

Menneskerettslige begrensninger i adgangen til å straffe narkotikabruk

*En vurdering av hvorvidt EMK art. 8 angir en plikt til å
avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk*

Kandidatnummer: 152

Antall ord: 14 672



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2024

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Bakgrunn og aktualitet	4
1.2 Avgrensninger og presiseringer av problemstillingen	5
1.3 Kilder og metode	7
2 EMK Artikkel 8 første ledd	9
2.1 Innledning	9
2.2 Inngangsvilkåret “privatliv” – anvendelsesområdet for EMK artikkel 8	10
2.2.1 Hva er omfattet av “privatlivet” etter EMK artikkel 8?	10
2.2.2 Bemerkninger om HR-2022-731-A	11
2.2.3 Omfattes medisinsk narkotikabruk av «privatlivet» i artikkel 8?	13
2.2.4 Omfattes øvrig narkotikabruk, og derunder rekreasjonell bruk, av «privatlivet» i artikkel 8?	15
2.3 “Rett til [...]”	18
2.3.1 Grensedragningen mellom positive og negative forpliktelser	18
2.3.2 Grensedragningens betydning for oppgaven og den videre fremstillingen	19
3 EMK artikkel 8 andre ledd – med unntak av forholdsmessighetsvurderingen	21
3.1 Innledning	21
3.2 “Inngrep” av “offentlig myndighet”	21
3.3 “I samsvar med loven” – Lovskravet	22
3.3.1 Nasjonal lovgivning	22
3.3.2 Tilgjengelighet	23
3.3.3 Forutsigbarhet	23
3.4 “Av hensyn til [...]” – Formålskravet	24
3.5 Formålskravet forhold til forholdsmessighetskravet	26
4 “Nødvendig i et demokratisk samfunn” – Forholdsmessighetsvurderingen	27
4.1 Innledning	27
4.2 Skjønnsmarginen	28
4.2.1 Om skjønnsmarginen og dens forhold til oppgavens problemstilling	28
4.2.2 Vurderinger omkring skjønnsmarginen i Thörn mot Sverige	29
4.2.3 Innvendinger til skjønnsmarginen i Thörn mot Sverige og et forslag til en annen størrelse på den	30
4.3 Selve forholdsmessighetsvurderingen	33
4.3.1 Kort om forholdsmessighetsvurderingen i Thörn mot Sverige	33
4.3.2 I hvilke tilfeller er straff mot bruk av narkotika uforholdsmessig?	34

5	Positive forpliktelser og oppgavens problemstilling	39
5.1	Skjønnsmarginen og positive forpliktelser.....	39
5.2	Oppstilles det en positiv forpliktelse til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk?	40
6	Avslutning og konklusjon	43
	Litteraturliste.....	45

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og aktualitet

Hvordan myndighetene skal møte bruk av narkotika er ikke et nytt spørsmål,¹ men det får stadig sin renessanse i politiske spørsmål i Norge. Spørsmålene ble senest aktualisert den 25. oktober 2024, da Regjeringen publiserte sin stortingsmelding: Meld. St. 5 (2024-2025). Her slås det fast at «all form for narkotikabruk er, og skal være ulovlig».² Denne stortingsmeldingen står i kontrast med den tidligere utredningen om narkotikapolitikk - NOU 2019:26 - som konkluderte med at narkotikabruk skal møtes med *hjelp, ikke straff*.³ Da rusreformutvalget la til grunn denne tilnærmingen, innebar dette at brukerdoser av narkotika skulle *avkriminaliseres*.⁴ Med andre ord er det sterkt politisk uenighet om hvordan en skal møte rusproblemer i norsk politikk.

I september 2022 la Norges Institutt for Menneskerettigheter fram en rapport: «*Rus og menneskerettigheter*». Her løftet de frem menneskerettslige blindsoner i ruspolitikken. Spørsmål om avkriminalisering og menneskerettigheter ble også trukket frem som en sådan, men rapporten konkluderte ikke med annet enn at *hvorvidt EMK angir en plikt til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk er et rettslig spørsmål som i dag består ubesvart*.⁵ Til tross for dette står det ikke stille i EMD når det gjelder spørsmålene – hvilket Thörn mot Sverige er et eksempel på. Dommen gjaldt hvorvidt straff for bruk av cannabis var i strid med EMK artikkel 8, hvilket EMD avkreftet.⁶ Dommen aktualiserer ruspolitikk og menneskerettigheter, og gir veiledning til hvilke føringer som legges av EMD. Denne dommen vil bli nokså gjennomgående i oppgaven, siden den er det første av sitt slag fra EMD.

Avslutningsvis er det tydelig at det trengs rettslige vurderinger av hvordan menneskerettighetene legger begrensinger eller føringer for myndighetens håndtering av rusbruk. Menneskerettslige perspektiver er dessuten en viktig side å ta hensyn til når det gjelder lovgivning, og vurderingene bør tas utførlig – nettopp for å skape et solid, rettslig fundament der ny lovgivning muligens skal etableres. Det at spørsmålet som oppgaven tar for seg i tillegg

¹ NOU 2019: 26 «Rusreform – fra straff til hjelp», s. 43

² Helse- og omsorgsdepartementet, «- En ny ruspolitikk for trygghet, fellesskap og verdighet», Regjeringen, 25.10.2024, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/-en-ny-ruspolitikk-for-trygghet-fellesskap-og-verdighet/id3066515/> (lest 10.11.2024)

³ NOU 2019: 26, s. 29

⁴ Ibid. S. 29

⁵ Norges institusjon for menneskerettigheter, «Rus og menneskerettigheter» (21.09.2022), s. 19

⁶ Thörn v. Sweden (2022) no. 24547/18 avsnitt 5.

har blitt løftet frem som et særskilt *uavklart* spørsmål av NIM, trekker ytterligere i retning av at aktualiteten er stor. Behovet for klargjøring av det rettslige landskapet er i aller høyeste grad tilstede.

1.2 Avgrensninger og presiseringer av problemstillingen

Problemstillingen for oppgaven lyder som følger:

«Oppstilles det er menneskerettslig plikt til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk etter EMK artikkel 8?»

Problemstillingen består av flere elementer, og legger i sin ordlyd opp til en del avgrensninger. Det første – og mest åpenbare – er at oppgaven vil innta et menneskerettslig perspektiv. Dette vil ha innvirkning på både metode og kilder, hvilket jeg kommer tilbake til. Spørsmålet blir om *menneskerettighetene*, slik de er gjennom ordlyd og praksis, oppstiller en plikt til avkriminalisering. Selv om oppgaven tar for seg menneskerettighetene, vil disse i oppgaven ses opp mot norsk rett.

Jeg har videre valgt å kun ta utgangspunkt i rettigheten som oppstilles i EMK artikkel 8 – retten til privatliv.⁷ Det er flere årsaker til dette. For det første hevdes det at artikkel 8 rommer tilfeller som ikke når helt opp til terskelen for artikkel 3 – forbud mot tortur. Dette følger av blant annet *Wainwright mot Storbritannia*, hvor EMD vurderte etter artikkel 8, da forholdet ikke bar preg av «sufficient severity to violate Article 3», jf. avsnitt 36.⁸ Jeg kunne muligens stilt meg spørsmålet om straff for bruk av narkotika hadde slagsider mot forbudet mot tortur, men der rettstilstanden er såpass uavklart vil det mest hensiktsmessige være å ta utgangspunkt i artikkel 8 – nettopp fordi den omfatter *mer* enn artikkel 3. Dette tydeliggjør behovet for å forholde seg til artikkel 8.

Videre vil forholdsmessighetsbetraktninger bli viet stor plass til i oppgaven. Artikkel 8 oppstiller et eksplisitt krav til forholdsmessighet, jf. ordlyden «nødvendig i et demokratisk samfunn». Artikkel 3 opererer ikke med et slikt eksplisitt vilkår. Det kan derfor legges til grunn at utførlige forholdsmessighetsvurdering tas best etter artikkel 8. Avgjørelsen har også en side

⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen), del I artikkel 8.

⁸ *Wainwright v. United Kingdom* (2006) no. 12350/04

til rent oppgavetekniske hensyn, nettopp at jeg får bedre muligheter for en dyptgående analyse der jeg kun tar utgangspunkt i *én* artikkel, fremfor flere.

Oppgaven stiller seg også spørsmålet om EMK art. 8 oppstiller en plikt til *avkriminalisering*. Avkriminalisering innebærer at ny lovgivning slår fast at en gjerning ikke lenger er *straffbar*.⁹ Begrepet må ikke forveksles med *legalisering*. Legalisering betyr å gjøre noe «rettsgyldig», det vil si at handlingen heller ikke er ulovlig.¹⁰ Dersom en skulle *legalisert* befatning av brukerdoser med narkotika, ville dette innebære at det åpnes opp for et *lovlig* marked av omsetting av mindre mengder narkotika.

Oppgaven tar for seg *avkriminalisering*. Årsaken til dette er sammensatt. For det første er det naturligvis terskelforskjeller mellom avkriminalisering og legalisering – det ene knytter seg til fraværet av straffebelegging, mens den andre handler om å lovliggjøre en handling. Det kan antydes at det kreves sterkere grunner for at det oppstilles en plikt til legalisering, enn avkriminalisering.

Ordet «avkriminalisering» legger – som jeg vil komme tilbake til – også opp til grensedragninger mellom såkalte positive og negative forpliktelser. Overordnet handler *positive forpliktelser* om at staten har en aktivitetsplikt for å foreta tiltak for å sikre rettigheten.¹¹ *Negative forpliktelser* handler på sin side om å avstå fra en handling – typisk et «*inngrep*» i artiklene 8-11 sin forstand.¹² Snderingen mellom disse er inntatt i kapittel 2.3, hvor jeg også grundigere tar for meg sammenhengen mellom begrepet «avkriminalisering» har med problemstillingen.

Problemstillingen stiller spørsmål om det *oppstilles en plikt*. Ordlyden er slik at den legger opp til en binær konklusjon, altså ja eller nei. Det er mulig at oppgaven vil konkludere i mer nyansert grad. Det vil måtte tas hensyn til flere faktorer ved vurderingene. Oppgaven vil måtte se nærmere på grensene der straff er konvensjonsstridig. Disse grensene vil avhenge av flere faktorer som jeg vil ta for meg i det følgende. Selv om problemstillingen taler om «narkotika» under ett, vil likevel konklusjonen muligens måtte nyanseres – slik at den ikke vil bli binær.

⁹ Lomell, Heidi, «Avkriminalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/avkriminalisering> (lest 8.10.2024)

¹⁰ Holmøyvik, Eirik, «Legalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/legalisering> (lest 8.10.2024)

¹¹ Fredman (2008) s. 1

¹² Ibid.

For øvrig er det tale om befatning av narkotika til *eget bruk*. Ordlyden «eget bruk» byr på to ulike tolkningsalternativer – om det er bevist at personen besitter narkotikaen for å bruke den selv (altså at den ikke skal overdras til andre som inntar det), eller om det er bevist at *mengden* narkotika tilsvarer det som anses som en alminnelig brukerdose. Det er sistnevnte tolkningsalternativ som legges til grunn i den videre fremstillingen.

Videre bruker jeg begrepet «narkotika» i oppgaven. Språk kan skape stigma,¹³ og et mer hensiktsmessig begrep ville etter mitt syn vært «ulovlige rusmidler». Likevel er dette en oppgave som tar for seg jussen, og det mest presise vil da være å tale om «narkotika», all den tid dette er *utelukkende* et rettslig begrep. «Narkotika» peker på de «stoffer, grupper av stoffer, droger, planter og sopper som er oppført i narkotikalistene, jf. § 4», jf. narkotikaforskriften § 3.¹⁴

Jeg kommer til å bruke begrepene «straff for befatning av narkotika til eget bruk», «straff for narkotikabruk», og «straff for befatning av brukerdoser narkotika» om hverandre. Dette betyr ikke at det er noen realitetsforskjell mellom forholdene, all den tid både besittelse og bruk er straffbare handlinger, jf. legemiddeloven § 31, jf. § 24 (1).¹⁵ Å innta narkotika er en forlengelse av å være i befatning av det. Som nevnt peker ordlyden «eget bruk» til at narkotikaen besittes i den hensikt at den skal inntas av besitteren selv.

1.3 Kilder og metode

Som nevnt inntar oppgaven et menneskerettslig perspektiv. Den Europeiske Menneskerettskonvensjon er en rettslig bindende internasjonal konvensjon, som flere stater har valgt å slutte seg til – derunder Norge, jf. menneskerettsloven § 1, hvor det heter at den lovens formål er å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.»¹⁶ Videre får konvensjonen forrang over bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3. Med andre ord er EMK-instituttet bærende for norsk rett.

Ved ratifisering av konvensjonen blir også statene underlagt kontroll av EMD – nemlig den Europeiske Menneskerettsdomstolen. Dette følger av EMK art. 33 og EMK art. 35 nr. 1 som angir at EMD kan avgjøre klager fra rettssubjekter der alle hjemlige rettsmidler forgjeves er uttømt. Praksis fra EMD spiller følgelig en stor rolle i rettsanvendelsen av den Europeiske

¹³ Meld. St. 5 (2024-2025), s. 41

¹⁴ Forskrift 14. februar 2013 nr. 199 om narkotika (narkotikaforskriften)

¹⁵ Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v. (legemiddeloven)

¹⁶ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

menneskerettskonvensjonen.

Etter EMK art. 1 har konvensjonsstatene plikt til å «sikre» menneskerettighetene. Denne ordlyden medfører at statene må gi borgerne beskyttelse av sine rettigheter, og at de er ansvarlig for å både avstå fra inngrep i dem og å legge til rette for gjennomføring av rettighetene, jf. «sikre» og praksis fra EMD.

Jeg tar utgangspunkt i EMK artikkel 8. Det er den åttende artikkelen i den Europeiske Menneskerettskonvensjonen, som er en relativt kortfattet konvensjon med tilleggsprotokoller. I tillegg til at konvensjonen i seg selv er relativt kort, gjelder dette også artiklene og derunder artikkel 8. På grunn av dette ordlyden i den preget av vaghet. Dette medfører et behov for å utpense innholdet av praksis fra EMD. Disse har som nevnt stor innvirkning på retten, all den tid statene er underlagt kontroll av domstolen.¹⁷

Til tross for praksis sin svært sentrale rolle i tolkningen av EMK, er det jo også viktig å ta utgangspunkt i ordlyden. Ordlyden er nøye gjennomtenkt av de forfattende statene, hvilket gir rettsanvenderen en sterk oppfordring til å ta hensyn til denne. Det er jo denne som utgjør fundamentet for rettsanvendelsen, til tross for at vagheten oppfordrer til bruk av praksis.

Når det gjelder praksis fra EMD vil særlig dommen Thörn mot Sverige være førende.¹⁸ Dette er som nevnt det første av sitt slag – en relativt ny dom (2022) hvor EMD for første gang får spørsmål om straff for bruk av cannabis er i strid med menneskerettighetene. Dommen gjaldt en klager som led av sterk smerte etter en ulykke, og som dyrket og inntok cannabis som medisin fordi andre legemidler ikke var tilstrekkelig.¹⁹ Dette vil derfor få en stor plass i oppgaven, selv om innvendinger og kritikk vil bli rettet mot den. En kan på et vis si at denne dommen åpnet en ny dør når det gjelder menneskerettigheter og ruspolitikk, som jo oppgaven omhandler.

For øvrig vil annen praksis fra EMD bli løftet fram, der disse har relevans. Det vil særlig gjelde de dommer som knesetter utgangspunktene for vurderinger av de ulike vilkårene i EMK art. 8, samt de dommer som ellers relaterer seg til den konkrete artikkelen. Dette samsvarer godt med metoden som er utviklet for anvendelse av EMK, da som nevnt praksis utfyller vage ordlyder.

¹⁷ Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 33 og artikkel 35 nr. 1

¹⁸ Thörn v. Sweden (2022)

¹⁹ Thörn v. Sweden (2022) avsnitt 5

2 EMK Artikkel 8 første ledd

2.1 Innledning

EMK artikkel 8 har følgende ordlyd (norsk oversettelse):

- 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.*
- 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.*

Artikkelen er formulert slik at den har likhetstrekk med de øvrige inngrepshjemlene i EMK, artikkel 8-11. Disse er forfattet på en slik måte at det først må vurderes om tilfellet i det hele tatt omfattes av den *vernede interesse*, som i artikkel 8 sitt tilfelle er «sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Dersom dette besvares bekreftende, vil en måtte ta for seg bestemmelsens andre ledd. Hvis det slås fast at det har skjedd et «inngrep av offentlig myndighet» i denne vernede interessen, er inngrepet kun konvensjonsmessig, jf. ordlyden «unntatt når», når tre vilkår er oppfylt: Lovskravet («i samsvar med loven»), forholdsmessighetskravet («nødvendig i et demokratisk samfunn») og formålskravet («av hensyn til [...]»), jf. EMK art. 8 (2).

Et særs naturlig sted vil derfor være å spørre om befatning av narkotika for eget bruk er en del av den vernede interesse – om det i det hele tatt er en del av «privatlivet» slik det fremgår av art. 8 med tilhørende praksis. Dette er inngangsvilkåret for anvendelse av artikkel 8.

2.2 Inngangsvilkåret “privatliv” – anvendelsesområdet for EMK artikkel 8

2.2.1 Hva er omfattet av “privatlivet” etter EMK artikkel 8?

For å få beskyttelse av vernet artikkel 8 angir – må den offentlige myndighetsutøvelsen gripe inn i retten til «privatliv og familieliv, sitt hjem og korrespondanse», jf. art. 8 (1). De ulike interessene som er listet opp kan fremstå å antyde separate interesser, men det er lagt til grunn at «privatlivet» vil konsumere de øvrige.²⁰

Ordlyden «privatlivet» peker på den personlige sfæren enhver har rundt seg. Den gir imidlertid ingen konkret anvisning på hva den er ment å omfatte. Grensene må søkes utfylt av praksis. EMD har uttalt at «privatlivet» omfatter «the sphere of personal autonomy in which everyone can freely pursue the development and fulfilment of his or her personality and to establish and develop relationship with other persons and the outside world», jf. Jehovas Vitner av Russland mot Russland avsnitt 177.²¹ Dette antyder at bestemmelsen favner vidt, men at i kjernen av den befinner seg de interessene som relaterer seg til det som springer ut av personens psykiske og fysiske integritet. Innenfor dette befinner det seg friheter til å kunne utøve sin helt egen personlighet, jf. samme dom.

EMD har også lagt til grunn at helse omfattes av «privatlivet» i artikkel 8, jf. blant annet Nada mot Sveits.²² Denne dommen gjaldt en person som ble forhindret til å få legehjelp i Italia eller Sveits, og EMD uttalte at et slikt tilfelle omfattes av «privatlivet» etter art. 8. Med andre ord vil en persons helse være en vernet interesse etter artikkel 8, og derunder «privatlivet». EMD har også slått fast at dersom en blir nektet helsehjelp, angår også dette «privatlivet». Det er med andre ord klart at EMD anser helsen å være dekket under ordlyden «privatliv» i artikkel 8. Årsaken kan antydes å ha en sammenheng med at helsen er en så integrert del av å være et menneske, og er noe som ligger personlig til en.

Sammenligner en i tillegg forholdet mellom artikkel 3 og artikkel 8, taler dette for å også anse helsen som en del av den vernede interessen etter artikkel 8. Som nevnt i innledningen vil det

²⁰ Aall (2022) s. 225

²¹ Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia (2010) no. 302/02

²² Nada v. Switzerland (2012) no. 10593/08

etter praksis ofte slås fast at artikkel 8 rommer tilfeller som ikke «når opp» til terskelen i artikkel 3 om vilkåret «tortur», «umenneskelig» eller «nedverdiggende behandling», jf. Wainwright mot Storbritannia. Dette understreker at artikkel 8 også beskytter den fysiske og psykiske velvære som blir utsatt for forringelse som ikke er alvorlig nok til å anses som «tortur» etter EMK art. 3.

2.2.2 Bemerkninger om HR-2022-731-A

Spørsmålet om narkotikabruk var en del av «privatlivet» etter EMK art. 8 ble i noen grad drøftet i HR-2022-731-A.²³ Dommen gjaldt straff for overtredelse av strl. § 231. Tiltalte ble ansett som en person som var tungt rusavhengig. Forholdet han ble tiltalt for var oppbevaring av fire gram heroin til eget bruk. Høyesterett drøftet anførselen om at straffen for bruk var i strid med Grunnlovens § 102,²⁴ jf. EMK art. 8 i et eget kapittel i domspremissene.

Som nevnt er rettsanvenderen nødt til å ta stilling til om forholdet i det hele tatt angår den vernede interesse, som i dette tilfellet er «privatlivet». Imidlertid tar Høyesterett i premissene først for seg om straff mot rusavhengige som følge av befatning av brukerdoser er et «inngrep» først, jf. avsnitt 31. Videre konsentrerer de seg i stor grad rundt spørsmålet om «inngrep»-vilkåret i den videre drøftelsen, til tross for at de er inne på hva som omfattes av «privatlivet». Dette antydes gjennom henvisninger til dommer som angår spørsmålet – i tillegg til at det vises til hvilke interesser som er vernet av art. 8, se blant annet avsnitt 33. Her blir det trukket fram at den personlige autonomien er vernet.

Som nevnt så blir en stor del av drøftelsen konsentrert rundt «inngrep»-vilkåret, og det blir blant annet vist til Gillberg mot Sverige som et utgangspunkt. Denne dommen angir utgangspunktet om at straff i seg selv ikke er et «inngrep» i art. 8.²⁵ Videre vises det til en nyere dom – Lacatus mot Sveits – hvilket ble anført å gjøre endringer i dette utgangspunktet, ettersom EMD her kom til at straff i *noen* tilfeller var å anse som et inngrep i artikkel 8.²⁶ Dommen gjaldt om straff mot en tigger var et inngrep i hennes rett til privatliv i artikkel 8, hvilket de besvarte bekreftende – nettopp på grunn av hennes prekære situasjon. Det ble fremholdt at straffen i seg selv gjorde et

²³ HR-2022-731-A

²⁴ Lov 17. Mai 1814 Kongerikets Norge Grunnlov

²⁵ Gillberg v. Sweden (2012) no. 41723/06 avsnitt 68

²⁶ Lacatus v. Switerland (2021) no. 14065/15

såpass stort innhugg i hennes menneskeverd, at den ble ansett for å være i strid med artikkel 8, jf. HR-2022-731-A avsnitt 32. Høyesterett legger imidlertid til grunn at dommen ikke «røkker ved dette generelle utgangspunktet» - altså at straff i seg selv er et «inngrep» i artikkel 8. Likevel kan det innvendes flere aspekter av Høyesteretts metode og fremgangsmåte i denne dommen.

Som nevnt i kapittel 2.1 så bør rettsanvenderen først ta stilling til om forholdet angår den vernede interessen, før en går over til om det har skjedd et inngrep i denne. Slik blir drøftelsen grundig og man løfter fram nyansene. Gjennom premissene av dommen etterlater HR et inntrykk av at straff mot bruk av narkotika ikke er noe *mer* enn bare en bot eller fengselsstraff. Spørsmålet som overses er om selve handlingen – det å besitte narkotika til eget bruk – er en del av privatlivet etter EMK art. 8. Det blir derfor mindre hensiktsmessig å se til praksis som knesetter at straff i seg selv *kan* være et inngrep i «privatlivet» (Lacatus mot Sveits), all den tid fokuset burde vært på om handlingen *eller gjerningsbeskrivelsen* er en form for utøvelse av privatlivet. Denne vurderingen overses i HR-2022-731-A, hvilket trekker i retning av at relevansen fra dommen til oppgaven er begrenset.

I avsnitt 34 angir førstvoterende at «[...] det må uansett være klart at et eventuelt inngrep kan rettfærdiggjøres etter artikkel 8 nr. 2 [...]». Dette tydeliggjør at Høyesterett velger å ikke konkludere definitivt og bastant på spørsmålet om forholdet i det hele tatt angår «privatlivet». Videre foretas det en vurdering basert på EMK artikkel 8 (2), hvor det konkluderes med at både lovskravet, formålsskravet og forholdsmessighetskravet er oppfylt, jf. avsnitt 35-40. Med andre ord foretar Høyesterett her en øvelse i å «hoppe bukk» over vilkåret som åpner opp for at artikkelen i det hele tatt skal anvendes. En slik fremgangsmåte kan være hensiktsmessig da den åpner for stor skjønnsutøvelse for rettsanvenderen. Å ha gode muligheter for bruk av skjønn kan gjøre vurderingen mer fleksibel i form av at flere nyanser kan komme frem.

På den andre siden må en ved rettsanvendelse alltid ta hensyn til *hvorfor* og *hvordan* en lovtekst eller konvensjonstekst er forfattet på den måten den er. Utarbeidelse av ordlyd er en omstendelig prosess som gir knappe rom for tilfeldigheter. Denne prosessen - sammenholdt med ordlydens store rettskildemessige vekt gir en oppfordring til å avstå fra øvelser hvor vilkår blir oversett eller sammenblandet med øvrige. Dette kan i verste fall undergrave ordlydens legitimitet og legge til rette for løsninger som ikke var tilsiktet av konvensjonsforfatterne.

Avslutningsvis må det understrekes at det gjennom premissene i HR-2022-731-A gis tydelig uttrykk for at Høyesterett lar spørsmålet om bruk av narkotika er en del av «privatlivet» stå åpent, jf. avsnitt 34. Dommens relevans for spørsmålet som stilles i dette kapittelet er dermed liten.

2.2.3 Omfattes medisinsk narkotikabruk av «privatlivet» i artikkel 8?

Når det gjelder situasjoner hvor narkotika brukes for å bedres en klagers helse, er Thörn mot Sverige relevant. Dommen gjaldt en klager som hadde fått dagbøter som straff for sin bruk og befatning av cannabis. Klageren hadde sterke, kroniske smerter etter en ulykke, og hadde forgjeves prøvd mange ulike medisiner og behandling, uten å oppleve nevneverdig bedring av disse. Han fant omsider ut at cannabis hjalp mot hans smerter, så han begynte å dyrke dette selv for eget bruk, jf. avsnitt 5. Smertene bedret seg, som førte til at klageren kunne jobbe igjen og delta i familielivet. Partene var enige i at artikkel 8 kunne anvendes, og EMD uttalte i den forbindelse at «the conviction [...] entailed an interference with his right to respect for his private life and, considering that the acts for which he was convicted had been carried out in order to assist the applicant in functioning better in his everyday life, finds that, in the particular circumstances of the present case, to be sufficiently established.»²⁷

Thörn mot Sverige angir at det i enkelte tilfeller vil være riktig å anvende artikkel 8 der en person bruker narkotika av helsemessige årsaker. Dette vil særlig gjelde der bruken er nødvendig for å bedre noens helse, slik at personer kan leve med en så god helse som mulig. Ut fra dommen kan en lese at i visse situasjoner er det å bli straffet for bruk av narkotika et inngrep i «privatlivet». Med andre ord vil narkotikabruken da være ansett å være en del av «privatlivet», dersom øvrige omstendigheter tilsier det.

Dersom en legger EMDs forståelse av vilkåret «privatlivet» til grunn i andre, nærliggende saker – kan det argumenteres for at også tilgrensede tilfeller bør omfattes av vilkåret «privatlivet». Det vil særlig være aktuelt der personens helse oppnår betydelig bedring av bruken. Det avgjørende synes å være at straffen for bruken utgjør et såpass stort innhugg i helsen og velværen til personen, at det blir legitimt å anse interessen som vernet av artikkel 8. Å straffe

²⁷ Thörn v. Sweden (2022) avsnitt 49

noen for en narkotikabruk som de får dårligere helse av å være foruten, har også likhetstrekk med å nekte noen medisinsk behandling, slik som i Nada mot Sveits.²⁸

I forlengelsen av dette finnes det gode grunner til å likestille tilfellet i Thörn mot Sverige opp mot andre. Et eksempel kan være der en heroinbruker risikerer å bli alvorlig abstinent ved bråslutt. En slik abstinensstilstand kan utgjøre en reell og fatal helserisiko, i tillegg til brukerens subjektive opplevelse av smerte og ubehag.²⁹ Da vil bruken av heroinen være så fundamental for brukerens helse, at det må konkluderes av å være en del av «privatlivet». Det kan imidlertid innvendes at det i Thörn mot Sverige ble lagt til grunn at cannabis var det eneste som hjalp klageren, mens det for andre kan være uprøvde medikamenter og tiltak som vil kunne ha en positiv innvirkning på dens helse.

Også andre tilfeller kan antas på bakgrunn av Thörn mot Sverige å falle inn under «privatlivet». Dette kan for eksempel angå situasjoner hvor psykedeliske stoffer tas i bruk mot suicidalitet, der annen førstelinjebehandling ikke fører til bedring – og der bruken medfører betydelig symptomlette.³⁰ Psykisk sykdom kan i likhet med tilfellet i Thörn mot Sverige medføre stor subjektiv lidelse, i tillegg til arbeidsuførhet med mer. Gode grunner tilsier å likestille disse tilfellene, særlig fordi bruken kan innebære en så radikal bedring av noens helse.

Argumentasjonen ovenfor taler for å anse narkotikabruk – der denne har medisinske formål – som en del av «privatlivet» i EMK art. 8. Det er tydelig at der bruken har slike formål, blir det en så grunnleggende del av noens helse og velvære, at det absolutt må anses å være en del av «privatlivet» til brukeren.

²⁸ Nada v. Switzerland (2012)

²⁹ Shah, Mansi, «Opioid withdrawal», National Library of Medicine, 21.02.2023, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK526012/> (lest 04.10.2024)

³⁰ Zeifman, Richard, «Decreases in Suicidality Following Psychedelic Therapy: A Meta-Analysis of Individual Patient Data Across Clinical Trials», National Library of Medicine, 9.05.2022, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35044730/> (lest 04.10.2024)

2.2.4 Omfattes øvrig narkotikabruk, og derunder rekreasjonell bruk, av «privatlivet» i artikkel 8?

Det må antas at det er en glidende overgang mellom bruk som har tungtveiende medisinske grunner i den ene enden av skalaen, til rekreasjonell bruk i den andre enden. Formålene til narkotikabruk må også antas å variere, og i tillegg være sammensatt. Bruken kan være utelukkende rekreasjonell – altså at det kun gjøres for «gøy». Herfra kan veien være kort til at bruken får et eller annet mer dyptgående formål. Dette kan dreie seg om for eksempel virkelighetsflukt, fravær av angst og depressivitet, selvmedisinering, nysgjerrighet, abstinensunnngåelse, søken etter dypere innsikt med mer.³¹

Til tross for disse glidende overgangene, er behovet for å vurdere om hvorvidt rekreasjonell bruk også er en del av «privatlivet» i EMK art. 8. Problemstillingen i oppgaven spør om hvorvidt EMK art. 8 innebærer en plikt for avkriminalisering av befatning av narkotika til eget bruk, og den utelukker *ikke* rekreasjonell bruk.

Spørsmålet er om rekreasjonell bruk av narkotika er å anse som en del av «privatlivet» i EMK art. 8 (1).

Et utgangspunkt er at EMD har slått fast at straff i seg selv ikke er et inngrep i privatlivet, jf. Gillberg mot Sverige.³² Dommen gjaldt om *straffen* mot en professor som ikke ville gi ut forskningsdata var et inngrep i hans rett til privatliv I art. 8. Her uttaler EMD at «[...] 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», jf. avsnitt 68. Dommen er senere henvist til i EMD-praksis for å uttrykke utgangspunktet – altså at straff i seg selv ikke utgjør et inngrep i privatlivet.

Dommen gjaldt imidlertid om straff i seg selv – med de konsekvensene den gir – griper inn i «privatlivet». Det forholdet som professoren ble straffet for angikk imidlertid ikke privatlivet, selv om han anførte så. EMD uttalte at det falt utenfor privatlivet, og at straffens konsekvenser var noe en kunne forutberegne seg. Dommens relevans for spørsmålet er derfor noe begrenset i dette tilfellet, da spørsmålet under dette punktet er hvorvidt *narkotikabruk* er en del av

³¹ National Institute of Drug Abuse, “The Science Of Drug Use: A resource for the justice sector”, 23.11.22, <https://nida.nih.gov/research-topics/criminal-justice/science-drug-use-resource-justice-sector> (lest 04.10.24)

³² Gillberg v. Sweden (2012)

«privatlivet», ikke om *straffen* for narkotikabruk griper inn i privatlivet. Foruten utgangspunktet som stilles opp i Gillberg mot Sverige, må vurderingen søkes utfylt av andre kilder.

Som nevnt favner ordlyden «privatlivet» vidt, og det har ikke blitt utført en uttømmende opplisting av forhold som omfattes, da dette er en utfordrende og lite hensiktsmessig oppgave. I kjernen av den er imidlertid ens personlige sfære hvor en kan søke sin personlige og frie «fullfilment», jf. Jehovas vitner av Russland mot Russland avsnitt 117. På en side kan det hevdes at ordlyden trekker i retning av at all narkotikabruk omfattes av «privatlivet». Årsaken til det er at det jo handler om hva man inntar i kroppen sin, og er derfor på mange måter i kjerneområdet til bestemmelsen – altså den fysiske integriteten. Det er med andre ord tale om handlinger og avgjørelser som ligger personlig til personen, og slik sett innenfor dens private sfære som bør anses å være en del av «privatlivet». Hva man inntar i kroppen sin er et intim aspekt av det å være menneske. Videre kan narkotikabruk også knytte seg til personlig utvikling, og ikke minst ens personlighet. Dette trekker ytterligere i retning av at det er en del av «privatlivet».

Hvilke stoffer man selv velger å innta kan på en måte sammenlignes med bekledding, som EMD klart har ansett som en del av «privatlivet», jf. S.A.S. mot Frankrike.³³ Det kan til og med hevdes at hva man inntar er en *enda* mer personlig handling, og mer i kjerneområdet til «privatlivet». Sammenlignet med bekledding, er ikke nødvendigvis denne handlingen engang synlig for utenforstående. Dette trekker sterkt i retning av at narkotikabruk – uavhengig av formål – er en del av «privatlivet».

Artikkel 8 skal også verne om den private autonomien og identiteten, jf. blant annet Bensaid mot Storbritannia avsnitt 47.³⁴ Det er ikke slik at den autonomien som er vernet *kun* relaterer seg til *gode* valg for personer. EMD har uttalt at også den personlige valgfriheten til å ta mer eller mindre dårlige valg ovenfor seg selv også er en del av «privatlivet». Det angis i dommen Pretty mot Storbritannia.³⁵ Denne dommen gjaldt forbud mot assistert selvmord, om en syk dame som hadde et ønske om å dø. Her uttalte EMD at «the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned.», jf.

³³ S.A.S v. France (GC) (2014) no. 43835/11

³⁴ Bensaid v. United Kingdom (2001) no. 44599/8

³⁵ Pretty v. United Kingdom (2002) no. 2346/02

avsnitt 62. Det er med andre ord på det rene at også handlinger som medfører risiko på individet er en del av «privatlivet», og en form for autonomi som EMD anerkjenner er innenfor virkeområdet til artikkel 8.

Det er klart at narkotikabruk også en handling som medfører risiko på individet. Handlingen er imidlertid noe som springer ut av mer eller mindre overveide valg fra brukeren, og er derfor en del av autonomien. I tillegg kan det hevdes at det å innta narkotika er et valg med færre negative konsekvenser enn å få assistanse til selvmord – alt etter hvordan en ser på det. På en side vil netto nytten av å få fullbyrdet sitt ønske om å dø være stor, slik som i *Pretty mot Storbritannia*, men samtidig vil det i et slikt tilfelle være snakk om å ende en person sitt liv. Død som resultat er en utførelse av den personlige autonomi med høyere risiko enn der det er snakk om narkotikabruk – med unntak i de tilfellene hvor det tas en fatal overdose. Dette trekker i retning av at all type narkotikabruk er en del av «privatlivet», selv om det er en handling som medfører risiko på individet.

Det ble konkludert med at medisinsk narkotikabruk var en del av «privatlivet» etter EMK art. 8 (1). Problemet en da står ovenfor, er hvordan en skal skille ulike brukere – hvordan en skal vurdere forskjellen mellom en som f. eks. inntar psilocybin på en fest, mot en person som bruker det i seremoniell og helsefremmende øyemed. Det må legges til grunn at grensene er vanskelig – om ikke umulig – å trekke. Innad i argumentasjonen bør en også ta diskrimineringshensyn, slik at en unngår at én persons autonomi er vernet – mens den andres ikke er. Slike bevismessige hensyn trekker i retning av at det er svært hensiktsmessig å anse all slags narkotikabruk som en del av «privatlivet». Den videre vurderingen om hvorvidt straff mot en slik utøvelse av privatlivet er konvensjonsmessig, vil da måtte tas under art. 8 (2), hvor forholdsmessigheten vil spille en avgjørende rolle.

Avslutningsvis bør det legges avgjørende vekt på *hvilken type* handling narkotikabruk egentlig er. Det er tale om å innta et stoff i sin kropp, og den angår derfor i stor grad forhold innenfor den personlige sfæren. Hvis man i tillegg sammenholder dette med *Pretty mot Storbritannia*, taler mye for å anse slike handlinger – selv om det løper risiko ved dem – som en del av den autonomien som art. 8 er ment å omfatte. Det konkluderes derfor med at narkotikabruk er en del av «privatlivet» etter artikkel 8 (1).

Konklusjonen er derfor at all bruk av narkotika faller inn under virkeområdet til artikkel 8, og at det er en del av «privatlivet» - uavhengig av om det er medisinske årsaker bak eller ikke.

2.3 “Rett til [...]”

2.3.1 Grensedragningen mellom positive og negative forpliktelser

EMK kan enten angi en positiv eller negativ forpliktelse for konvensjonslandet. Denne sonderingen kan blant annet leses ut fra de respektive ordlydene i konvensjonen – «rett til [...]», men er mest tydeliggjort gjennom EMD sin praksis. Tradisjonelt var det vanlig å legge til grunn at ordlyden «rett til» pekte på at staten skal avstå fra å gripe inn i rettigheten, for eksempel at staten ikke skal gripe inn i retten til privatliv. Det er imidlertid klart at EMK også angir positive forpliktelser, og at denne forståelsen av rettighetene stadig vinner terreng.³⁶ En positiv forpliktelse betyr en slags aktivitetsplikt, altså at staten må treffe ulike tiltak for å sikre rettigheten. Dette følger av EMK art. 1 hvor det heter at konvensjonsstatene skal «sikre» menneskerettighetene som følger av konvensjonen, og medfølgende praksis.

Oppgaven handler om artikkel 8. Den angir etter sin ordlyd («rett til» «respekt for») først og fremst en negativ forpliktelse, ved at staten skal avstå fra inngrep i den. Likevel er det etter EMDs praksis også slik at den angir positive plikter. Jeunesse mot Nederland er et eksempel.³⁷ Dommen gjaldt en utlending hadde oppholdt seg i Nederland i lang tid og hadde på den tiden skapt et familieliv der. I avsnitt 106 uttaler EMD at «While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective ‘respect’ for family life. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition.»

Praksis viser likevel at grensene mellom positive og negative forpliktelser er vanskelig å trekke helt kontant. Dette er et velkjent fenomen, særlig også fordi vurderingene i stor grad kan overlappe. Dette ble trukket fram i dommen Hatton mot Storbritannia – som gjaldt flystøy og artikkel 8.³⁸ Her nevnes det at «the applicable principles are broadly similar.», jf. avsnitt 98.

³⁶ Mowbray (2004) s. 229

³⁷ Jeunesse v. The Netherlands (2014) no. 12738/10

³⁸ Hatton v. United Kingdom (GC) (2003) no. 36022/97

Likevel er det behov for å løfte fram disse spørsmålene – særlig på grunn av problemstillingen for oppgaven. Den spør om hvorvidt EMK art. 8 angir en plikt for statene til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk.

2.3.2 Grensedragningens betydning for oppgaven og den videre fremstillingen

Oppgavens problemstilling aktualiserer disse grensedragningene. Den spør som nevnt om en eventuell plikt til *avkriminalisering*. Dette innebærer at bruk ikke lenger skal straffes.³⁹ Det å *unngå* å straffe et forhold antyder at det er tale om en eventuell *negativ forpliktelse* for staten, ettersom det er snakk om å avstå fra inngrep. Det er én innfallsvinkel for oppgaven, og jeg har valgt å behandle denne i kapittel 3 og 4. Kapittel 3 og 4 er forholdsvis førende for hele oppgaven, og det er blant annet begrunnet i dette synspunktet – nemlig at det er interessant å spørre seg om inngrep i form av straff mot befatning av narkotika til eget bruk er konvensjonsmessig. Å konkludere med at dette *ikke* er i tråd med konvensjonen peker jo på at staten plikter å unngå å straffe narkotikabruk – som langt på vei relaterer seg til en eventuell *avkriminalisering*.

Samtidig kan en si at en *avkriminalisering* innebærer en *positiv forpliktelse* for staten, særlig hvis man ser på avkriminaliseringen som en aktiv handling fra statens side. Det vil vanligvis innebære at et straffebud oppheves, som jo er en aktiviseringsplikt for staten – de må foreta seg noe. Derfor vil det bli viet et kapittel til denne problemstillingen i kapittel 5.

Jeg som nevnt valgt å først og fremst foreta en vurdering på bakgrunn av *negative forpliktelser*, fordi at det vil være et naturlig utgangspunkt å starte med å spørre seg *om* – og i hvilke tilfeller – straff mot narkotikabruk er strid med konvensjonen. Videre vil jeg se til hvilke eventuelle positive forpliktelser som kan utledes av EMK art. 8 i kapittel 5. Som jeg trakk fram tidligere under dette delkapittelet, sklir ofte disse to vurderingene over i hverandre og det er ikke alltid hensiktsmessig å operere med strenge skiller mellom dem. Når det i tillegg er slik at *avkriminalisering* både har slagsider til positive og negative forpliktelser, er det mest hensiktsmessig å ta et blick til de begge. Kapittel 5 blir imidlertid noe kortere all den tid

³⁹ Lomell, Heidi, «Avkriminalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/avkriminalisering> (lest 8.10.2024)

momentene i vurderingene i stor grad sammenfaller, jf. blant annet Hatton mot Storbritannia avsnitt 98.⁴⁰

⁴⁰ Hatton v. United Kingdom (GC) (2003)

3 EMK artikkel 8 andre ledd – med unntak av forholdsmessighetsvurderingen

3.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg ta for meg vilkårene som er i EMK art. 8 (2). Det er ikke slik at bare fordi at forholdet angår den vernede interesse («privatlivet» etter EMK art. 8 (1)) er enhver innblanding i denne et brudd på konvensjonen. Artikkelens andre ledd åpner opp for at slik innblanding kan være konvensjonsmessig på bakgrunn av tre angitte vilkår, jf. ordlyden «unntatt når».

«Nødvendig i et demokratisk samfunn» - som peker på forholdsmessighetsvurderingen - får sitt eget kapittel. Begrunnelsen for dette grepet finnes i kapittel 4.1. I dette kapitlet (3) tar jeg for meg de øvrige vilkårene i EMK art. 8 (2).

3.2 “Inngrep” av “offentlig myndighet”

I det forrige kapitlet har det blitt slått fast at befatning og bruk av narkotika er en del av den vernede interessen, altså hva som er ment å omfattes av «privatlivet» etter EMK artikkel 8 (1). I det følgende er spørsmålet om inngrep i denne retten er konvensjonsmessig. Før en går videre til de tre ulike vilkårene for inngrep, må det slås fast om straff i slike tilfeller i det hele tatt er å anse som «inngrep» av «offentlig myndighet», jf. EMK art. 8 (2).

Ordlyden «inngrep» peker på en negativ påvirkning på noens rettstilstand. Det er klart at straff – uavhengig av om denne består i bot eller fengsel – er et «inngrep». Videre slik straff belagt av «offentlig myndighet», da det kun er offentlige myndigheter som har hjemmel til å gi slike strafferettslige reaksjoner. Vilkårene «inngrep» av «offentlig myndighet» er derfor klart oppfylt.

3.3 “I samsvar med loven” – Lovskravet

Etter EMK artikkel 8 (2) skal det ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av rettigheten unntatt når dette er i «samsvar med loven» og er «nødvendig i et demokratisk samfunn» av «hensyn til» ulike opplistede formål.

Det må derfor vurderes om straff for befatning av narkotika til eget bruk er «i samsvar med loven», jf. art. 8 (2).

Ordlyden «i samsvar med loven» peker på at inngrepet må ha lovhjemmel i hjemlig rett. I tillegg så er det jo tale om å eventuelt rettfærdiggjøre et inngrep i en menneskerett, så dette taler for at det bør stilles nokså strenge krav til hvordan hjemmelen er. Hva dette nærmere innebærer gir ikke ordlyden noen anvisning på, og de nærmere kravene må søkes utfylt av praksis. Gjennom praksis fra EMD har det blitt etablert en slags test på tre steg, for å vurdere om lovskravet er tilfredsstillt.⁴¹ I det følgende vil denne testen anvendes på oppgavens tema.

3.3.1 Nasjonal lovgivning

Det første kravet under vilkåret «i samsvar med loven» er at det må foreligge *nasjonal lovgivning* som gir hjemmel for inngrepet. I tillegg må EMD i stor utstrekning legge til grunn tolkningen fra nasjonale domstoler, jf. Roche mot Storbritannia avsnitt 120: «this Court would need strong reasons to differ from the conclusion reached by those courts by substituting its own views for those of the national courts on a question of interpretation of domestic law».

Den aktuelle hjemmelen som regulerer straff for bruk og besittelse av mindre mengder narkotika er legemiddeloven § 31, jf. § 24 (1). At denne skal anvendes på disse tilfellene, i stedet for strl. §§ 231 og 232, angis i Ot.prp.nr.23 (1983-1984) side 31.⁴²

Det følger av legemiddeloven § 24 første ledd at «[d]et er forbudt uten lovlig adkomst å være i besittelse av eller å bruke narkotika [...]». Videre angir lovens § 31 (1) at «[d]en som forsettlig eller uaktsomt overtrer denne lov, eller forskrifter, forbud eller påbud som er gitt med hjemmel i loven, straffes med bøter eller fengsel inntil 3 måneder, eller med begge deler.»

Kravet om nasjonal lovgivning er følgelig oppfylt.

⁴¹ Se blant annet Sunday Times v. United Kingdom (P) (1979) no. 6538/74

⁴² Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) og Ot.prp.nr.23 (1983-1984)

3.3.2 Tilgjengelighet

Det andre kravet som er etablert, er kravet om tilgjengelighet. Dette følger blant annet av *Sunday Times* mot Storbritannia hvor EMD uttaler at «the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case».⁴³ På grunn av at straffebudet er plassert i offentlig lov, nærmere bestemt legemiddeloven, er dette vilkåret oppfylt. Alle borgere har tilgang til denne.

3.3.3 Forutsigbarhet

Det tredje kravet som må oppfylles er kravet om forutsigbarhet (foreseeability). Dette kan en lese ut fra *Sunday Times* mot Storbritannia: «[s]econdly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty», jf. avsnitt 49. I dette ligger det også et krav om tilstrekkelig klarhet, fordi klarheten er elementær for å sikre forutsigbarheten. Formålet bak kravet må ses i sammenheng med lovens overordnede hensikt – nemlig å være det sterkeste virkemiddelet for å fordømme innbyggeres uønskede handlinger.⁴⁴

Som nevnt reguleres tilfeller av befatning av brukerdoser narkotika av legemiddeloven § 31, jf. § 24 (1). Her står det klart og tydelig at forsettlig og uaktsomme overtredelser av loven, «straffes med bøter eller med fengsel i inntil 3 måneder». Videre angir § 24 at det er forbudt uten lovlig adkomst å «være i besittelse av eller å bruke narkotika [...]». Ordlyden her er altså klar på at *all* bruk og besittelse av narkotika er forbudt, og den unntar ikke bruk eller besittelse av mindre mengder narkotika. Det må derfor konkluderes med at borgeren har mulighet til å forutse sin rettsstilling etter denne hjemmelen. Kravet om forutsigbarhet er følgelig oppfylt.

Alle de tre kravene etter den såkalte «tre-steps-testen» er oppfylt, og følgelig er vilkåret om at inngrepet skal være «i samsvar med loven» oppfylt, jf. EMK art. 8 (2).

⁴³ *Sunday Times v. United Kingdom* (P) (6538/74) avsnitt 49

⁴⁴ NOU 2019: 26 s. 29

3.4 “Av hensyn til [...]” – Formålskravet

Etter EMK artikkel 8 andre ledd må et eventuelt inngrep i rettigheten også være «av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter». Denne ordlyden utgjør et av de tre vilkårene som må være oppfylt for at inngrepet er konvensjonsmessig, jf. EMK art. 8 (2).

Ordlyden tilsier at inngrepet må være begrunnet i et av de opplistede formålene, jf. «av hensyn til [...]». Videre er listen er uttømmende, da den ikke er utformet på en måte som angir det motsatte – med en avsluttende bemerkning som «eller lignende». Likevel skal alternativene tolkes vidt.⁴⁵ Det kan hevdes at de i sin ordlyd også rommer et svært bredt spekter av formål. Videre viser praksis at formålene i noen grad kan «skli over i hverandre», slik at flere formål godkjennes som legitime.

Når det gjelder selve overprøvingen fra EMD om formålskravet, er det slik at det er sjeldent her «slaget står». EMDs prøvingsintensitet når det gjelder dette vilkåret er lav, og for eksempel har formålet om andres rett til å leve i et «space of socialisation which makes living together easy» blitt akseptert, jf. S.A.S mot Frankrike. Denne dommen gjaldt hvorvidt et forbud mot å bære burka i offentligheten var i strid med artikkel 8. Dommen bekrefter det synspunkt at formålene kan tolkes vidt, og det legges til rette for vide vurderinger fra staten selv når det gjelder formålene.

I dommen Thörn mot Sverige slo EMD kort fast at formålskravet var oppfylt, jf. avsnitt 49 hvor det står: «The Court moreover finds that it cannot be called into question [...] that it pursued the legitimate aims of “the prevention of disorder or crime” and “the protection of health or morals” as set out in Article 8 § 2 of the Convention.»⁴⁶ Denne fremgangsmåten smasvarer godt med praksisen som tidligere har blitt lagt til grunn av EMD – nemlig at det er sjeldent her «slaget står». Vilåret ble kort slått fast uten noe videre problematisering fra EMDs side.

Legemiddeloven § 31, jf. § 24 regulerer som nevnt mindre overtredelser, som gjelder besittelse og bruk av mindre kvantum narkotika. Loven operer ikke med en formålsparagraf eller lignende, men ettersom strl. § 231 og § 232 er begrunnet av hensyn til folkehelsen, må det

⁴⁵ Se blant annet S.A.S v. France (GC) (2014) avsnitt 122

⁴⁶ Thörn v. Sweden (2022)

legges til grunn at dette også gjelder for legemiddeloven § 31, jf. § 24. Dette samsvarer med ordlyden «å beskytte helse og moral» i EMK art. 8 (2). Det er i alle fall det lovgiver har intendert, må man kunne legge til grunn, jf. plasseringen av straffebudene.

Likevel treffer ikke nødvendigvis dette synspunktet helt med narkotikabruk – særlig der denne preges av medisinske årsaker. Dersom bruken stammer fra medisinske behov – og at bruken faktisk *bedrer* helsen – kan muligens ikke formålet anvendes. Dersom dette er tilfellet vil ikke straffen «beskytte helse», men heller forringe den, særlig hvis straffen medfører at den medisinske bruken må opphøre. Dette taler for at staten ikke kan begrunne inngrep etter dette formålet.

Staten er likevel tydelig på at dagens lovgivning skal «beskytte helse og moral», og det ble i Innst. 612 L (2020-2021) trukket fram at flertallet var bekymret for signaleffekten et opphør av kriminaliseringen ville medført, særlig når det gjelder ungdommers rusvaner.⁴⁷ Likevel er det medlemslandene som har ansvar for å identifisere formålene.⁴⁸ Så hvorvidt formålet treffer fra et objektivt sted er ikke særlig relevant all den tid lovgiversignalene er tydelige på at forbud mot narkotikabruk er *ment* å beskytte helsen. Det er hva som er relevant i denne sammenhengen, og må antas å ha sammenheng med formålkravets vage ordlyd og det store skjønnet som etter praksis tilkjennes staten under dette vilkåret.

Videre angis det i Ot.prp.nr.22 (2008-2009) straff mot narkotikabruk er viktig av hensyn til allmennprevensjon og for å *markere grunnleggende verdier* i samfunnet.⁴⁹ På s. 93 trekkes det frem at skadevirkningene av narkotikabruk også har en side til generell ro og trygghet. Selv om forarbeidene er fra en tid tilbake, gir disse uttrykk for lovgiverviljen som begrunner dagens kriminaliseringsstrategi. De nevnte forarbeidene peker på formålet om «å forebygge uorden og kriminalitet» som er oppstilt i art. 8 (2).

Hva gjelder dette formålet, peker ordlyden her på å foreta tiltak som i sin form har *virkning* på reduksjon av uorden og kriminalitet. Med andre ord må straff mot befatning av brukerdoser narkotika forebygge uorden og kriminalitet. Bruk av narkotika er i dag en straffbar handling i Norge – og derfor å anse som «kriminalitet», og det er derfor klart at opprettholdelse av straff

⁴⁷ Innst. 612 L (2020-2021) s. 7

⁴⁸ Kilkelly, Ursula, «The right to respect to private life in the European convention on Human Rights: A re-examination.», *European Human Rights Law Review* 44, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2383507 (lest 2.10.24)

⁴⁹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 94

mot slike straffegjæringer er å forbygge «kriminalitet». Likevel er dette et sirkelargument. I tillegg kan det antydes tvil rundt hvorvidt straffen forebygger «uorden», all den tid narkotikabruk kan være en mer anstendig handling enn for eksempel bruk av alkohol.⁵⁰

Det kan som illustrert ovenfor innvendes ulike synspunkter mot statens eventuelle formålmessighet ved inngrep mot narkotikabruk. Likevel må det påpekes at det etter praksis sjeldent er slik at EMD sjeldent underkjenner statenes formålmessighet, dels på bakgrunn av den vage ordlyden, og dels på grunn av at det sjeldent blir påberopt av klageren som stridig. Videre må det legges avgjørende vekt på at lovgiverviljen må råde som utgangspunkt for formålsidentifiseringen, selv om innvendinger kan gjøres mot denne. Slik vil det som regel alltid være, og på sin side samsvarer denne fremgangsmåten best med hjemlige demokratihensyn.

Det er med det klart at straff for bruk av narkotika oppfyller formålsvilkåret i EMK art. 8 (2).

3.5 Formålskravet forhold til forholdsmessighetskravet

Som vurderingen ovenfor viser er formålsvilkåret et krav som sjeldent byr på store utfordringer for statene – det blir sjeldent problematisert av verken EMD eller eventuelle klagere.⁵¹ Videre er vilkåret vagt angitt, noe som gjør at dets funksjon når det gjelder konvensjonsmessigheten av inngrep er begrenset. Disse synspunktene tydeliggjør behovet for en grundig vurdering av forholdsmessighetsvurderingen, og ikke minst *funksjonen* til denne. Der formålskravet har begrenset betydning for konvensjonsmessigheten, blir forholdsmessighetsvurderingens funksjon som en skranke for myndighetene enda viktigere.⁵²

⁵⁰ Oslo Economics, «Samfunnskostnader ved alkoholbruk» (2022) s. 29 hvor det anslås at 20 000 – 40 000 voldstiltfeller årlig kan tilskrives alkoholbruk.

⁵¹ Aall (2022) s. 167

⁵² Aall (2022) s. 168

4 “Nødvendig i et demokratisk samfunn” – Forholdsmessighetsvurderingen

4.1 Innledning

Forholdsmessighetsbetraktninger gjennomsyrrer det menneskerettslige instituttet. Dette kan leses ut fra bestemmelsene selv – hvor det oppstilles som vilkår for inngrep i de tradisjonelle artiklene 8-11. For artikkel 8s vedkommende er ordlyden «*nødvendig i et demokratisk samfunn*». Videre setter forholdsmessigheten også skranker for andre bestemmelser også – for eksempel i artikkel 2 – retten til liv, hvor inngrep ikke må gå lenger enn «absolutt nødvendig». Det er med andre ord klart at forholdsmessighetsbetraktninger er et bærende element i EMK-instituttet.

Dette er også noe av årsaken til at jeg har valgt å vie et helt kapittel til dette vilkåret. Forholdsmessigheten er så essensiell i vurderingen. Som jeg senere skal komme frem til er denne vurderingen også svært «fleksibel», ved at den rommer mange nyanser. Forholdsmessighetsvurderinger er i seg selv en øvelse hvor nyansene skal løftes frem, og hvor det skal trekkes – i noen tilfeller – hårfine grenser mellom hva som er forholdsmessig og ikke.⁵³

Som nevnt må et inngrep være «i samsvar med loven» (lovskravet), «av hensyn til [...]» (formålskravet), og «*nødvendig i et demokratisk samfunn*», jf. EMK art. 8 (2). Ordlyden «*nødvendig i et demokratisk samfunn*» går igjen som et vilkår i inngrepshjemlene art. 8-11 andre ledd, og det er denne som angir forholdsmessighetskravet. Det følger av langvarig og samstemt praksis, i tillegg til ordlyden «nødvendig».

Før jeg går videre til selve forholdsmessighetsvurderingen under dette vilkåret, så er det viet et delkapittel til skjønnsmarginen.

⁵³ Se blant annet Klatt (2011) s. 697 hvor det blir trukket fram at proporsjonalitetsvurderingen er det viktigste i spørsmål om konvensjonsbrudd.

4.2 Skjønnsmarginen

4.2.1 Om skjønnsmarginen og dens forhold til oppgavens problemstilling

Når EMD skal ta stilling til om en rettighet etter konvensjonen er brutt – og særlig under forholdsmessighetsvilkåret -, følger det en tradisjon med å ta hensyn til *skjønnsmarginen*.⁵⁴ Skjønnsmarginen møter et behov som oppstår i EMK-instituttet – nemlig at statene skal kunne ha noe frihet til å ta beslutninger som er hensiktsmessig for dem, uten at EMD skal føre en hard hånd over deres vurderinger. I noen tilfeller er nærhet til beslutningene fundamentet for gode løsninger, i tillegg til at dette også effektiviserer EMK-instituttet ved at prosesstyngden reduseres.⁵⁵

Spørsmålet om skjønnsmarginen må skilles fra forholdsmessighetsvurderingen. Dette er to forskjellige størrelser, selv om de langt på vei fungerer i en slags «symbiose» – hvor særlig forholdsmessighetsvurderingen er avhengig av at en har definert skjønnsmarginens størrelse.⁵⁶ En stor skjønnsmargin medfører at EMD vil trå tilbake når det gjelder prøvingsintensiteten, og i større grad vil tillegge statenes egen vurdering av spørsmålene større vekt – derunder særlig hvordan de foretar sin forholdsmessighetsvurdering.⁵⁷ Skjønnsmarginen er derfor noe rettsanvenderen å ta hensyn til i vurdering om det foreligger konvensjonsbrudd. Selv om momentene (som jeg i det følgende vil ta for meg) for skjønnsmarginens størrelse i noen grad sammenfaller med momentene for forholdsmessighetsvurderinger, er disse altså to ulike ting.

Skjønnsmarginen vil bli tatt nokså grundig for seg av flere årsaker. Særlig viktig vil det være å se grundig til denne på bakgrunn av oppgavens *problemstilling*. Den spør om EMK art. 8 angir en *plikt* for medlemslandene å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk. En viktig forutsetning for å eventuelt kunne besvare dette spørsmålet bekreftende er at EMD i det hele tatt velger å *overprøve* spørsmålet, altså *hvor inngående* prøvingen blir. Dersom EMD avstår fra en inngående prøving av spørsmålet - på bakgrunn av skjønnsmarginen – vil hovedproblemstillingen for oppgaven bli besvart benektende. Dette vil bety at staten fortsatt kan straffe narkotikabruk, og likevel være i tråd med EMK. Årsaken til dette er at det i så fall

⁵⁴ Aall (2022) s. 172

⁵⁵ Se blant annet Klatt (2011) s. 712 hvor det trekkes fram at problemet med å åpne for mer innblanding fra EMD fører til «overdetermination»

⁵⁶ Aall (2022) s. 172

⁵⁷ Ibid.

vil bety at hvordan bruk skal straffes er statenes anliggende, og med andre ord ikke noe EMD ønsker å legge klare føringer på.

Først tar jeg for meg hvilken skjønnsmargin som ble lagt til grunn i Thörn mot Sverige, og deretter innvendinger til denne. Der jeg tar for meg innvendingene til skjønnsmarginen i dommen, vil jeg samtidig argumentere for hvorfor det finnes gode grunner til å operere med en annen størrelse på denne. Behovet for en grundig vurdering av dette må ses i sammenheng med oppgavens problemstilling, som forklart i avsnittet over.

4.2.2 Vurderinger omkring skjønnsmarginen i Thörn mot Sverige

Skjønnsmarginens størrelse ble vurdert relativt inngående i den nevnte Thörn mot Sverige.⁵⁸ Her ble det først trukket fram at staten selv har bedre forutsetninger enn den internasjonale EMD til å besvare spørsmål som ligger til helse, og de bør kunne gjøre prioriteringer i dette feltet uten innblanding utenfra. Det blir også nevnt – at på generelt grunnlag – skal helsepolitikken respekteres, så fremt det ikke er «manifestly without reasonable foundation».⁵⁹ I avsnittet nevnes det også at «The Court has also held that where there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see, for instance, *Abdyusheva and Others v. Russia*, nos. 58502/11 and 2 others, §§ 111-12, 26 November 2019, and the references therein).»⁶⁰

Videre pekes det på at på grunn av subsidiaritetsprinsippet er det først og fremst konvensjonsstaten som har ansvar for å sikre rettighetene etter konvensjonene, ikke EMD.⁶¹ Subsidiaritetsprinsippet brukes her til å begrunne en vid skjønnsmargin, men det synes å dreie seg mer om et generelt prinsipp – heller enn noe som relaterer seg til saker om narkotika spesielt.

Når EMD går videre til å vurdere under «nødvendig i et demokratisk samfunn»-vilkåret, vurderer de på bakgrunn om Sverige har holdt seg innenfor skjønnsmarginen. Her trekkes det igjen frem at denne er vid, jf. avsnitt 59: «[...] the Swedish authorities remained within their *wide margin of appreciation*».

⁵⁸ *Thorn v. Sweden* (2022) avsnitt 46-48

⁵⁹ *Ibid.* Avsnitt 46

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Thorn v. Sweden* (2022) avsnitt 48

Thörn mot Sverige – som omhandlet en mann som brukte cannabis som smertemedisin – legger altså opp til at det skal anvendes en vid skjønnsmargin. Spørsmålet blir derfor om det finnes innvendinger til dette standpunktet – altså om det finnes holdepunkter for at den ikke bør være så vid som EMD statuerer i dommen.

4.2.3 Innvendinger til skjønnsmarginen i Thörn mot Sverige og et forslag til en annen størrelse på den

Et viktig utgangspunkt er «motsatsen» til subsidiaritetsprinsippet – nemlig hensynet til *effektiv beskyttelse*. Dette innebærer at selv om staten har frihet og ansvar til å ta selvstendige beslutninger, må ikke dette stå i veien for at EMK-instituttet faktisk blir et effektivt verktøy for rettighetsbeskyttelse.⁶² Dette taler for å ikke la skjønnsmarginen bli ukritisk stor. Det er viktig å finne en balansegang mellom disse, og se på hvordan grensene bør trekkes for at EMK-instituttet skal fungere på mest hensiktsmessige måte. Det kan hevdes at EMDs henvisning til subsidiaritetsprinsippet i Thörn mot Sverige ikke har noen selvstendig verdi all den tid det er et velkjent prinsipp – som ikke angir noen konkret størrelse på skjønnsmarginen.

Det blir i Thörn mot Sverige hevdet at spørsmålet ligger til helse, og at dette er et område hvor statene tilkjennes en vid skjønnsmargin.⁶³ Det må legges til grunn at for klageren i denne dommen gjaldt spørsmålet helse – han hadde store smerteutfordringer på grunn av en ulykke. Likevel kan det innvendes at teamet for oppgaven omfatter *mer* enn bare helsespørsmål – den handler tross alt også om rekreasjonell bruk. Rekreasjonell bruk behøver ikke å handle om helse, slik det er beskrevet tidligere i oppgaven. Derfor bør heller ikke skjønnsmarginen i den kommende forholdsmessighetsvurderingen utelukkende baseres på begrunnelsen i Thörn mot Sverige. At det er tale om helse vil kun være relevant og overførbart på de tilfellene hvor bruken har medisinske årsaker.

Når det gjelder rekreasjonell bruk angår dette som sagt ikke helsepolitikk – men mer justis- og frihetstematikk. Da holder det ikke å henvise til praksis som legger til grunn at helsepolitikk er statens anliggende, og at skjønnsmarginen derfor må være vid. Ettersom spørsmålet også angår annen tematikk – må skjønnsmarginen størrelse defineres på bakgrunn av andre parameter.

⁶² Aall (2022) s. 173

⁶³ Thorn v. Sweden (2022) avsnitt 46

Et parameter – eller *variabel* om du vil – er *inngrepets styrke*. Dette fremgår blant annet av A med flere mot Storbritannia.⁶⁴ Denne dommen gjaldt frihetsberøvelse etter art. 5.1 (f), som EMD valgte å ha stor prøvingsintensitet på – da *inngrepets styrke* (altså frihetsberøvelse) var av tyngende karakter. Oppgavens tema er *straff* for befatning av brukerdoser med narkotika, så en er her inne på *strafferettens* område. Dette skiller seg fra blant annet forvaltningsretten, hvor eventuelle inngrep er av mindre alvorlig karakter enn der det gis *straff*. Strafferetten er i seg selv et institutt som springer ut av tanken om å påføre straff i hensikt av at den skal oppleves som et onde.⁶⁵ Straff mot narkotikabesittelse/-bruk må derfor anses å være av en nokså tyngende karakter – som igjen taler for mer intensiv prøving og dermed en smalere skjønnsmargin enn hva som ble lagt til grunn i Thörn mot Sverige.

Sammenholdes det foregående synspunktet med de betraktninger som ble lagt til grunn i 2.2.4; altså at bruk av narkotika er en del av det verdene *privatlivet* – taler dette også for å operere med en noe smal skjønnsmargin. Dette er fordi at inngrep i denne rettigheten vil være et inngrep i den *personlige* friheter, som praksis fra EMD har valgt å overprøve på noe intensivt vis. Dette følger blant annet av den nevnte dommen A med flere mot Storbritannia.⁶⁶ Inngrep i denne personlige friheten – som nevnt jo er en forholdsvis intim del av privatsfæren (hva man inntar i sin egen kropp) – har også en side til integriteten. Denne personlige integriteten er en såpass nærliggende og fundamental rettighet som bør beskyttes godt gjennom intensiv prøving fra EMD. I dommen Dungeon mot Storbritannia ble dette understreket, særlig der det er snakk om tilfeller hvor *straffelov* griper inn i intime deler av individets privatliv.⁶⁷ I slike tilfeller skal skjønnsmarginen strammes inn, hvilket er særlig relevant for oppgavens vedkommende.

Videre ble det i Manzanas Martin mot Spania trukket frem at dersom inngrepet har en noe *diskriminerende* karakter – på et område hvor staten for øvrig tilkjennes vid skjønnsmargin – snevres denne inn.⁶⁸ Dommen gjaldt alderspensjon for prester, og klageren fikk betydelig dårligere vilkår enn katolske prester – uten at det kunne påvises en saklig årsak bak forskjellsbehandlingen. Diskriminering medførte en kraftig innsnevring i skjønnsmarginen.

⁶⁴ A and others v. The United Kingdom (GC) (2009) no. 3455/05

⁶⁵ Høyesterett definerte straff som «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrødelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde» i Rt. 1977 s. 1207.

⁶⁶ A and others v. The United Kingdom (GC) (2009)

⁶⁷ Dudgeon v. United Kingdom (1976) no. 7525/76 avsnitt 52

⁶⁸ Manzanas Martin v. Spain (2016)

Det kan hevdes at straff mot bruk av narkotika *kan* ha en noe diskriminerende karakter. Undersøkelser viser at bruken av cannabis er størst på vestkanten i Oslo, mens brukere på østkanten blir tatt hyppigere.⁶⁹ Politiet begrunnet dette med at de har en større innsats på østkanten fordi at størsteparten av salgsvirksomheten er der – og at de derfor avdekker bruk «i samme slengen». At brukere oftere blir tatt på et geografisk område antyder at inngrepene *kan* bære preg av diskriminering – altså forskjellsbehandling uten saklig grunn. Selv om forskjellene er begrunnet med at salgsvirksomheten er størst på østkanten – må en kunne klare å skille mellom de ulike straffbare forholdene. Sammenholdt med Manzanas Martin mot Spania taler dette for å snevre inn skjønnsmarginen. Selv om diskrimineringen ikke er like tydelig som i dommen, bør jo overprøvingen intensiveres *nettopp* for å avdekke dette ytterligere – og redusere mulighetene for statene til å operere med diskriminerende politikk.

For øvrig er det også i Meld. St. 5 (2024-2025) lagt fram et ønske om at ikke såkalte «tunge rusavhengige» skal straffes. Noen nærmere anvisning på hvor skillene skal trekkes mellom en «tung rusavhengig» og en annen rusbruker er ikke angitt. Det har blitt trukket frem at en slik løsning strider med diskrimineringsforbudet i Grunnloven.⁷⁰ Dette trekker i retning av at den vide skjønnsmarginen i Thörn mot Sverige ikke er hensiktsmessig for oppgavens vedkommende, nettopp på grunn av diskrimineringshensyn.

Det ble i Thörn mot Sverige pekt på at dersom «the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider [...]», jf. avsnitt 48. Det må antas at det som nevnt ikke eksisterer en slik konsensus når det gjelder hvordan staten skal møte bruk av narkotika – uavhengig om bruken er rekreasjonell eller ei, selv om stadig flere stater velger å avkriminalisere eller å legalisere bruk.⁷¹ Dette er et argument som ikke må overses, og taler for at EMD bør være måteholdne i sin overprøving av spørsmål om straff mot narkotikabruk.

Likevel eksisterer det momenter som taler for å operere med en smalere skjønnsmargin enn hva som var tilfellet i Thörn mot Sverige, særlig på grunn av at det er snakk om straff og at straffen

⁶⁹ Acharki, Fouad, «Flere unge blir tatt for cannabis på østkanten – selv om det røykes mer i vest», NRK.no, 9.07.2018 <https://www.nrk.no/stor-oslo/flere-unge-blir-tatt-for-cannabis-pa-ostkanten--selv-om-det-roykes-mer-i-vest-1.14112100> (lest 09.11.2024)

⁷⁰ Jacobsen, Jørn, «Avkriminalisering for bare tungt rusavhengige vil stride mot Grunnloven», rett24.no, 3.5.2021 <https://rett24.no/articles/avkriminalisering-bare-for-tungt-rusavhengige-vil-stride-mot-grunnloven> (lest 3.10.2024)

⁷¹ Myrseth, Silje, «Tyskland legaliserer cannabis», NRK.no, 23.02.2024, <https://www.nrk.no/norge/tyskland-legaliserer-cannabis-1.16776317> (lest 09.11.2024)

kan ha et diskriminerende preg. Som nevnt vil en smalere skjønnsmargin ha innvirkning på forholdsmessighetsvurderingen jeg nå kommer til.

4.3 Selve forholdsmessighetsvurderingen

Ordlyden «nødvendig i et demokratisk samfunn» tilsier at inngrepet må tilfredsstillende et behov for å opprettholde et demokratisk samfunn, jf. EMK art. 8 (2). Videre peker ordlyden «nødvendig» på at inngrepet er noe som *må* foretas, og at inngrepet skal stå *i forhold* til formålene man søker oppfylt. Utover dette er det vanskelig å lese noe mer konkret ut av den, så vilkårets øvrige vilkår må pensles ut av praksis fra EMD.

Vilkåret ble tatt forholdsvis grundig for seg i dommen *Sunday Times mot Storbritannia*. I denne var det tale om artikkel 10, men som nevnt tidligere samsvarer vilkårene i art. 8 og art. 10. EMD uttaler at «the adjective "necessary", [...] implies the existence of a "pressing social need"»⁷² Det stilles med andre ord ikke krav til at tiltaket må være uunnværlig, men at det må imøtekomme et «pressing social need» - presserende samfunnsmessig behov. Det har gjennom praksis og litteraturen blitt utviklet fire hovedkrav under «nødvendig i et demokratisk samfunn». Disse består av legitime formål, relevans, nødvendighet og proporsjonalitet.⁷³

4.3.1 Kort om forholdsmessighetsvurderingen i *Thörn mot Sverige*

Som nevnt vil forholdsmessighetsvurderingen – og hvordan denne gjennomføres – i stor grad stå i sammenheng med skjønnsmarginen. Dersom denne er vid, vil ikke prøvingsintensiteten være hard.⁷⁴

I den mye omtalte *Thörn mot Sverige* bestod EMDs forholdsmessighetsvurdering i stor grad av å vurdere om konvensjonsstaten har foretatt en «sufficiently fair» avveining mellom de konkurrerende hensynene. Det uttales i avsnitt 55: «The question before the Court is, in contrast to the foregoing, whether, viewing the domestic proceedings as a whole, the authorities struck a sufficiently fair balance between the competing interests.»

En slik vurdering er ikke særlig inngående, ettersom EMD nøyde seg med å ta stilling til om den hjemlige vurderingen er *rimelig*. En slik overprøving skiller seg fra

⁷² *Sunday Times v. United Kingdom (P)* (1979) avsnitt 48

⁷³ Klatt (2011) s. 697

⁷⁴ Aall (2022) s. 172

forholdsmessighetsvurderinger gjort av EMD som tar for seg en *faktisk* forholdsmessighetsvurdering – hvor spørsmålet er om inngrepet faktisk er forholdsmessig, ikke hvorvidt statens vurdering er *rimelig*.

Sett opp mot hovedproblemstillingen i oppgaven, vil man stå lenger unna en situasjon hvor inngrep i form av straff mot narkotikabruk anses konvensjonsstridig – dersom forholdsmessighetsvurderingen ville blitt foretatt slik som i Thörn mot Sverige. Forstår man «*avkriminalisering*» som at staten skal avstå fra straff mot narkotika i enkelttilfeller, ville en vid skjønnsmargin – og mer overfladisk forholdsmessighetsvurdering – skapt en situasjon hvor en står nærmere å konkludere benektende på oppgavens problemstilling.

Dersom skjønnsmarginen snevres inn – slik som jeg mener det finnes holdepunkter for er en hensiktsmessig løsning – vil dette ha betydning for den videre forholdsmessighetsvurderingen. Sammenlignet med Thörn mot Sverige, vil en smalere skjønnsmargin stille strengere krav for hvorvidt inngrepet er forholdsmessig. Dette vil bli tatt i betraktning i neste delkapittel.

4.3.2 I hvilke tilfeller er straff mot bruk av narkotika uforholdsmessig?

Forholdsmessighetsvurderingen skal tas på bakgrunn av målet en ønsker å oppnå med inngrepet – altså typisk hvilket av de ulike formålene («av hensyn til [...]») som er brukt for å begrunne inngrepet. Det følger av ordlyden «*nødvendig* i et demokratisk samfunn» og «av hensyn til [...]», jf. EMK art. 8 (2). Hvis målet kan nås med lempeligere midler, er inngrepet uforholdsmessig.

Spørsmålet blir derfor om straff mot bruk av narkotika er et forholdsmessig inngrep sett opp mot de formålene den er ment å forfølge.

Først og fremst kan en se på den *ene* siden av vektskålen, nemlig *straffen*. Det er denne som skal måles og vektet opp mot de formålene staten ønsker å nå. Den må stå i et rimelig forhold til formålene. Straff for brudd på legemiddeloven, og derunder § 24, er ifølge § 31 «bøter eller fengsel i inntil 3 måneder». Straffen er dermed ikke særlig stor, sammenlignet med andre lovbrudd. På den andre siden er det som nevnt tale om å benytte seg av *straff*, som i seg selv er en inngripende sanksjon mot borgeren, påført i hensikt av at det skal føles som et onde.⁷⁵

⁷⁵ Rt. 1977 s. 1207

Likevel er det slått fast at straff mot narkotikabruk rommer *mer* enn bare straffen som belegges av påtale- eller domstolsapparatet. Straffen kan også oppleves som et *stigma*, som gjør den ytterligere tyngende.⁷⁶ Dette taler for at det bør finnes *sterke grunner* til å opprettholde straffen, ettersom noe annet ville gjort den uforholdsmessig – tatt i betraktning den tilleggsbelastningen som stigmaet utgjør. Straffens virkning og opplevelse må være førende i vurderingen av forholdsmessigheten.

I Thörn mot Sverige ble straffen tillagt vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Klageren hadde av Högsta Domstolen fått tildelt en bot på 520 euro, hvilket var mindre enn det normale straffenivået i tilsvarende saker.⁷⁷ Årsaken var dels på grunn av at han brukte cannabisen medisinsk.⁷⁸ Tar man dette i betraktning – altså EMDs vurdering av straffens nivå i Thörn mot Sverige – taler mye for at det allerede oppstilles en menneskerettslig plikt til å møte medisinsk bruk av narkotika med *milde straffer*.

Til tross at det kan antydes en menneskerettslig plikt til å møte medisinsk narkotikabruk med lave straffer, vil straffen fortsatt være der – med de virkninger og subjektive tyngden som den medfører.⁷⁹ Å operere med en smalere skjønnsmargin enn hva som var tilfellet i Thörn mot Sverige, kan trekke argumentasjonen i retning av at straffen heller burde frafalle totalt.

Inngrepet må måles opp mot *formålet* som søkes nådd av staten, derunder beskyttelse av «helse og moral». Som nevnt rommer dette formålet vidt, men uansett må det måles opp mot inngrepet under forholdsmessighetsvurderingen. Selv om vilkåret om formålmessighet er oppfylt (kapittel 3.4), må likevel dette gjøres sterkt nok gjeldende opp mot inngrepet. Dette følger av kravet om proporsjonalitet og relevans.

Et av formålene var som nevnt «å beskytte helse og moral». Dette kom frem blant annet gjennom Innst. 612 L (2020-2021), hvor flertallet løftet fram signaleffekten av et forbud, og at de «er særlig bekymret for konsekvensene en slik reform (med avkriminalisering) vil ha for narkotikabruken blant ungdom».⁸⁰ Forarbeidene må forstås dithen at flertallet mener at straff beskytter helsen til befolkningen, ettersom det antydes bekymringer rundt bruk. Selv om staten selv har rom og skjønn til å selv identifisere formålet bak inngrepene sine, må man under forholdsmessighetsvurderingen se på *realitetene* bak inngrepet og formålene som oppstilles.

⁷⁶ NOU 2019: 26 s. 250

⁷⁷ Thörn v. Sweden (2022) avsnitt 57

⁷⁸ Ibid. avsnitt 57

⁷⁹ NOU 2019: 26 s. 29

⁸⁰ Innst. 612 L (2020-2021) s. 7

Det følger av forholdsmessighetens natur – nemlig at inngrepets styrke (middelet) og formålene (målet) skal balanseres opp mot hverandre.

Det hevdes at straff mot narkotikabruk skal beskytte helse og moral, særlig for ungdommers vedkommende. For at dette formålet skal *stå i et forholdsmessig forhold* til straffen – som er et tyngende inngrep – må formålet i det hele tatt kunne *nås* med inngrepet. Dette knytter seg til kravet om at inngrepet skal være relevant («suitability»). Dersom det ikke kan påvises noen reell sammenheng mellom inngrepet som gjøres, er jo det for så vidt ikke «*nødvendig*» heller, og følgelig ikke forholdsmessig. Når det gjelder «å beskytte helse og moral» kan en se til Portugal, som avkriminaliserte bruk av narkotika i 2001. Det ble i den forbindelse uttalt av Dr. João Goulão at «the biggest effect has been to allow the stigma of drug addiction to fall, to let people speak clearly and to pursue professional help without fear.»⁸¹ Særlig viktig er erfaringen om at avkriminaliseringen medførte en lavere terskel for å oppsøke profesjonell hjelp, som i sin tur kan være svært helsebringende. Dette taler for at det er et svakt forhold mellom å benytte straff mot narkotikabruk, og å «beskytte helse og moral» etter EMK art. 8 (2). Den manglende sammenhengen mellom straffen og formålet «å beskytte helse og moral», kan trekke i retning av at straff er uforholdsmessig.

I sammenheng med formålet om å beskytte helse kan det også nevnes at noe narkotikabruk har et medisinsk formål, det være seg smertelindring, som ledd i mentale bedringsprosesser med mer.⁸² Dette var tilfellet i Thörn mot Sverige, hvor klageren brukte cannabis som smertemedisin, da andre medikamenter ikke var tilstrekkelige eller hadde for tyngende bivirkninger. Det har formodningen mot seg at inngrep mot slik selvmedisinering «beskytter helse», særlig der brukeren har et selvopplevd, betydelig symptomlette av narkotikabruken. Dette trekker ytterligere i retning av at formålet om å beskytte helse ikke står i et forholdsmessig forhold med inngrepet som påføres for å nå dette, særlig der bruken er medisinsk og møtes med en lav straff (slik som i Thörn mot Sverige). En lav straff er likefullt en straff, hvilket kan trekke i retning av at *all* straff mot medisinsk bruk av narkotika er uforholdsmessig.

Dette står likevel i motsetning til premissene i Thörn mot Sverige. Et moment kan likevel være at den vide skjønnsmarginen i EMDs forholdsmessighetsvurdering avskåret muligheten til å komme til denne konklusjonen. Da jeg i kapittel 4.2.3 kom til at gode grunner talte for å snevre

⁸¹ Hawkes (2011)

⁸² Kvam, Merete, «Cannabis mot kroniske smerter», NHI.no, 4.11.2020, <https://nhi.no/forskning-og-intervju/cannabis-mot-kroniske-smerter> (lest 2.12.2024)

denne inn, kan dette danne grunnlaget for å anse fullstendig frafall av straff mot medisinsk bruk av narkotika som den forholdsmessige løsningen.

En innvending til dette synspunktet er imidlertid det at narkotikaen eksisterer i uregulert, sort marked ettersom det er ulovlig. Dette kan innebære risiko for at produktene er urene og inneholder feil mengde virkestoff. Dette kan i sin tur forringe helsen ved at effektene er uforutsigbare og kan ha utilsiktede virkninger. Slike risikoer er lavere der en person heller velger å bruke tradisjonell medisin for å bedre sine plager, da godkjenning og tilgang på disse er strengt regulert.⁸³ Dette taler for at straff mot bruk av narkotika kan «beskytte helsen», og at formålet det derfor er relevant og forholdsmessig.

På den andre siden vil jo straffen i hvert tilfelle være noe som har blitt påført *etter* inntaket av stoffet. Da vil jo ikke en slik etterreaksjon ha noen innvirkning på selve tryggheten ved inntaket, all den tid «skaden allerede har skjedd». Dette taler for at overnevnte argument ikke treffer noe særlig godt, nettopp fordi en straffereaksjon i etterkant av inntaket ikke har noen positiv effekt på tryggheten av det aktuelle rusmidlet. Det kan jo hevdes at et forbud har individualpreventivt effekt – ved at straff hindrer fremtidig bruk. En undersøkelse fra USA legger til grunn at ungdommer *ikke* rapporterer om økende bruk etter avkriminalisering av marihuana.⁸⁴ Igjen kan det derfor antydes at straff mot narkotikabruk – uavhengig av om den er medisinsk eller ikke – er uforholdsmessig, da den ikke er relevant og følgelig et uforholdsmessig middel til å nå målet.

Videre begrunnes straffen mot narkotikabruk i å «forebygge uorden og kriminalitet», jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 93 og EMK art. 8 (2).⁸⁵ Dersom formålet om å forebygge uorden og kriminalitet kan nås med lempeligere midler, taler gode grunner for å anse inngrepet (straff mot narkotikabruk) som uforholdsmessig.

Det «å forebygge uorden og kriminalitet» er et vidt begrep, og ikke minst en stor, tverrpolitisk oppgave. Justis- og straffepolitikk er et middel som kan brukes til å regulere atferd for å forebygge uorden, og for å stimulere nyttig og skadereduserende atferd hos befolkningen.⁸⁶ Befatning av narkotika til eget bruk forutsetter at det har blitt gjort flere kriminelle handlinger

⁸³ Direktoratet for medisinske produkter, «Slik utvikles og godkjennes legemidler», dmp.no, 27.02.2024 <https://www.dmp.no/godkjenning/utvikling-av-legemidler> (lest 7.12.2024)

⁸⁴ Dryden, Jim, «Decriminalizing pot doesn't lead to increased use by young people», WashUMedicine, 17.07.2018, <https://medicine.washu.edu/news/decriminalizing-pot-doesnt-lead-to-increased-use-by-young-people/> (lest 7.12.2024)

⁸⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

⁸⁶ NOU 2019: 26 s. 29

– slik som salgsvirksomhet, heleri, hvitvasking, ulovlig import med mer. Dette taler for at å straffe narkotikabruk er et nødvendig tiltak for å «forebygge uorden og kriminalitet», og at det er forholdsmessig – særlig der bruken er rekreasjonell og kjøpes på et ulovlig marked. I Thörn mot Sverige hadde klageren dyrket cannabisen selv, noe som avskjærer hans bruk fra det ulovlige markedet.

Å anse straff mot narkotikabruk som konvensjonsstridig, medfører ikke å få bukt med den kriminaliteten som springer ut det ulovlige narkotikamarkedet. Å straffe brukere kan medføre tilgang på såkalte bakmenn, og videre gi myndighetene mulighet til å gå etter dem. Likevel må dette synspunktet balanseres opp med den tyngden straffen medfører for den rekreasjonelle brukeren. Det kan antydes at denne nytten (muligheten til å forfølge bakmenn) ikke står i et proporsjonalt forhold til den straffen som belegges den enkeltstående, rekreasjonelle brukeren. Samtidig må poenget om at straff mot narkotikabrukere kan i noen grad forebygge uorden og kriminalitet vektlegges.

Avslutningsvis er det mye som taler for at det oppstilles en menneskerettslig plikt til å møte medisinsk bruk av narkotika med *lave straffer*, nettopp for å tilfredsstille vilkåret «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf, EMK art. 8 (2) og Thörn mot Sverige. Videre kan det antydes at det muligens finnes grunner til at straffen burde frafalles fullstendig i slike tilfeller, nettopp på grunn av straffens subjektive tyngde. Sammenholdes dette poenget med argumentasjonen om at skjønnsmarginen muligens bør være smalere enn i Thörn mot Sverige, trekker dette i ytterligere retning av at straff for narkotikabruk – i noen tilfeller - bærer preg av å være uforholdsmessig.

Når det gjelder å møte formålet med å forebygge uorden og kriminalitet, er spørsmålet om forholdsmessighet noe mer usikkert. Likevel må hvordan straffen føles for den enkelte legges til grunn, og det kan antydes at nytten myndighetene får av å straffe enkelte ikke står i et proporsjonalt forhold til nettopp denne straffen.

Det ble i dette kapittelet fokusert på hvorvidt staten har en negativ forpliktelse – *en plikt til å avstå fra inngrep (straff)*. Gode grunner tyder på at straff mot narkotikabruk i noen tilfeller er uforholdsmessig, og derfor konvensjonsstridig, jf, EMK art. 8 (2), særlig der bruken er medisinsk.

5 Positive forpliktelser og oppgavens problemstilling

Oppgavens hovedproblemstilling spør om EMK art. 8 oppstiller en *plikt til å avkriminalisere* befatning av narkotika til eget bruk. Selv om begrepet «avkriminalisering» peker på at en handling ikke lenger skal straffes, har det også en videre betydning – nemlig at staten *legger til rette* for en slik lovendring. Det vil eventuelt skje ved lovendring, som er en aktiv handleplikt og altså en positiv forpliktelse.⁸⁷ Det å avstå fra enkeltvis inngrep (negative forpliktelse) er med andre ord en annen handling enn å aktivt gå inn for å avkriminalisere en handling (positiv forpliktelse). Positive plikter får en stadig større rolle i EMK-insituttet.⁸⁸

Spørsmålet blir hvilken betydning dette har for statens *positive plikter* – derunder dens plikt til å endre lovgivningen slik at befatning av narkotika til eget bruk blir en *avkriminalisert* handling.

5.1 Skjønnsmarginen og positive forpliktelser

Skjønnsmarginen spiller også en rolle ved spørsmål om staten har positive plikter. Praksis har lagt til grunn at denne er særlig vid i spørsmål om positive forpliktelser.⁸⁹ Dette må antydes å ha sammenheng med at det må foreligge sterkere grunner til å kreve handling, fremfor å kreve avståelse fra handling. Denne vide skjønnsmarginen må ha betydning for hvorvidt art. 8 oppstiller en positiv plikt til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk.

I relasjon til skjønnsmarginen er det også slik at positive forpliktelser, og derunder avkriminalisering, ofte kan by på utfordringer med sosiale og retts tekniske hensyn. Det er jo slik at en lovgivningsplikt (en aktiv plikt) forutsetter grundige avveininger i prosessen, hvor blant annet politiske spørsmål om helse, omsorg, barnevern mv. også må foretas og endres. Etter Powell and Rayner mot Storbritannia er dette av stor betydning: «It is certainly not for the commission or the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere. This is an area where the Contracting States are to be recognised as enjoying a wide margin of

⁸⁷ Lomell, Heidi, «Avkriminalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/avkriminalisering> (lest 8.10.2024)

⁸⁸ Mowbray (2004) s. 229

⁸⁹ Gerards (2009) s. 619

appreciation.»⁹⁰ Sammenlignes prosessen som ligger bak en lovendring (positiv forpliktelse), med prosessen det er å avstå fra et inngrep (negativ forpliktelse) – er det klart at lovendringsprosessen angår *flere og større* «hjemlige», politiske spørsmål. At en eventuell positiv forpliktelse har dette preget, taler for at EMD skal trå tilbake og heller la dette spørsmålet være statens anliggende.

5.2 Oppstilles det en positiv forpliktelse til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk?

EMK art. 8 sin ordlyd angir - til forskjell fra der det er snakk om negative forpliktelser (å avstå fra inngrep) – ingen konkrete vilkår for når slike plikter oppstår, utover at enhver «har rett til» privatliv. Dette må imidlertid sammenholdes med EMK art. 1, hvor det står at statene skal «sikre» rettighetene som konvensjonen fastslår. Når det gjelder *hva* som skal til for at det etableres en positiv forpliktelse for staten, må derfor utbroderes ytterligere.

Dommen *Hatton mot Storbritannia* er illustrerende. Dommen gjaldt hvorvidt naboer fra en flyplass fikk sine rettigheter etter EMK art. 8 krenket.⁹¹ Det ble både drøftet hvorvidt statens inngrep var rettferdiggjort etter EMK art. 8 (2), men også om det forelå «a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8.», jf. avsnitt 98. Det ble trukket fram at vurderingene hadde likheter: at de var «broadly similar».

Hvordan spørsmålet for øvrig skulle angripes ble drøftet i en artikkel i *International Community Law Review*, hvor det under punkt 2.2 nevnt at «[...] regulated permission of cannabis cultivation and trade can qualify as a positive obligation, if this permission can contribute to the realization of the rights to [...] privacy more effectively than a prohibition. That a state under its 'margin of appreciation' could nevertheless argue that it, considering its constellation, has reasons to opt for a less effective approach does not affect this observation in any way.»⁹² Her tas det til orde at dersom en legalisering («regulated permission of [...] cultivation and

⁹⁰ Powell and Rayner v. United Kingdom (1990), no. 9310/81 avsnitt 45

⁹¹ Hatton and others v. The United Kingdom (2003) no. 36022/97

⁹² van Kempen, Piet Hein, «Regulated Legalization of Cannabis through Positive Human Rights Obligations and Inter se Treaty modification», *International Community Law Review*, 10.10.2018
https://brill.com/view/journals/iclr/20/5/article-p493_5.xml#FN000016 (lest 29.11.2024)

trade») på bedre vis beskytter retten til privatliv enn en straffetilnærning, dannes det en positiv forpliktelse til å gjøre nettopp dette – *uavhengig av at skjønnsmarginen er vid*. Selv om artikkelen omhandler legalisering, må det samme synspunktet gjøres gjeldende der det er snakk om avkriminalisering.

Spørsmålet blir derfor om en avkriminalisering på bedre vis kan brukes til å nå de formålene man søker oppfylt, og følgelig beskytter retten til privatliv etter EMK art. 8 på *en bedre måte* enn dagens straffelinje. Dersom dette besvares positivt trekker mye i retning av at EMK art. 8 angir en plikt for statene til å avkriminalisere narkotikabruk – selv tatt i betraktning den vide skjønnsmarginen som oppstilles i spørsmål om positive plikter.

Det å avkriminalisere bruk av narkotika medfører at der stigmaet som straffen medfører opphører i stor grad.⁹³ Det er videre antydning at stigmaet vil føre til at flere oppsøker hjelp – både for hjelp med å komme seg ut av avhengighet og hjelp for å trygge bruken.⁹⁴ Tryggere bruk kan oppnås blant annet gjennom testvirksomhet av narkotika, og opplæring. På sin side vil dette kunne bidra til signifikant tryggere bruk, samt reduksjon i overdosetall. Til sammenligning er det politisk enighet om å operere med såkalte brukerrom, som har til formål å øke verdigheten for brukere, samt bidra til økt helsemessig trygghet og gi raskere hjelp ved overdoser, jf. brukerromsloven § 1.⁹⁵ Hvorfor ikke denne tilnærmingen skal kunne gjelde for folk som bruker *andre* rusmidler enn de som er omfattet av brukerromsloven blir derfor stående som et spørsmål uten tilfredsstillende svar.

Som nevnt er helse en viktig del av «privatlivet» som EMK art. 8 oppgir som en vernet interesse.⁹⁶ Da det kan antydes at en kriminaliseringsstrategi på lang vei ikke beskytter helsen, men heller forringer den, er det svært mye som trekker i retning av at det oppstilles en positiv forpliktelse til å avkriminalisere befatning av brukerdoser med narkotika. En avkriminalisering vil imidlertid også ha sine svakheter, men som nevnt er jo spørsmålet *hvilken* av disse to tilnærmingene (avkriminalisering eller straff) som på *best måte beskytter den vernede interessen*.

⁹³ NOU 2019: 26 s. 29

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Lov 2. juli 2004 nr. 64 om ordning med brukerrom for inntak av narkotika (brukerromsloven)

⁹⁶ Nada v. Switzerland (2012)

Avslutningsvis ønsker jeg å peke på at politiker Jan Christian Vestre - som stod bak den nevnte Meld. st. 5 (2024-2025) – ikke ønsker å svare på om straff hjelper.⁹⁷ Dette gir en stor oppfordring til å faktisk revurdere straff som tilnærming til rusbruk, all den tid de som lagde Stortingsmeldingen ikke ønsker å stå rakrygget bak denne løsningen med overbevisningen om at det fungerer.

Til tross for at det ved positive forpliktelser oppstilles en vid skjønnsmargin, vil spørsmålet være hvilken av løsningene som beskytter retten til privatlivet best.⁹⁸ Argumentasjonen ovenfor trekker i retning av at en avkriminalisering beskytter denne rettigheten bedre enn å opprettholde en kriminaliseringsstrategi. I forlengelsen av tilsier altså gode grunner til å anse EMK art. 8 som en artikkel som oppstiller en positiv plikt for statene å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk. Likevel må den vide skjønnsmarginen når det gjelder positive forpliktelser tas i betraktning, hvilket trekker i retning av å se på en slik løsning med en viss skepsis.

⁹⁷ Vestre, Jan Christian, Helse- og omsorgsminister, i Dagsnytt 18 på NRK, 21 minutter inn i sendingen, 25.10.2024, NRK.no, <https://tv.nrk.no/serie/dagsnytt-atten-tv/sesong/202410/episode/NNFA56102524> (spilt av 7.10.24)

⁹⁸ van Kempen, Piet Hein, «Regulated Legalization of Cannabis through Positive Human Rights Obligations and Inter se Treaty modification», *International Community Law Review*, 10.10.2018 https://brill.com/view/journals/iclr/20/5/article-p493_5.xml#FN000016 (lest 29.11.2024)

6 Avslutning og konklusjon

Problemstillingen for oppgaven var om EMK art. 8 oppstiller en plikt til å avkriminalisere befatning av narkotika til eget bruk. Som forklart i kapittel 1.2 og 2.3 aktualiserte denne problemstillingen både positive og negative forpliktelser, samt forholdet disse imellom.

Når det gjelder spørsmålet om staten har en menneskerettslig plikt til å avstå fra å straffe narkotikabruk, ble dette vurdert i kapittel 3 og 4. I spørsmål om negative forpliktelser, spør en seg om inngrepet er kan begrunnes i de tre vilkårene som EMK art. 8 (2) oppstiller – lovskravet, formålskravet og forholdsmessighetskravet. Det ble konkludert at det å straffe narkotikabruk var «i samsvar med loven» og gjort «av hensyn til [...]» et legitimt formål, jf. kapittel 3. Mer problematisk var spørsmålet om en slik inngripen var forholdsmessig, jf. kapittel 4.

Kapittel 4 illustrerte først og fremst betydningen av skjønnsmarginen som tilkjennes statene. I den mye omtalte Thörn mot Sverige ble denne vurdert til å være forholdsvis vid, hvilket gjorde EMDs prøving lite intensiv. De begrenset seg til å vurdere om staten selv hadde foretatt en rimelig avveiing mellom de kolliderende hensynene, jf. avsnitt 55. Det ble av meg deretter trukket frem innvendinger til denne fremgangsmåten, og det ble antydnet at det finnes gode grunner til å snevre denne inn – hvilket videre vil ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen.

I Thörn mot Sverige trakk EMD frem det faktum at klageren hadde fått en lav straff,⁹⁹ hvilket trekker i retning av at det synes å foreligge en menneskerettslig plikt til å møte medisinsk narkotikabruk med nettopp lave straffer. Dette må ses i sammenheng med den nytten en slik bruker kan få av narkotikaen, og at en straff mot dette blir et uproporsjonalt middel i disse tilfellene. Selv om dommen gjaldt medisinsk bruk av cannabis, finnes det gode grunner for å likestille tilfeller med medisinsk bruk av andre ulovlige rusmidler.

Videre ble det trukket fram at gode grunner tilsier at medisinsk bruk av narkotika ikke burde straffes i det hele tatt. Opp mot problemstillingen vil dette derfor bety at staten plikter å avstå fra enhver straffbelegging i disse sakene. Poenget understrekes hvis man velger å operere med en smalere skjønnsmargin enn hva som var tilfellet i Thörn mot Sverige, jf. kapittel 4.3.2. En

⁹⁹ Thörn mot Sverige (2022) avsnitt 57

smalere skjønnsmargin vil som nevnt gjøre forholdsmessighetsoverprøvingen mer intensiv – slik at en kommer nærmere en situasjon hvor straffen anses uforholdsmessig.

Når det gjelder rekreasjonell bruk er spørsmålet imidlertid mer åpent. På grunn av at det her ikke kan identifiseres et medisinsk behov for bruken, vil også Thörn mot Sverige sin overføringsverdi være begrenset (hensett det faktum at EMD tok i betraktning klagerens helsesituasjon). Likevel finnes det her også gode grunner til å anse straff som uforholdsmessig, særlig tatt i betraktning den tyngden straffen er for *også* den rekreasjonelle brukeren.¹⁰⁰ I tillegg ble det i kapittel 4.3.2 sådd tvil rundt hvorvidt straffen i det hele tatt var et *relevant* virkemiddel for å nå målene. Til tross for dette er det vanskelig å påvise en klar menneskerettslig plikt for staten å avstå fra straff i disse tilfellene, nettopp fordi det er usikkert om inngrep i slike tilfeller er i strid med vilkåret «nødvendig i et demokratisk samfunn», jf. EMK art. 8.

Vurderingene i kapittel 4 viste videre hvilken elementær betydning forholdsmessighetsvurderingen – og derunder skjønnsmarginen – har i spørsmål om det foreligger konvensjonsbrudd.

Når det gjelder de positive forpliktelsene ble skjønnsmarginens rolle igjen trukket frem. Likevel må ikke denne stå i veien for at staten bør forpliktes til å velge den løsningen som på best vis beskytter menneskerettighetene. Vurderingen ble tatt på bakgrunn av hvilken strategi som på best mulig måte beskytter retten til «privatliv» i EMK art. 8, og vurderingen trakk i retning av at nettopp en *avkriminalisering* er mest hensiktsmessig i forstanden om å sikre retten til privatlivet. Likevel må det tas i betraktning at en positiv forpliktelse i form av lovgivning vil kreve mye lovteknisk og politisk arbeid fra staten, hvilket trekker i retning av at tiden ikke er moden for å la EMD *kreve* en slik handling fra konvensjonsstaten.

At EMD valgte å prøve saken fra Thörn kan gi likevel uttrykk for et stemningsskifte i Strasbourg, og Europa for øvrig. På 1960-tallet ble det tegnet et bilde av den «unge narkotikabrukeren» som svak, et lett påvirkelig offer for moderne rotløshet, et menneske med tap av mening og fremmedgjøring.¹⁰¹ At EMD 60 år senere vurderer hvorvidt narkotikabruken har vern etter menneskerettighetene er et langt steg.

¹⁰⁰ NOU 2019: 26 s. 29

¹⁰¹ Evang (1973)

Litteraturliste

Bøker

Evang, Karl, *Narkotika, generasjonene og samfunnet*, 1. utg., Tiden 1972.

Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, 1. utg., Oxford University Press 2008.

Gerards, Janneke, Senden, Hanneke, *The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights*, 7. Utg., International Journal of Constitutional Law 2009.

Hwakes, Nigel, *Highs and lows of drug decriminalization*, BMJ 2011.

Klatt, Matthias, *Positive Obligations under The European Convention of Human Rights*, 1. utg., ZaöRV 2011.

Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 5. utg., Hart Publishing 2004.

Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter 1*, 1. utg., Fagbokforlaget 2022.

Artikler

Acharki, Fouad, «Flere unge blir tatt for cannabis på østkanten – selv om det røykes mer i vest», NRK.no, 9.07.2018 <https://www.nrk.no/stor-oslo/flere-unge-blir-tatt-for-cannabis-pa-ostkanten--selv-om-det-roykes-mer-i-vest-1.14112100> (lest 09.11.2024)

Direktoratet for medisinske produkter, «Slik utvikles og godkjennes legemidler», dmp.no, 27.02.2024 <https://www.dmp.no/godkjenning/utvikling-av-legemidler> (lest 7.12.2024)

Dryden, Jim, «Decriminalizing pot doesn't lead to increased use by young people», WashUMedicine, 17.07.2018, <https://medicine.washu.edu/news/decriminalizing-pot-doesnt-lead-to-increased-use-by-young-people/> (lest 7.12.2024)

Helse- og omsorgsdepartementet, «- En ny ruspolitikk for trygghet, fellesskap og verdighet», Regjeringen, 25.10.2024, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/-en-ny-ruspolitikk-for-trygghet-fellesskap-og-verdighet/id3066515/> (lest 10.11.2024)

Holmøyvik, Eirik, «Legalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/legalisering> (lest 8.10.2024)

Jacobsen, Jørn, Vogt, David «Avkriminalisering for bare tungt rusavhengige vil stride mot Grunnloven», rett24.no, 3.5.2021 <https://rett24.no/articles/avkriminalisering-bare-for-tungt-rusavhengige-vil-stride-mot-grunnloven> (lest 3.10.2024)

Kilkelly, Ursula, «The right to respect to private life in the European convention on Human Rights: A re-examination.», European Human Rights Law Review 44, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2383507 (lest 2.10.24)

Kvam, Merete, «Cannabis mot kroniske smerter», NHI.no, 4.11.2020, <https://nhi.no/forskning-og-intervju/cannabis-mot-kroniske-smerter> (lest 2.12.2024)

Lomell, Heidi, «Avkriminalisering», Store Norske Leksikon, 26.11.2024, <https://snl.no/avkriminalisering> (lest 8.10.2024)

Løkke, Eirik, «Krigen mot narkotika har feilet. Det er på tide å endre strategi», Civita.no, 31.3.2021, <https://civita.no/okonomi/velferdsstaten/ruspolitikk/krigen-mot-narkotika-har-feilet-det-er-pa-tide-a-endre-strategi/> (lest 9.12.24)

Myrseth, Silje, «Tyskland legaliserer cannabis», NRK.no, 23.02.2024, <https://www.nrk.no/norge/tyskland-legaliserer-cannabis-1.16776317> (lest 09.11.2024)

National Institute of Drug Abuse, «The Science Of Drug Use: A resource for the justice sector», 23.11.22, <https://nida.nih.gov/research-topics/criminal-justice/science-drug-use-resource-justice-sector> (lest 04.10.24)

Norges institusjon for menneskerettigheter, «Rus og menneskerettigheter», 21.09.2022

Oslo Economics, «Samfunnskostnader ved alkoholbruk», januar 2022

Shah, Mansi, «Opioid withdrawal», National Library of Medicine, 21.02.2023, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK526012/> (lest 04.10.2024)

van Kempen, Piet Hein, «Regulated Legalization of Cannabis through Positive Human Rights Obligations and Inter se Treaty modification», International Community Law Review, 10.10.2018 https://brill.com/view/journals/iclr/20/5/article-p493_5.xml#FN000016 (lest 29.11.2024)

Zeifman, Richard, «Decreases in Suicidality Following Psychedelic Therapy: A Meta-Analysis of Individual Patient Data Across Clinical Trials», 9.05.2022, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35044730/> (lest 04.10.2024)

TV-sendinger

Vestre, Jan Christian, Helse- og omsorgsminister, i Dagsnytt 18 på NRK, 21 minutter inn i sendingen, 25.10.2024, NRK.no, <https://tv.nrk.no/serie/dagsnytt-atten-tv/sesong/202410/episode/NNFA56102524> (spilt av 7.10.24)

Lover

1814	LOV-1814-05-17	Kongeriket Norges Grunnlov
1992	LOV-1992-12-04-132	Lov om legemidler m.v.
1999	LOV-1999-05-21-30	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
2004	LOV-2004-07-02-64	Lov om ordning med brukerrom for inntak av narkotika
2005	LOV-2005-05-20-28	Lov om straff

Forskrifter

2013	FOR-2013-02-14-199	Forskrift om narkotika
------	--------------------	------------------------

Forarbeider

Innst. 612 L (2020-2021)	Innstilling fra helse- og omsorgskomiteén om Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og straffeloven m.m.
Meld. St. 5 (2024-2025)	Trygghet, fellesskap og verdighet — Forebyggings- og behandlingsreformen for rusfeltet
NOU 2019: 26	Rusreform – fra straff til hjelp
Ot.prp.nr. 22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28

Norske avgjørelser

Rt. 1977 s. 1207
HR-2022-731-A

Traktater og konvensjoner

EMK	<i>The European Convention on Human Rights</i> , Roma 4. november 1950
-----	--

Avgjørelser fra EMD

A and others v. The United Kingdom (GC)	<i>Case of A and Others v the United Kingdom</i> no. 3455/05, 19.2.2009
Bensaid v. United Kingdom	<i>Case of Bensaid v the United Kingdom</i> no. 44599/8, 6.2.2001
Dudgeon v. United Kingdom	<i>Case of Dudgeon v the United Kingdom</i> no. 7525/76, 22.10.1981
Gillberg v. Sweden	<i>Case of Gillberg v Sweden</i> no. 41723/06, 3.4.2012
Hatton v. United Kingdom (GC)	<i>Case of Hatton v the United Kingdom</i> no. 36022/97, 8.7.2003
Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia	<i>Case of Jehova's witnesses of Moscow v Russia</i> no.302/02, 10.6.2010
Jeunesse v. The Netherlands	<i>Case of Jeunesse v the Netherlands</i> no. 12738/10, 3.10.2014
Lacatus v. Switerland	<i>Case of Lacatus v the Switzerland</i> no. 14065/15, 19.1.2021
Manzanas Martin v. Spain (Resolution)	<i>Case of Manzanas Martin v Spain</i> no. 17966/10, 5.3.2013
Nada v. Switzerland	<i>Case of Nada v the Switzerland</i> no. 10593/08, 12.9.2012
Powell and Rayner v. United Kingdom	<i>Case of Powell and Rayner v the United Kingdom</i> no. 9310/81, 21.2.1990

Pretty v. United Kingdom

Case of Pretty v the United Kingdom

no. 2346/02, 29.4.2002

S.A.S v. France (GC)

Case of S.A.S v France

no. 43835/11, 1.7.2014

Sunday Times v. United Kingdom (P)

Case of Sunday Times v the United Kingdom

no. 6538/74, 29.4.1979

Thörn v. Sweden

Case of Thörn v Sweden

no. 24547/18, 1.9.2022

Wainwright v. United Kingdom

Case of Wainwright v the United Kingdom

no. 12350/04, 26.9.2006