

Straff som inngrep i menneskerettigheter og krav om legitimt formål og forholdsmessighet

– Noen kommentarer til HR-2022-731-A

Professor Jon Petter Rui, Universitetet i Bergen

1. Innledning

Den 8. april 2022 avsa Høyesterett dom i en sak som gjaldt utmåling av straff for en rusavhengigs besittelse av fire gram heroin til egen bruk.¹ Det sentrale spørsmålet var ifølge Høyesterett hvilken betydning Stortingets behandling av forslaget om en rusreform skulle ha ved straffutmålingen. I tillegg var det reist spørsmål om tiltalte måtte frifinnes fordi domfellelse ville krenke tiltaltes rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8.

Høyesterett kom med grunnlag i Stortingets behandling av forslaget om rusreform til at rusavhengiges erverv og besittelse av inntil fem gram heroin, amfetamin eller kokain til egen bruk (og bruk) i alminnelighet skulle møtes med straffutmålingsfravall, jf. straffeloven § 61.² Høyesterett viste også til at aktor i sranken hadde opplyst at en slik rettsavklaring fra Høyesterett ville lede til at påtalemyndigheten normalt ville reagere med påtaleunntatelse.³

Etter dommen har Riksadvokaten uttalt at ved avdekking av en rusavhengigs befatning med mindre mengder narkotika som fremstår å være til egen bruk, «skal det vurderes nøye om det er tilstrekkelig grunn til å anmelde og forfølge forholdet, holdt opp mot vilkårene i straffeprosessloven §§ 224 og 62a».⁴ Den klare hovedregelen er altså at slike saker ikke skal anmeldes og etterforskes. Hvis det likevel skulle komme til påtale, uttaler Riksadvokaten at saken «skal avgjøres med ubetinget påtaleunntatelse, jf. straffeprosessloven § 69».⁵

¹ HR-2022-731-A.

² Avsnitt 70.

³ Avsnitt 71.

⁴ Brev fra Riksadvokaten til Agder statsadvokatembeter av 13. mai 2022, s. 1.

⁵ Brev fra Riksadvokaten til Agder statsadvokatembeter av 13. mai 2022, s. 2.

Høyesterett drøftet også spørsmålet om tiltalte måtte frifinnes fordi domfellelse ville krenke tiltaltes rett til privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Førstvoterende uttalte at utgangspunktet var at straff ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand. Han hadde også «vanskelig for å se at straff for befatning med narkotika kan være et inngrep etter EMK artikkel 8».⁶ Det ble likevel drøftet (*obiter dictum*) om bruk av straff ville være forholdsmessig.⁷ Høyesterett kom til at kriminalisering av tunge rusmisbrukeres befatning med narkotika til egen bruk generelt ikke var uforholdsmessig. Og når det ble reagert med straffutmålingsfracfall, var heller ikke en slik straff uforholdsmessig i denne konkrete saken.⁸

I det videre rettes fokus mot følgende spørsmål: I hvilken grad er bruk av straff for befatning med narkotika et inngrep etter EMK og Grunnloven (punkt 2 og 3)? Varetar dagens bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere et legitimt formål, samt kravet til forholdsmessighet (punkt 4)? Avslutningsvis gjøres det noen refleksjoner (punkt 5).

2. I hvilken grad er bruk av straff et inngrep i EMKs rettigheter?

Det rettskildemessige grunnlaget for at Høyesterett kom til at straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand, var følgende uttalelser i Den europeiske menneskerettsdomstols (EMD) storkammerdom Gillberg mot Sverige:⁹

«The Court observes that the protection of an individual's moral and psychological integrity is an important aspect of Article 8 of the Convention. It notes, however, that there is no Convention case-law in which the Court has accepted that a criminal conviction in itself constitutes an interference with the convict's right to respect for private life. The Court does not ignore that such a criminal conviction may entail personal, social, psychological and economic suffering for the convicted person. In the Court's view, though, *such repercussions may be foreseeable consequences of the commission of a criminal offence and can therefore not be relied on in order to complain that a criminal conviction in itself amounts to an interference with the right to respect for 'private life' within the meaning of Article 8 of the Convention*» (mine uthevinger).¹⁰

⁶ Avsnitt 34.

⁷ Avsnitt 34–41.

⁸ Avsnitt 40.

⁹ Sak nr. 41723/06, storkammerdom 3. april 2012.

¹⁰ Avsnitt 68.

EMD uttaler her at en straffedom kan medføre personlige, sosiale og økonomiske påkjenninger for en domfelt. Imidlertid vil dette være forutsebare konsekvenser av det å begå en straffbar handling. Derfor kan påkjenningene ved en straffedom ikke tas til inntekt for at en domfellelse i seg selv utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8.

Tar man uttalelsen isolert og på ordet, medfører det at bruk av straff ikke er et inngrep såfremt det er en forutsebar konsekvens av å begå et lovbrudd. Det er imidlertid flere forhold som taler for at uttalelsen ikke kan isoleres og anses som et uttrykk for gjeldende EMK-rett.

Som ved all domstolking må tilsynelatende klare uttalelser om gjeldende rett tolkes i kontekst for å fastlegge formuleringenes innhold og rekkevidde. I Gillberg er uttalelsen kort, og ikke presisert, nyansert og begrunnet nærmere. I tillegg kommer at forhold ved sakens faktum må tillegges betydning. Gillberg var professor i psykiatri ved Göteborgs universitet. Som ledd i forskning på barn og ADHD var det blitt innhentet en stor mengde forskningsdata, herunder sensitive personopplysninger, om barn og barnas slektninger. Prosjektet var blitt startet og drevet av andre forskere enn Gillberg. To forskere som ikke hadde vært en del av prosjektet, ønsket tilgang til materialet, men fikk avslag. De vant imidlertid frem i domstolene med kravet om innsyn. I forkant av at forskerne skulle få tilgang, sørget Gillberg for destruering av forskningsmaterialet. Han (samt viserektor og tre andre, som hadde stått for destruseringen av materialet) ble på grunn av det tiltalt av Riksdagens ombudsmann, for tjenesteforsømmelse («tjänstefel»). Straffebestemmelsen rammer den som «disregards the duties of his offence».¹¹ Gillberg ble også dømt til en betinget fengselsstraff og til å betale 50 dagbøter (til sammen 37 500 svenske kroner).

Ved drøftelsen av om domfellelsen representerte et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8, fremhevet EMD for det første at Gillberg «was not the children's doctor or psychiatrist and he did not represent the children or the parents».¹² Situasjonen var altså at Gillberg ikke, slik som en lege eller advokat, yrkesmessig varetok borgernes rett til privatliv ved å nekte andre innsyn i materiale som inneholdt opplysninger som var vernet etter EMK artikkel 8. Grunnen til at advokaters taushetsplikt er en del av den vernede interesse etter EMK artikkel 8, er at klienten skal kunne gi opplysninger til advokaten som ledd i rettslig rådgivning, uten at opplysningene fritt gis videre av

¹¹ Avsnitt 48.

¹² Avsnitt 64.

advokaten.¹³ Gillberg var altså ikke «bærer» av retten til privatliv på vegne av forsøkspersonene. Dette fremstår som en sentral premisse for at EMD kom til at straffen for Gillberg ikke ble ansett som et inngrep i EMK artikkel 8s forstand.

For det annet viste EMD til at Gillberg var «a public official researcher exercising public authority at a public institution».¹⁴ Det ble presisert at «the offence in question has no obvious bearing on the right to respect for ‘private life’. On the contrary, it concerns professional acts and omissions by public officials in the exercise of their duties. Nor has the applicant pointed to any concrete repercussions on his private life which were directly and casually linked to his conviction for that specific offence».¹⁵ Gillberg ble altså domfelt for offentlig tjenesteforsømmelse fordi han hadde nektet å gjøre tilgjengelig forskningsmateriale som tilhørte universitetet, som universitetet var blitt pålagt å gjøre i endelige dommer fra forvaltningsdomstolen. Både saksforholdet og straffebudet han ble domfelt for å ha overtrådt, hadde en svært fjern tilknytning til Gillbergs privatliv.

Dersom man kun skulle bruke dommen i Gillberg for å fastlegge hva som er gjeldende EMK-rett, kan den etter dette ikke tas til inntekt for at bruk av straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand. Lest isolert fra øvrige rettskilder kan dommen i beste fall tas til inntekt for at bruk av straff ikke vil være et inngrep dersom illeggelse av straff ikke på noen måte berører domfeltes privatliv.

Det er også andre rettskilder som taler for at Høyesteretts uttalelse om at bruk av straff som utgangspunkt ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand, ikke kan legges til grunn som generelt gjeldende EMK-rett. For det første er det ingen holdepunkter i rettskildene for at inngrep i form av straff står i noen særstilling sammenlignet med andre inngrep, som for eksempel bruk av straffeprosessuelle tvangsmidler, inndragning, fratakelse av foreldreansvar, og tvangsadopsjon. I tillegg kommer at langt mindre inngripende tiltak enn straff anses som inngrep etter EMK artikkel 8. Som eksempel kan nevnes behandling av personopplysninger.¹⁶ Ut fra en betraktning fra det mer

¹³ Bl.a. Michaud mot Frankrike, sak nr. 12323/11, dom 6. desember 2012 avsnitt 118–119.

¹⁴ Avsnitt 64.

¹⁵ Avsnitt 70. Se også avsnitt 71–73.

¹⁶ Bl.a. Y.G. mot Russland, sak nr. 8647/12, dom 30. august 2022 avsnitt 40: «The mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8 of the Convention.»

til det mindre er det vanskelig å få det til å harmonere at samfunnets mest inngripende virkemiddel ikke er et inngrep hvis det er en forutsebar konsekvens av en handling, mens statens registrering av en persons navn er et inngrep etter EMK artikkel 8.

For det annet er det problematisk ut fra gjeldende terminologi og begrepsbruk både i EMK-retten og i nasjonale rettssystemer at straff ikke skal være et inngrep hvis det er en forutberegnelig konsekvens av å begå en handling. Et forutberegnelig rettsgrunnlag ved illeggelse av straff er en grunnleggende rettsstatsforutsetning for bruk av straff, jf. blant annet EMK artikkel 7 og Grunnloven § 96 første ledd. Et forutberegnelig rettsgrunnlag fratrar imidlertid ikke straffen dens art og karakter, som er statens strengeste inngrep overfor en borger.

EMD har i flere avgjørelser lagt til grunn at bruk av straff er samfunnets strengeste reaksjon mot en borger (*ultima ratio*).¹⁷ At det strengeste inngrepet staten kan gjøre overfor en borger, likevel ikke skal være et inngrep såfremt det er en forutsebar konsekvens av å begå et lovbrudd, er også vanskelig å forene med gjeldende terminologi og begrepsbruk.

At straff er ansett som det sterkeste inngrepet i en borgers rettssfære, er forklaringen på at det etter EMK artikkel 7 gjelder et krav om klart rettsgrunnlag samt et absolutt forbud mot tilbakevirkning ved kriminalisering og bruk av straff.¹⁸ Artikkelen forbyr også straffansvar på rent objektivt grunnlag av samme årsak.¹⁹ Konvensjonen artikkel 6 oppstiller strenge krav til saksbehandling ved

¹⁷ Bl.a. Beizaras og Levickas mot Litauen, sak nr. 41288/15, dom 14. januar 2020 avsnitt 111: «The Court has acknowledged that criminal sanctions, including against the individuals responsible for the most serious expressions of hatred, inciting others to violence, could be invoked only as an *ultima ratio* measure.»

¹⁸ Se bl.a. Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, Bergen 2022, s. 137: «Selv om straff kan variere fra bagatellmessige økonomiske reaksjoner til fengsel på livstid, er det grunn til å understreke at straff vanligvis regnes som et – pr. se – stort inngrep, slik at klar hjemmel kreves.» Se også s. 141, hvor det presiseres at tilbakevirkningsforbudet i EMK artikkel 7, jf. artikkel 15, er absolutt på strafferettens område.

¹⁹ G.I.E.M. S.R.L. og andre mot Italia, sak nr. 1818/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 242 og HR-2021-797-A avsnitt 23; HR-2021-2249 avsnitt 19; HR-2021-1857-U avsnitt 3-5; HR-2022-1271-A avsnitt 44-50. Se kritisk Marius Emberland, «Stiller EMK nå krav om skyld ved straff?», *Lov og Rett* 2022, s. 97–116. Nærmere om begrunnelsen for at EMD oppstilte et forbud mot rent objektivt straffansvar i G.I.E.M., se Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen. Ingen straff uten skyld (*nulla poena sine culpa*)», *Tidsskrift for strafferett* 2018, s. 202–215 på s. 205: «Hvis gjerningspersonen ikke har utvist noen form for skyld ved en lovovertrødelse, fremstår det som vilkårlig og uproporsjonalt at staten skal illegge ham et onde i den hensikt at det skal oppleves som et onde. Sagt med andre ord vil statens handling (reaksjon) ikke stå i et proporsjonalt forhold til gjerningspersonens handling (aksjon). Å reagere med ondepåføring i den hensikt at det skal oppleves som et onde, overfor personer som ikke har utvist noen form for skyld, fremstår også som etisk og moralsk uakseptabelt.»

ileggelse av straff, nettopp fordi det er det mest inngripende tiltaket staten har mot borgerne. I EMDs forholdsmessighetsvurderinger tillegges det jevnt over stor betydning, i retning av at inngrepet ikke er proporsjonalt hvis det er tale om et inngrep i form av straff.²⁰ Når det i disse sammenhengene har så klare og gjennomgripende rettsvirkninger at inngrepet gjøres i form av straff, er det vanskelig å forene med at bruk av straff ikke skal være et inngrep etter EMK artikkel 8, hvis straffen er en forutsebar konsekvens av å begå et lovbrudd.

For det tredje har EMD, med unntak av Gillberg, ikke benyttet som kriterium ved vurderingen av om det foreligger et inngrep i form av straff, om inngrepet er en forutsebar følge av borgerens handling. Domstolen har derimot i tallrike avgjørelser lagt til grunn at bruk av straff er et inngrep. Som eksempler på bruk av straff som er blitt ansett som et inngrep etter EMK artikkel 8, kan nevnes kriminalisering av homofil praksis mellom voksne, samtykkende personer,²¹ fengselsstraffer på opp mot 18 måneder for produksjon av pornografisk filmmateriale (somasochisme),²² kriminalisering av medvirkning til selvdrap i en situasjon hvor den som ønsket å dø, var uhelbredelig syk,²³

²⁰ Vajnai mot Ungarn, sak nr. 33629/06, dom 8. juni 2008. Klager ble straffedømt til en form for straffutmålingsutsettelse (ingen ileggelse av sanksjon i en prøvetid på ett år) for å ha båret et røde stjerne-symbol på 5 cm. i diameter på jakken under en demonstrasjon. Ved vurderingen av forholdsmessigheten uttalte EMD i avsnitt 58 at «the measure with which his conduct was sanctioned, although relatively light, belongs to the criminal-law sphere, entailing the most serious consequences. The Court does not consider that the sanction was proportionate to the legitimate aim pursued». Se også Perincek mot Sveits, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 272–273: «In two recent cases under Article 10 of the Convention, the Court upheld the proportionality of interferences which consisted in regulatory schemes limiting the technical means through which freedom of expression may be exercised in the public sphere ... By contrast, the form of interference in issue in this case – a criminal conviction that could even result in a term of imprisonment – was much more serious in terms of its consequences for the applicant, and calls for stricter scrutiny. In Lehideux and Isorni ... the Court noted, as it has done in many other cases under Article 10 of the Convention, that a criminal conviction was a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal, particularly through civil remedies. The same applies here: what matters is not so much the severity of the applicant's sentence but the very fact that he was criminally convicted, which is one of the most serious forms of interference with the right to freedom of expression.» Se også Bedat mot Sveits, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 81: «It is true that the dominant position of the State institutions requires the authorities to show restraint in resorting to criminal proceedings in matters of freedom of expression.» Se likedan bl.a. Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 105 og 109-110; Communauté genevoise d'action syndicale mot Sveits, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 89; Lings mot Danmark, sak nr. 15136/20, dom 12. april 2022 avsnitt 59; Patricio Monteiro Tele de Abreu mot Portugal, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 47; Rouillan mot Frankrike, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 74–75 og Bouton mot Frankrike, sak nr. 22636/19, dom 13. oktober 2022 avsnitt 46 og 53-68.

²¹ Dudgeon mot Storbritannia, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 40–41; Norris mot Irland, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 37–38 (krenkelse i begge).

²² Laskey og andre mot Storbritannia, sak nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, dom 19. februar 1997 avsnitt 35–36 (ikke krenkelse).

²³ Pretty mot Storbritannia, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 61–67 (ikke krenkelse).

straffutmålingsfrfall for «gross indecency» for besittelse av pornografisk materiale (video av homoseksuell aktivitet hvor klager selv deltok),²⁴ fengsel i ett år og fire måneder for incest,²⁵ kriminalisering av å bære heldekkende hodeplagg (burka, nikab) på offentlig sted,²⁶ bot på 500 sveitsiske franc (ca. 550 euro), subsidiært fem dagers fengsel for tigging på offentlig sted,²⁷ og dagbøter på til sammen ca. 520 euro for produksjon av cannabis til egen bruk.²⁸ Som eksempler på bruk av straff som er ansett som inngrep etter EMK artikkel 10, kan nevnes straffutmålingsfrfall for å ha båret kommunistsymbolet den røde stjerne (5 cm. i diameter) på jakke under demonstrasjon,²⁹ ileggelse av mindre bot med subsidiær fengselsstraff for fornektelse av folkemordet i Armenia,³⁰ ileggelse av mindre bot for å ha publisert opplysninger som var beskyttet av lovgiving som foreskrev hemmelighold om opplysninger som inngikk i etterforskning,³¹ ileggelse av bot for å ha publisert karikaturtegninger på en blogg som klager administrerte,³² fengselsstraff på 18 måneder (hvorav 6 måneder betinget) for tidligere straffedømt terrorist som uttalte seg positivt om terrorangrepene i Paris i 2015,³³ og ileggelse av bot på 1160 euro for å ha fremsatt blasfemiske uttalelser i radioprogram.³⁴ Et eksempel på at bruk av straff er blitt ansett som et inngrep i EMK artikkel 11, er kriminalisering av overtredelse av forbud mot demonstrasjoner i to måneder (17. mars til 30. mai 2020) på grunn av covid-19-pandemien.³⁵ Som eksempler på bruk av straff som er ansett som inngrep etter EMK P1-1, kan nevnes pønalt motivert inndragning som følge av straffbar

²⁴ A.D.T. mot Storbritannia, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 21-26 (krenkelse).

²⁵ Stübing mot Tyskland, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012 avsnitt 55 (ikke krenkelse).

²⁶ S.A.S. mot Frankrike, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 110 (ikke krenkelse).

²⁷ Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065, dom 19. januar 2021 avsnitt 91–92 (krenkelse).

²⁸ Thörn mot Sverige, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49 (ikke krenkelse).

²⁹ Vajnai mot Ungarn, sak nr. 33629/06, dom 8. juni 2008 avsnitt 29 (krenkelse).

³⁰ Perincek mot Sveits, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 117 (krenkelse).

³¹ Bedat mot Sveits, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 44 (ikke krenkelse).

³² Patricio monteiro tele de abreu mot Portugal, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 34 (krenkelse).

³³ Rouillan mot Frankrike, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 47; Rabczewska mot Polen, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 54 (krenkelse).

³⁴ Rabczewska mot Polen, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 54 (krenkelse).

³⁵ Communauté genevoise d'action syndicale mot Sveits, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 75 (krenkelse). Dommen er fremmet for storkammerbehandling.

handling,³⁶ og pønalt motivert inndragning rettet mot selskaper.³⁷ Et nylig eksempel på at bruk av straff ble ansett som et inngrep i retten til bevegelsesfrihet i EMK P2-4, er en fengselsstraff på seks måneder for uten tillatelse fra danske myndigheter å oppholde seg på et territorium hvor en terrororganisasjon tar del i en væpnet konflikt.³⁸

Videre har domstolen i flere avgjørelser kommet til at straff er et inngrep, og samtidig konkludert med at bruk av straff har tilfredsstillt kravet til klart rettsgrunnlag.³⁹ Sistnevnte er ikke mulig å forene med at straff ikke er et inngrep, hvis det er en forutsebar følge av borgerens handling.

Jeg har funnet to dommer hvor EMD tar i betraktning om inngrepet var en forutsebar følge av borgerens handling, ved drøftelse av om det hadde skjedd et inngrep i en konvensjonsrettighet. Den ene er Sidrabas og Dziautas mot Litauen.⁴⁰ Klagerne var to litauiske statsborgere som hadde arbeidet for KGB i Litauen under sovjettiden. Da deres fortid ble avdekket av litauiske myndigheter, ble de sagt opp fra sine stillinger i henholdsvis skatteetaten og påtalemyndigheten. Litauisk lovgivning foreskrev et forbud mot å ha en rekke stillinger (offentlige og private) for personer som hadde arbeidet for de hemmelige tjenestene under sovjettiden. Klagerne påstod at oppsigelsene representerte et inngrep etter EMK artikkel 8, jf. artikkel 14. Ved drøftelsen av om avskjedigelsene var et inngrep etter EMK artikkel 8, nevnte EMD i én setning: «The Court accepts that Article 8 cannot be relied on in order to complain of a loss of reputation which is the foreseeable consequence of one's own actions such as, for example, the commission of a criminal offence.»⁴¹ Foreliggende sak var imidlertid ikke en straffesak, men en sak om oppsigelse i arbeidsforhold. I tillegg kommer at EMD

³⁶ Phillips mot Storbritannia, sak nr. 41087/98, dom 7. mai 2001 avsnitt 50–51 (ikke krenkelse); Paulet mot Storbritannia, sak nr. 6219/08, dom 13. mai 2014 avsnitt 64 (ikke krenkelse).

³⁷ G.I.E.M. S.R.L. mot andre mot Italia, sak nr. 1828/06, storkammerdom 28. juni 2018 avsnitt 287 (krenkelse).

³⁸ Mørck Jensen mot Danmark, sak nr. 60785/19, dom 18. oktober 2022 avsnitt 62.

³⁹ Bl.a. Dudgeon mot Storbritannia, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 44; Norris mot Irland, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988 avsnitt 40; Laskey og andre mot Storbritannia, sak nr. 21627/93; 21628/93; 21974/93, dom 19. februar 1997 avsnitt 35; A.D.T. mot Storbritannia, sak nr. 35765/97, dom 31. juli 2000 avsnitt 30; Pretty mot Storbritannia, sak nr. 2346/02, dom 29. april 2002 avsnitt 69; Stübing mot Tyskland, sak nr. 43547/08, dom 12. april 2012 avsnitt 57; S.A.S. mot Frankrike, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 avsnitt 112; Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065, dom 19. januar 2021 avsnitt 94; Thörn mot Sverige, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49; Vajnai mot Ungarn, sak nr. 33629/06, dom 8. juni 2008 avsnitt 30–31; Perincek mot Sveits, sak nr. 27510/08, storkammerdom 15. oktober 2015 avsnitt 130–140; Bedat mot Sveits, sak nr. 56925/08, storkammerdom 29. mars 2016 avsnitt 45; Patricio monteiro tele de abreu mot Portugal, sak nr. 42713/15, dom 7. juni 2022 avsnitt 34; Rouillan mot Frankrike, sak nr. 28000/19, dom 23. juni 2022 avsnitt 47; Communauté genevoise d'action syndicale mot Sveits, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 77 (dommen er fremmet for storkammerbehandling); Thörn mot Sverige, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49; Rabczewska mot Polen, sak nr. 8257/13, dom 15. september 2022 avsnitt 55.

⁴⁰ Sak nr. 55480/00; 59330/00, dom 27. juli 2004. Det vises også til rettsoppfatningen i Stoyanov mot Bulgaria, sak nr. 19557/05, avvisningsavgjørelse 4. april 2017. Spørsmålet her var ikke om bruk av straff var et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8, men om en statsadvokatens uttalelser i forbindelse med en straffesak mot klager hadde krenket klagers rett til privatliv.

⁴¹ Avsnitt 49.

konkluderte med at det forelå et inngrep etter EMK artikkel 8. Avgjørelsen har følgelig ingen betydning for spørsmålet om bruk av straff er et inngrep etter EMK artikkel 8 (og en krenkelse).

Den andre avgjørelsen er Mikolajova mot Slovakia.⁴² Faktum var at en straffeforfølgning (voldsbruk) mot klager ble innstilt fordi fornærmede (klagers ektemann) ikke hadde begjært straffeforfølgning. I avgjørelsen om innstilling ble det uttalt at klager hadde begått de straffbare forholdene. Klager var ikke blitt oppmerksom verken på anmeldelsen eller innstillingen av etterforskingen. Hun ble kjent med saken da ektemannens forsikringsselskap fremmet krav mot henne om erstatning for utgifter til behandling av ektemannen. Ved drøftelsen av om det forelå et inngrep i EMK artikkel 8, viste EMD til at «Article 8 could not be relied on in order to complain of a loss of reputation which was the foreseeable consequence of one's own actions such as, for example, the commission of a criminal offence».⁴³ EMD kom imidlertid til at uttalelsen ved innstillingen av straffesaken ikke var en forutsebar konsekvens av klagers handling. Det ble konkludert med at det forelå et inngrep etter EMK artikkel 8. Heller ikke denne dommen kan tas til inntekt for at et inngrep ikke er straff hvis det er en forutsebar følge av en persons handlinger.

Etter dette er det nærliggende at uttalelsen i Gillberg om at bruk av straff ikke er et inngrep, såfremt det er en forutsebar konsekvens av å begå et lovbrudd, ikke gir uttrykk for gjeldende EMK-rett. Rettskildene tilsier at bruk av straff som et klart utgangspunkt vil være et inngrep i en eller flere konvensjonsrettigheter. Unntak kan kanskje tenkes i et tilfelle hvor illeggelse av straff ikke på noen måte griper inn i en av frihetsrettene som er beskyttet i konvensjonen. Det kan være dette EMD har i tankene i relasjon til artikkel 8 når det i Gillberg uttales at «[t]he Court does not ignore that [...] a criminal conviction may entail personal, social, psychological and economic suffering for the convicted person».⁴⁴ Lest motsetningsvis, og i lys av de øvrige uttalelsene i Gillberg nevnt ovenfor, kan uttalelsen tas til inntekt for at i de tilfeller bruk av straff ikke har disse konsekvensene, vil det ikke være et inngrep etter EMK artikkel 8. Det er likevel vanskelig å se at bruk av samfunnets sterkeste inngrep overfor en borger, som kun skal brukes som siste utvei av staten (*ultima ratio*), samtidig ikke skal anses som et inngrep. Med unntak av Gillberg har EMD, så vidt jeg vet, aldri konkludert med at bruk av straff ikke har vært et inngrep. Blant dommene hvor EMD har tatt stilling til om bruk av straff er et inngrep etter EMK artikkel 8, er det én dom hvor inngrepets art nevnes, nærmere bestemt Thörn mot Sverige.⁴⁵ Spørsmålet var her om straff (ileggelse av bot) for produksjon av cannabis til egen bruk var i strid med EMK artikkel 8. Thörn brukte den egenproduserte cannabisen til smertelindring. Ved vurderingen av om straffen var et inngrep etter EMK artikkel 8, viste domstolen til at «the acts for which he was convicted had been carried out in

⁴² Sak nr. 4479/03, dom 18. januar 2011.

⁴³ Avsnitt 57.

⁴⁴ Avsnitt 68.

⁴⁵ Thörn mot Sverige, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022.

order to assist the applicant in functioning better in his everyday life».⁴⁶ EMD konkluderte med at straffen var et inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8.

Det kan etter dette ikke være riktig når det i HR-2022-731-A uttales at «[u]tgangspunktet er [...] at straff ikke i seg selv er et inngrep i artikkel 8s forstand».⁴⁷ Høyesterett fremholder videre, under henvisning til EMDs dom i *Lacatus mot Sveits*, at «straff etter en konkret vurdering kan være et inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 hvis menneskeverdet rammes i tilstrekkelig grad, for eksempel dersom straffetrusselen retter seg mot levemåte eller personlig legning».⁴⁸ Det er riktig at klagers menneskeverd var i spill i *Lacatus*.⁴⁹ Derimot ble menneskeverdet ikke brukt av EMD ved drøftelsen av om bruk av straff var et inngrep, men ved vurderingen av om inngrepet var forholdsmessig. Menneskeverdet er heller ikke brukt som rettslig avgrensningskriterium ved drøftelse av om bruk av straff er et inngrep i en konvensjonsrettighet i noen av avgjørelsene nevnt ovenfor, og hvor det ble lagt til grunn at kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker er et inngrep etter EMK.

Hva gjaldt straff for tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk av narkotika, hadde Høyesterett «vanskelig for å se»⁵⁰ at det var et inngrep etter EMK artikkel 8. På bakgrunn av analysene ovenfor er det etter min oppfatning nærliggende at bruk av straff overfor tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk av narkotika er et inngrep etter EMK artikkel 8.⁵¹ Dom på straffutmålingsfrfall er ikke en frifinnelse, men en strafferettslig reaksjon, jf. straffeloven § 30 bokstav b).

Som det fremgår ovenfor, er det flere avgjørelser fra EMD som legger til grunn at ikke bare bruk av straff i konkrete saker, men også selve kriminaliseringen er et inngrep i konvensjonsrettigheter.

⁴⁶ Avsnitt 49.

⁴⁷ Avsnitt 32.

⁴⁸ Avsnitt 32.

⁴⁹ Nærmere Jon Petter Rui, «Fra menneskerettsdomstolen: Grenser for kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker. *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021», *Tidsskrift for strafferett* 2021, s. 191–198, på s. 192–193.

⁵⁰ Avsnitt 34.

⁵¹ Likedan Jon Petter Rui, «Straff av tunge rusmisbrukere for bruk av narkotika og besittelse til eget bruk», *Lov og Rett* 2022, s. 53–58, på s. 56 med videre henvisninger. Se også nå (etter Høyesteretts dom) *Thörn mot Sverige*, sak nr. 24547/18, dom 1. september 2022 avsnitt 49.

Illustrerende er storkammerdommen S.A.S. mot Frankrike.⁵² Faktum var her at en kvinne påstod at en ny lov som kriminaliserte å bære bekledning som dekket ansiktet (burka, nikab), krenket blant annet EMK artikkel 8. Staten anførte at hun ikke var offer for en krenkelse av konvensjonen, jf. EMK artikkel 34, og at saken måtte avvises. Det ble vist til at klager ikke var blitt stoppet av politiet for å bære bekledningen, og langt mindre ilagt straff for overtredelse av loven. Klager hadde også uttalt at hun ikke ville bære bekledningen i tilfeller det ville skape praktiske vanskeligheter, for eksempel i arbeidslivet, og når hun ønsket å sosialisere. EMD viste til at en klager «may nevertheless argue that a law breaches his or her rights in the absence of a specific instance of enforcement, and thus claim to be a ‘victim’, within the meaning of Article 34, if she or he is required either to modify his or her conduct or risk being prosecuted, or if he or she is member of a category of persons who risk being directly affected by the legislation».⁵³ Det ble konkludert med at saken ikke skulle avvises, samt at kriminaliseringen utgjorde et inngrep i blant annet artikkel 8.⁵⁴

Samme synspunkt er lagt til grunn i flere andre avgjørelser, blant annet Norris mot Irland.⁵⁵ Faktum var her at Norris var homofil og en forkjemper for homofiles rettigheter. Han anla sak for irske domstoler for å få kjent ugyldig straffebestemmelser som kriminaliserte homofil praksis. Han var ikke mistenkt for overtredelse av straffebudene. Etter ikke å ha nådd frem i nasjonale domstoler klaget han saken inn for EMD, med påstand om at kriminalisering av homofil praksis var i strid med EMK artikkel 8. Domstolen uttalte at «the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life... within the meaning of Article 8 para. 1».⁵⁶

Jeg har ikke funnet noen avgjørelser som drøfter og konkluderer med at kriminalisering ikke er et inngrep i konvensjonsrettigheter.

⁵² Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014.

⁵³ Avsnitt 57.

⁵⁴ Avsnitt 57 og 110–111.

⁵⁵ Norris mot Irland, sak nr. 10581/83, plenumsdom 26. oktober 1988.

⁵⁶ Avsnitt 38. Se likedan bl.a. Dudgeon mot Storbritannia, sak nr. 7525/76, plenumsdom 22. oktober 1981 avsnitt 40–41; Modinos mot Kypros, sak nr. 15070/89, dom 22. april 1993 avsnitt 20–24; A.D.T. mot Storbritannia, avsnitt 26: «The Court thus considers that the applicant has been the victim of an interference with his right to respect for his private life both as regards the existence of legislation prohibiting consensual sexual acts between more than two men in private and as regards the conviction for gross indecency.» Se også Communauté genevoise d’action syndicale mot Sveits, sak nr. 21881/20, dom 15. mars 2022 avsnitt 75. Dommen er fremmet for storkammerbehandling.

At kriminalisering også kan være et inngrep, underbygges av øvrige rettskilder. Som EMD påpeker i S.A.S., er det ikke mulig å komme utenom at den som ønsker å være lovlydig, må innrette seg etter en kriminalisering. Det er i denne relasjonen at bruk av straff har den viktigste og mest legitime allmennpreventive virkningen. Dermed ser vi at selve kriminaliseringen griper inn i frihet, privatliv og andre vernede konvensjonsrettigheter. Systemorienterte vurderinger og formålsbetraktninger taler dermed for at ikke bare bruken av straff i konkrete saker, men selve kriminaliseringen er et inngrep i konvensjonsrettigheter.

Et annet forhold er at det er selve kriminaliseringen som leder til at straff brukes i en konkret sak. Hvis det skulle være slik at bruken av straffebestemmelsen alltid vil lede til resultater som er i strid med en konvensjonsrettighet, tilsier formålsbetraktninger (hensynet til en praktisk og effektiv konvensjonsbeskyttelse) at det ikke bare er den konkrete bruken av straff, men også kriminaliseringen som utgjør et inngrep i konvensjonsrettigheter.

Det er etter dette lite tvilsomt at EMK artikkel 8 (og øvrige konvensjonsrettigheter, som artikkel 9, 10, 11, P1-1 og P2-4) setter grenser ikke bare for bruk av straff i konkrete saker, men også for kriminalisering.

3. I hvilken grad er bruk av straff et inngrep i Grunnlovens rettigheter?

Høyesterett uttaler at Grunnloven § 102 tolkes med utgangspunkt i EMK artikkel 8, og viser til plenumsdommen i HR-2016-2554-P (Holship). Den videre drøftelse fokuserer utelukkende på EMK artikkel 8.

I foreliggende tilfelle er det, i tillegg til EMK-retten, også nasjonale kilder som taler for at både bruk av straff i en konkret sak og kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk representerer et inngrep i privatlivet, jf. Grunnloven § 102. For det første følger det av forarbeider og rettspraksis at straff er et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.⁵⁷ De samme kildene legger til grunn at straff er uttrykk for samfunnets fordømmelse og offentlige misbilligelse av en

⁵⁷ Rt. 1977 s. 1207; Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), s. 77.

borgers atferd. Det er den sterkeste reaksjonen staten har til disposisjon.⁵⁸ At straff har disse karakteristika, taler klart for at bruk av virkemiddelet utgjør et inngrep i retten til privatliv etter Grunnloven § 102. At kriminalisering og bruk av straff ikke er et inngrep, er vanskelig å forene med at straff er det største inngrepet i borgernes rettssfære.

For det annet er det vanskelig ut fra systemorienterte vurderinger å legge til grunn at kriminalisering og bruk av straff overfor tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk ikke er et inngrep i retten til privatliv etter Grunnloven § 102. Vesentlig mindre inngripende tiltak enn det sterkeste virkemiddelet staten har til disposisjon overfor borgerne, anses som et inngrep etter Grunnloven § 102. Som eksempler kan nevnes straffeprosessuelle tvangsinngrep og registrering av personopplysninger. Når dette er inngrep etter EMK artikkel 8, er det også inngrep etter Grunnloven § 102. I tillegg kommer at Grunnloven § 96 første ledd oppstiller strenge formelle rettsstatsgarantier i form av krav om legalitet ved bruk av straff.⁵⁹ Kravet om legalitet retter seg både mot lovgiver ved kriminalisering, og mot den utøvende makt og domstolene ved ileggelse av straff i konkrete saker. Hvis bruk av straff ikke var et inngrep i Grunnlovens forstand, hadde det ikke vært nødvendig med krav om legalitet. Grunnloven foreskriver også spesielt strenge prosessuelle rettssikkerhetsgarantier ved bruk av straff, herunder blant annet krav om domstolsbehandling (§ 96 første ledd), uskyldspresumsjonen (§ 96 annet ledd) og rett til en rettfærdig rettergang (§ 95).

⁵⁸ NOU 2002: 4 Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning VII, s. 78: «Det er vanlig å framholde som et prinsipielt utgangspunkt at individene har en alminnelig handlefrihet som det kreves en særlig begrunnelse for å gjøre inngrep i. I ethvert samfunn vil det imidlertid måtte oppstilles en rekke begrensninger i handlefriheten for å ivareta forskjellige hensyn og interesser. De ulike begrensningene samfunnet finner det nødvendig å oppstille, kan håndheves på ulike måter. Som den strengeste reaksjon på normbrudd anvender samfunnet straff.»; NOU 2019: 26 Rusreform – fra straff til hjelp s. 247: «Utvalget tar utgangspunkt i at straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å motvirke og fordømme innbyggernes uønskede handlinger [...]. Det enkelte straffebud må følgelig ha et identifisert formål, og det må vises hvordan strafflegging er egnet til å oppnå dette formålet på en slik måte at straffens menneskelige og økonomiske kostnader rettferdiggjøres. I dette ligger at byrdene ved bruk av straff må stå i et rimelig forhold til straffens tilsiktede virkninger.»; Prop. 92 L (2020–2021) s. 34; NOU 2020: 4 Straffelovrådets utredning nr. 1 – Kriminalisering av deltakelse og rekruttering til kriminelle grupper, s. 53: «Grunnlovens rammer gjelder like fullt for straffelovgivningen. Rammene får betydning for hva som kan kriminaliseres og for hvordan straffebud skal utformes.» Se også HR-2021-1453-S avsnitt 191 (NAV-saken): «Straff er samfunnets strengeste reaksjon mot lovbrudd, og domstolene har et selvstendig ansvar for å påse at det foreligger rettslig grunnlag for straffansvar.»

⁵⁹ Høyesterett har siden 2009 klart skjerpet kravet til legalitet ved ileggelse av straff, jf. bl.a. Rt. 2014 s. 238 avsnitt 15. Og på strafferettens område gjelder det et absolutt forbud mot tilbakevirkende lovgivning, jf. bl.a. Rt. 2013 s. 1345 avsnitt 84. Se også Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 128: Det er [...] tradisjon for å tolke lovskravet på strafferettens område noe strengere enn man har tolket det generelle kravet til legalitet på de øvrige rettsområder. Dette har sammenheng med at straffereaksjoner rammer den enkelte hardt og kan få store konsekvenser.»

4. Har bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere for bruk av narkotika og besittelse til egen bruk et legitimt formål, og er det forholdsmessig?

Selv om Høyesterett konkluderte med at straff for bruk av narkotika og besittelse til egen bruk ikke var et inngrep etter EMK artikkel 8, ble det likevel drøftet om inngrepet kunne rettferdiggjøres etter EMK artikkel 8 nr. 2.⁶⁰

EMK artikkel 8 nr. 2 krever at et inngrep må forankres i et legitimt formål, hvorav to av dem er «the prevention of [...] crime» og «the protection of health or morals». At et inngrep må ha et legitimt formål, setter grenser for hvilke formål et inngrep i en frihetsinteresse kan ha. Vurderingen av kravet om at et inngrep må vareta legitime formål, er utelukkende knyttet til formål og motiv, og ikke inngrepets konsekvenser.⁶¹

Ved vurderingen av om kriminaliseringen hadde et legitimt formål, uttalte Høyesterett innledningsvis:

«Straff for befatning med narkotika forfølger videre generelt et *legitimt formål*. Departementet drøfter i Ot.prp.nr.22 (2008–2009) forslaget fra Straffelovkomisjonens flertall om å avkriminalisere bruk av narkotika samt erverv og besittelse til egen bruk. I punkt 4.2.2.5 på side 93 fremheves skadevirkningene av narkotikabruk for brukernes familie og sosiale miljø, for samfunnets økonomi og for den generelle trygghet og fred. På side 94 påpeker departementet videre at kriminalisering er viktig av hensyn til allmennprevensjonen og for å markere grunnleggende verdier i samfunnet. Etter en samlet avveining kom departementet den gangen til at forslaget fra kommisjonen ikke burde følges opp.

Overordnet er allmennprevensjon og vern om folkehelsen et sentralt formål bak straffebestemmelsene om narkotikalovbrudd, jf. også plasseringen av straffeloven § 231 i kapittel 23 om vern av folkehelsen og det ytre miljø. I avvisningsavgjørelsen 3. oktober 2006 *Palusiński mot Polen* [EMD-2000-62414]¹ konstaterte EMD uten videre drøftelse at ‘protection of health and morals’ var et legitimt formål.»

Høyesterett viser i første avsnitt til uttalelser i forarbeider som er fra tiden før Stortinget drøftet rusreformen. De har da ikke noen betydning for hvordan Stortinget vurderte legitimiteten av kriminaliseringen i forbindelse med behandlingen av rusreformen. I tillegg gav Stortinget ved behandlingen av rusreformen uttrykk for et annet syn på legitimiteten av bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere enn det som fremkommer her.

⁶⁰ Avsnitt 35–41.

⁶¹ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2012, s. 246–247.

For øvrig vises det til allmennprevensjon som et legitimt formål med kriminalisering. Allmennprevensjon er et legitimt formål når lovgiver vurderer kriminaliseringens virkninger. Når man tar stilling til om formålet med en kriminalisering er legitimt, er derimot spørsmålet hva som er legitimt å kriminalisere. Allmennprevensjon er uegnet som redskap for å vurdere om en kriminalisering har et legitimt formål.⁶² Det er forholdsmessighetsprinsippet⁶³ og skadefølgeprinsippet⁶⁴ som er styrende for om en kriminalisering er legitim.

I sitatet vises det til EMDs avvisningsavgjørelse i Palusiński mot Polen.⁶⁵ Avgjørelsen brukes som argument for at kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk bygger på et legitimt formål. Faktum var her at klager hadde publisert en bok om narkotika. Forfatteren skrev blant annet hvordan man kunne skaffe seg narkotika, og hvordan den skulle brukes. Ifølge staten og EMD var boken «designed to show that the narcotics described [brought] immediate pleasure and unforgettable experiences [...] and, more importantly, that taking the doses suggested by the defendant [would] not have any negative consequences for life and health».⁶⁶ Han ble dømt til bot for overtredelse av et straffebud som rammet «[a]nyone who, for financial gain or in pursuit of personal goals, provides another person with narcotic or psychotropic products, facilitates their use or incites others to use them».⁶⁷ Klager påstod krenkelse av EMK artikkel 10.

⁶² Likedan Thomas Frøberg, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo 2020, s. 42–43. Det uttales her at bruken av straff i Norge gjennomgående begrunnes med dens preventive virkning. Deretter fremholdes: «Denne begrunnelsen for bruken av straff forteller oss imidlertid ikke hvilke konkrete handlinger eller unnlater som bør straffes. Dersom man beslutter at det å ferdes på offentlig sted iført knallgule bukser skulle straffes med 30 års fengsel, ville nok de færreste dristet seg ut iført slike grelle plagg. Men denne preventive virkningen kan selvfølgelig ikke rettferdiggjøre et slikt straffebud. Dette illustrerer at det å belegge en konkret atferd med straff – *kriminaliseringen* – krever en særskilt begrunnelse.» Se også Thomas Frøberg, «Prinsippstyring av strafferettspolitikken», *Kritisk juss* 2010, s. 38–63, på s. 45. Se også Nils Jareborg, «Straffets syfte och berättigande», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1985, s. 1–17, på s. 1.

⁶³ Bl.a. NOU 2019: 26 Rusreform – fra straff til hjelp, s. 247: «Utvalget tar utgangspunkt i at straff er samfunnets sterkeste virkemiddel for å motvirke og fordømme innbyggernes uønskede handlinger [...]. Det enkelte straffebud må følgelig ha et identifisert formål, og det må vises hvordan strafflegging er egnet til å oppnå dette formålet på en slik måte at straffens menneskelige og økonomiske kostnader rettferdiggjøres. I dette ligger at byrdene ved bruk av straff må stå i et rimelig forhold til straffens tilsiktede virkninger.» Se også på samme måte bl.a. S.A.S. mot Frankrike, sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014 og Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021. Ved vurderingen av om bruken av straff var i samsvar med EMK, vurderte EMD om de formålene staten hadde lagt til grunn for kriminalisering og bruk av straff, var legitime, og om kriminaliseringen ellers var forholdsmessig. Derimot vurderes det ikke om formålene med å straffe var legitime.

⁶⁴ Bl.a. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), s. 88–92.

⁶⁵ Sak nr. 62414/00, avvisningsavgjørelse 3. oktober 2006.

⁶⁶ «The law», C. Compliance with Article 10, 2. The Court's assessment.

⁶⁷ «The facts, B. Relevant domestic law, 2. Relevant provision of the Prevention of Drug Act.

Staten hadde anført at det legitime formålet med straffen var «the protection of health and morals», og EMD gav staten medhold i det. I denne saken var det ikke tvilsomt at kriminaliseringen bygget på et legitimt formål.

Avvisningsavgjørelsen medfører imidlertid ikke at enhver bruk av straff for atferd som har tilknytning til narkotika, har et legitimt formål i samtlige av Europarådets medlemsstater. Etter EMDs praksis er vurderingen av om inngrepet har et legitimt formål, knyttet til det eller de konkrete formål som staten har bygget inngrepet på. Som eksempel kan nevnes S.A.S. mot Frankrike.⁶⁸ Ved vurderingen av om kriminaliseringen av å bære heldekkende hodeplagg (burka, nikab) drøftet EMD om de formål som staten hadde bygget kriminaliseringen på, var legitime. I tillegg til å fremme og legge til rette for sosial interaksjon i samfunnet hadde staten anført at kriminaliseringen skulle sikre «respect for equality between men and women, respect for human dignity».⁶⁹ Hva gjaldt det første formålet, kom EMD til at det var et legitimt formål med kriminaliseringen. Etter å ha slått fast at et forbud mot å tvinge kvinner til å bruke heldekkende hodeplagg klart ville ha et legitimt formål, uttalte domstolen at «a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women – such as the applicant – in the context of the exercise of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms».⁷⁰

EMD kom også til at bruken av respekt for menneskeverdet ikke kunne brukes som et legitimt formål med kriminaliseringen: «[R]espect for human dignity cannot legitimately justify a blanket ban on the wearing of the full-face veil in public places. The Court is aware that the clothing in question is perceived as strange by many of those who observe it. It would point out, however, that it is the expression of a cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy. It notes in this connection the variability of the notions of virtuousness and decency that are applied to the uncovering of the human body. Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.»⁷¹

⁶⁸ Sak nr. 43835/11, storkammerdom 1. juli 2014. Se også Lacatus mot Sveits, sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021 avsnitt 95–98.

⁶⁹ Avsnitt 116.

⁷⁰ Avsnitt 119.

⁷¹ Avsnitt 120.

En konsekvens av domstolens tilnærming til vurderingen av legitimt formål er at samme inngrep både kan være i strid med og i samsvar med kravet om et legitimt formål. For vårt tilfelle kan en kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk etter omstendighetene bygge både på et legitimt og et illegitimt formål. Det avgjørende er hvordan lovgiver har begrunnet den konkrete kriminaliseringen.

Høyesterett uttalte videre følgende i drøftelsen av om kriminaliseringen hadde et legitimt formål:

«Spørsmålet er om dette – i lys av Stortingets behandling av rusreformforslaget – må vurderes annerledes når det gjelder straff for rusavhengiges befatning med stoff til egen bruk. Etter mitt syn gir ikke stortingsbehandlingen grunnlag for å si at straff for slike overtredelser ikke lenger har et legitimt formål. Jeg minner om at et flertall i stortingskomiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, *heller ikke for tungt rusavhengige*. Flertallet var bekymret for signaleffekten av en avkriminalisering, for at bruk av narkotika ville ufarliggjøres og for konsekvensene en slik reform ville ha for narkotikabruken blant ungdom, se Innst.612 L (2020–2021) side 7. Men det var som nevnt bred enighet om at straff er lite hensiktsmessig for tungt rusavhengige, og om at reaksjonene må tilpasses de utfordringene disse har. Jeg ser det på bakgrunn av stortingsbehandlingen slik at kriminalisering av befatning med narkotika fortsatt har et legitimt formål også overfor rusavhengige, men at lovgiversignalene må trekkes inn ved valg av reaksjonsform» (min utheving).⁷²

Førstvoterende viser til at et flertall i stortingskomiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, *heller ikke for tungt rusavhengige*. At flertallet i stortingskomiteen hadde et slikt standpunkt, forankres med en henvisning til side 7 i innstillingen til Stortinget. Etter min vurdering er dette en uriktig forståelse av forarbeidsuttalelsene. Stortingskomiteen uttaler følgende på s. 7:

«Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet, støtter ikke regjeringens rusreform og forslaget om en *generell avkriminalisering* av narkotika til eget bruk. Flertallet er bekymret for signaleffekten en avkriminalisering vil ha, og at bruk av narkotika slik ufarliggjøres. Flertallet er særlig bekymret for konsekvensene en slik reform vil ha for narkotikabruken blant ungdom.» (min kursivering)⁷³

Som vi ser, er det uriktig slik førstvoterende skriver, at flertallet i komiteen ikke gikk inn for avkriminalisering, *heller ikke for tungt rusavhengige*. Det som komiteen derimot uttaler, er at komiteen ikke støtter forslaget om en *generell* avkriminalisering av narkotika til egen bruk. «Generell» brukes i teksten for å gi uttrykk for nettopp det, at flertallet ikke ønsket en generell avkriminalisering, men en differensiert avkriminalisering.

⁷² Avsnitt 36-38.

⁷³ Innst. 612 L (2020–2021) Innstilling til Stortinget fra helse- og omsorgskomiteen.

Dette bekreftes når man leser andre steder i komiteens dokument. Medlemmene fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet uttaler på s. 6 at de «ønsker et straffritak for personer med tung rusavhengighet». På samme måte s. 11, der de samme partiene ber Regjeringen utrede og fremme forslag om endringer i lovverket som «sikrer en avkriminalisering for bruk og besittelse av mindre brukerdoser for tunge rusavhengige, slik at denne gruppen møtes med god helsehjelp og oppfølging istedenfor straffereaksjoner». Og på s. 17 uttaler partiene som var mot en generell avkriminalisering av bruk og besittelse til egen bruk (Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet og Senterpartiet), at «det er stor enighet, både politisk og faglig, om at rusavhengige har et stort behov for både helse- og sosialtjenester, og at straff er svært lite hensiktsmessig for denne gruppen». Det er ikke tvil her om at flertallet på Stortinget mente at tunge rusmisbrukeres bruk eller besittelse til egen bruk ikke skulle møtes med straff. Høyesterett er faktisk av samme oppfatning. I sitatet ovenfor uttales det at det var «bred enighet om at straff er lite hensiktsmessig for tungt rusavhengige». I HR-2022-732-A er Høyesterett enda klarere når det uttales at «det er klart at lovgivers samstemte oppfatning om at rusavhengige skal hjelpes, ikke straffes».⁷⁴

Bestemmende for at Stortinget likevel opprettholdt kriminaliseringen av bruk og besittelse til egen bruk av narkotika for tunge rusmisbrukere, var at et flertall av partiene mente at en differensiering mellom tunge rusmisbrukere og andre brukere utfordret kravet om likhet for loven, jf. Grunnloven § 98.⁷⁵ Sagt med andre ord er likhet for loven det eneste bærende formålet med å kriminalisere tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk av narkotika.

Etter min oppfatning er dette ikke et formål som kan legitimere kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk av narkotika.⁷⁶ For det første kan ikke en grunnlovsbestemmelse som er ment å gi og gir borgerne grunnleggende rettigheter overfor staten, brukes for å påføre en gruppe borgere et inngrep. Lovgivers resonnement medfører nettopp det. Man straffer tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk (som man mener det ikke er grunnlag for å straffe) fordi man ønsker å opprettholde kriminaliseringen overfor personer som ikke er tunge rusmisbrukere.

⁷⁴ Avsnitt 9. Se lignende i HR-2022-733-A avsnitt 11 hvor det uttales at kjerneområdet for den brede politiske enigheten i Stortinget er knyttet til rusavhengiges bruk og befatning med mindre mengder narkotika til egen bruk. Det uttales deretter: «Denne gruppen bør ikke lenger møtes med straff, men få helsemessig oppfølging.»

⁷⁵ Innst. 612 L (2020–2021) s. 18.

⁷⁶ Jon Petter Rui, «Straff av tunge rusmisbrukere for bruk av narkotika og besittelse til eget bruk», *Lov og Rett* 2022, s. 53–58, på s. 57–58.

For det annet: Å straffe tunge rusmisbrukere for bruk og besittelse til egen bruk alene fordi man ønsker å straffe personer som har slik befatning med narkotika, men ikke er rusavhengige, betyr i praksis at tunge rusmisbrukere brukes som et objekt/redskap for å opprettholde en kriminalisering rettet mot andre. Å tufte en kriminalisering på et slikt formål er problematisk sammenholdt med kravet til menneskeverd. Det styrkes av at man kriminaliserer en gruppe som ofte er ressursvake og syke, utelukkende for å kunne bruke straff overfor en gruppe som står klart sterkere (typisk leilighets- og rekreasjonsbrukere). EMD har fremhevet at menneskeverdet («human dignity») utgjør «the very essence of the Convention».⁷⁷ I dommen *Lacatus mot Sveits*⁷⁸ var spørsmålet om en generell kriminalisering av tigging på offentlig sted var i strid med EMK artikkel 8. Domstolen konkluderte med krenkelse. Sentralt i begrunnelsen var at kriminaliseringen grep inn i klagers menneskeverd, og da kjernen i beskyttelsen av retten til privatliv etter EMK artikkel 8.⁷⁹ Klager hadde på grunn av fattigdom, analfabetisme og arbeidsløshet ikke annen mulighet til å skaffe seg utkomme enn å tigge. Beskyttelse av menneskeverdet er også et grunnleggende prinsipp etter Grunnloven.⁸⁰ Høyesterett drøfter ikke om dette eneste formålet med kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk er et legitimt formål med kriminaliseringen, herunder hvordan bruk av formålet forholder seg til menneskeverdet. Det burde vært gjort. Å legitimere kriminaliseringen med en henvisning til Grunnloven § 98 ville vært vanskelig.

Etter min oppfatning er det etter dette vanskelig å se at kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk kan forankres i et legitimt formål identifisert av lovgiver, jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.

EMK artikkel 8 nr. 2 krever at et inngrep må være «necessary in a democratic society», noe som tilsvarer den norske termen «forholdsmessig».⁸¹ Ved vurderingen av om et inngrep er

⁷⁷ *Vinter og andre mot Storbritannia*, sak nr. 66069/09, 130/10 og 3896/10, storkammerdom 9. juli 2013 avsnitt 113; *Svinarenko og Slyadnev mot Russland*, sak nr. 32541/08 og 43441/08, storkammerdom 17. juli 2014 avsnitt 118; *Bouyid mot Belgia*, sak nr. 23380/09, storkammerdom 28. september 2015 avsnitt 89; og *Murray mot Nederland*, sak nr. 10511/10, storkammerdom 26. april 2016 avsnitt 101.

⁷⁸ Sak nr. 14065/15, dom 19. januar 2021. Dommen er av domstolen merket med «Importance Level 1». Etter en vurdering gjort av domstolens Jurisconsult er dommen blitt merket som «Key Case» av Bureau of the Court. Se nærmere Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen: Grenser for kriminalisering og bruk av straff i konkrete saker. *Lacatus mot Sveits*, sak nr. 14065/15, dom av 19. januar 2021», *Tidskrift for strafferett* 2021, s. 191–198, på s. 193–194.

⁷⁹ Avsnitt 115.

⁸⁰ Rt. 1983 s. 1004 på s. 1018; Rt. 1997 s. 1821 på s. 1833.

⁸¹ Jon Petter Rui, «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter», *Lov og Rett* 2018, s. 129–130.

forholdsmessig, tar EMD i betraktning om inngrepet er egnet til å vareta det legitime formålet, og om og i hvilken grad det er nødvendig og proporsjonalt.⁸² Hva er sammenhengen mellom kravet om at et inngrep må vareta et legitimt formål, og at det må være forholdsmessig? Kravet om at et inngrep må ha et legitimt formål, er utgangspunktet og omdreiningspunktet for vurderingen av forholdsmessighet. Nærmere bestemt er egnethetsvurderingen knyttet til om inngrepet er egnet til å vareta det legitime formålet. Og ved vurderingen av nødvendighet er spørsmålet om inngrepet går lenger enn nødvendig for å vareta det legitime formålet med inngrepet.⁸³ Når et inngrep ikke har et legitimt formål, vil det derfor heller ikke være egnet til å vareta noe legitimt formål, være nødvendig eller proporsjonalt. Dermed er en kriminalisering som ikke bygger på et legitimt formål, aldri forholdsmessig.

5. Refleksjoner

Ovenfor er det konkludert med at Høyesteretts uttalelse om at bruk av straff overfor tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk av narkotika ikke er et inngrep etter EMK artikkel 8, bygger på en uriktig forståelse av EMK-retten. Grunnen er blant annet en mangelfull undersøkelse av EMDs praksis. Høyesterett signaliserte da også at de ikke hadde gått dypt inn i dette spørsmålet: «Partene har ikke vist til avgjørelser som mer direkte tar stilling til spørsmålet i vår sak, og det må i første rekke være opp til EMD å utvikle konvensjonen.»⁸⁴ Strengt tatt er dette to ulike og uavhengige forhold. Hva gjelder det førstnevnte, har domstolen i straffesaker fullt ansvar for rettsanvendelsen, uavhengig av hva som måtte ha vært anført av avgjørelser (og ander rettskilder) av partene. Hva gjelder det sistnevnte: Det er fornuftig at nasjonale domstoler i hovedsak overlater

⁸² Bl.a. Buck mot Tyskland, sak nr. 41604/98, dom 25. april 2005 avsnitt 44–45; Vinci construction et GTM génie et services mot Frankrike, sak nr. 63629/10, dom 2. april 2015 avsnitt 79. Se også Jeremy McBride, «Proportionality and the European Convention on Human Rights», i Evelyn Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford/Portland 1999, s. 23–35, på s. 24–26; Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2012, s. 183–184; Janneke Gerards, «How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights?», *International Journal of Constitutional Law* 2013, s. 466–490; Eva Brems/Laurens Lavrysen, «‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review* 2015, s. 139–168; og Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europeiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utgave, København 2017, s. 767–768, alle med videre henvisninger til praksis. Det samme gjelder for vurderingen av forholdsmessighet etter Grunnloven § 102, se bl.a. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28; Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60; Rt. 2015 s. 155 avsnitt 52; HR-2016-2554-P avsnitt 82–83; HR-2018-104-A avsnitt 23; HR-2018-699-A avsnitt 32. Se Jon Petter Rui, «Forholdsmessighetsprinsippet ved bruk av straff», *Lov og Rett* 2020, s. 323–324, og Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter 1. En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter*, Bergen 2022, s. 165–167.

⁸³ Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden 2014, s. 116.

⁸⁴ Avsnitt 34.

til EMD å utvikle konvensjonen. Som det fremgår ovenfor, er det imidlertid en ganske rik praksis fra EMD (og andre kilder) som tilsier at både bruk av straff i konkrete saker og kriminalisering i klart større grad enn det Høyesteretts rettsoppfatning gir uttrykk for, utgjør et inngrep etter flere av EMKs artikler. I foreliggende tilfelle var det derfor ikke tale om å utvikle konvensjonsvernet lenger enn det som allerede følger av EMDs avgjørelser.

Ovenfor er det også konkludert med at kriminaliseringen av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse til egen bruk vanskelig kan forankres i et legitimt formål, jf. EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Tvert imot var det bred enighet på Stortinget om at straff ikke skulle brukes overfor tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk. I tillegg er problematisk ut fra menneskeverdet å opprettholde en kriminalisering av tunge rusmisbrukeres bruk og besittelse av narkotika til egen bruk alene fordi man ønsker å kriminalisere andres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk (særlig leilighets- og rekreasjonsbrukere). Det kan generelt være forståelig at Høyesterett ikke ønsker å «trå lovgiver for nær» i kriminaliseringsspørsmål. I tillegg kommer at Høyesterett konkluderte med at straff av tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk «i alminnelighet» skal føre til straffutmålingsfrafall, og at Riksadvokaten har gitt uttrykk for at etterforskning av disse sakene som den klare hovedregel ikke vil skje. Om det treffes påtalevedtak, skal det være påtaleunntatelse. Intensjonen fra Høyesterett og Riksadvokaten er altså at det i praksis svært sjelden vil forekomme merkbar bruk av straff overfor tunge rusmisbrukere for bruk og besittelse til egen bruk av narkotika. Det kan anføres at denne fremgangsmåten har vært mer skånsom overfor lovgiver, samtidig som man i praksis har fått etablert en rettstilstand hvor tunge rusmisbrukere i praksis ikke straffes på en merkbar måte for bruk av narkotika og besittelse til egen bruk.

Etter min oppfatning har likevel Høyesterett i for stor grad kommet Stortinget i møte. Slik Stortinget har begrunnet kriminaliseringen, er den svært vanskelig å forene med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. På sikt kan det være et gode at den dømmende makt i noe større grad trekker opp visse konstitusjonelle og menneskerettslige grenser for Stortingets frihet til å ta i bruk statens strengeste virkemiddel mot borgerne. Mindretallets behov for vern av grunnleggende menneskerettigheter øker proporsjonalt med flertallets bruk av lovgivningsaktivisme og -populisme, og da særlig på området for kriminalisering og bruk av straff.

Jeg har fått opplyst at det ved noen politidistrikt i visse tilfeller utferdiges forelegg for tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk. Reaksjonen er påtaleunntatelse. Det skjer også at det tas ut tiltale for tunge rusmisbrukeres bruk av narkotika og besittelse til egen bruk i konkurrans med andre tiltaleposter, eksempelvis kjøring under ruspåvirkning. Også om man ser bort fra de menneskerettslige sidene av praksisen, gir det i et allmenn- og individualpreventivt perspektiv ingen mening verken å utferdige forelegg eller å idømme straffutmålingsfratall overfor tunge rusmisbrukere som har brukt narkotika, eller som er i besittelse av narkotika til egen bruk. Det fremstår også som dårlig prioritering av begrensede ressurser. I mangel av andre rasjonelle grunner for denne praksisen er det en del som peker mot at det skjer for å gi politiet bedre statistikk på oppklaring av straffbare forhold. Å benytte tunge rusmisbrukere som et redskap og objekt for å produsere god statistikk på oppklaring av straffbare forhold er også et myndighetsinngrep innenfor rusfeltet som er vanskelig å forsvare ut fra kravet om respekt for menneskeverdet.

Domfelte i HR-2022-731-A brakte saken inn for EMD med påstand om krenkelse av EMK artikkel 8. Den 6. oktober 2022 traff EMD ved enedommer avgjørelse om avvisning av klagen, hvor det uttales: «The Court finds in the light of all the material in its possession that the matters complained of do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto. Accordingly, these complaints are manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a).»⁸⁵ Siden avgjørelsen ikke er begrunnet, er det ikke mulig å vite hvorfor saken ble avvist. Ut fra drøftelsene ovenfor, er det etter min oppfatning grunnlag for å stille spørsmål ved riktigheten av denne avgjørelsen.

⁸⁵ Aker mot Norge, sak nr. 39680/22, avgjørelse 6. oktober 2022, avsagt av dommer Lorraine Schembri Orland.