

17/2010

NOTAT

Bernt Olav Øvregaard

LEGALITETSPRINSIPPETS HISTORIE

Om den juridiske teoris beskrivelse av legalitets-
prinsippet fra 1800-tallet til vår tid

Forfattar	Bernt Olav Øvregaard
Ansvarleg utgjevar	Høgskulen i Volda
ISSN	1891-5973
Sats	Forfattar
Distribusjon	http://www.hivolda.no/notat

Vitskapsteoretisk essay 2008, Vestnorsk Nettverk, Forskarutdanninga.

© Forfattar/Høgskulen i Volda

Føresegnene i åndsverklova gjeld for materialet i denne publikasjonen. Materialet er publisert for at du skal kunne lese det på skjermen eller framstille eksemplar til privat bruk. Utan særskild avtale med forfattar/Høgskulen i Volda er all anna eksemplarframstilling og tilgjengeleggjering berre tillate så langt det har heimel i lov eller avtale med Kopinor, interesseorgan for rettshavarar til åndsverk.

Om notatserien

Ulike slag publikasjonar av mindre omfang, t.d. forprosjektnotat, papers, artikkelutkast o.a. Eit hovudføre mål med serien er å stimulere til publisering og fagleg debatt i miljøet. Kvar forfattar er ansvarleg for sitt arbeid, og dekan skal vere orientert om utgjevinga på førehand. Manusset må vere gjennomarbeidd med omsyn til språk og struktur.

1 Innledning

I sin artikkel *Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger*¹ avslutter Bernt med følgende spørsmål:²

"Kanskje er tiden inne til å begrave denne ærverdige rettslige figur og erstatte den med en mer helhetlig beskrivelsesmodell for rettskildebruken i den offentlige rett?"

Her reises et grunnleggende spørsmål innen den offentlige rett, og dette essay pretenderer ikke å besvare det. Men skal en ta stilling om "denne ærverdige rettslige figuren" skal begravnes eller ikke, inngår også "figurens" nesten 200-årige historie, og det er denne som essayet skal kaste lys over.

Utgangspunktet for dette essay er at en i norsk rett har en rettsregel som kalles legalitetsprinsippet³ og som går ut på at borgernes plikter eller byrder skal være forankret, eller hjemlet, i lov. Regelen kan ses som en regel som åpner for samfunnets bruk av tvang overfor dets borgere. Men regelen kan også ses på som en begrensende regel for tvang overfor borgerne ved at den innebærer at tvang ikke kan nyttes når en mangler forankring (hjemmel) i lov. Ser en også hen til at lovgiver (Stortinget) er en forsamling sammensatt av representanter valgt gjennom frie valg, kan en se på legalitetsprinsippet som et sentralt virkemiddel som både sikrer forsamlingens innflytelse på bruken av tvang overfor borgerne og som fører til at en ikke bruker tvang uten at den er bifalt av de folkevalgte. Ut fra denne synsvinkelen har en et visst grunnlag for å kalle regelen for den mest grunnleggende idé for en rettsstat.⁴

Legalitetsprinsippet er delvis formulert uttrykkelig i grunnloven, og grunnloven § 96, som har stått uendret siden 1814, er et uttrykk for det.⁵ På strafferettens område er derfor prinsippet vel innarbeidet, og som et klassisk eksempel på det, nevnes ofte⁶ avgjørelsen i Rt 1952 s. 989 (telefonterroddommen) hvor en mann ble frifunnet for straff etter straffeloven § 350 for å ha forstyrret "den alminnelige fred og orden" og "omgivelsenes nattero" for gjentatte ganger over tid å ha ringt opp et ektepar.⁷ Grunnen til frifinnelsen var at lovens gjerningsbeskrivelse ikke var oppfylt ved at det bare var den private, og ikke allmennhetens eller omgivelsenes, fred og orden som var krenket. Dessuten skjedde ikke oppringingene på et tidspunkt som retten mente falt inn under lovens uttrykk nattero.⁸

Men det er klart at legalitetsprinsippet gjelder ut over strafferettens område. Konsekvensene er at det offentlige ikke uten lov kan regulere f. eks. trafikken på veiene, ulike profesjoners taushetsplikt, utøvelsen av jakt og fiske, tvang overfor psykisk syke personer og gripe inn overfor foreldre som ikke gir sine egne barn forsvarlig omsorg – for å ta noe tilfeldig valgte eksempler. I Norge er det antatt at avgjørelsen i Rt. 1888 s. 481 (Brama-Livselixir) er ett av

¹Bernt (1982)

²ibid. s. 523

³Smith (1979) s. 31 (note 56) antar at begrepet ble lansert i Castberg (1935) s. 10

⁴Bliksrud (2002) s. 421

⁵Historisk har grunnloven § 96 sin forankring i uttrykken *nulla poena sine lege* (ingen straff uten lov), men en kan like godt formulere det som *nullum crimen sine lege* (ingen forbrytelse uten straff).

⁶F.eks. Andenæs (1989) s. 97–98

⁷Etter tiltalen var det "i tiden november måned 1951 til medio januar 1952... i ren sjikanehensikt å telefonere til fru B således opp til 12 ganger i løpet av 10 minutter og undertiden fra kl. 0730 om morgenen til kl. 0115 om natten". Men både byretten og Høyesterett la til grunn at seneste tidspunkt for ringing var kl. 24.00

⁸Saken var foranledningen til at en fikk straffeloven § 390a som hjemler straff for den "som ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd krenker en annens fred eller som medvirker hertil".

de første, hvis ikke det første, tilfelle hvor domstolene formulerte et slikt utvidet virkeområde for prinsippet ved at Høyesterett mente at i utgangspunktet måtte et forbud mot import hjemles i lov.⁹ Juridisk teori har lagt til grunn at som rettsregel har legalitetsprinsippet grunnlovs trinnhøyde,¹⁰ og av den grunn må legalitetsprinsippet uttrykkelig settes til side gjennom en formulert regel i grunnloven dersom det skal avvikles i norsk rett.

Formålet med dette essay er å gå gjennom den juridiske teoris beskrivelser av legalitetsprinsippet. Jeg vil ta for meg de tre ulike formuleringstradisjonene som jeg mener å ha identifisert, nemlig (1) legalitetsprinsippet slik det ble utformet i Tyskland på 1800-tallet hvor legalitetsprinsippet var synonymt med regulering av frihet og eiendom og materiell lov, (2) Ross' kritikk av denne formuleringen og hans egen utforming av legalitetsprinsippet basert bl.a. på at parlamentarismen hadde forandret hele synet på forholdet mellom lovgiver og forvaltningen og (3) formuleringen til Eckhoff og Smith fra 1978. Jeg vil så sette dem opp mot hverandre og se på likheter og forskjeller mellom teoriene, og til slutt vil jeg antyde noe om de fremtidige utfordringer for legalitetsprinsippet.

Grunnen til at jeg begynner på 1800-tallet, og ikke går lengre tilbake i tid, er både fordi 1800-tallet representerer et skille, og en undersøkelse av tilstanden før 1800 vil bli for omfattende.

2 Om frihets- og eiendomsrettskriteriet som grunnlag for lov

Utgangspunktet her er at en juridisk teori om at reguleringer eller innskrenkninger av borgerens rettsfære kun skulle skje ved hjelp av lov, synes å stamme fra Tyskland på 1800-tallet.

I forbindelse med etableringen på begynnelsen av 1800-tallet av den tyske stat, som egentlig var et statsforbund,¹¹ ble det fremsatt forslag om en uttrykkelig kodifisering i forfatningen om at reguleringen av borgerens frihet og eiendomsrett skulle høre inn under de respektive staters lovgivende forsamlinger. Men Deutsche Bundesakte (datert 8. juni 1815) art. 13 og Schlußakte der Wiener Ministerkonferenzen (datert 15. mai 1820) art. 54 nøyde seg med kun å fastsette at det i hver stat skulle være en lovgivende forsamling. Imidlertid inntok noen av statene i sine konstitusjoner en uttrykkelig rett for de lovgivende forsamlinger, som ofte var stenderforamlinger etter mønster fra Ludvig 18's franske konstitusjon fra 1814,¹² til å vedta lover knyttet til borgerens frihet og eiendomsrett. De fleste av disse konstitusjoner var oktroajerte, dvs. gitt folket som en gave av kongelig maktfullkommenhet, jfr. også Schlußakte der Wiener Ministerkonferenzen art. 57–59 hvor en i motsetning til Montesquieus tanker om utforming av en konstitusjon basert på folkesuverenitet og maktdeling, satte krav om at makten skulle forbli udelt hos fyrsten/suverenen.

⁹ Ifølge Opsahl (1965) s. 351 brukes ikke uttrykket legalitetsprinsippet. Men saken gjaldt spørsmålet om lovligheten av innførsel av store mengder "Brama-Livselixir" produsert i Danmark. Det ble anbefalt publikum som et legemiddel av "styrkende og opholdende Natur for den svækkede Fordøielse og Ernæringsvirksomhet i Tarmkanalen". Finansdepartementet hadde ved rundskriv til tollvesenet nedlagt et generelt innførselsforbud fordi medisinaldirektøren mente at produktet burde karakteriseres som "gift" siden sakkyndige mente det inneholdt stoffer som kunne bevirke betennelse, menstruasjon, abort og død. De danske fabrikanter bestred det, men mente at i alle fall kunne en ikke uten "Lov eller i Lov given Bemyndigelse" nedlegge et slikt forbud, og det fikk de medhold i på helt prinsipielt grunnlag. Opsahl avslutter sitt domsreferat med følgende formulering: "Om eliksiren var giftig, var derfor noe som Høyesterett, kanskje med lettelse, slapp å prøve."

¹⁰ Som eksempel kan nevnes Andenæs (2006) s. 229 som legger til grunn at det er et prinsipp med grunnlovs trinnhøyde.

¹¹ Meyer (1919) s. 121

¹² La charte constitutionnelle av 4. juni 1814

Med denne bakgrunn oppstod det et behov for nærmere avgrensning av virkeområdet til den lovgivende makt og kongemakten (forvaltningen), og det er i dette lys en må se den tyske teori om frihets- og eiendomsrettskriteriet som grunnlag for lov formulert av Laband i 1871.¹³

Utgangspunktet for denne teorien var at han sondret mellom et subjektivt og et objektivt forvaltningsbegrep hvor det subjektive var knyttet til hvilke organer (forbundsstatsorganer eller organer for den enkelte stat som inngikk i statsforbundet), mens det objektive begrepet var knyttet til funksjonene i tråd med den politiske maktfordelingen.¹⁴ Som et ledd i analysen av rettsregler, "personifiserer" Laband staten ved at han likestiller staten med fysiske og juridiske personer og at han legger et bestemt innhold i begrepet rettsregel.

Når det gjelder personifiseringen av staten, tok han utgangspunkt i en modell hvor en legger til grunn at statens virksomhet består av en intellektuell aktivitet og en praktisk aktivitet. Den intellektuelle aktivitet ytrer seg både gjennom lovgivning, ved bindende fastsettelse av rettsregler, og rettspleien, ved bindende avgjørelse av rettsstvier basert på rettsregler. Den praktiske aktivitet ytrer seg gjennom forvaltning som består av dels fullbyrdelse av rettsordenen, og dels forfølgelse av egne og selvstendige mål så langt lovgivningen ikke hindrer det.¹⁵

Hva angår rettsregelbegrepet, bygget Laband på at rettens natur er makt over den enkelte og til å trekke grensene mellom forskjellige subjekters handlefrihet der hvor det er flere kolliderende "viljesbærere".¹⁶ Men ingen kan ha et rettskrav mot seg selv, og handlingsregler som kun er ment på interne forhold, har derfor ikke karakter av rettsregler. Staten er derfor bundet av retten kun så langt staten kolliderer med andre viljesbærere, men ellers kan ikke staten ha rettskrav mot seg selv. Staten kan derfor forfølge egne mål så langt det ikke kolliderer med andre.

I tysk rett ble derfor lovgivende makt forstått som retten til å gi rettsregler som berørte borgernes frihet og eiendomsrett (i vid forstand), og som stod i motsetning til anordninger rettet mot forvaltningen. Ross oppsummerer den tyske rettstilstand slik:¹⁷

"Figurlig kan forholdet anskueliggøres således, at lovgivningsorganets kompetence angives ved en cirkel der betegner forskrifter af enhver art, begrænset kun i forhold til den dømmende magt. Indenfor denne cirkel er en mindre cirkel. Den angiver "forvaltningsforskrifterne"s område, hvor også kongen besidder en selvstendig kompetence. Resten av den store cirkel betegner "retsforskrifterne"s område eller lov i materiel forstand, og det er et område hvor alene lovgivningsorganet har en selvstendig kompetence, medens kongens anordningskompetence er afledt."

Men når Ross i sin behandling av Labands teori bruker uttrykket "lov i materiel forstand", bygger han på en sontring mellom formell og materiell lov som har røtter tilbake til romerretten hvor utgangspunktet er at formell lov knytter seg til de konkrete lovvedtak, mens materiell lov knytter seg til den normerende kompetanse.¹⁸ Ross forstår denne sontringen slik

¹³ Ross (1959) s. 76 angir at Laband først fremsatte den i boken *Budgetrecht* (1871) og gjentok den 1870 i sin bok *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Min fremstilling bygger på 5. utgave fra 1911.

¹⁴ Laband (1911) s. 172 ff

¹⁵ Ross (1959) s. 77

¹⁶ Laband (1911) s. 181

¹⁷ Ross (1959) s. 80

¹⁸ Meyer (1919) s. 638 note 3

at lov i formell forstand betyr en hvilken som helst forskrift fastsatt lovgivingsveien, mens lov i materiell forstand, betyr en forskrift som etter sitt innhold er en rettsregel, dvs. angår borgernes rettsforhold. Når da lovgivningen gjelder borgernes frihet og eiendomsrett, blir, ifølge Ross, den tyske teorien samtidig å forstå som en teori som setter likhetstegn mellom materiell lov og regulering av borgernes frihet og eiendomsrett; en trenger materiell lov for å regulere borgernes frihet og eiendomsrett, og omvendt er en lov som regulerer borgernes frihet og eiendomsrett, samtidig en materiell lov.

Dette synspunktet er lagt til grunn i norsk rett av bl.a. Castberg. Riktignok reserverte han seg mot den tyske teoris forståelse av materiell lov så langt den medførte individuelle normeringer, men han mente at kjennetegnene ved materiell lov var at den var abstrakt skrevet, gjaldt en ubestemt gruppe, sprang ut av statens alminnelige høyhetsrett og gjaldt rettigheter og plikter for borgerne.¹⁹ Castberg har følgende definisjon av materielle lov:²⁰

"En tilnærmedesvis rigtig Definisjon av Begrepet materiel Lov vil man kanske opnaa, naar man betegner Loven som en Viljesytring, der er avgit av en offentlig Myndighet i Kraft av Statens almindelige Høihetsret, og begrunder eller nærmere bestemmer aktuelle eller eventuelle Pligter eller Rettigheter for en ubestemt gruppe Personer."

Dette materielle lovbegrepet fant Castberg igjen i grunnloven § 75 bokstav a, og han mente derfor at etter grunnloven skulle materiell lov gis ved formell lov så langt grunnloven ikke hadde holdepunkter for det motsatte, hvilket var tilfelle i grunnloven §§ 16 (kirkelige anordninger), 17 (provisoriske anordninger) og 112 (endring av grunnloven). Til tross for at dette ikke fulgte utvetydig av grunnloven § 75 bokstav a, var dette prinsippet, som han kalte legalitetsprinsippet, "et av hovedprinsippene i alle liberale statsforfatninger" og han sluttet seg til Aschehous' ord om at dette var "kjernepunktet i alle frie forfatninger".²¹ Konsekvensen av dette ble at andre statsorganer enn lovgiver, var avskåret fra å gripe inn i de private borgeres rettsfære uten hjemmel i en rettsregel som i sin alminnelighet bare kunne etableres ved lov. Derved var grunnsetningen om at materiell lov krever formell lov etablert, og den har hatt en sentral plass i norsk juridisk teori.

3 Om den monistiske versjon av legalitetsprinsippet

Ross kunne ikke bifalle den tyske teorien slik Laband formulerte den, og etter hans syn var den tvetydig.²² På den ene side innebar Labands teori at forfatningen gav borgerne garantier for at deres rettsstilling ikke ble forrykket uten folkerepresentasjonens medvirkning eller fullmakt. Det innebar også at anordninger hjemlet i prerogativer ble utelukket eller begrenset. I forlengelsen av dette synspunktet, pekte Ross på at Labands teori med en sterk innskrenkning av kongemaktens kompetanse, hadde en demokratisk og liberalistisk side ved at opprettelsen av forvaltningsapparatet og tildelingen av myndighet til de enkelte organer, var et lovgivningsspørsmål.

Men ifølge Ross var det grunnleggende problem hvordan avgjøre om en forskrift skapte et rettskrav for borgerne eller ikke. Det avhang igjen på forståelsen av uttrykk som "berører"

¹⁹ Castberg (1918) s. 250–251 og Castberg (1935) s. 7–8

²⁰ Castberg (1918) s. 251

²¹ Castberg (1935) s. 10

²² Ross (1959) s. 80

eller "angår" borgernes rettsforhold, og Laband angir ikke noe om når en forvaltningsforskrift er kun "intern". Etter Ross' vurdering muliggjorde Labands lære i ytterste fall en "krypto-absolutistisk tendens der berøver den folkevalgte representasjon indflydelse på størstedelen af stats- og forvaltningsretten".²³

Ross utformet derfor en egen formulering av legalitetsprinsippet hvor han tok utgangspunkt i at i moderne forfatninger er det ingen plass for begrensning av den folkevalgte forsamlings kompetanse til kun frihets- og eiendomsriteriet. Dette fremkommer i en analyse at den danske grunnlov av 5. juni 1953 § 3 som lyder slik:

"Den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening.²⁴ Den utøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene."

Den danske grunnlov § 3 gjør kongemakten og folkerepresentasjonen (Folketinget) i fellesskap til lovgivere. Denne kompetansen kaller Ross en grunnlovsumiddelbar kompetanse, og den gjelder enhver rettslige relevant bestemmelse enten den er alminnelig eller spesiell eller den er rettet til administrasjonen eller borgerne. Det blir derfor ingen plass til en selvstendig anordningskompetanse for kongemakten slik teorien til Laband forutsetter. Kongemakten har ingen annen grunnlovsumiddelbar makt eller kompetanse enn den som uttrykkelig er hjemlet i grunnloven ved en spesiell bestemmelse.²⁵ Denne kompetansen er forskjellig fra "utøvende magt" etter § 3, og kalles "regeringsmagten" med tilsvarende "regeringsakter".

Etter dette synet blir den utøvende makt (og også den dømmende makt) underordnet den lovgivende makt fordi den skjer i henhold til lov, og ligger, på grunn av rettens trinnvise oppbygging av instanser, ett trinn lavere enn loven, jfr. at det aldri kan bli et kompetanseavgrensningsspørsmål ved instanser på forskjellig trinnhøyde. I tillegg kom at Ross fant dette i samsvar med demokratisk ideologi og demokratiske prinsipper, bl.a. var parlamentarismen innført, ved at all makt utgikk fra folket og Kongen var derfor ingen selvstendig maktfaktor i seg selv. Regjeringens makt var utledet av folkerepresentasjonen, og det er ingen fri forvaltning i den forstand at regjeringen fritt kan forfølge statsmål innenfor de grenser som settes av lovgivningen.

For Ross må enhver forvaltningsvirksomhet ha hjemmel i lov, og på den måten bygges rettsstatsprinsippet²⁶ ut til legalitetsprinsippet slik at alle "forvaltningsakter" (i vid forstand) krever hjemmel i lov – ikke bare de som gjør inngrep i borgernes frihet og eiendom. Senere presiserer Ross dette til ikke bare å gjelde formulering i uttrykkelig vedtatt lov, men hjemmelen kan være stilltiende, dvs. en fortolkning eller analogislutning, annen skrevet rett som selv har hjemmel, direkte eller indirekte, i "lovanordninger og andre trinnlavere normer" eller

²³ *ibid* s. 81

²⁴ Folketinget vedtar lover, og loven må stadfestes av Kongen. Kongen kan nekte slik stadfestelse, og det er, i motsetning til den norske kongemakts sanksjonsnektelse, et absolutt veto. Men etter dansk rett kan et mindretall i folketinget kreve Kongens stadfestelse utsatt til etter et folketingsvalg når loven gjelder ekspropriasjon av fast eiendom. Denne ordningen er uten parallell i norsk rett, men det har ingen betydning når det gjelder fremstillingen her.

²⁵ Ross (1959) s. 87 nevner som eksempel på dette utnevning av statsråder og kompetansen i utenrikspolitiske forhold

²⁶ *ibid* s. 87 jfr. s. 81 viser til Laband (1911) s. 186: "...das ist das Merkmal des Rechtsstaates, dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nicht befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes."

festet sedvane.²⁷ Men Ross' grunnleggende poeng er at "hjemlen aldrig kan søges i en kilde der er uafhængig af og selvstændig i forhold til folkerepræsentasjonen".²⁸

Ut fra dette blir det materielle lovbegrepet ikke uriktig, men misvisende. Det er ikke feil at inngrep i frihet og eiendom krever hjemmel i lov, men det misvisende ligger i at setningen motsetningsvis tilkjennevir at andre "retsanordninger eller forvaltningsakter" kan utstedes av administrasjonen uten hjemmel i lov.

På begynnelsen av 1960-tallet kommenterte Opsahl bl.a. Ross' formulering av legalitetsprinsippet.²⁹ Han mente at Ross' analyse av den danske grunnloven § 3 er dekkende for norsk rett også. Opsahl sier bl.a.:

"Ross' utførlige påvisning av disse forhold³⁰ virker overbevisende, og følgen synes å bli at begrepet "lov i materiell forstand" ikke får noen plass i gjeldende statsrett.

Argumentasjonen synes i det vesentlige å fortjene tilslutning og må stort sett kunne overføres også på norske forhold."³¹

Men Opsahl reflekterer videre over spørsmålet om i hvilke relasjoner kan et innholdsbestemt lovbegrep tenkes å ha betydning, og holder det alltid stikk at en alltid kan klare seg uten det materielle lovbegrepet. Hans konklusjon var at selv om begrepet avskaffes, kommer en vanskelig utenom inngrepets art. Han tok utgangspunkt i den opprinnelige formel som lød slik:

"Materiell lov må ha hjemmel i formell lov",

men som Ross har gitt slik formulering:

"All rettsanordning må ha hjemmel i (formell)³² lov".

Opsahl utlegger den slik at:

"Noe må ha hjemmel i et eller annet".

Opsahl mente at diskusjonen veldig mye har dreid seg om formelens venstre side (rettsanordninger), men vil mer fokusere på høyre side (lov). Han mente at Ross har erkjent at det i stor grad kan være andre kilder enn formell lov, og mente at den høyre siden av formelen kan i Ross' versjon uttrykkes slik:

"Hjemmel i en formel lov eller dermed sidestillet retsnorm".³³

Opsahl oppstiller den hypotese at problemene ved en slik utvidelse blir på høyre side av formelen de samme som en unngikk ved reformuleringen av venstre side av formelen. En kan

²⁷ Ross (1966) s. 239

²⁸ l.c.

²⁹ Opsahl (1962)

³⁰ Det siktes her til Ross' behandlingen av frihets- og eiendomskriteriet.

³¹ Opsahl (1962) s. 370

³² ibid s. 378 sier at Ross har ikke bruk for dette ordet

³³ l.c. som bygger på Ross (1966) s. 239

da veksle fra formell lov, eller likestilt norm, til dristig analogi. Opsahl mente at det her ikke vil være usannsynlig å klassifisere normene etter sitt innhold selv om "noe" på venstre side av formelen er altomfattende. Opsahl oppsummerte det slik:

"Til slutt vil det gjenstå en rest av den lovgivende (dvs. grunnlovsumiddelbar, rettsordnende) makt der vi står uten slike holdepunkter. Denne rest er også bestemt etter sitt innhold, men riktignok negativt, ved de tilfeller som er skilt ut. Denne "rest" av noe må også i påkommende tilfeller ha hjemmel i "et eller annet", men i hva? Ross' legalitetsprinsipp gir ingen veiledning. Man avgjør ikke hvilke krav som skal stilles til hjemmelen ved f. eks. å si at det harmonerer best med forfatningens demokratiske ideologi at det alltid er lovhjemmel for et inngrep, direkte eller indirekte (via en bemyndigelseslov). Det står jo fast at dette ikke er nødvendig i alle henseender."

Ifølge Opsahl kommer en vanskelig utenom arten av inngrepet, og det er riktig å legge stor vekt på det. Som eksempler bruker han spørsmål om bruken av isolat i barnevernets anstalter og fluorisering av vann fra offentlig vannverk. I forhold til individet må da kvalifiserte frihets- og eiendomsinngrep hjemles i lov, og ved å utvide lovkravet, skjerper en det ikke. Legalitetsprinsippet blir da en generell reservasjon mot vilkårlighet, og når en skal veksle mellom et vagere og sterkere legalitetsprinsipp. Bestemmelsenes innhold vil da være et avgjørende moment for om en vil plassere enkelttilfeller i den ene eller andre kategori. Som Opsahl sier det.³⁴

"Både hvilke goder som berøres, og hva inngrepene består i, er av stor betydning, og det spiller nok også en rolle hva slags organ spørsmålet foreligges for, især om det er en domstol eller et forvaltningsorgan."

4 Kompetanseformuleringen av legalitetsprinsippet

Det er først og fremst Torstein Eckhoff og Eivind Smith som representerer denne måten å formulere legalitetsprinsippet på.

Opprinnelig bygget Eckhoff på en modell hvor legalitetsprinsippet medførte krav om hjemmel i lov ved inngrep i borgernes rettssfære.³⁵ Men i 1978 kom boken *Forvaltningsrett*³⁶ hvor han reformulerte legalitetsprinsippet på bakgrunn av en på det tidspunkt upublisert artikkel av Eivind Smith³⁷ og ikke nærmere angitt påvirkning fra Nils Kristian Sundby.³⁸ Men etter at Eckhoff døde, har Smith videreført Eckhoffs tenkning og formulering av legalitetsprinsippet i senere utgaver.³⁹ Boken har karakter av et standardverk inn norsk forvaltningsrett, og derfor bruker jeg uttrykket "Eckhoff/Smith-tradisjonen".

Kjernen i kompetanseformuleringen i Eckhoff/Smith-tradisjonen er at lov er nødvendig dersom en ikke har annet grunnlag for kompetansen. De andre grunnlagene er privat autonomi, organisasjons- og instruksjonsmyndighet (som dels er sedvanerettslig hjemlet både for Stortinget og Kongen (regjeringen), men også uttrykkelig hjemlet for Kongen i grunnloven § 3), grunnlovens spesielle kompetanseregler (f.eks. Stortingets adgang til skatte- og avgiftsvedtak

³⁴ Opsahl (1962) s. 382

³⁵ Eckhoff (1963). Artikkelen ble opprinnelig publisert stensilert i Jussens Venner. Serie W nr. 5 (1962), men etter en viss revisjon, ble den publisert i TfR 1963

³⁶ Eckhoff (1978)

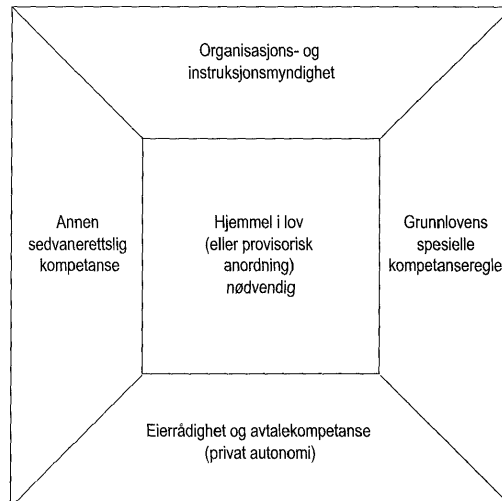
³⁷ Den ble publisert i TfR 1978 s. 655 og senere i Smith (1979) s. 9–45

³⁸ Eckhoff (1978) s. 143

³⁹ Fra og med 7. utgave fra 2003

som plenarvedtak) og annen sedvanerettslig grunnlag for kompetanse (f.eks. overordnet organs rett til omgjøring av underordnet organ og nødrettskompetanse). Krav om lov utløses når disse kompetansegrunnlagene ikke strekker til, dvs. de hjemler ikke det aktuelle inngrep, og en kan derfor si at ved denne formuleringsmåten går en fra en positiv angivelsen av når lov skal brukes, til en negativ formulering av når lov ikke skal brukes.

Dette illustreres slik:⁴⁰



På den annen side kan det være tvil om et kompetansegrunnlag strekker til eller om en trenger lov. Da skal avgjørelsen skje ut fra en avveining av de reelle hensynene som taler for og mot en stortingsbehandling.

De reelle hensynene til fordel for en stortingsbehandling er først og fremst hensynet til vernet for borgernes frihet og rettigheter. Det anføres også at fagspesialister og sektorpolitikere kan undervurdere motargumenter, men siden Stortinget er mindre spesialisert, kan stortingsbehandlingen "skape en motvekt mot tendenser til ensidighet og nidkjærhet i sektorpolitikk og forvaltning".⁴¹ Det gjelder selv om temaet er mindre byrdefulle inngrep.

Hensynet til demokratiet tilsier også at omfattende samfunnsmessige tiltak bør behandles av Stortinget. Det er et argument som taler for at lovformen brukes der hvor den strengt tatt ikke er rettslig nødvendig.

Videre blir det anført at når Stortinget blir koblet inn, må regjeringen engasjere seg mer, og kanskje vil saken bli bedre forberedt i slike tilfeller.

Største betydningen har imidlertid den omstendighet at opposisjonen også er representert i Stortinget. Sammen med at massemedia er representert, bidrar dette til å holde den politiske debatt levende.

Som ulempe blir det anført at stortingsbehandlingen kan gjøre saksbehandlingen mer omstendelig, og mange saker gjør at en ikke får tid nok til alle.

⁴⁰ Forvaltningsrett (2006) s. 329

⁴¹ *ibid.* s. 331

I sin artikkel om legalitetsprinsippet⁴² kan Bernt bifalle Eckhoff/Smiths negative formulering slik at en slipper å bruke begreper som "borgernes rettsfære" og "frihets- og eiendoms-kriteriet" e.l. Men etter Bernts oppfatning løser de ikke spørsmålet om det lar seg gjøre å ha atskilte kategorier vedtak med ulike hjemmelskrav. Dette er en problemstilling som igjen fører inn i det grunnleggende problemet om forholdet mellom legalitetsprinsippets grunnlag og innhold og den alminnelige rettskildelæres prinsipper.

Bernt mener at Eckhoff/Smiths generelle krav om tilstrekkelig kompetansegrunnlag for alle rettslige disposisjoner fører til at de blir "til en viss grad sittende med de problemer som knytter til det å operere med en forestilling om en rettskildelærens "indre by" – et avgrenset område hvor det forutsetningsvis gjelder andre regler og prinsipper enn rettskildelæren for øvrig".⁴³ Eckhoffs kompetansegrunnlag (dvs. lov, privat autonomi, organisasjons- og instruksjonskompetanse, grunnlovens spesielle kompetanseregler og sedvanerettslig grunnlag for kompetanse) blir en mellomstasjon som gjør det mer forståelig for mange, men oppdelingen i seg selv forteller like lite som Ross' modell for legalitetsprinsippet, om hvilke rettskildemessige prinsipper som gjelder for avgjørelse av om det ene eller andre kompetansegrunnlag foreligger.

Dessuten er det en innbyrdes forskjell ved at privat autonomi og organisasjons- og instruksjonskompetanse går på kompetansens innhold mens de tre andre (lov, grunnlov og sedvane) går på det rettskildemessige grunnlaget. Etter Bernts oppfatning gjør læren om de alternative kompetansegrunnlag at rettskildebruken blir enda mer atskilt fra hjemmelsproblematikken enn i den tradisjonelle lære.

Etter Bernts oppfatning er det nødvendig å få frem samspillet og forskjellen mellom grunnproblemet i legalitetsprinsippet: Når kreves hjemmel i lov og når foreligger slik hjemmel? Dette reformuleres til spørsmålet om hvilke krav skal stilles til det rettskildemessige grunnlag for å anta at noen – et offentlig organ eller en privatperson – kan binde seg selv eller andre.

Svaret på spørsmålet er, etter Bernts oppfatning, at fra rettskildelæren vet en at rettskildedefaktorer kan ha ulike vekt fra rettsområde til rettsområde og fra situasjon til situasjon, jfr. læren om objektivt erstatningsansvar, "To mistenkelige personer"-dommen (Rt. 1952 s. 1217) og sykejournaldommen (Rt. 1977 s. 1035). Bernt reiser da spørsmålet om en kan oppfatte legalitetsprinsippet som en generell, rettskildemessig standard eller retningslinje (alminnelig regel) for veiningen av rettskildedefaktorene.

Etter Bernts oppfatning passer et slikt glideskalaprinipp innenfor det tradisjonelle legalitetsprinsippets område, og det forklarer hvorfor domstolene er strenge i noen henseender og "slappe" i andre, dvs. nøyer seg med f. eks. analogier, utvidende tolkninger mv. Bernt vil allikevel gå tilbake til Ross' "monistiske" modell, men reformulere den som en generell, rettskildemessig retningslinje eller "standard". Det grunnleggende synspunkt vil da være at kravet til hjemmel lar seg beskrive som en sammenhengende linje gjennom forvaltningens forskjellige typer beslutningsvirksomhet med stadig krav til det rettskildemessige grunnlag ved vurderingen av om et organ har kompetanse.

Bernts poengtering av sammenhengen mellom selve prinsippet om lov og rettskildelæren, er videreført i artikkelen til Hopsnes og Solberg: *Legalitetsprinsippet*.⁴⁴ Her legges det til grunn

⁴² Bernt (1982) s. 509–526

⁴³ Ibid. s. 514

⁴⁴ Hopsnes (2005), men i teksten her kalt Hopsnes/Solberg.

at private har en rett til å handle så lenge det ikke foreligger et forbud. Hvorvidt det offentlige er underlagt et tilsvarende forbud, beror på om en vil legge det tradisjonelle syn på legalitetsprinsippet eller kompetansemodellen til grunn, men de konkluderer med at det er den tradisjonelle modellen som kommer til anvendelse.

Men selv om en legger dette til grunn, ser en det slik at legalitetsprinsippet er basert på et rettskildefundament hvor innhold av prinsippet bygger på en rettskildemessig vurdering av hvilke argumenter som kan tillegges vekt, hvilke relevante argumenter som kan trekkes ut av rettskildene og argumentenes innbyrdes vekt. På bakgrunn av dette vil en reservere legalitetsprinsippet til et materielt prinsipp knyttet til frihet og eiendom. Konklusjonen er at legalitetsprinsippet bør gis følgende formulering:⁴⁵

"Legalitetsprinsippet krever at normeringer som utgjør inngrep i private rettssubjekts formelle frihet og rettigheter i formuesgoder har hjemmel i en rettsnorm med særlig kvalifisert rettskildefundament."

Formuleringen er i stor grad en tilslutning til formuleringen av lovkravet i den tyske juridiske teori, eller frihets- og eiendoms-kriteriet, representert ved Laband. Men den skiller seg fra denne ved at en ikke krever en forankring i et kun et formelt lovvedtak, men et "særlig kvalifisert rettskildefundament".

5 Nærmere om de ulike formuleringer av legalitetsprinsippet

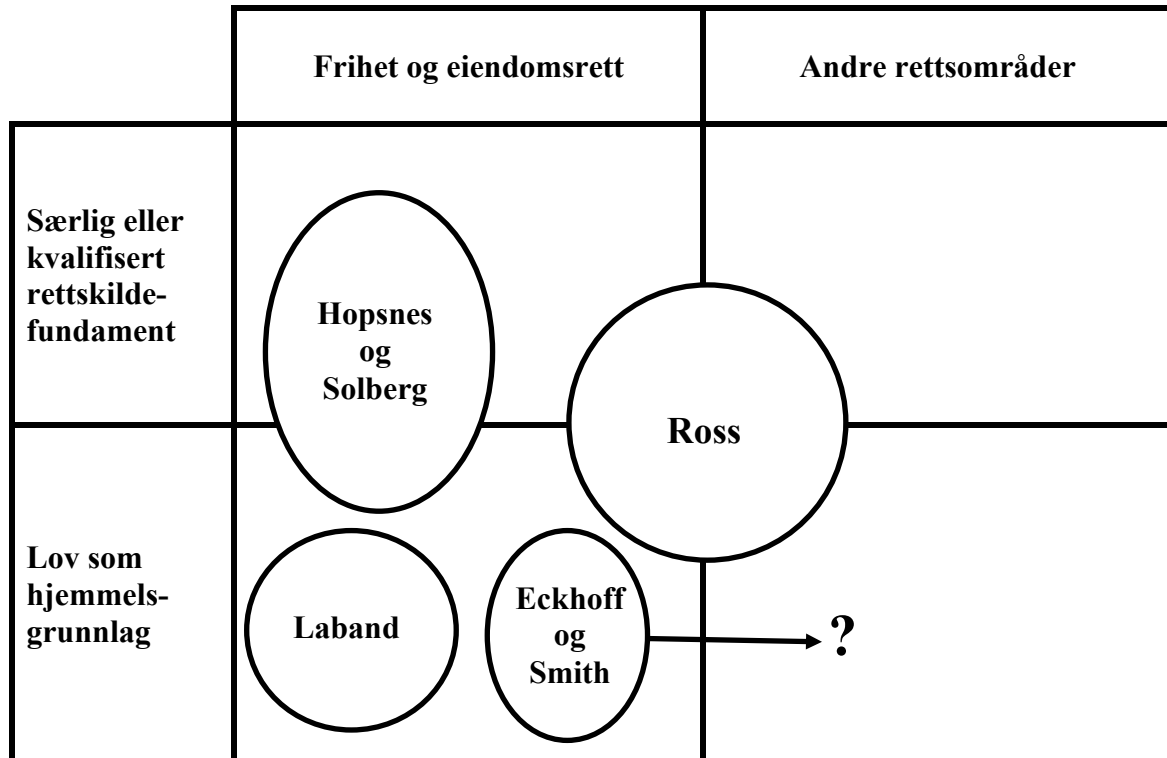
Sammenfatter en de ulike formuleringene av legalitetsprinsippet, ser en det er en forskjell innen frihets- og eiendomsrettstradisjonen ved at det varierer om en krever en forankring av inngrepet i formell lov eller særlig kvalifisert rettskildefundament. Men lov reserveres for frihets- og eiendomsinngrep, dvs. en åpner for at andre inngrep kan skje uten hjemmel i lov.

Det motsatte av dette standpunkt synes å være Ross' formulering hvor en ikke binder seg til lovvedtaket i seg selv, men forutsetter at all forvaltningsvirksomhet skal skje i henhold til en rettskilde som aldri er uavhengig eller selvstendig til folkerepresentasjonen. Det ligger implisitt i Ross' standpunkt at dette gjelder både borgernes frihet og eiendomsrett og andre rettsområder.

Eckhoff/Smith synes å komme i en mellomposisjon. Eckhoff/Smith synes både å forutsette lov, og ikke annet "rettskildefundament" som kompetansegrunnlag, og at lov skal brukes til frihets- og eiendomsinngrep. På den annen side sies ikke dette uttrykkelig, og derfor er innpassingen av Eckhoff/Smith ut fra disse kjennetegn, basert på en tolkning.

Det synes da som en egentlig står overfor to hovedmåter å formulere legalitetsprinsippet, og dette kan illustreres slik:

⁴⁵ Hopsnes (2005) s. 151



Laband synes ikke å drøfte om legalitetsprinsippet skal kommet til anvendelse på andre rettsområder enn frihet og eiendom. Det samme gjelder Eckhoff/Smith, i den utstrekning en legger til grunn at Eckhoff/Smith-tradisjonen er en tilslutning til frihets- og eiendoms-kriteriet. Men både Hopsnes/Solberg og Ross drøfter problemstillingen selv om de kommer til ulike konklusjoner.

Kjernen i Hopsnes/Solbergs drøfting er at dersom en utvider legalitetsprinsippet, vil det skape en del utilsiktede konsekvenser. Det gir "alle en absolutt frihet, og rettssubjektene formelle frihet vil ikke i seg selv kollidere. Vern av rettigheter i formuesgoder utgjør derimot en innskrenkning i den formelle friheten, ved at andre enn rettighetshaver har forbud mot å gripe inn i formuesgodet. Dersom vernet utvides til andre rettighetsposisjoner, vil utvidelsen samtidig redusere andres formelle frihet."⁴⁶ Videre anføres det at hvis "prinsippet utvides til å verne om sosiale velferdsordninger som sikrer en *reell handlefrihet*, vil legalitetsprinsippet innebære at staten pålegges plikt til å yte noe – en *positiv forpliktelse* for det offentlige. En utvidelse av vernet vil derfor i tillegg til å begrense utøvende myndigheters handlefrihet medføre plikt til å bevilge midler for å oppfylle den positive forpliktelsen. Dette kan føre til en uheldig binding av den politiske frihet som bør tilkomme det offentlige."⁴⁷ Hopsnes/Solberg konkluderer slik:⁴⁸

"Etter vår oppfatning bør uttrykket legalitetsprinsippet begrenses til en kjerne, som dermed kan stå sterkt. Vi mener derfor prinsippet bør begrenses til å verne om borgerens formelle frihet og rettigheter i formuesgoder."

⁴⁶ *ibid.* s. 115

⁴⁷ *ibid.* s. 116

⁴⁸ *ibid.* s. 117

Motsetningen til dette standpunktet er Ross som formulerer seg slik:⁴⁹

"Den politiske magt udgår fra folket. Kongen er ingen selvstændig magtfaktor. Regeringen er efter parlamentarismens principper afhængig af folkerepræsentationen. Regeringen (kongen) besidder – bortset fra de i grundloven udtrykkeligt nævnte tilfælde – ingen magt der ikke er afledt fra folkerepræsentationen. Der findes ingen "fri" forvaltning i den forstand, at regeringen frit kan forfølge statsformål indenfor de grænser der settes av lovgivningen. Enhver forvaltningsvirksomhed må have hjemmel i loven. Herved udbygges retsstatsprincippet (som defineres av Laband) til legalitetsprincippet: Alle forvaltningsakter,⁵⁰ ikke blot de der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, kræver hjemme i loven."

Ut fra ovenstående synes det som om den reelle forskjellen mellom de to hovedmåter å formulere legalitetsprinsippet på, er synet på forvaltningen eller kongemakten. Ved å la legalitetsprinsippet gjelde inngrep rettet mot borgernes frihet og eiendom, åpner en for at forvaltningen (kongemakten) skal ha et selvstendig kompetanseområde ex officio. Men forutsetter en at all forvaltningsvirksomhet skal skje i henhold til lov, utelukkes en slik oktroajert statsform. Dette kan igjen formuleres på den måten at innholdet av legalitetsprinsippet ikke avhenger av hvilket vern en vil gi borgerne, men innholdet avhenger egentlig av hvilken rettslig posisjon eller kompetanse forvaltningen, eller kongemakten, skal ha.

I noen tilfeller vil en neppe få noen forskjell mellom frihets- og eiendomskriteriet og Ross' formuleringen av lovkravet. Det vil etter min vurdering være tilfelle når en f. eks. forbyr en bestemt virksomhet, men åpen for utøvelse av den etter individuell tillatelse med tilhørende vilkår. Reguleringen vil kunne være omfattende, men begge betraktningmåter for når lov kreves, vil forutsette at reguleringen kun gjelder så langt hjemmelsgrunnlaget rekker. Riktignok vil det variere om hjemmelsgrunnlaget skal være lov alene, særlig kvalifisert rettskildefundament eller det er nok med en kilde som ikke er uavhengig av folkerepresentasjonen, men når hjemmelsgrunnlaget er uttømt, mangler en hjemmel for andre tiltak mot adressaten for plikten. Vedkommendes rettslige posisjon på andre områder, f. eks. i forhold til straffeprosessuelle tvangsmidler, vil ikke bli endret hvis ikke hjemmelsgrunnlaget angir noe annet.

Etter min vurdering kan frihets- og eiendomskriteriets og Ross' formulering føre til forskjellige resultater i de tilfeller hvor det kreves en mer personlig til- og underordning av adressaten for den lovhjemlede plikt. Tilfeldige eksempler på slik til- og underordning er soning av bl.a. ilagt fengselsstraff i institusjon⁵¹ og institusjonsmessig plassering eller tilbakeholdelse av gravid rusmisbruker.⁵² Men en får den samme problemstilling når til- eller underordning til offentlig institusjon formelt sett er frivillig, men reelt sett dreier det seg om en til- eller underordning for å oppnå goder. Eksempel på dette er til- eller underordningen som elev ved videregående skole eller student ved universitet og høyskole.⁵³

Felles for slike tilfeller er at vilkår og innhold av underordningen kan være angitt i hjemmelsgrunnlaget, eventuelt kan innholdet fastsettes i kraft av Kongens prerogativkompetanse så

⁴⁹ Ross (1959) s. 87

⁵⁰ Ross har her føyd til følgende fotnote: "Ordet taget i videste forstand."

⁵¹ Skjer med hjemmel i lov av 18. mai 2001 nr. 21 om gjennomføring av straff m. v. (straffegjennomføringsloven).

⁵² Skjer med hjemmel i lov av 23. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m. v. (sosialtjenesteloven) § 6-2

⁵³ Reguleres av henholdsvis lov av 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) og lov av 1. april 2005 nr. 15 om universitet og høyskoler.

langt den måtte rekke. Men når disse hjemmelsgrunnlagene av ulike grunner ikke strekker til, oppstår spørsmålet om en trenger hjemmel i lov for ytterligere regulering av forholdet.

Grunnene til at en slik problemstilling kan bli aktuell, er mange. Det kan være manglende regulering fra starten av, utviklingen kan vise at andre problemstillinger blir aktuelle, f. eks. andre metoder for innsmugling av forbudte narkotiske stoffer på institusjoner, eller den tekniske utvikling forenkler eller gjør det billigere med f. eks. overvåkning eller annen kontroll for å realisere formålet med underordningen eller avklaring av det faktiske grunnlaget for bruk av eventuelle sanksjoner.

I noen tilfeller kan det gjelde straffbare forhold, og da kan en anføre at det er opp til politi og påtalemyndighet å håndtere tilfellene. Riktignok vil det da bli et spørsmål om hvor mye informasjon knyttet til enkeltpersoner disse etater kan utveksle til institusjoner, men det kan også foreligge interessemotsetninger mellom institusjon og politi og påtalemyndighet, jfr. at det ikke er utenkelig at ledelsen ved en videregående skole har interesser knyttet til en annen og mer omfattende kartleggingen av omfanget av salg av narkotika og alkohol på skolens område enn det politi og påtalemyndighet både kan og vil ut fra gjeldende lovgivning og ressursituasjon.⁵⁴

Det generelle utgangspunktet ved slike tilfeller må være å klarlegge rekkevidden av gjeldende hjemmelsgrunnlag enten det er lov alene, særlig kvalifisert rettskildefundament eller kilde som ikke er uavhengig av folkerepresentasjonen. Men når det er uttømt, vil det kunne tenkes en forskjell alt etter som en bygger på lovkrav etter frihets- og eiendoms-kriteriet eller Ross' formulering. Ved anvendelse av frihets- og eiendoms-kriteriet, blir det i utgangspunktet spørsmål om det aktuelle tiltak passerer er terskel slik at det kan sies å være et frihets- eller eiendomsinngrep. Det er en vurdering som i utgangspunktet vil måtte bygge på en vurdering av inngrepet i seg selv, men det er åpent om det er en absolutt eller relativ grense eller terskel.

Dersom en anvender en absolutt grense, vil alltid bestemte tiltak utløse et krav om lov eller særlig kvalifisert hjemmelsgrunnlag. Det kan anføres at da får en egentlig den tilstanden Ross ville ha, men med den forskjell at forvaltningen har et handlingsrom før den passerer terskelen for krav om lov. Mot dette kan det anføres at det vil være vansker med å fastslå en konstant terskel for inngrep da dette vil kunne skifte over tid med unntak av grunnleggende rettigheter en har som menneske.⁵⁵ Dersom en bygger på en relativ grense, vil en kunne

⁵⁴ I en slik situasjon vil ransaking av personer uten mistanke lett bli et aktuelt tema. Fra en institusjons synsvinkel vil en både ut fra kartleggingsøyemed og preventive hensyn kunne ønske ransaking av person uten konkret mistanke (kollektiv ransaking). På den annen side er politiets rett til ransaking av person i utgangspunktet begrenset til person som med skjellig grunn kan mistenkes for en handling som etter lov kan medføre fengselsstraff og for å finne bevis eller gjenstander som kan beslaglegges, jfr. straffeprosessloven § 195, 1. ledd. Ransaking av andre enn slik mistenkt kan bare finne sted dersom følgende vilkår er tilfredsstillte: (1) det er tilstrekkelig grunn til ransakingen og den vil etter sakens art og forholdene ellers ikke være et uforholdsmessig inngrep, jfr. straffeprosessloven § 170a, (2) mistanken, mot andre, må gjelde en handling som etter loven kan medføre straff av fengsel i mer enn 6 måneder, jfr. § 195, 2. ledd 1. alternativ, (3) særlige omstendigheter må tale for en slik ransaking, jfr. § 195, 2. ledd 2. alternativ og (4) det er gitt samtykke til ransakingen eller, hvis samtykke ikke gis, den besluttes av retten, men av påtalemyndigheten dersom det er fare ved opphold, jfr. § 197, 1. og 2. ledd. Polititjenestemann kan aldri på kraft av egen kompetanse ransake ikke-mistenkt person, jfr. § 198, 2. ledd 1. punktum.

⁵⁵ I hvor stor en i kraft av det å være et menneske i seg selv har visse rettigheter er i seg selv et emne som faller utenfor dette essay. Men problemet er omfattende, og forholdet mellom dødsstraff og tortur illustrerer det. Det er ikke åpenbart hva forskjellen mellom fullbyrding av dødsstraff og torturering egentlig består i, men noen regelverk som tar sikte på å fastslå et minstemål av rettigheter alle mennesker, jfr. både Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske

komme i den situasjon at inngrep rett mot person som er underlagt en til- eller underordningsplikt vil kunne gjennomføres uten lov eller særlig kvalifisert hjemmelsgrunnlag, men vil krever lov eller særlig kvalifisert rettskildefundament dersom vedkommende ikke er underlagt den samme plikten.⁵⁶

Ved Ross' betraktningmåte blir ikke det en problemstilling i seg selv, og spørsmålet blir da om en bør legge til grunn frihets- eller eiendoms-kriteriet eller Ross' formulering.

Til støtte for å anvende betraktningene ut fra frihets- og eiendoms-kriteriet, kan anføres at selv om det her åpnes for forvaltningsmessig styring uten lov, betyr ikke det rettsløshet eller på annen måte manglende rettslige rammer. En må bl.a. kunne legge til grunn at den generelle forvaltningsretts ugyldighetslære komme til anvendelse, og når en i straffeprosessen har et krav om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler, jfr. straffeprosessloven § 170a, må en også så langt det gjelder "sivile" tvangsmidler eller "sivile tiltak" som ligger nært opp til de straffeprosessuelle tvangsmidlene, kunne innfortolke et tilsvarende prinsipp. Stortinget kan også, så sant grunnloven ikke stenger for det, i alle fall bruke lov dersom det finner det hensiktsmessig. Ytterligere kan anføres at moderne forvaltning er en kompleks "organisme", og i utgangspunktet er det grenser for hvor mye lovgiver kan behandle selv om en nøyer seg med formuleringer som "særlig kvalifisert rettskildefundament" eller kilder som ikke er uavhengig av folkerepresentasjonen. Lovgiver må i alle fall stole på at forvaltningen opplyser sakene i forhold til ulike hensyn og ikke til treffer bebyrdende vedtak kun til "egen fordel".

På den annen side gir etter min vurdering Ross' formulering et prinsipielt bedre vern for adressaten for samfunnstvangen i situasjoner hvor lovpålagte plikter blir oppfylte, og derfor mener jeg at Ross' formulering av legalitetsprinsippet gir den beste innfallsvinkel for en analyse av disse spørsmål. Foruten at en, som nevnt, slipper vurderingen av om et inngrep er et frihets- eller eiendomsinngrep, har en det forhold at lovpålagt tvang kan ramme grupper som ut fra det til enhver tid rådende samfunnssyn ikke nyter stor samfunnsmessig aktelse, og disse bør ikke avskjæres det vern som tross alt ligger i en folkevalgt forankret regulering av innholdet av tvangen; bl. a. gjennom den forberedelse fra forvaltningens side som må finne sted før lovgiver behandler saken.⁵⁷ Men det samme er aktuelt overfor grupper som i utgangspunktet ikke er stigmatiserte i negativ forstand, men er utsatt for lovhjemlet tvang hvor forvaltningen er "den sterke blant svake", dvs. forvaltningen har en klart overordningsposisjon basert på makt i forhold til dem som er adressat for plikten. Tilfeldig valgte eksempler på

menneskerettighetskonvensjonen eller EMK) artikkel 3 og De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske (SP) rettigheter artikkel 7. Men de samme konvensjoner åpner opp i den samme traktatteksten for fullbyrdelse av dødsstraff, jfr. henholdsvis EMK artikkel 2nr 2 og SP artikkel 6 nr. 2. Uten å gå nærmere inn i problemet må det riktignok anføres at det til begge konvensjoner i ettertid har kommet tilleggsprotokoller hvis formål er å avskaffe eller begrense bruk av dødsstraff. Poenget med å nevne dette her, er å vise usikkerheten knyttet til absolutte rettigheter.

⁵⁶ Som et eksempel på denne problemstillingen fra praksis, kan nevnes Rt. 1994 s. 1010. Saksgjenstanden var spørsmålet om avskjæring av bevis i sak om straff etter vegtrafikkloven § 31, 1. ledd jfr. § 22, 1. ledd (promillekjøring) ervervet på grunnlag av utåndingsprøve utført av militærpolitiet uten forutgående mistanke. Det prejudisielle problemet var militærpolitiets adgang til slike utåndingsprøver, jfr. vegtrafikkloven § 22a som etter sin ordlyd kun gir politiet, og ikke militærpolitiet, adgang til å avholde slike kontroller. Spørsmålet antas nå løst ved lov av 2. juli 2004 nr. 59 om personell i forsvaret § 10, 4. jfr. 6. ledd.

⁵⁷ Forvaltningsrett (2006) s. 332

dette er etter min mening tvungen frihetsberøvelse av personer som ikke kan ivareta sin tarv⁵⁸ eller personer som må avtjene tvungen militærtjeneste.⁵⁹

Etter min vurdering settes dette på spissen ved pålegget om tvungen avtjening av militærtjeneste. Kjernen i militær verneplikt etter grunnloven § 109 er at det er et lovhjemlet krav om til dels store personlige oppofrelser av den enkelte dersom samfunnet finner det nødvendig.⁶⁰ Personlig mener jeg ut fra synet på demokrati at i siste instans er det folkerepresentasjonen som skal styre disse byrder nettopp fordi byrdene er så store. Men etter min mening gjelder det i prinsippet alle samfunnsmessige plikter. Frihets- og eiendomskriteriet muliggjør en forvaltningsmessig regulering av byrder uavhengig av Stortinget, og både den mulighet, og det syn på Stortingets rettslige rolle i samfunnet som ligger i dette, er jeg personlig uenig i.

6 Fremtidige utfordringer i forhold til legalitetsprinsippet

Spørsmålet reiser seg også om hvordan juridisk teori i fremtiden vil formulere legalitetsprinsippet. I utgangspunktet er spørsmålet umulig å besvare, men jeg vil antyde følgende momenter som kan ha betydning for den fremtidige beskrivelsen av legalitetsprinsippet:

- (1) Om en mulig harmonisering av frihets- og eiendomsformuleringen og Ross' formulering av legalitetsprinsippet

Selv om en kan konstatere et sprik mellom frihets- og eiendomskriteriet og den monistiske formuleringen til Ross, oppstår spørsmålet om synspunktene kan harmoniseres eller om en står overfor en reell forskjell mellom formuleringene. I den sammenheng kan en peke på at de ulike formuleringer av legalitetsprinsippet har skjedd på tidspunkter hvor en ikke har hatt de samme oppfatninger av demokrati og forvaltning, og det kan være en innfallsvinkel for en harmonisering.

Men enten en nærmere analyse konkluderer med at standpunktene kan innbyrdes harmoniseres eller slik harmonisering ikke er mulig, vil resultatet få betydning for den fremtidige formuleringen av legalitetsprinsippet.

- (2) Utviklingen innen den juridiske metode/rettskildelæren

Hopsnes/Solberg synes å være det første systematiske forsøket på kobling mellom juridisk metode, eller rettskildelæren, og innholdet av legalitetsprinsippet. Antakelig må en ved en fremtidig og fullstendig beskrivelse av legalitetsprinsippet få frem denne sammenhengen – så langt en legger til grunn det er en sammenheng her. På den annen side er ikke juridisk metode et statisk begrep, og etter hvert som tenkningen omkring den juridiske metode endrer seg, vil også legalitetsprinsippet endre seg.

⁵⁸ Skjer med hjemmel i lov av 2. juli 1999 nr 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) § 3-5, 1. og 2. ledd jfr. § 3-3

⁵⁹ Avtjening av militærtjeneste skjer i henhold til lov av 17. juli 1953 nr 29 om verneplikt (vernepliktsloven) §§ 9 og 15 jfr. grunnloven § 109

⁶⁰ Som eksempel på kravet til oppofrelse, kan anføres militær straffelov § 26 som angir at frykt for personlig fare begrunner ikke utelukkelse av straffeskyld eller nedsettelse av straffen ved forsømmelse av militær tjenesteplikt. Bestemmelsen innskrenker med andre ord vernepliktiges vern etter den alminnelige nødrettsregel og vanlige straffutmålingsregler. Et eksempel på maktforholdet, er at vernepliktige er underlagt et eget reaksjonssystem (disiplinærstraffer) som gjeldende rett forutsetter ikke faller inn under lov- og domskravet i grunnloven § 96 (administrativ frihetsberøvelse), jfr. Andenæs (2001) s. 14.

Dette vil være aktuelt enten en legger til grunn frihets- og eiendomsriteriet eller Ross' formulering av legalitetsprinsippet.

(3) Internasjonal og overnasjonal påvirkning

Norge har sluttet seg til konvensjoner som setter krav til at en i nasjonal rett skal bruke lov. Men en kan ikke nødvendigvis sette likhetstegn mellom en konvensjons lovkrav og legalitetsprinsippets lovkrav, jfr. f. eks. at det i relasjon til EMK art 8 nr 2, som angår privatlivets fred, kreves at eventuelt inngrep er i samsvar med bl. a. "loven", dvs. nasjonal lovgivning. Men det er klart at uttrykket "loven" her ikke gjelder bare formell lov, men også interne rettsgrunnlag som for eksempel forskrift eller norm nedfelt i rettspraksis. Dessuten har en kvalitetskrav til normen slik at den skal være forutberegnelig, dvs. både "accessible" (tilgjengelig) og "foreseeable" (forutsigbar).⁶¹

På den annen side er EMK art. 8 nr 2 allerede en del av norsk rett med fortrinnsrett ved kollisjon med annen lovgivning, jfr. lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3. Sånn sett har vi allerede fått inn i norsk rett et annet lovkrav enn legalitetsprinsippets lovkrav. Hvordan disse ulike lovkravstradisjonene vil påvirke hverandre, vet en ikke, men det er nok neppe mulig at de kan forbli isolerte i forhold til hverandre over tid – med tilsvarende konsekvenser for formuleringen i juridisk teori.

Det samme gjelder i forhold til angloamerikansk rett og EU's utforming av legalitetsprinsippet. "The principle of legality" i angloamerikansk rett svarer ikke til vårt legalitetsprinsipp, og isteden for rettssikkerhet, brukes uttrykket "rule of law" som bl. a. må forstås som forfatningsskranke for lovgiver, domstoler og utøvende makt.⁶² Innen EU er begrepet legalitetsprinsippet ikke bare knyttet til forankring i lov for inngrep, men også knyttet til spørsmålet om lovgiver har kompetanse i traktatene til å vedta lover.⁶³ Vi lever nå i en verden hvor både den angloamerikanske og den EU-messige versjonen av krav til kompetansegrunnlag,⁶⁴ har betydning for norsk rett, og den norske formulering av legalitetsprinsippet kan neppe forbli upåvirket i forhold til disse rettskildene.

En eventuell harmonisering av frihets- og eiendomsriteriet og Ross' formulering, eventuelt avdekking av at harmonisering ikke er mulig, og utviklingen innen juridisk metode, er forhold som er knyttet til den løpende juridiske debatt i Norge. Den internasjonale påvirkningen er egentlig en påvirkning fra (minst) tre ulike felter som hver for seg er komplekse. Hvor stor betydning de ulike internasjonale faktorer vil ha, gjenstår å se, men i seg selv kan en få en interessant brytning mellom norsk internasjonal rett. Det kan jo da bli spennende å se om en vil ønske en eller flere internasjonale utviklinger velkommen, eller en må holde helt eller delvis igjen. Jeg tror derfor at siste ord om legalitetsprinsippet ikke er sagt, men i den forbindelse blir det selvfølgelig spennende å se om en viss ærverdig rettslig figur blir begravet eller benådet.

⁶¹ NOU 2003: 21 s. 107

⁶² Boe (1998) s. 43

⁶³ EØS-rett (1995) s. 42

⁶⁴ EU's oppfatning av legalitetsprinsippet har indirekte betydning bl.a. på grunn av EØS-avtalen.

Litteratur

- Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*. 4. utg. 4. opplag. Oslo, 2001
- Andenæs, Johs og Arne Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*. 10. utg. Oslo, 2006
- Bernt, Jan Fridthjof: *Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger*. Festskrift til Johs Andenæs: *Lov og frihet*. Oslo, 1982. (også publisert i Jussens Venner 1983 side 119–135)
- Blikrud, Liv, Geir Hestmark og Tarald Rasmussen: *Vitenskapens utfordringer*. I: Eriksen, Trond Berg og Øystein Sørensen: *Norsk idéhistorie*. Bind 4. Oslo, 2002
- Boe, Erik: *Forholdet mellom rule og law og rettssikkerhet Stat, politikk og folkestyre*. I: Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen 19. februar 1998. Redigert av Doublet, David R., Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken. Bergen, 1998
- Castberg, Frede: *Nogen Ord om Magtfordelingsprinsippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1918 side 243 (særtrykk)
- Castberg, Frede: *Norges statsforfatning*. Bind 2. Oslo, 1935
- Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*. Jussens Venner. Serie W nr. 5 (1962)
- Eckhoff, Torstein: *Legalitetsprinsippet*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963 side 225
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. 8. utg. Oslo, 2006
- Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*. Oslo, 1978
- EØS-rett*. Frederik Sejersted...[et al.]. Oslo, 1995
- Hopsnes, Roald og Raymond Solberg: *Legalitetsprinsippet*. Jussens Venner 2005 side 77
- Laband, Paul: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Bind 2. 5. utg. Tübingen, 1911
- Meyer, Georg: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. 7. utg. München og Leipzig, 1919
- Norges offentlige utredninger 2003: 21. *Kriminalitetsbekjempelse og personvern – politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger*. Utredning fra Politiregisterutvalget oppnevnt av Justis- og politidepartementet 28. august 2000. Avgitt til Justis- og politidepartementet 28. august 2003.
- Opsahl, Torkel: *Delegasjon av Stortingets myndighet*. Oslo, 1965
- Opsahl, Torkel: *En moderne statsforfatning under debatt. Annen artikkel*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1962 s. 369–382.
- Ross, Alf: *Dansk Forvaltningsret*. 3. utg. 1956
- Ross, Alf: *Statsretslige emner*. Købehavn. 1959.
- Ross, Alf: *Dansk statsforfatningsret*. Bind 1. 2. utg. København, 1966
- Smith, Eivind: *"Legalitetsprinsippet" på nytt*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 side 655
- Smith, Eivind: *Forvaltningsrett og blandingsadministrasjon*. Oslo, 1979