

# JUSS2111 – Sensorveiledning – V22

## 1. Innledning

JUSS2111 består av de tre fagene statsforfatningsrett, menneskerettigheter og folkerett, hvorav statsforfatningsrett utgjør 10 studiepoeng og de to øvrige fagene 5 studiepoeng hver. Årets eksamensoppgave henter de rettslige spørsmål fra alle tre fagområder, men bare i begrenset utstrekning fra folkerett. Hovedtyngden ligger på statsforfatningsrett. Denne sensorveiledningen er i hovedsak skrevet før sensormøtet 23. mai. Enkelte justeringer er gjort under sensormøtet basert på gjennomlesning av eksamensoppgaver.

Semesteret har i mindre grad enn de foregående semestre vært preget av pandemien, men semesteret har ikke vært påvirket. Kandidatene har hatt hjemmeeksamen og har derfor hatt tilgang til alle relevante rettskilder under eksamen. Det er ikke nødvendigvis bare en fordel, og det vil bli nærmere kommentert nedenfor. I tillegg var disse kandidatene underlagt omikron-restriksjoner i begynnelsen av semesteret (i likhet med problemstillingen i oppgaven), og de fikk fysiske forelesninger først i uke 9. De startet imidlertid opp med fysisk kursundervisning i begynnelsen av januar som vanlig (etter en frisk fortolkning av Covid-19-forskriftens «pålegg» om digital undervisning). Kandidatene tilhører for øvrig i all hovedsak det studentkullet som avsluttet videregående skole under nedstengningen i mars 2020 og som har tatt første studieår for det meste med digital undervisning. Det er således vanskelig å vite hvordan dette «koronakullet», som har vært avskåret fra så mye fysisk interaksjon i undervisningssammenheng over lengre tid, behersker den juridiske metode på dette nivået sammenlignet med tidligere års kandidater.

Sensorene bes derfor være oppmerksomme på at selv om det skal stilles like strenge krav til dette kullet hva gjelder den materielle jussen, kan det ikke nødvendigvis stilles like strenge krav som tidligere år til metodisk oppbygging og løsning/refleksjon over metodiske problemstillinger. Det siste må trenes opp i interaksjon med andre studenter og/eller jurister, og vil ta tid å få på plass. Vårens eksamensoppgave stiller samtidig store krav til nettopp de metodiske ferdigheter, og må derfor anses som vanskelig.

## 2. Oppgavens rettsspørsmål og metodiske innfallsvinkler

*Vårens eksamensoppgave reiser to helt overordnede rettslige spørsmål: Det ene er hvorvidt Stein Høydrake ikke kan straffes for brudd på straffelov/legemiddellov fordi det vil stride mot den fiktive Grunnloven § 99. Og det andre hovedspørsmålet er hvorvidt Stein Høydrake ikke kan straffes for brudd på straffelov/legemiddellov fordi det vil stride mot Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.*

Selv om oppgaven fremfører en rekke anførsler og påstander, må det like fullt anses som krevende for kandidatene å stille opp disse to overordnede rettsspørsmål. Det har sammenheng med flere forhold, særlig det forhold at disse kandidatene aldri har hatt strafferett. Rækkefølgen man behandler disse hovedspørsmålene i, er imidlertid irrelevant. Erfaringene fra sensormøtet viser at de overveiende fleste studenter reiser tre hovedproblemstillinger, ved at de reiser eget hovedspørsmål om traktaten er til hinder for straffeforfølgelse. Det kan derfor ikke trekkes for at man deler oppgaven i tre, men det må likevel spille inn på karakterfastsettelsen hvordan man tilnærmer seg traktatsspørsmål, se nedenfor.

Siden oppgaven er vinklet inn mot domstolenes tilnærming, må kandidatene ta utgangspunkt i domstolsperspektivet. Dette er uansett vanlig ved løsning av praktikumsoppgaver og burde ikke by på utfordringer. Oppgaven og de rettsspørsmål den reiser, kan imidlertid struktureres på flere måter, også for domstolene. Avgjørende er at kandidatene legger opp til en logisk gjennomgåelse av de rettsspørsmål oppgaven reiser. Kandidatene står deretter overfor et par vanskelige metodiske valg helt innledningsvis:

Det ene er knyttet til hvor man skal plassere den vedlagte traktatteksten i drøftelsen. Siden folkerettslige avtaler skal tolkes autonomt, dvs. uavhengig av nasjonal rett, må kandidatene treffe en beslutning om de skal tolke traktaten før de går løs på de øvrige rettsspørsmål eller om de skal tolke traktaten der hvor den potensielt dukker opp som en rettskilde i den øvrige drøftelsen. For dette metodiske valget foreligger ikke et fasitsvar. Den første fremgangsmåten vil antagelig være mest ryddig for en leser som ikke kan materien svært godt, mens den andre fremgangsmåten kan sies å være mer korrekt – i den forstand at man tar drøftelsene der de hører hjemme. Den som er godt kjent med et spekter av Høyesteretts praksis,

vil i tillegg vite at Høyesterett tilnærmer seg dette ulikt og at det neppe foreligger et tydelig mønster for når Høyesterett gjør det ene eller det andre. Begge tilnærminger må derfor aksepteres på like fot. Avgjørende må være at de kandidatene som begynner med tolkningen av traktaten setter opp de overordnede problemstillinger som oppgaven reiser først, og da slik at leseren forstår hvorfor traktattolkningen skjer innledningsvis. For de kandidater som velger å ta traktattolkningen der spørsmålet dukker opp, må det forventes at de synliggjør på en tydelig måte at traktattolkningen skjer uavhengig av nasjonal rett, selv om traktaten tolkes midt i en drøftelse av grunnlovsspørsmålet. Erfaringene med oppgaverettingen viser at de fleste kandidatene foretar tolkningen av traktaten etter drøftelsen av om den fiktive § 99 er gyldig vedtatt, og at de fleste evner å tolke traktaten autonomt.

Det andre metodiske valget for kandidatene er om de skal begynne behandlingen av rettsspørsmålene i reglene i straffeloven/legemiddeloven eller med reglene i grunnlov/EMK. Domstolene vil alltid ta utgangspunkt i straffeloven og reise spørsmål om vilkårene for straff er oppfylt, blant annet for å avklare skyldsspørsmålet. For kandidater på JUS2111 som ikke har hatt strafferett er dette imidlertid ikke et naturlig utgangspunkt. Og for denne oppgaven er det egentlig heller ikke tvil om vilkårene for straff er oppfylt. Det er snarere et spørsmål om tiden har løpt fra straffeloven/legemiddelovens bestemmelser om straff for bruk av rusmidler og oppbevaring til eget forbruk, og om bestemmelsene av den grunn må tolkes innskrenkende eller er i strid med bestemmelser i grunnlov og EMK. Det metodiske valget her, må anses som utfordrende for kandidatene.

Også utover disse to vanskelige metodiske valgene, reiser oppgaven en rekke metodiske spørsmål og avveininger, og oppgaven stiller derfor store krav til kandidatenes evne til å beherske den juridiske metode og til å fremføre egne analyser og refleksjoner. Få av de rettsspørsmål som reises har klare svar. Dette må tas i betraktning ved sensurering av besvarelsene. Det må også tas i betraktning at det særlig vil være de aller beste som ser alle de underspørsmål oppgaven reiser, og disse kan oppleve tidspress.

### 3. Generelt om læringskrav og pensum

Av betydning for denne eksamensoppgaven følger av det av læringskravene for JUS2111 i faget *statsforfatningsrett* at det blant annet kreves god forståelse av endring av konstitusjonen, statsrettslig metode, domstolskontroll, *hovedtrekk* i samtlige rettigheter som følger av Grunnloven og hvordan de begrenses, samt konstitusjonell nødrett.

Anbefalt litteratur er enten «Statsrett – kort forklart» av Benedikte M. Høgberg eller «Konstitusjonelt demokrati» av Eivind Smith. Kandidatene kan velge hvilken litteratur de ønsker å lese. For løsningen av de rettsspørsmål denne eksamensoppgaven reiser, har de to alternativene ulik innfallsvinkel til enkelte metodespørsmål med betydning for tolkningen av grunnlovsrettigheter. Dette kommenteres senere der de to innfallsvinklene kan tenkes få betydning for kandidatenes løsning av oppgaven.

For øvrig er domstolskontroll behandlet hos Høgberg s. 96-106 og hos Smith s. 272-298. Konstitusjonell nødrett er behandlet hos Høgberg s. 186-196 og hos Smith s. 299-300. Grunnloven § 102 er kun sporadisk behandlet hos Høgberg i relasjon til begrensning av rettigheter på s. 137 og sporadisk hos Smith i relasjon til integritetsvern s. 377-378. Generelle utgangspunkter for grunnlovstolkning er behandlet hos Høgberg s. 19-24 og s. 117-136 og hos Smith s. 95-114 og s. 320-330.

I undervisningen dette semesteret har den generelle domstolskontrollen etter Grunnloven § 89 og de generelle utgangspunkter for grunnlovstolkning stått sentralt. Eventuell domstolskontroll med grunnlovsendringer er ikke berørt i undervisningen. Konstitusjonell nødrett og Grunnloven § 102 er kun sporadisk omtalt i undervisningen.

I faget *menneskerettigheter* følger det av læringskravene for JUS2111 at det kreves god forståelse for "innholdsmessige sider ved:... retten til privat- og familieliv".

Anbefalt litteratur i faget menneskerettigheter er «Menneskerettigheter i et nøtteskall» av Vibeke Blaker Strand og Kjetil M. Larsen. Her er EMK artikkel 8 behandlet på s. 179-184. En overordnet behandling av forholdsmessighetsprinsippet (proporsjonalitet), statenes skjønnsmargin og begrensning av rettigheter er gitt på s. 76-96.

I undervisningen har forholdsmessighetsprinsippet stått sentralt. EMK artikkel 8 er imidlertid viet mindre plass i undervisningen.

I faget *folkerett* følger det av læringskravene for JUS2111 at det kreves god forståelse for traktattolkning.

Anbefalt litteratur er "Innføring i folkerett" av Morten Ruud og Geir Ulfstein. Her er traktattolkning behandlet på s. 93-101. Alternativt "Folkerett i et nøtteskall" av Sondre Torp Helmersen.

Traktattolkning har også stått sentralt i undervisningen.

#### 4. Oppgaveløsning

##### 5. a) Er straffeforfølgelse av Stein Høydrake i strid med den fiktive Grunnloven § 99?

For det første hovedspørsmålet har oppgaven presentert en fiktiv grunnlovsbestemmelse, og den overordnede problemstilling er om det vil være i strid med denne grunnlovsbestemmelsen å straffeforfølge Stein Høydrake. Det er imidlertid en rekke underliggende rettsspørsmål kandidatene må avklare for å kunne besvare dette overordnede spørsmålet. Det kan derfor ikke utelukkende at kandidatene sorterer besvarelsen utelukkende etter underspørsmålene, og ikke som to hovedspørsmål slik sensorveiledningen her legger opp til. Det må i utgangspunktet være greit, så lenge kandidatene får frem underveis hvordan problemstillingene henger sammen.

En ryddig måte å sette dette opp på er å dele dette første hovedspørsmålet i to (eller tre) underspørsmål, der det ene underspørsmålet er knyttet til domstolenes prøving av eventuelle feil i forbindelse med grunnlovsendringen, herunder om nødrett kan reparere feil ved grunnlovsendring. Det andre underspørsmålet er knyttet til hvorvidt straffeloven/legemiddeloven kan settes til side etter den fiktive bestemmelsen.

#### Domstolsprøving av grunnlovsendring:

Det første spørsmålet er om domstolene overhodet har prøvingskompetanse i relasjon til potensielle feil ved grunnlovsendringer. De fleste kandidatene ser trolig problemstillingen, siden den er påberopt av aktoratet i oppgaven. De som ikke ser problemstillingen, må trekkes for dette. Spørsmålet må imidlertid regnes som vanskelig for kandidatene. Dette er en problemstilling som ikke er berørt i undervisningen, og hvor begge pensumalternativene (Høgberg og Smith) behandler problemstillingen kort og relativt sett ganske dårlig. Det finnes heller ingen rettsavgjørelser, verken i Høyesterett eller Riksretten, som avklarer spørsmålet. Det er likevel grunn til å tro at de bedre kandidatene vil kunne presentere gode resonneringer, basert på det eksisterende rettskildemateriale. Hva kandidatene konkluderer med for dette spørsmålet, skal ikke ha betydning for karakterfastsetting. Avgjørende er at kandidatene ser problemstillingen og evner å trekke frem ulike forhold som trekker i ulike retninger.

Et naturlig utgangspunkt for drøftelsen av problemstillingen vil være domstolskontrollen i sin alminnelighet, slik den følger av eldre konstitusjonell sedvanerett og gjennom Grunnloven § 89 fra 2015/2020. Generelt følger det av domstolskontrollen at domstolene kan prøve lovers grunnlovsmessighet, og av den eldre konstitusjonelle sedvanerett omfatter dette prøving med både form og innhold. Kandidatene bør derfor vite at for eventuelle formfeil ved *lovendringer* har domstolene prøvingskompetanse. De kandidatene som hopper av her og enkelt konkluderer med at dette utvilsomt har overføringsverdi til grunnlovsendringer uten nærmere argumentasjon, må få trekk. Det er imidlertid grunn til å tro at det bare er de aller beste kandidatene som får til en bred drøftelse av problemstillingen. De som klarer å hente frem noen argumenter fra drøftelsen nedenfor må derfor få god uttelling for dette:

Kandidatene må være kjent med at § 121 setter både prosessuelle og materielle vilkår for grunnlovsendring. De bør også vite at domstolene ikke vil prøve de materielle skranker for grunnlovsendring («ånd og prinsipper»), først og fremst fordi det generelt hersker usikkerhet i både statspraksis og i litteraturen om det overhodet foreligger reelle materielle skranker. Det etterlater spørsmålet om dette utgangspunktet også gjelder for formfeil, eller om man skal velge motsatt løsning, dvs. at domstolene kan prøve formfeil, men ikke prøve om de materielle skranker er trådt over.

Til støtte for det første, dvs. at domstolene ikke kan prøve formfeil ved grunnlovsendringer, kan anføres tredelingen fra Rt. 1976 s. 1 (Kløfta), der Høyesterett uttrykker at domstolen vil være varsom med å

prøve institusjonelle bestemmelser i Grunnloven. Endringsbestemmelsen i § 121 må i aller høyeste grad regnes som en institusjonell bestemmelse. Det følger heller ikke av ordlyden i § 89 at domstolene kan prøve dette spørsmålet, og siden det ikke foreligger noen avgjørelser knyttet til spørsmålet, foreligger det heller ingen konstitusjonell sedvanerett som bygger oppunder en slik prøvingskompetanse. Et poeng her er også at Riksretten etter Grunnloven § 86 har eksklusiv kompetanse til å prøve om representanter for statsmaktene har brutt sine konstitusjonelle plikter, og de prosessuelle vilkår for grunnlovsendring er nettopp knyttet til representantenes konstitusjonell plikt. Høgberg skriver også i petit på s. 99 at gyldighetsspørsmålet ikke kan prøves av de ordinære domstoler og peker på manglende rettsgrunnlag som begrunnelse for dette. Problemstillingen i petitet er imidlertid ikke helt parallelt, i og med at det der i hovedsak reises spørsmål om domstolene kan prøve hvorvidt endringer i § 89 (som omhandler domstolenes egen prøvingskompetanse) er gyldig vedtatt.

Til støtte for at domstolene kan prøve hvorvidt det foreligger formfeil ved grunnlovsendringer kan anføres HR-2021-417-P (Acer). Saken gjaldt riktignok ikke grunnlovsendringer etter § 121, men Høyesterett anså seg kompetent til å prøve hvorvidt tilslutning til EUs tredje energimarkedspakke skulle skje med simpelt flertall etter Grunnloven § 26 annet ledd eller med  $\frac{3}{4}$  flertall etter Grunnloven § 115. Av dette kan det muligens sluttet at domstolene også vil anse seg kompetente til å prøve formkravene etter Grunnloven § 121, og det til tross for at Regjeringsadvokaten i Acer-saken prosederte på at denne kompetansen eksklusivt måtte ligge til Riksretten etter § 86. I tillegg skriver Smith i sin lærebok s. 297 at domstolene «i utgangspunktet» må kunne prøve formfeil ved grunnlovsendringer, men det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse for standpunktet. Dette synet kan imidlertid underbygges av reelle hensyn, som tilsier at så lenge Riksretten i praksis aldri trer sammen lenger, vil de ordinære domstolene måtte kunne prøve gyldighetsspørsmål relatert til vår konstitusjon.

Uansett, spørsmålet har ikke et sikkert svar og begge løsninger må aksepteres. I lys av Acer-saken heller jeg imidlertid nå i retning av at de ordinære domstoler likevel vil kunne prøve gyldighetsspørsmålet av grunnlovsendringer, men det gjenstår å se.

Etter at kandidatene har avklart hvorvidt domstolene har prøvingskompetanse, må de peke på hvilke feil som foreligger. De som har landet på at domstolene ikke har prøvingskompetanse, må forutsette dette for den videre drøftelsen. Dette kan strengt tatt gjøres i forkant av den foregående drøftelsen. Her må kandidatene se at kravene til tilstrekkelig antall representanter i salen ved behandlingen av grunnlovsspørsmålet ikke er oppfylt og at dette er en formell feil som gjør at vilkårene for grunnlovsendring etter § 121, jf. § 73 ikke er oppfylt.

#### Konstitusjonell nødrett:

Det siste spørsmålet relatert til prøving blir da om det foreligger en nødrettssituasjon som tilsier at formfeilen repareres. Eller sagt på annen måte; spørsmålet er om grunnlovsendringen likevel er gyldig grunnet nødrett. Konklusjonen må med all rimelighet være at denne anførselen ikke kan føre frem, og det av flere grunner. Selv om det er mange problemstillinger å reise under nødrettsspørsmålet, bør det ikke trekkes om nødrett i dette tilfellet behandles litt summarisk. Det får heller være pluss desto flere elementer under nødrett kandidatene tar opp.

Nødrett er i begrenset utstrekning behandlet i undervisningen, men er i noen grad dekket i læringskravene og i pensumlitteraturen. Det forventes derfor at kandidatene har en viss forståelse av nødrett og at de finner frem til de relevante punktene i litteraturen under eksamen. Kandidatene må i første rekke være klar over at det i dette tilfellet må være tale om *konstitusjonell* nødrett, siden konstitusjonen er berørt. Kandidatene må også forstå at det skal svært mye til før landet befinner seg i en situasjon med konstitusjonell nødrett.

Vilkår og rettsgrunnlag for konstitusjonell nødrett er imidlertid både uklart og i noen grad nokså vagt. Kandidatene bør peke på at det rettslige grunnlag for konstitusjonell nødrett – eller derogasjon – ikke følger av Grunnloven selv. Læren om konstitusjonell nødrett er således ulovfestet og anses som en form for konstitusjonell sedvanerett. Grunnlaget for sedvaneretten er imidlertid noe spinkel, og den følger i særlig grad av Elverumsfullmakten utstedt fra stortingspresident C.J. Hambro i april 1940 til Kong Haakon og regjeringen Nygaardsvold. Forut for dette var mulighetene for nødrett omtalt i riksrettssaken mot ministeriet Berge i 1926-27. I tillegg vet vi at prosedyrene for grunnlovsendring ikke ble fulgt da Norge gikk inn og ut av unionen med Sverige i 1814 og 1905.

Hva som skal til for at man er i en situasjon med konstitusjonell nødrett er på ingen måte klart, men siden reglene i Grunnloven kun ble fraveket 1814, 1905 og 1940, vet vi at terskelen er meget høy.

Grunnloven ble eksempelvis ikke fraveket under første verdenskrig (1914-1918) eller under spanskesyken (1918-1922). Enkelte vil kanskje peke på at landet ikke var i en situasjon med konstitusjonell nødrett under nedstengningen 12. mars 2020, og derfor heller ikke kan ha vært det under omikron-nedstengningen desember 2021 til februar 2022. Kandidatene bør peke på at vilkårene antagelig må være at rikets eksistens og sikkerhet er truet eller at det foreligger en akutt trussel mot statsmaktene eller vår statsform. Enkelte vil trolig trekke en parallell til derogasjonshjemmelen i EMK artikkel 15 for å avklare nærmere hva vilkårene for nødrett kan være. Andre vil kanskje også vise til beredskapsloven av 1950, men denne er til liten hjelp for avklaring i denne situasjonen, siden beredskapsloven kun stiller opp nødrettsvilkårene for krigssituasjonene. Noen vil antagelig også trekke parallellen til nødretts- og derogasjonshjemmelen i smittvernloven § 7-12, men de må i så fall understreke av § 7-12 ikke regulerer konstitusjonell nødrett, dvs. at § 7-12 ikke kan hjemle derogasjon fra konstitusjonelle regler.

I hvilken grad konstitusjonell nødrett overhodet kan benyttes i en situasjon der epidemi utgjør en trussel mot liv og helse, kan selvsagt diskuteres, og de som trekker parallellen til smittvernloven § 7-12 og får en fornuftig drøftelse ut fra forskjeller og likheter, må honoreres. Det må imidlertid antas at epidemi kan falle inn under den konstitusjonelle nødrett dersom den er så dødelig at den reelt truer nettopp rikets sikkerhet eller statsmaktene på en slik måte at Stortinget ikke kan samles noe sted, heller ikke digitalt. Dette underbygges av at Grunnloven § 68 slår fast at Stortinget i tilfelle av «smittsom syke» kan settes i en annen by enn hovedstaden. Det kan imidlertid ikke forventes at kandidatene kjenner § 68. Det finnes også andre argumenter som klart underbygger at omikron ikke kan utløse konstitusjonell nødrett, som for eksempel at Grunnloven ikke forbyr digitale møter, at grunnlovsforslaget ikke måtte behandles akkurat i februar 2022 (men kan vente helt til våren 2024 i henhold til reglene i § 121), og at det neppe hadde spilt noen rolle for smittespredning av omikron om det var 110 eller 113 representanter i salen.

Konklusjonen bør derfor være klar, nemlig at omikron ikke utløser konstitusjonell nødrett. Og antagelig runder de fleste kandidatene av drøftelsen her. De bedre kandidatene vil kanskje se at dersom vilkårene for konstitusjonell nødrett hadde vært oppfylt (altså forutsatt oppfylt), oppstår like fullt et spørsmål om *rettsvirkningene* av konstitusjonell nødrett. I den aktuelle situasjonen i oppgaven endres Grunnloven permanent. Det er i motsetning til situasjonen under andre verdenskrig, og i motsetning til derogasjonshjemmelen i EMK artikkel 15, som tillater midlertidige avvik fra konstitusjonen (og EMK), ikke permanente endringer. I utgangspunktet må det derfor legges til grunn at konstitusjonell nødrett ikke kan hjemle permanente endringer i Grunnloven. Det skjedde riktignok i 1814 og 1905, men situasjonen i forbindelse med unionen var så vidt ekstraordinær at det neppe har overføringsverdi i vår tid. Når Grunnloven ikke lovlig kunne endres under andre verdenskrig, må det som utgangspunkt legges til grunn at dersom konstitusjonell nødrett skal berettige endringer i konstitusjonen, så må dette være ytterst nødvendig i den situasjonen man befinner seg i. Dette gjør at enkelte kandidater vil ta opp at det må innfortolkes et forholdsmessighetsprinsipp i den konstitusjonelle nødrett, enten dette utledes av den alvorlige situasjonen som sådan eller dette utledes fra EMK artikkel 15, beredskapsloven av 1950 og smittvernloven § 7-12, som alle krever forholdsmessighet. Dette gjør at endringen i den fiktive Grunnloven § 99 må være nødvendig tatt situasjonen i betraktning. Det er den åpenbart ikke.

#### Foreligger motstrid mellom fiktiv Grunnloven § 99 og straffeloven/legemiddeloven?

Det neste spørsmålet er hvorvidt straffeloven/legemiddeloven er i strid med den fiktive Grunnloven § 99. For den videre drøftelsene må kandidatene enten ha landet på at Grunnloven § 99 er gyldig vedtatt, eller forutsette dette, eller forutsette at domstolene ikke har prøvingskompetanse.

Her bør kandidatene raskt slå fast innledningsvis at domstolene kan prøve om lovbestemmelser er i strid med Grunnloven. Det følger av Grunnloven § 89 og tidligere konstitusjonell sedvanerett. Prøvingen er i tillegg konkret i relasjon til Stein Høydrake. Det er her reist spørsmål om straff, hvilket er å anse som et spørsmål relatert til den personlige frihet og sikkerhet for den enkelte. I tråd med Rt. 1976 s. 1 (Kløfta) og senere avgjørelser i Høyesterett er prøvingsintensiteten da på sitt sterkeste.

Ordlyden i Grunnloven § 99 gir klart uttrykk for at personer som er medisinsk avhengige av narkotiske midler ikke kan straffeforfølges. Ordlyden i straffeloven/legemiddeloven åpner på sin side ikke for å unnta personer for straffeansvar som følge av medisinsk avhengighet. Det rettslige spørsmålet er da i hvilken utstrekning straffeloven/legemiddeloven må tolkes innskrenkende som følge av den nye Grunnloven § 99 eller om straffeloven/legemiddeloven kan settes til side som følge av motstrid med Grunnloven § 99. Avgjørende er altså om rettsreglene som kan utledes av bestemmelsene, etter en rimelig fortolkning av bestemmelsene, enten lar seg harmonisere eller om rettsreglene kommer i konflikt

med hverandre. Dette innebærer at ordlyden i både grunnlov og lov må fortolkes. Kandidatene bør få frem dette metodiske utgangspunktet, siden det representerer et sentralt punkt i den juridiske metode at ordlyd og rettsregel ikke nødvendigvis er sammenfallende.

For denne oppgaven må det anses som vanskelig for kandidatene å tolke både lov og grunnlov, og det må ikke stilles for høye krav til kandidatene her. Hva gjelder tolkningen av straffeloven/legemiddeloven har kandidatene ingen forkunnskaper eller forutsetninger for dette, og det må fullt ut aksepteres at de legger til grunn at bestemmelsene fremdeles omfatter et straffeansvar for medisinsk avhengige rusbrukere. Dette kan de finne støtte for i nylig avsagt som i Høyesterett fra 7. april i år (HR-2022-731-A). Sensorene må imidlertid være oppmerksom på at dommen ikke er berørt i undervisningen. Men uavhengig av dommen bør kandidatene kunne anta at det følger av sikker fortolkning at straffeloven/legemiddeloven også omfatter de personer som er medisinsk avhengig av rusmidler.

Hva gjelder tolkningen av fiktiv Grunnloven § 99, er det et forvanskende element at bestemmelsen ikke har noen tidligere tolkningstradisjon å lene seg på. Av øvrige rettskilder har den kun enkelte betraktninger fra forslagsstillerne som kan anses som et slags forarbeid, samt den vedlagte traktatteksten. Også disse rettskildene må anses som vanskelig å håndtere: For forarbeidene kan det stilles spørsmål i hvilken grad disse kan tillegges særlig betydning. De bedre kandidatene er antagelig kjent med at det eksisterer en diskusjon om betydningen av grunnlovsforarbeid og at det er hevdet at disse har mindre betydning ved fortolkningen av Grunnloven enn ved ordinær lovgivning, men da helst med unntak av de nyere grunnlovsbestemmelsene som gjerne har et mer omfattende forarbeid. I denne sammenhengen er det lite som tyder på at forarbeidene er spesielt utfyllende, men i den grad de gir oss noe, så underbygger de ordlyden, nemlig at det skal være straffritt å bruke rusmidler for personer som er medisinsk avhengige og at hensikten er at bestemmelsen skal tolkes slik at straffeloven/legemiddeloven kommer i motstrid med grunnlovsbestemmelsen. Det synes således å være grunnlovsgivers intensjon at det skal statueres motstrid.

Den vedlagte traktatteksten kan imidlertid trekke grunnlovstolkningen i motsatt retning. Her er det viktig at kandidatene først gjør en autonom tolkning av traktatteksten, dvs. uavhengig av nasjonal rett. Dette bør være kjent stoff for kandidatene, men plasseringen av drøftelsen kan gjøre at enkelte kandidater sliter med å holde tungen rett i munnen her. De kandidatene som ikke tolker traktatteksten autonomt, må få trekk for dette.

Det er imidlertid ikke avgjørende at kandidaten tolker traktaten først på dette punkt i fremstillingen, men dette er det seneste punktet i fremstillingen traktaten kan tolkes, nettopp fordi man nå trenger traktaten og dens innhold til å ta stilling til om Grunnloven skal tolkes i lys av denne. Hvor kandidatene plasserer tolkningen av traktaten er derfor ikke avgjørende, så lenge det gjøres og så lenge tolkningen er klarlagt til dette punktet i drøftelsen.

De rettslige utgangspunkter ved traktattolkning finnes i Vienna Convention on the Law of Treaties artikkel 31-33. Dette bør kandidatene være godt kjent med. Det følger her at traktater skal tolkes i «good faith» og i overensstemmelse med «the ordinary meaning». Det følger av traktatens ordlyd nokså eksplisitt at den legger opp til at hvert enkelt land skal straffeforfølge narkotikaforbrytelser. Men det følger også av ordlyden at traktatforpliktelsene skal utøves i respekt for landets egen konstitusjon og rettssystemet for øvrig.

Hvorvidt traktaten kommer inn ved tolkningen av fiktiv Grunnloven § 99, reiser enkelte metodiske spørsmål. I norsk rett er det rettslige utgangspunkt at norsk rett så langt det er mulig presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. Også i relasjon til Grunnloven er det generelt antatt at presumsjonsprinsippet gjelder. Det er likevel slik at presumsjonsprinsippet åpenbart står sterkere for traktater som er inkorporert i norsk rett (slik som EMK mv.) enn traktater som ikke er inkorporert. Nå kan man kanskje si at traktaten er transformert inn i norsk rett gjennom straffeloven/legemiddeloven. I forlengelsen av dette kan det reises spørsmål om traktatteksten, fortolket etter sin ordlyd, uansett avskjærer en anvendelse av presumsjonsprinsippet overfor de nasjonale konstitusjonene, i den forstand at traktaten selv gir uttrykk for at den må vike for den fiktive Grunnloven § 99. Skal man ta traktatteksten på ordet, er nok dette en naturlig fortolkning av traktaten.

Erfaringene viser imidlertid at de færreste ser at traktaten i en konkret sak for norske domstoler bare kan benyttes inn i fortolkningen av norsk rett. De fleste synes å spørre om traktaten alene er til hinder for straffeforfølgelse, og det svaret er uansett nei, grunnet det dualistiske prinsipp, og uavhengig av hva

traktaten går ut på. De kandidatene som evner å gi en rimelig forklaring på hvordan traktaten føyer seg inn i det norske rettskildet bildet og i deres drøftelse, må gis uttelling.

For disse metodiske spørsmålene får kandidatene liten hjelp av HR-2022-731-A, i det denne avgjørelsen og de påfølgende to lignende avgjørelser, ikke behandler denne traktaten. I den grad disse avgjørelsene gir noen føringer for hvordan traktaten skal håndteres, må det være at Høyesterett ikke viser til traktaten og således ikke legger vekt på den, selv uten den fiktive Grunnloven § 99. Høyesterett legger i stedet avgjørende vekt på at lovgivers intensjon er at rusavhengige ikke bør straffes – og ut fra denne rettskilden alene tolker Høyesterett straffeloven/legemiddeloven slik at det ikke skal utmåles straff for medisinsk avhengige rusbrukere for oppbevaring av brukerdoser. Høyesterett endret med andre ord den tidligere tolkningen av straffeloven/legemiddeloven, helt uten en grunnlovsbestemmelse som den fiktive § 99. I den grad dette har betydning for hvordan traktaten skal benyttes ved fortolkningen av Grunnloven, så må det være at Høyesterett anser tiden å ha løpt fra de tidligere oppfatninger om at også rusmisbrukere skal straffes for eget bruk.

Generelt må dette tolkningsspørsmålet anses som svært vanskelig. Det viktigste er at kandidatene får løftet frem noen sentrale utgangspunkter. Men kandidatene bør nok konkludere med at Grunnloven § 99 ikke skal tolkes innskrenkende som følge av traktaten. Dermed foreligger en potensiell motstrid mellom fiktiv § 99 og straffeloven/legemiddeloven, som enten leder til at straffeloven/legemiddeloven settes til side eller som leder til en innskrenkende fortolkning av straffeloven/legemiddeloven. Hva kandidatene lander på her, kan ikke være avgjørende. Men for de kandidatene som har funnet frem til de tre høyesterettsavgjørelsene fra april i år, er det nok mest nærliggende å konkludere så tett opp til disse dommene som mulig. I så fall vil straffeloven/legemiddeloven (med tilhørende praksis) bli tolket innskrenkende i møte med den fiktive grunnlovsbestemmelsen, og da slik at forholdet fremdeles anses straffbart, men at domstolene avstår fra å utmåle straff (eller fastsetter lav straff) for personer som er medisinsk avhengige.

Hva gjelder den konkrete subsumsjonen, er derfor spørsmålet om Stein Høydrake er vernet at den fiktive grunnlovsbestemmelsen fordi han er medisinsk avhengig av narkotiske stoffer. Akkurat dette skulle ikke være en vanskelig vurdering for kandidatene. Høydrake gir uttrykk for at han får abstinenser, han har tatt heroin, og kandidatene bør ha såpass med allmennkunnskap at de vet at heroin er ekstremt vanedannende. Det er lite som tilsier at han ikke skulle være medisinsk avhengig, det må i så fall være at han klarer å dele et halvt gram til sin gode venn, minigrisen Einstein (som antagelig også er avhengig av heroin). At Høydrake deler noe av stoffet, kan imidlertid ikke være nok til å anta at han likevel ikke er medisinsk avhengig. Konklusjonen må være klar, nemlig at Høydrake er medisinsk avhengig og dermed vernet av den fiktive Grunnloven § 99. Bestemmelsene som tilsier straff etter straffeloven/legemiddeloven må derfor tolkes innskrenkende, alternativt settes til side, for Høydrakes tilfelle.

## **2. B) Er straffeforfølgelse av Stein Høydrake i strid med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8?**

Den neste hovedspørsmålet oppgaven reiser er om Stein Høydrake kan være vernet mot straffeforfølgelse fordi slik forfølgelse strider mot retten til respekt for privatliv. Det rettslige grunnlaget er både Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Nøyaktig hvordan problemstillingen formuleres er imidlertid ikke avgjørende, så lenge problemstilling og rettsgrunnlag kommer tydelig frem. De kandidatene som ikke evner å få frem dette, befinner seg utvilsomt i nedre sjikt av karakterskalaen. Dette kan imidlertid repareres noe, dersom kandidatene gjennom den konkrete drøftelsen som følger, viser god forståelse likevel.

Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er begrenset dekket i anbefalt litteratur, men EMK artikkel 8 er overfladisk dekket i Strand/Larsen. I undervisningen er bestemmelsene heller ikke systematisk dekket, men de er berørt i en rekke ulike sammenhenger: I faget «Menneskerettigheter» er for eksempel bestemmelsene omhandlet i relasjon til de siste årenes avgjørelser mot Norge i saker vedrørende barnevern. Og i faget «Statsforfatningsrett» er bestemmelsene eksempelvis behandlet i relasjon til metodetilnærming, særlig er Rt. 2015 s. 93 (Maria) behandlet. Men i likhet med sakene om barnevern omhandler Maria-dommen retten til respekt for familieliv. Kandidatene er derfor ikke særskilt trent for å foreta tolkninger av respekten for privatliv. Situasjonen for rusmisbrukere er heller ikke behandlet, verken i litteraturen eller i undervisningen. Et forvanskende element for kandidatene er at EMD foreløpig heller ikke har tatt stilling til rusmidler til eget bruk. Imidlertid vil de kandidatene som har funnet frem til

HR-2022-731-A, der Høyesterett behandler akkurat dette spørsmålet, få betydelig hjelp. Dommen er ny (7. april 2022) og den er derfor ikke omtalt i undervisningen. Imidlertid er Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 kommentert i undervisningen i relasjon til en annen nylig avsagte høyesterettsavgjørelse, nemlig HR-2022-718-A (hyttedommen), avsagt 6. april 2022. Saken reiser spørsmål om innreisekarantene for norske hytteeiere i Sverige kan utgjøre et ulovlig inngrep i retten til respekt for deres «hjem».

På denne bakgrunn stiller eksamensoppgaven her krav til kandidatens egen evne til å resonnerer på grunnlag av det de ellers forventes å kunne. Oppgaven skulle derfor gi gode muligheter for å skille mellom kandidatene, særlig mellom de som evner å hente relevant rettsstoff fra andre steder for å belyse de rettslige spørsmål oppgaven reiser, sammenlignet med de kandidater som strever etter å finne noe å drøfte eller som utelukkende referer til HR-2022-731-A.

I kortform kan hovedspørsmålet i oppgaven splittes i 4-8 ulike spørsmål, litt avhengig av hvordan man bygger opp besvarelsen med hensyn til underproblemstillinger: Det første kandidatene bør kommentere er domstolenes prøvingsadgang. Det andre kandidatene må ta stilling til er det metodiske valget av tilnærming til problemstilling, dvs. hvorvidt de skal behandle Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 hver for seg eller samlet. Det tredje de må ta stilling til er hvorvidt det foreligger et såkalt «inngrep» i «retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem eller korrespondanse». Det fjerde de må kommentere er om inngrepet har hjemmel i lov. Det femte er om inngrepet har et legitimt formål. Og det sjette de må drøfte er hvorvidt inngrepet er nødvendig og forholdsmessig i et demokratisk samfunn. I relasjon til EMK artikkel 8 vil det i tilknytning til den siste vurderingen være relevant å kommentere den nasjonale skjønnsmarginen («margin of appreciation»).

#### Domstolsprøving:

Innledningsvis bør/kan kandidatene kort peke på at nasjonale domstoler har prøvingskompetanse for det aktuelle spørsmålet. For grunnlovsspørsmålet er det rettslige utgangspunkt for prøvingskompetansen § 89, mens det for EMK-spørsmålet er menneskerettsloven § 3, jf. også kravet til effective remedy i EMK artikkel 13. Prøvingen er konkret, dvs. at vurderingen skal gjøres opp mot Høydrakes forhold, ikke straffeloven eller legemiddeloven generelt. Det er også nærliggende å kommentere av domstolenes prøvingsintensitet vil være sterk for spørsmål som omhandler personlig frihet og sikkerhet, jf. Kløfta-dommen. Det er ikke avgjørende at kandidatene har dette med, men det er et pluss, dersom man klarer å få dette kort og enkelt på plass. Er disse tingene sagt tidligere, trenger det imidlertid ikke gjentas her.

#### Metodisk valg for videre behandling:

Kandidatene må deretter (eller i forkant av foregående underspørsmål), ta stilling til hvorvidt de skal drøfte Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 samlet eller hver for seg. Kandidatene bør være kjent med at Høyesterett har behandlet disse to bestemmelsene samlet, slik som i Rt. 2015 s. 93 (Maria), HR-2022-718-A (hyttedommen) og i HR-2022-731-A. Høyesteretts metodevalg binder strengt tatt ikke kandidatenes valg av metode, i det Høyesteretts avgjørelser ikke er prejudikater for metodevalg. Den enkelte bør imidlertid vise til svært gode grunner for å velge en annen metodisk tilnærming enn Høyesterett. I læreboken til Smith hevdes det riktignok at Grunnloven, i likhet med folkeretten, skal tolkes autonomt. Et slikt synspunkt hos kandidatene må derfor aksepteres som et utgangspunkt, men de må like fullt ha en begrunnelse utover dette dersom de velger en annen metode enn Høyesterett. Erfaringene viser at kandidatene er kjent med metodevalget til Høyesterett i Maria-dommen og følger opp dette.

#### Inngrep i privatliv:

Kandidatene må få tydelig frem at det etter EMK artikkel 8 nr. 1 kreves at den enkelte faller inn under retten til respekt for privat- og familieliv, hjem og korrespondanse for at det potensielt kan foreligge et menneskerettighetsvern. Hvorvidt myndighetene kan gjøre lovlige begrensninger/inngrep i denne retten følger av art. 8 nr. 2. Disse rettslige utgangspunkter kan dernest overføres til Grunnloven § 102, i mangel av egen begrensningshjemmel i Grunnloven.

For selve vurderingen av om Høydrake kan ha et potensielt vern etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, er dette i utgangspunktet et spørsmål om hans omgang med rusmidler tilhører hans «privatliv» i EMKs forstand, og da særlig fordi han må anses som medisinsk avhengig av tunge rusmidler. Enkelte kandidater kan riktignok tidligere i drøftelsen ha konkludert med at Høydrake ikke er medisinsk



avhengig. De må i så fall selv finne en elegant innfallsvinkel til denne drøftelsen, enten at de forutsetter at han er det, eller at de foretar drøftelsen av om bruk av rusmidler tilhører privatlivets fred uavhengig av medisinsk avhengighet.

Hvorvidt medisinsk avhengige rusbrukeres bruk av narkotiske midler kan falle inn under deres rett til «privatliv», er anført og behandlet i HR-2022-731-A. De som finner frem til dommen under eksamen vil derfor kunne få betydelig hjelp ved løsningen av oppgaven, men mange vil trolig lese i dommen for første gang under eksamen. Dommen er heller ikke enkel å tilpasse det faktum som eksamensoppgaven reiser, og det vil antagelig være store variasjoner på kandidatene med hensyn til hvor mye de får ut av dommen. Et særlig vanskelig punkt for kandidatene er at Høyesterett foretar en elegant manøver som de primært kan gjøre fordi de er en statsmakt, og som kandidatene ikke egentlig kan kopiere fullt ut: Høyesterett drøfter nemlig hvorvidt rusbruk kan være omfattet av «private life», men konkluderer ikke. Høyesterett antyder riktignok at bruk av narkotiske midler trolig ikke er vernet, men spiller ballen videre til EMD som primærtolker av EMK. I stedet tar Høyesterett utgangspunkt i at *dersom* det foreligger et inngrep i privatlivet, så er inngrepet uansett forholdsmessig, men bare fordi Høyesterett selv (i kraft av å være en statsmakt og en prejudikatsdomstol som også kan fravike egne tidligere avgjørelser) setter straffen ned til null. Høyesterett opprettholder dermed konstateringen av skyld etter straffeloven/legemiddeloven, men tilkjenner vedkommende et absolutt straffritak. Dette gjør Høyesterett etter at både forsvarer og aktorat har prosedert på at dette bør være løsningen inntil videre. Dette gjør at faktum i eksamensoppgaven er noe forvirrende sammenlignet med virkelighetens verden, og de kandidatene som håndterer dette ryddig og klarer å bruke Høyesteretts avgjørelse på en fin måte inn i løsningen av oppgaveteksten, må gis mye uttelling. Kandidatene kan eksempelvis ikke la være å konkludere for spørsmålet om privatliv, slik Høyesterett gjør.

For vurderingen av om Høydrakes rusbruk er omfattet av retten til respekt for privatliv, bør kandidatene være kjent med at EMD har tolket «private life» vidt. I læreboken til Strand/Larsen er det blant annet vist til to avgjørelser for dette, Aksu v. Turkey (2012) og Peck v. UK (2003). Kandidatene bør også vise til at EMD på dette feltet stadig har tolket uttrykket videre, og at domstolen i blant annet Aksu-saken avsnitt 58 uttaler at EMK artikkel 8 favner om «multiple aspects of the person's physical and social identity». I forlengelsen her er det naturlig også å vise til EMDs avgjørelse i Gilberg v. Sweden (2012) avsnitt 68, som også Høyesterett viser til i HR-2022-731-A avsnitt 31. Her slås det fast at straffeforfølgelse i seg selv ikke utgjør et inngrep i retten til respekt for privatliv. EMDs avgjørelser løser derfor ikke det aktuelle spørsmålet knyttet til Høydrakes situasjon, men legger kun enkelte føringer, og som nevnt konkluderer heller ikke Høyesterett entydig for spørsmålet om rusavhengige personers rusbruk er omfattet av deres privatliv (avsnitt 34).

Siden domstolenes prøving er konkret bør de kandidatene som evner å knytte vurderingen av «privatliv» tett til faktum omkring Høydrakes situasjon gis uttelling. Det er lett å gli ut i en generell, overordnet og abstrakt vurdering av om bruk av rusmidler bør være en privatsak. De kandidatene som er flinke til å bruke faktum, ikke bare gjenta faktum, bør få mye uttelling her. Særlig viktig er at kandidatene peker på at narkotiske stoffer er noe Høydrake tilfører kun egen kropp (og Einsteins), og at dette tilsier at dette ligger innenfor den enkeltes private autonomi. Forsvareren har i tillegg prosedert på at parken er som et annet hjem for Høydrake. Det må imidlertid være åpenbart at parken ikke kan anses som et «hjem» i EMK artikkel 8's forstand, og anførselen må trolig heller tolkes som et uttrykk for at den situasjonen politiet fant Høydrake i, faktisk kan betegnes som det livet han lever. I så måte kan opplevelsen av «å leve livet som rusmisbruker i parken» i realiteten underbygge at Høydrakes situasjon er omfattet av hans «private life». Som motargument kan enkelt anføres at samfunnets rusproblemer ikke bare er en privatsak. Aktoratets argument om at Høydrake er pågrepet i en park, må imidlertid avvises som uten betydning for spørsmålet om hans situasjon som rusbruker er å anse som en del av hans "private life".

Hva kandidatene til slutt konkluderer med, har ingen betydning for karakter, men argumentasjonen må på en eller annen måte understøtte konklusjonen.

#### Lovhjemmel og legitimt formål

Kandidatene må deretter gå videre til vurderingen av om inngrepet i privatlivet kan utgjøre en lovlig begrensning, jf. EMK artikkel 8 nr. 2 (og da må de eventuelt forutsette inngrep i privatlivet).

Kandidatene bør kort slå fast at det foreligger tilstrekkelig lovhemmel for å straffeforfølge rusbrukere i Norge i straffeloven/legemiddeloven. Kandidatene bør følge utgangspunktet i Maria-dommen avsnitt 71 eller HR-2022-731-A avsnitt 35 og kort konstatere at hjemmel åpenbart foreligger. Det kan knyttes en

og annen kommentar til innholdet i straffeloven/legemiddeloven, men en lengre drøftelse av dette spørsmålet bør gi trekk.

Hva gjelder vurderingen av om det foreligger et legitimt formål, faller straffeforfølgelse av rusbrukere inn under hensynet til å «forebygge uorden eller kriminalitet» («prevention of disorder or crime») eller «beskytte helse eller moral» («the protection of health or morals») etter EMK artikkel 8 nr. 2. Det rettslige utgangspunktet er også at så lenge staten har en grunn som faller innenfor disse formålene, så er formålene legitime. Det kan nok problematiseres hvorvidt straffeforfølgelse av rusbrukere kan sies å ha et legitimt formål, men dette har i hvert fall vært akseptert som legitimt de siste tiårene. De fleste vil derfor antagelig kort slå fast at det foreligger legitimt formål, og dette må være greit.

Dersom kandidatene velger å problematisere dette, er det også greit. Siden den overordnede problemstillingen springer ut av det forhold at tiden kanskje har løpt fra å straffe rusbrukere, er det ikke usannsynlig at yngre generasjoner med jusstudenter nettopp vil ha andre oppfatninger om legitimiteten enn eldre jurister. Det er imidlertid viktig at en eventuell drøftelse av legitimt formål ikke glir ut i en konkret forholdsmessighetsvurdering knyttet opp til Høydrakes situasjon, men at drøftelsen relatert til legitimt formål holder seg strengt til vurderingen av hvorvidt det kan være et saklig og legitimt grunnlag å straffeforfølge rusbrukere. Oppgaveteksten gir ingen opplysninger om hvorfor norske myndigheter har forfulgt – og fortsatt forfølger – rusbrukere, og skal kandidatene få noe fornuftig ut av en drøftelse her, så bør de være kjent med at årsaken ligger i en generell frykt for at omfattende rusbruk i samfunnet nettopp vil kunne lede til økning i annen kriminalitet og i generelle helseutfordringer, samt at produktiviteten til samfunnet vil reduseres. Noen vil kanskje se at vedlagte traktattekst indirekte informerer om at det har vært en internasjonale holdning om å bekjempe rusbruk ved hjelp av straffeforfølgelse. Uansett underbygger traktaten at det foreligger et legitimt formål. I den grad det pekes på andre egnede midler enn straff for å oppnå formålet, er vurderingen glidd over i en forholdsmessighetsvurdering som ikke bør tas her. Enkelte vil kanskje også kunne hente noe i HR-2022-731-A. En konklusjon om at det ikke foreligger et legitimt formål for straffeforfølgelse, bør være meget godt begrunnet.

#### Forholdsmessighetsvurderingen

Foruten vurderingen av om det overhodet foreligger et inngrep i respekten til privatliv, er det forholdsmessighetsvurderingen som er av særlig betydning for det overordnede rettsspørsmålet som oppgaven reiser. Kandidatene må vise at de forstår at vurderingen av om inngrepet er «nødvendig i et demokratisk samfunn» i utgangspunktet sammenfaller med en innfortolket forholdsmessighetsvurdering etter Grunnloven § 102. I Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 60 er dette beskrevet slik: «Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre». I en EMK-sammenheng splittes gjerne forholdsmessighetsvurderingen opp i en vurdering av om tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig strictu sensu, men læreboken til Strand/Larsen som dekker dette temaet, får ikke dette så tydelig frem. Det vil også kunne variere i EMD hvordan tilnærmingen er, og for S.A.S v France (2014) som det vises til i HR-2022-731-A foretas en forholdsmessighetsvurdering basert på de samme utgangspunkter som eksempelvis i Maria-dommen.

En forvanskende faktor ved forholdsmessighetsvurderingen er at statene vil ha en betydelig nasjonal skjønnsmargin («margin of appreciation»), og særlig der hvor det har vært betydelig samfunnsmessig debatt. Hvilke EMD avgjørelser kandidatene viser til for å belegge skjønnsmarginen, er ikke viktig. Nærliggende er å vise til samme EMD-avgjørelse som i HR-2022-731-A avsnitt 39, der Høyesterett viser til S.A.S v France (2014) avsnitt 129, der det følger at skjønnsmarginen er særlig vid for «matters of general policy». I denne oppgaveteksten har kandidatene fått i oppgave å ha tingrettens perspektiv, og for spørsmålet om skjønnsmargin vil det reelt sett innebære at tingretten kan legge betydelig vekt på hvordan lovgiver har valgt å håndtere spørsmålet. For denne oppgaven er det et ytterligere forvanskende element at lovgiver synes å være interessert i å gjennomføre en rusreform som bidrar til å ta rusbrukere inn i helsesporet fremfor straffesporet, men dette er (ennå) ikke gjennomført i lovgivningen. Et annet element er at den vedlagte traktatteksten synliggjør den tradisjonelle historiske holdningen til narkotikabekjempelse, og den trekker utvilsomt i retning av at det må være godt innenfor statenes skjønnsmargin å velge å straffeforfølge rusbrukere. Gitt alle disse betraktninger kan det ikke forventes at kandidatene får så mye ut av vurderingen av skjønnsmargin. Det må i det hele tatt være et pluss at kandidatene reiser problemstillingen, og får de i tillegg brukt den vedlagte traktatteksten som en rettesnor for at vi her er på et felt der skjønnsmarginen må være vid, så trekker det godt opp.

Kandidatene må imidlertid ikke gi seg helt med forholdsmessighetsvurderingen selv om skjønnsmarginen er vid. Domstolsprøvingen er nemlig konkret og det må vurderes hvorvidt inngrepet er forholdsmessig overfor akkurat Høydrake. Et sentralt poeng i vurderingen av Høydrakes situasjon er at han går på det svært avhengighetsskapende stoffet heroin og har i realiteten ingen mulighet til å komme seg ut av sitt rusmisbruk uten profesjonell helsehjelp over lengre tid. Kandidatene bør ha en slik allmennkunnskap at de er kjent med at heroin etablerer en slik avhengighet hos den enkelte at plutselige stopp i tilførsel av narkotiske stoffer kan lede til livstruende abstinenser, ikke bare ubehagelige abstinenser.

For de kandidatene som har funnet HR-2022-731-A, vil de se at Høyesterett i avsnitt 40 kommer til at det ikke er et uforholdsmessig inngrep i privatlivets fred å straffedømme rusavhengige personer dersom straffen settes lavt eller frafalles helt. Høyesterett tar her en aktiv rolle som en av statens tre myndigheter og sørger selv for at inngrepet overfor den enkelte ikke blir uforholdsmessig (og dette kan begrunnes med blant annet Grunnloven § 92). Tilsvarende kan kandidatene – siden de eksplisitt er bedt om å løse saken som om de var dommere – komme til samme løsning som Høyesterett akkurat her, nemlig fastslå at straffenivået langt på vei er styrende for forholdsmessighetsvurderingen. Som dommer har de kontroll på straffeutmålingen og kan derfor legge seg på den samme radikale linjen som Høyesterett, dvs. stadfeste brudd på straffeloven/legemiddeloven, men avstå fra å fastsette en straff for overtredelse (straffeutmålingsfrfall). Nå er kandidatene riktignok bedt om ikke å utmåle straff, men de beste bør likevel se at dersom de som dommere virkelig ikke utmåler straff, trekker det i retning av at inngrepet i privatlivets fred er forholdsmessig.

De kandidatene som ikke har funnet HR-2022-731-A, skal ikke ha trekk for dette. De vil imidlertid kunne streve mer enn de øvrige med hvordan de skal angripe forholdsmessighetsvurderingen. Det kan for eksempel ikke forventes at kandidatene som ikke har lest dommen skal klare å se den snedige løsningen som Høyesterett har valgt. De må i stedet bedømmes på grunnlag av om de på den ene siden får frem argumenter som synliggjør hvilke behov samfunnet har for å reagere og på den annen side de rusavhengiges situasjon, jf. også Maria-dommen.

Uansett om kandidatene har sett HR-2022-731-A eller ikke, må det forventes at de knytter de generelle betraktninger om forholdsmessighet opp mot Høydrakes konkrete situasjon. Her er det flere momenter som kan hentes frem; lite kvantum og åpenbart bare brukerdose, det er tale om det sterk avhengighetsskapende stoffet heroin, han gir selv uttrykk for betydelig smerte og angst under abstinenser, han lever dessverre livet sitt i parken med Einstein og sine daglige brukerdoser, og det er ingen grunn til å tro at fengselsstraff vil bidra til at han slutter å kjøpe heroin i fremtiden. På den annen side gir straffeloven/legemiddeloven klar hjemmel for å straffe også personer som Stein Høydrake og lovgiver har ikke gjennom lovgivning opphevet straffehjemlene. Det følger også av den vedlagte traktatteksten at statene er forpliktet til å straffeforfølge narkotikaforbrytelser med mindre annet følger av konstitusjonen eller statens eget rettssystem. Det kan også føyes til at et frislipp av narkotiske stoffer i samfunnet antagelig også vil bidra til økt narkotikamisbruk og derigjennom flere sosiale problemer.

Hva kandidatene konkluderer med i forholdsmessighetsvurderingen er ikke avgjørende. Det sentrale er hvorvidt kandidatene viser at de har forstått hva en forholdsmessighetsvurdering er og at de evner å bruke/subsumere både generelle og konkrete argumenter.

##### 5. Avsluttende bemerkninger om vektlegging i sensor

Under sensormøtet ble diskutert nærmere hva som skal vektlegges særskilt ved karakterfastsettingen. I første rekke ble det delt et par positive erfaringer for dette semesteret sammenlignet med tidligere semestre: Det synes som flere kandidater dette semesteret evner å oppstille de rettslige utgangspunkter for drøftelsen, før de går inn i drøftelsen. Det er fremdeles en utfordring at enkelte blir for teoretiske og skriver for mye generell teori som ikke er relevant for den aktuelle drøftelsen, men det er mindre av dette. Og generelt bør det derfor gis god uttelling til de kandidatene som får reist de rettslige spørsmål og rettsgrunnlagene tydelig, for deretter å redegjøre for rettslige utgangspunkter for drøftelsen før drøftelsen gjennomføres. I særlig grad må det legges vekt på evnen til å skille relevant fra irrelevant for den konkrete oppgaven man står overfor. Det bør videre gis god uttelling for evnene til å gjennomføre gode rettslige drøftelser (der rettsspørsmål må drøftes) og gode subsumsjoner (der faktum brukes opp mot rettsregel og de rettslige utgangspunkter som er redegjort for).

For de enkelte delene bør det særlig legges vekt på om kandidatene evner å få noe ut av spørsmålet om domstolsprøving utover det generelle utgangspunktet i Grunnloven § 89. For vurderingen av nødrett

er det bare viktig at kandidatene oppstiller et mulig rettsgrunnlag for dette. I relasjon til traktatolkning er det avgjørende at kandidatene tolker traktaten autonomt, men det er også avgjørende for karakterfastsetting i hvilken utstrekning kandidatene evner å se at den aktuelle traktaten ikke kan være et "hinder" for straffeforfølgelse, slik mange kandidater legger opp til. Gjennom det dualistiske system, kan en slik traktat uansett ikke utgjøre mer enn et tolkningsmoment og som i høyden trekker i en bestemt retning grunnet presumsjonsprinsippet. Alt for mange kandidater synes å bare legge til grunn at traktaten kan utgjøre et rettslig hinder for norske statsmakter, hvilket isolert sett ikke er korrekt. For spørsmålet om Grunnloven § 102/EMK artikkel 8 vil særlig forholdsmessighetsvurderingen kunne skille kandidatene, men også vurderingene av "privatliv" vs. "inngrep".

Oslo, 13/24 mai 2022

Benedikte Moltumyr Høgberg