildet i og for seg gjorde pådragelsen av et straffansvar tilstrekkelig forutberegnelig til at EMK art. 7 ikke ville blitt krenket. Tilnærmingen i de eldre avgjørelsene hvor EMK art. 7 ble ansett overholdt under henvisning til tidligere rettspraksis, må nok derfor forstås på bakgrunn av at konvensjonen på dette tidspunktet ble ansett å stille strengere krav enn Grunnloven.

Dersom man ikke finner grunn til å skille mellom rekkevidden til legalitetsprinsippet i Grunnloven og konvensjonen, må man imidlertid ikke miste av syne at forskjellen på vurderingsgrunnlaget etter de to bestemmelsene også virker inn på anvendelsesområdet til tilbakevirkningsforbudet. Grunnloven § 97 forbyr tilbakevirkende anvendelse av *lover*, og har derfor ikke blitt oppfattet som en hindring for omslag i rettspraksis – også der det medfører at tiltalte stilles dårligere. Men ettersom EMK art. 7 stiller krav om at straff måtte være forutberegnelig vurdert ut fra det samlede rettskildebildet, kan man i prinsippet tenke seg at et prejudikatfravik til skade for tiltalte vil bli vurdert som en konvensjonskrenkelse.⁵⁸

⁵⁷ Som fremhevet av Aall, *op.cit.* s. 130–131 ville nok art. 7 likevel vært krenket om man i Norge – der Grunnloven § 96 alltid har vært ansett å utelukke straff basert på uskrevede kilder – gikk inn for å straffe utelukkende på bakgrunn av ulovfestet rett. Annerledes om man, som flertallet gjør i Rt. 2012 s. 387, tolker et straffebud i lys av andre rettskilder. En slik tilnærming har det vært lang tradisjon for i Norge, jf. f.eks. Rt. 2003 s. 104, der det heter: «Det tilføyes at domfeltes anførsler i tilknytning til Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 7 ikke kan føre fram. Jeg viser særlig til mitt syn på bestemmelsens rekkevidde, lovhistorien og sammenhengen med bestemmelsene i någjeldende og tidligere lover» (avsnitt 19). Så lenge en handlingen omfattes av en mulig tolking av gjerningsbeskrivelsen, vil en slik fremgangsmåte heller ikke stride mot Grunnloven § 96 slik bestemmelsen er forstått i nyere praksis, se nærmere punkt 3.4 nedenfor.

⁵⁸ Se nærmere om dette spørsmålet Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover* s. 159–171. EMD har f.eks. i to saker mot Storbritannia vurdert om de engelske domstolene krenket art. 7 da de fravek tidligere prejudikater, med den virkning at anvendelsesområdet for voldtektstraffen ble utvidet. EMD la imidlertid til grunn at skiftet i domstolenes praksis var tilstrekkelig forutberegnelig (se nærmere *ibid.* s. 166 i note 741).

3.4 Et strengere legalitetsprinsipp?

Tiden er moden for å vende tilbake til den overordnede problemstillingen: Gir avgjørelsene vi nå har gjennomgått, dekning for å si at legalitetsprinsippet håndheves strengere enn tidligere? Og hva innebærer i så fall det i praksis?

Den observante leseren vil ha merket seg at alle avgjørelsene vi har sett på i dette punktet, har angått analogiforbudet. Jeg har ikke, i samme periode, funnet eksempler på at en straffebestemmelse har blitt ansett uanvendelig fordi den har vært for upresist formulert. På samme måte som i eldre praksis synes klarhetskravet bare å utgjøre en rettesnor ved tolkingen av rettslige standarder og andre skjønnsmessige uttrykk. Som eksempel nevner jeg Rt. 2010 s. 466. Avgjørelsen gjaldt straffeloven § 201 bokstav c, som rammer «seksuelt krenkende eller annen uanstendig adferd». Høyesterett uttalte om denne bestemmelsen at «[g]rensen for det straffbare må [...] trekkes under iakttakelse av strafferettens lovsprinsipp, og med det utgangspunkt at ikke enhver upassende og uønsket handling med et visst seksuelt preg rammes» (avsnitt 13).⁵⁹

Hva gjelder analogiforbudet, er situasjonen en annen. Som jeg fremholdt ovenfor i punkt 3.1, kan man nærme seg undersøkelsen av om legalitetsprinsippet håndheves strengere ved å kartlegge argumentasjonsmønsteret i saker hvor det foreligger fullstendig lovanalogi. Gjennomgangen av praksis viser et tydelig skifte i argumentasjonsmåten i slike saker. Mens Høyesterett i sin eldre praksis gjennomgående stilte seg positiv til å strekke ordlyden der formål og likhetsbetraktninger gjorde seg gjeldende, er domstolen nå konsekvent avvisende til å straffedømme i slike tilfeller. Denne avvisende holdningen til den fullstendige lovanalogien gjenspeiler seg også i de generelle formuleringene av legalitetsprinsippets krav som man støter på i Høyesteretts premisser, særlig fra og med Rt. 2012 s. 313 og utover: Det avgjørende er ikke om handlingen er straffverdig eller om lovgiver har ønsket å ramme den, men om disse overveielserne har kommet tilstrekkelig klart til uttrykk i straffebudets gjerningsbeskrivelse.

Den viktigste praktiske konsekvensen av den nye tilnærmingen er at slaget i Høyesterett i enda større grad enn før står om forståelsen av ordlyden i lys av alminnelig språkbruk. Dersom adferden ikke dekkes av den språklige formuleringen i gjerningsbeskrivelsen, stanser Høyesterett nå gjennomgående opp ved denne konstateringen. Dette representerer en noe annen argumentasjonsmåte enn det man finner i en del eldre praksis, hvor vurderingen ofte fulgte en to-

⁵⁹ Se også Rt. 2005 s. 1628 *Aktuell rapport* (avsnitt 16).

trinnsmodell: (1) Ligger forholdet innenfor ordlyden? (2) Hvis nei, foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å tolke ordlyden utvidende?

Rt. 1995 s. 1734 er et godt eksempel på denne tilnærmingen. Saken ligger i forlengelsen av Passbåtsaken, idet spørsmålet var om en beruset person som hadde kjørt en 14 fots elvebåt med 4 HK motor kunne straffes for å ha ført et «skip», jf. den daværende bestemmelsen i straffeloven § 422 annet ledd. Høyesteretts flertall (fire dommere) anså bestemmelsen for å være uanvendelig. Riktignok hadde man i eldre praksis anvendt straffebudet overfor stadig mindre fartøyer, men uttrykket «skip» innebar etter flertallets syn «i alle fall [...] en viss nedre grense for hvilke fartøy som omfattes av bestemmelsen» (s. 1737). Men konklusjonen ble ikke utelukkende forankret i straffebudets ordlyd. Høyesterett fremhevet også at en så liten båt som det her var tale om, ikke hadde et like stort skadepotensiale som de øvrige fritidsbåtene som § 422 annet ledd tidligere var blitt anvendt på. Det virker som om det var disse underliggende formålsbetraktningene som ble utslagsgivende for om bestemmelsen kunne anvendes:

«Man har i rettspraksis etter min mening lagt til grunn en utvidende tolking av denne straffebestemmelse i forhold til dens ordlyd. Å anvende bestemmelsen i den foreliggende sak vil innebære et vesentlig skritt mot slike lavere faregrader som er knyttet til allmennhetens daglige ferdsel på innsjøer og langs kysten. Etter min mening er generelle formåls- og risikobetraktninger, og de avgrensingsproblemer som kan oppstå, ikke tilstrekkelig grunnlag for en så sterkt utvidende tolking av en straffebestemmelse» (ibid.).

Flertallet stilte seg altså prinsipielt sett åpne for å tolke bestemmelsen utvidende, men la til grunn at hensynene som kunne tilsi en slik tolking, ikke gjorde seg gjeldende med tilstrekkelig styrke. Mindretallet (én dommer) mente derimot at også ferdsel med en såpass liten båt representerte en tilstrekkelig skaderisiko til at bestemmelsen burde få anvendelse. Jeg antar at tilnærmingen i dag ville vært en annen: Gitt at man først anså båten for å ligge utenfor anvendelsesområdet til ordet «skip», ville det ikke vært påkrevd med noen ytterligere vurdering av om ordlydens grense burde forseres av hensyn til straffebudets formål.

I dagens praksis synes argumentasjonen kun å følge en totrinnsmodell der gjerningsbeskrivelsen er oppfylt – og da med motsatt fortegn: Dersom handlingen dekkes av ordlyden, er spørsmålet om straffebudet bør tolkes *innskrenkende* på bakgrunn av andre rettskilder; altså en fortolkning i lys av den alminnelige rettsstridsreservasjonen. Det skal som kjent en del til for at tiltalte skal få

medhold i en slik anførsel.⁶⁰ Tolkingsvilen kommer heller ikke tiltalte til gode.⁶¹ I en del saker ser man dermed at Høyesterett møter tiltaltes anførsel om at legalitetsprinsippet utelukker straff for handlingen, med at adferden ligger innenfor ordlyden og at det ikke er grunn til å tolke straffebudet innskrenkende.⁶²

I praksis beror sakens utfall i Høyesterett dermed som regel på om det er tiltalte eller påtalemyndigheten som får gjennomslag for sin lesing av gjerningsbeskrivelsen; utsiktene til å få Høyesterett med på å korrigere ordlyden på bakgrunn av andre rettskilder, er gjennomgående lave enten det er tale om en utvidende eller innskrenkende fortolkning.

4 UTSYN: LEGALITETSPRINSIPPET I STRAFFEPROSESSEN⁶³

Vi har ovenfor sett at det strafferettslige legalitetsprinsippet har blitt innskjerpet. Dette gir grunn til å spørre om en tilsvarende utvikling kan tenkes på andre rettsområder. I vår sammenheng er det særlig nærliggende å spørre om man også kan se for seg en intensivert prøving på straffeprosessens område – konkret når det gjelder de rettslige rammene for bruken av politimetoder i etterforskningsfasen. Jeg må i denne forbindelse nøye meg med noen spredte betraktninger.

Det er en rekke forskjeller på hjemmelsspørsmålene i hhv. strafferetten og straffeprosessen. Straff – i den forstand begrepet er forstått med utgangspunkt i Grunnloven § 96 – krever alltid hjemmel i lov. Slik er det ikke med alle metoder som politiet kan benytte under etterforskningen. Det er for eksempel klart at spaning mot en person på offentlig sted, i utgangspunktet kan foretas i kraft av handlefriheten. Bruk av politimetoder under etterforskningen reiser således ofte et spørsmål som Grunnloven § 96 løser innenfor sitt område, nemlig om et bestemt statlig inngrep aktualiserer legalitetsprinsippet. Det allmenne legalitets-

⁶⁰ Tiltaltes påstand om frifinnelse pga. den alminnelige rettsstridsreservasjonen førte for eksempel ikke frem i Rt. 2011 s. 1, 2008 s. 1491, 2005 s. 1567, 2004 s. 1392 eller 2001 s. 1379. I Rt. 2012 s. 686 (dissens 3–2) finnes imidlertid et eksempel på frifinnelse på dette grunnlaget. Spørsmålet i saken var om de tiltalte kunne straffes for brudd på verdipapirhandelloven, fordi de bevisst hadde utnyttet svakhetene til en «aksjerobot» for å påvirke kursen på utvalgte aksjer.

⁶¹ Jf. Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22 (flertallet), med henvisning til eldre praksis.

⁶² Se f.eks. Rt. 2012 s. 1103 (avsnitt 18), 2012 s. 387 (avsnitt 22, flertallet) og 2010 s. 684 (avsnitt 24).

⁶³ Jeg bruker i dette punktet uttrykket «legalitetsprinsippet» for å henvise til regelen i Grunnloven § 113. EMK behandler jeg for seg. Merk at «legalitetsprinsippet» i straffeprosessfaget tidvis også brukes i en annen betydning, som motstykke til «opportunitetsprinsippet», se for eksempel Gert Johan Kjelby, *Mellom rett og plikt til straffefølgning* (Oslo 2013) s. 30 flg.

prinsippet er nå nedfelt i Grunnloven § 113.⁶⁴ Det er likevel klart at en rekke politimetoder krever lovhjemmel.⁶⁵ Pågrepelse og ransaking er for eksempel bare tillatelig i den grad loven åpner for det. Når inngrepet er av en slik art, kan situasjonen minne mye om tilfellene vi har sett på i strafferetten, jf. f.eks. Rt. 2009 s. 394, som gjennomgås nedenfor. Spørsmålet vil her i høyden være om lovens vilkår – riktig tolket – er oppfylt.⁶⁶ De underliggende hensyn som aktualiserer legalitetsprinsippet i straffeprosessen, er også gjenkjennelige fra strafferektens område: Inngrep forutsetter demokratisk forankring i et lovvedtak, og hensynet til borgeren fordrer videre at inngrepshjemmelen er utformet med tilstrekkelig presisjon.

Dersom metoden må anses som et inngrep i en rettighet som er forankret i EMK, vil den, så fremt det er tale om en konvensjonsbestemmelse med inngrepshjemmel, utløse kravet om rettslig forankring for metodebruken. Særlig aktuelt er vernet om privatlivet i EMK art. 8.⁶⁷ Uttrykket «law» i denne bestemmelsen stiller, på samme måte som art. 7, krav om at inngrepet kan forankres i et rettslig grunnlag som er tilgjengelig for borgerne, og som holder et tilstrekkelig presisjonsnivå til å verne mot arbitrær myndighetsutøvelse.⁶⁸

Rt. 2009 s. 394 kan tjene som eksempel på de rammer som følger av legalitetsprinsippet og EMK. Spørsmålet i saken var om politiet kunne benytte kommunikasjonskontroll for å identifisere hvem som disponerte en bestemt mobiltelefon. Politiet antok at telefonen var registrert på en annen person enn den som var den reelle brukeren. Straffeprosessloven § 216 b annet ledd regulerer hva en kommunikasjonskontroll kan benyttes til, og det aktuelle formålet – å identifisere den mistenkte – er ikke blant de som bestemmelsen regnet opp.

⁶⁴ Bestemmelsen ble vedtatt i forbindelse med grunnlovsendringen i 2014, og lyder: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Bestemmelsen er en kodifikasjon av det som tidligere var konstitusjonell sedvanerett, jf. dokument 16 (2011–2012) s. 248.

⁶⁵ Se f.eks. Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker* (Oslo 2009) s. 319 flg. med henvisninger.

⁶⁶ Konsekvensene av at man savner en fyllestgjørende hjemmel, er forskjellige i de to rettsdisiplinene. I strafferetten medfører manglende hjemmel at gjerningspersonen ikke kan straffes. I straffeprosessen vil derimot resultatet være at den aktuelle metoden ikke kan benyttes. Eventuelt – om så likevel har skjedd – kan hjemmelsbristen få konsekvenser for de ansvarlige innenfor politi og påtalemyndigheten (herunder, i kvalifiserte tilfeller, i form av straff). I noen tilfeller kan hjemmelssvikt også medføre at de bevisene som er innhentet ved bruk av metoden, ikke kan føres i retten («bevisavskjæring»).

⁶⁷ Jeg går i denne forbindelse ikke inn på rekkevidden til privatlivsvernet etter Grunnloven § 102, hvis første ledd første punktum er utformet etter mønster av EMK art. 8.

⁶⁸ Se nærmere Anett Beatrix Osnes Fause, «Kravet til legalitet, nødvendighet og proporsjonalitet når det utøves politisk eller påtalemessig myndighet som griper inn i vernet etter EMK art. 8 nr. 1», *Tidsskrift for strafferett* 2014 s. 45–58 på s. 49–54.

Selv om ankeutvalget var enig med lagmannsretten i at flere hensyn talte for å tillate en slik identifikasjon, kunne de ikke se at det forelå et tilstrekkelig rettslig grunnlag for kontrollen. Blant annet ble det påpekt at «kravet til klar lovhjemmel må stå sterkt på dette området – både ut fra det generelle legalitetsprinsippet i norsk rett og ut fra lovskravet i artikkel 8 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)». ⁶⁹ Avgjørelsen utelukker for eksempel bruk av et portabelt GSM-identifiseringssystem («IMSI-catcher») for å avdekke hvem som benytter et bestemt kommunikasjonsanlegg. ⁷⁰

Tradisjonelt har det vært antatt at legalitetsprinsippet på straffeprosessens område stiller strenge krav når det gjelder inngrep i den personlige frihet og økonomiske rettigheter, mens det i mindre grad kreves lovhjemmel for inngrep i privatlivets fred og den psykiske integritet. For så vidt gjelder metoder som må henføres under de to sistnevnte gruppene, har «den alminnelige handlefrihet» i nokså stor utstrekning vært akseptert som rettslig grunnlag. ⁷¹ Som nevnt i punkt 1 må imidlertid den intensiverte hjemmelskontrollen på strafferettens område betraktes som et enkeltstående utslag av en generell skjerping av domstolskontrollen med individrettighetene, og det synes lite trolig at hjemmelskravet i straffeprosessen – slik det følger av Grunnloven § 113 og EMK – vil bli stående uberørt av denne utviklingen.

Hjemmelsproblematikken står heller neppe i fare for å miste sin aktualitet på dette rettsområdet. Den teknologiske utviklingen gir politiet tilgang til metoder som ville vært utenkelige for noen tiår siden. ⁷² Et eksempel er bruk av såkalte «stille SMS», som går ut på å sende en melding som ikke er synlig på mottakerens mobiltelefon. Meldingen genererer likevel basestasjonsopplysninger, som politiet så kan skaffe seg tilgang til ved bruk av kommunikasjonskontroll eller innhenting av historiske trafikkdata. Antagelsen om at legalitetsprinsippet vil bli håndhevet strengere, maner til en viss forsiktighet med å hjemle denne og andre nye metoder i den alminnelige handlefrihet, selv om de «bare» utgjør skår i privatlivsvernet. For så vidt gjelder stille SMS har riksadvokaten lagt til grunn at metoden i visse tilfeller krever lovhjemmel av hensyn til legalitetsprinsippet og

⁶⁹ I NOU 2009: 15 foreslås det på s. 199 å lovfeste en adgang til å benytte kommunikasjonskontroll for å avdekke hvem som benytter et bestemt kommunikasjonsanlegg.

⁷⁰ Se nærmere Ingvil Bruce og Geir Sunde Haugland, *Skjulte tvangsmidler* (Oslo 2014) s. 189–191.

⁷¹ Slik NOU 2004: 6 s. 43.

⁷² Men det må også understrekes at den samme utviklingen gir grobunn for nye kriminalitetsformer, og dessuten skaper nye arenaer for tradisjonell kriminalitet, jf. f.eks. NOU 2009: 15 s. 78–79.

EMK art. 8, og har derfor bedt Justis- og beredskapsdepartementet om å vurdere lovfesting.⁷³

Men også diskusjonen om lovfesting av veletablerte metoder kan tenkes å få ny giv.⁷⁴ Det ville for eksempel ikke være overraskende om det igjen ble spurt om man helt eller delvis burde lovregulere spaning, infiltrasjon og provokasjon, ettersom metodene i hvert fall i noen tilfeller kan tenkes å aktualisere legalitetsprinsippet og/eller EMK art. 8.⁷⁵ Frem til nå har lovgiverne ikke villet gå inn for lovfesting (men metodene er til dels regulert gjennom retningslinjer fra riksadvokaten, og visse yttergrenser er trukket opp i rettspraksis).⁷⁶ Diskusjonen om lovregulering har imidlertid blusset opp med jevne mellomrom.⁷⁷ Særlig hensett til legalitetsprinsippets økte betydning på andre rettsområder, er det liten grunn til å tro at debatten kan betraktes som rettshistorie.

⁷³ Riksadvokatens brev av 30. mai 2014 til departementet.

⁷⁴ Et slående eksempel på at menneskerettskonvensjonen har virket «revitaliserende» på en gammel debatt, finner man i Oslo tingretts dom 2. juni 2014. Den langvarige praksisen med å la den pågrepne sitte isolert under opphold i politiarresten, ble her ansett å være i strid med EMK art. 8 – blant annet fordi selve isolasjonen ikke var tilstrekkelig hjemlet. Staten har anket avgjørelsen. De spørsmålene som saken reiser, er nærmere drøftet av Thomas Horn, «Er isolasjon av innsatte i politiarrest i strid med EMK artikkel 8?», *Tidsskrift for strafferett* 2012 s. 26–59.

⁷⁵ Det kan i denne forbindelse nevnes at den svenske Justitieombudsmannen 28. november 2011 kom til at en mordbrannsetterforskning med klare infiltrasjons- og provokasjonstilsnitt blant annet krenket EMK art. 8, idet metodene savnet et fyllestgjørende hjemmelsgrunnlag. Det heter på s. 19: «I svensk rätt finns över huvud inte några regler om 'personinfiltration' och i princip inte heller om infiltration i allmänhet. Det har inte varit möjligt att utifrån lagstiftningen förutse att de brottsutredande myndigheterna haft befogenhet att ingripa i R:s privatliv på det sätt som här skedde och det har inte heller funnits något skydd mot godtycke eller missbruk [...] Artikel 8 i konventionen har således överträtts, oavsett om operationen under andra rättsliga förutsättningar skulle ha kunnat inrymmas bland de inskränkningar som konventionen medger.» Det bør tilføyes at den aktuelle operasjonen gikk svært langt – blant annet ble den mistenkte innkalt til et «jobbintervju» i regi av politiet, hvor han ble manipulert til å forklare seg om det straffbare forholdet han var under etterforskning for.

⁷⁶ Se f.eks. Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess* (4. utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009) s. 258–261. Grensene for den såkalte «materielle» eller «konstitutive» politiprovokasjonen er grundig behandlet av Roald Hopsnes, «Provokasjon som politimetode», *Jussens venner* 2003 s. 62–130.

⁷⁷ Om vurderingene ved vedtakelsen av straffeprosessloven 1981 samt ved en lovrevisjon i 1999, se Andenæs, *op.cit.* s. 259 med henvisninger. Lovfesting ble også anbefalt av flertallet i NOU 2004: 6, se s. 174 flg. (ett medlem av utvalget mente spørsmålet falt utenfor mandatet). Lovgiverne ga uttrykk for at de ønsket spørsmålet vurdert i en bredere sammenheng, se Ot.prp. nr. 60 (2004–2005) s. 141. En slik bredere vurdering har det foreløpig ikke blitt noe av.