

FORFATNINGSDOMSTOLENS HASJDOM – INTET NYTT ELLER OMLEGGING AV DEN TYSKE NARKOTIKADEBATTEN?

AV KNUT PAPPENDORF

I slutten av april d.å. kunne man lese følgende i tyske aviser som konklusjon på forfatningsdomstolens kjennelse¹: "hasj forblir forbudt, men normal egenbruk uten straff" (Frankfurter Rundschau (FR) 29.4.1994, s. 1), eller "omlegging i den tyske narkopolitikken: hasjbrukere blir ikke lengre straffet . . ." (Der Spiegel 18/1994, s. 238). Med dette reagerte den tyske pressen på en kjennelse fra Tysklands høyeste rettsinstans på en utsettelseskjennelse² av lagmannsretten i Lübeck, det mange hadde ventet på med spenning³.

Lagmannsrettens argumentasjon har blitt presentert i NTFK tidligere⁴. Bare for å minnes: Saken dreide seg om en liten klump hasj. Lagmannsretten kom ikke til en dom i denne saken, men utsatte domsavgjørelsen jfr. art. 100 GG (Grundgesetz = tysk grunnlov). Denne artikkelen gir domstoler rett til å henvende seg umiddelbart til forfatningsdomstolen i tilfelle, der etter rettens mening dommens rettsgrunnlag – i dette tilfelle tysk narkotikalovgivning (Betäubungsmittelgesetzgebung = BtmG) – er grunnlovsstridig.

I det følgende skal forfatningsdomstolens argumentasjon for å tilbakevise Lübeck lagmannsretts argumentasjon presenteres. Men før jeg begynner med dette, kreves det en forhåndsmerkning: Forfatningsdomstols kjennelsen var ikke enstemmig. Av de åtte dommerne i forfatningsdomstolens 2. senat dissenterte to. Den ene av disse var enig i selve beslutningen, men ikke i alle dens begrunnelser, den andre dissenterte, fordi han så en grunnlovskenkelse i hvert fall i henhold til art. 2 GG. I det følgende skal jeg bare konsentrere meg om begrunnelsen fra forfatningsdomstolens kjennelse, og ikke berøre de dissenterende voteringene.

HASJFORBUD INGEN KRENKELSE AV ART. 3, LEDD 1, GG⁵

Hovedtyngden av Lübeck lagmannsretts argumentasjon for forfatningsstridighet i forhold til BtmGs §§ 29, ledd 1, setning 1, nr. 1 (i handlingsalternativet å gi bort) i forbindelse med § 1, ledd 1, og vedlegg I (her: cannabiskvæe hasj) var at det å kriminalisere cannabisprodukter, men ikke alkohol og nikotin, er i strid med likhetspremisen i den tyske grunnlovens art. 3, ledd 1, som pålegger lovgiveren et bindende "vilkårighetsforbud".

Til dette argumentet har forfatningsdomstolen følgende å si:

For det første krever art. 3 I GG ikke at all narkotika som har et skadelig potensiale må forbys eller tillates på lik linje (kjennelse, s. 67). I denne sammenheng er etter rettens oppfatning ikke "graden av skadelighet" det eneste kriterium. Som andre relevante kriterier nevner retten en "anderledes bruksmulighet" (ved forskjellige kjemikalier som f.eks. lim som sniftestoff), "betydningen av de forskjellige bruksvarianter for samfunnet", de "rettslige og reelle muligheter for hindring av misbruk" og "muligheter og krav om et internasjonalt samarbeid ved kontroll og bekjempelse av narkotika" (ibid., s. 68).

Og så kommer hovedargumentet for at det finnes viktige grunner for forskjellsbehandling for hasj og alkohol⁶. På den ene siden innrømmer forfatningsdommerne at misbruk av alkohol fører til "like store eller større farer enn ved hasjbruk for enkeltpersoner eller samfunnet". Men så er det en stor forskjell mellom begge, nemlig at alkohol sammenlignet med hasj har "flere og ulike bruksmuligheter . . . Substanser som inneholder alkohol tjener som livs- og nytelsesmiddel". Og i form av vin finnes de også i bruk i religiøse sammenhenger. Etter rettens oppfatning dominerer ved alle disse anledninger en bruksform som ikke fører til rus. Anderledes skal det være ved bruk av hasj, her er "typisk den rusende virkning det viktigste". Og til slutt innrømmes også helt klart at "nyttelse av alkohol ikke kan forhindres effektivt i Tyskland og den europeiske kulturkretsen på grunn av de tradisjonelle bruksmønstre" (ibid., s. 68 f). At retten i denne sammenheng ikke nevner de flere titusen mennesker i Tyskland som helt legalt drikker seg til døde, blir ikke bare kritisert av FR. I en kommentar skriver dette bladet at "dommerne har gått på limpinnen i forhold til den gjengse troen, når de gi uttrykk for at alkohol er et kulturnarkotikum" (FR, 29.4.1994, s. 3).

Der Lübecks lagmannsrett brukte ca. 45 sider i utsettelsesbeslutningen sin, nøyer forfatningsdomstolen seg med fattige tre sider. Hvis man ville være kyniker måtte man ønske seg at hasjbrukere ville sørge for at de blir flere slik at de må bli behandlet på lik linje med alkoholbrukere.

HASJFORBUD INGEN KRENKELSE AV ART. 2, LEDD 2, NR. 1, GG⁷

Denne grunnlovsartikkelen beskytter den individuelle personen mot statlige inngrep i sitt liv eller sin kropp. Lübecks lagmannsrett hadde i denne sammenheng argumentert med at "den som vil ruse seg må treffe et valg – om han vil gjøre det legalt, men risikabelt, eller illegalt, men mindre skadelig" (utsettelsesbeslutning, s. 84).

Til dette har forfatningsdomstolen følgende å si: Forbudet mot cannabisprodukter tvinger ingen til å bruke andre rusmidler som f.eks. alkohol som surrogat. For så vidt kan det ikke ha kommet til et statlig inngrep i den kroppslige sfæren. Beslutningen å skade seg selv gjennom rusmiddelbruk er igjen brukerens ansvar: "Statens beskyttelsesplikt ville bli snudd fullstendig på hodet hvis man skulle kreve fra lovgiveren ikke å straffe bruk av ikke-tillatte cannabisprodukter, fordi andre rusmidler som ikke er underlagt BtmG eventuelt kan medføre enda større fare for sunnheten" (kjennelse, s. 66).

HASJFORBUD INGEN KRENKELSE AV ART. 2, LEDD 1, GG (DEN ALMINNELIGE HANDLINGSFRIHET)⁸

Her ligger hovedtyngden av forfatningsdomstolens argumentasjon. Lübecks lagmannsrett hadde i sin utsettelsesbeslutning tolket denne grunnlovsartikkelen slik at retten til den frie utfoldelsen av personligheten også omfatter en "rett til rus".

Et inngrep i den alminnelige handlingsfriheten er bare tillatt, hvis det skjer i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), det vil si at en begrensning av art. 2, ledd 1, GG må – for ikke å være grunnlovsstridig – være *egnet, nødvendig og forholdsmessig* (i dens egentlige betydning). Fra Lübeck lagmannsrett var spørsmålet om § 29 BtmG som strafferettslig sanksjon for så vidt besvart med "klart uforholdsmessig"⁹.

Lovgiveren er i denne funksjonen suveren. For så vidt er det ikke forfatningsdomstolens oppgave å undersøke, om lovgiveren med straffesanksjonene sine – i dette tilfelle § 29 BtmG – har kommet til den mest rettfærdige og hensiktsmessige løsning. Forfatningsdomstolen må alene begrense seg til en vurdering av forskriftenes materielle overenstemmelse med grunnloven.

I denne sammenheng drøfter forfatningsdomstolen for det første lovgiverens målsetning med BtmG. Her nevnes beskyttelse av den enkelte og spesielt ungdom for narkotikas skadevirkninger og dens avhengighetsfremmelse (ibid., s. 38). I denne sammenheng sikter lovgiveren ikke bare til atferd som er umiddelbart helseskadelig, men mer alment til utforming av samfunnslivet generelt som skal holdes narkotikafritt. Dette gjelder også for hasj pga. dens vanedannende effekt. Deretter fortsetter retten med at dette målet i mellomtiden er blitt utvidet pga. internasjonale avtaler og da spesielt FNs konvensjon om psykotropiske stoffer fra 1988 som den Forbundsrepublikken har sluttet seg til.

I neste skritt fastslår retten at farene som cannabisproduktene bruk impliserer, også er betydelige. Begrunnelsen for dette standpunktet (ibid., s. 41 flg.) skal ikke refereres her, fordi også etter forfatningsdomstolen er lovgiverens opprinnelige vurdering omstridt, men det samme gjelder også for Lübecks lagmannsrett avveieinger.

Deretter fortsetter retten med en inngående gjennomgang av en del litteratur omkring cannabisproduktene (s. 42 flg.):

- For det første fastslår retten at det er bred enighet i litteraturen om at cannabisprodukter ikke medfører kroppslig avhengighet;
- muligheten til en psykisk avhengighet er i store trekk ubestridt;
- i denne sammenheng blir dens ruspotentiale vurdert som nokså lavt;
- forårsaking av et såkalt "amotivasjonelt syndrom" karakterisert ved apati, passivitet og eufori er derimot omstridt. Diskusjonen her er om bruk av hasj fremkaller dette syndromet eller om hasjkonsum er en følge av et allerede bestående livsmønster. Men enige er man igjen om at syndromet bare oppstår ved permanent konsum av cannabisprodukter i høy dosering;
- overveiende tilbakevist blir derimot oppfatningen om at som en stofflig egenskap cannabis er en slags innfallspport til hardere narkotiske stoffer. Denne oppfatningen blir også støttet ved resultater av en landsomfattende spørreskjemaundersøkelse fra 1990, der bare 2,5 % av hasjbrukerne også brukte andre narkotiske stoffer jfr. BtmG. Med dette utelukkes ikke at cannabisbruk kan ha en effekt når det gjelder å "skifte" til hardere narkotiske stoffer. Men dette er ikke begrunnet i at man har vennet seg til rus, men i at markedet for narkotiske stoffer er enhetlig;
- ikke omstridt er endelig at akutt cannabisrus kan føre til at evnen til å kjøre bil blir svekket.

På tross av denne mer forsiktige drøfting av cannabisproduktenes farlighet kommer forfatningsdomstolen til konklusjonen at det er nok færer og risikoer igjen slik at "totalkonsepsjonen" av tysk narkotikalovgivning i henhold til cannabisprodukter – nemlig å kontrollere cannabisbruket ved straffeforeskrifter – ikke strider mot tysk grunnlov (ibid., s. 48). Med dette innhold er altså etter rettens oppfatning tysk narkotikalovgivning som grunnlovsinnskrenkning *egnet* til å forhindre spredningen av narkotika i samfunnet.

Neste punkt i rettens drøftelse, om grunnlovsbegrensningen skjer i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet, er spørsmålet, om forbudet mot ikke-tillatt bruk av cannabisprodukter også er *nodvendig*. På dette svarer retten klart ja. Med andre ord er tysk lovgivers oppfatning i forhold til tysk grunnlov holdbar, jfr. forfatningsdomstolen, at det ikke finnes andre midler som er like effektive, men mindre inngripende. Interessant nok drøfter forfatningsdomstolen i denne sammenheng argumentet til Lübeck lagmannrett at fordi cannabisforbudet ikke har vært "fullstendig vellykket" (ibid., s. 49) i henhold til lovgivers intensjoner ville derimot en frigivelse av cannabis som mildere inngrep oppfylle disse intensjoner. Til dette mener forfatningsdomstolen at den tilsvarende kriminalpolitiske diskusjonen i dag ikke kan regnes som avsluttet. Og retten stiller seg også skeptisk til, om ikke en nasjonal særpolitikk av Tyskland på dette feltet virkelig ville føre frem eller om ikke Tyskland snarere ville bli et nytt midtpunkt for den internasjonale narkotikahandelen. I en slik situasjon, sier retten, "har lovgiveren vurderings- og avgjørelsesprerogativet mellom flere potensielt egnete veier til oppfyllelse av lovgivningens intensjoner" (ibid., s. 50).

Som siste punkt i denne drøftelsen undersøker forfatningsdomstolen om også forholdsmessighet i snevrere forstand foreligger (det vil si kravet om at lovgiveren har å treffe tiltak som innskrenker handlefriheten til den individuelle person og almenheten minst mulig) (*Übermaßverbot*).

Retten skiller her mellom forskjellige handlingsalternativer for den tyske narkotikalovgivningen. Handlingsalternativene handel og "fri/uten vederlag utlevering" jfr. § 29, ledd 1, setning 1, nr. 1, BtmG krenker etter rettens oppfatning for så vidt ikke forbudet mot uforholdsmessige tiltak. Begrunnelsen er at det handler om den farligste form for ikke-tillatt omgang med narkotiske stoffer. I henhold til det andre handlingsalternativet blir det fra retten vist spesielt til faren for adressatskretsen, der det oppholder seg "spesielt utsatte personer som ungdom eller psykisk labile eller varige konsumenter" (ibid., s. 54 f).

Dette resultatet kommer ikke overraskende.

Av større interesse er handlingsalternativene "ikke-tillatt anskaffelse" jfr. § 29, ledd 1, setning 1, nr. 1, BtmG og "ikke-tillatt besittelse" jfr. § 29, ledd 1, setning 1, nr. 3, BtmG, fordi forfatningsdomstolen her viser en rettspolitisk utvei for disse mindre alvorlige handlingsalternativer i tysk narkotikalovgivning.

FORFATNINGSDOMSTOLENS RETTSPOLITISKE (UT-)VEI

Også her kommer retten til konklusjonen at disse handlingsalternativer ikke krenker forbudet mot uforholdsmessige inngrep. Begrunnelsen er for det første at også disse varianter åpner for muligheten for ukontrollert utlevering til en tredjepart. For det andre ble også i tilfelle eget bruk etterspørselssiden ved narkotikamarkedet stimulert (ibid., s. 55 f)¹⁰.

Men forfatningsdomstolen viser en utvei i disse tilfeller, der enkeltpersoner besitter eller anskaffer små mengder cannabisprodukter til egen bruk. I slike tilfeller er det slik at den individuelle skyld er liten, slik at saken kan henlegges fra påtalemyndighetenes eller domstolens side (ibid., s. 56)¹¹. Forfatningsdomstolen går uttrykkelig ut fra at vilkårene for henleggelse "ved leilighetsvis egen bruk uten å utsette andre for fare . . . vil foreligge regelmessig . . ." (ibid., s. 59). Men dog med et unntak: Hvis det er fare for andre personer, fordi gjerningen finner sted "i skoler, ungdomsklubber, kaserner og lignende . . .", kan det

foreligge en større skyld og en offentlig interesse i straffefølgning". Dette gjelder også i tilfelle der gjerningsmannen er lærer eller oppdrager (ibid.).

Men forfatningsdomstolen er bekymret for at det på grunn av Tysklands delstatsstruktur vil komme til store regionale forskjeller i henleggelsespraksis i slike saker¹². Dette gjelder spesielt for fastsettelse av det relevante vilkåret "små mengder" i § 19 ledd V BtmG. Forfatningsdomstolen krever her eksplisitt at delstatenes forvaltningsforskrifter skal styre påtalemyndighetenes henleggelsespraksis: "Delstatene er forpliktet til å sørge for en ensartet henleggelsespraksis av påtalemyndighetene" (ibid., s. 60).

Her begynner striden mellom delstatene som er styrt fra CDU og CSU på den ene siden og de som er styrt fra SPD, om hvor mye "små mengder" skal være. I Hessen gjaldt de siste 2 år en retningslinje, der 30 gram cannabis dannet grensen for det som ble regnet som "små mengder". Derimot fører allerede 5 gram til straffesak i Bayern. Delstatenes justisministre har da også på sitt første møte etter forfatningsdomstolens beslutning i "justisministres konferanse" ikke kunne komme til en enhetlig henleggelsespraksis. Arbeidsgrupper skal nå drøfte konsekvensene av dommen og til høsten komme med forslag om enhetlig praksis (FR, 6.5.1994, s. 1). Men om disse vil fremskynde den krevende enhetlige henleggelsespraksis fra forfatningsdomstolen, er et annet spørsmål. I denne sammenheng er det ikke akkurat oppløftende, når Rheinland-Pfalz justisministre Caesar (FDP) klandrer CDU for å ignorere forfatningsdomstolens ønsker. Caesar begrunner sin påstand med at CDU ut fra valgtaktiske overveielser vegrer seg mot enhetlige retningslinjer for hele Forbundsrepublikken (FR, 19.9.1994, s. 4).

Konsekvensen av dommen er at politiet også i fremtiden må forfølge cannabisbrukere, hvis de ikke selv vil bli straffet pga. tjenesteforsømmelse (*Strafvereitelung*). Etterpå blir saken så innstilt fra påtalemyndighetene eller domstolene. Det tyske nyhetsmagasinet "Der Spiegel" har sammenfattet dette dilemma med at myndighetene gjør som strutsen, graver hodet ned i sanden (Der Spiegel 19/1994, s. 34).

Alt i alt kan denne dommen som en slags sammenfatning ikke karakteriseres som omlegging av tysk narkotikapolitikk. Frankfurts førstestatsadvokat Harald Körner tar nok ikke helt feil, når han ser "et positivt signal, men bare et lite skritt" (FR, 13.5.1994, s. 4).

SISTE NYTT FRA LÜBECK

Parallelt med denne debatten har Lübecks lagmannsrett i den aller siste tiden inntatt spalteplassen i tyske medier på nytt igjen. Men denne gangen handler det om en annen domstol enn den som startet opp hele denne diskusjonen. På bakgrunn av forfatningsdomstolens kjennelse og etter høring av bl.a. farmasøytiske, farmakologiske og psykiatriske sakkyndige og *Drogenbeauftragte* ("spesialrådgiver i narkotikas spørsmål") fra Schleswig-Holstein og Hamburg har denne domstolen (Lübecks lagmannsrett II) kommet til den oppfatning at "en noenlunde ordnet bruk av cannabis faktisk er fri for betenkeligheter" (Saksnr. 713 Js 5750/94; domsbegrunnelsen finnes i FR, 26.10.1994, s. 12; FR, 20.10.1994, s. 1; 21.10.1994, s. 5).

For å markere forskjellen i farligheten mellom heroin og hasj er rettens konklusjon at grensen for "ikke små mengder" rusmiddel må skyves betraktelig opp. Etter rettens oppfatning må denne maksimumgrense settes til 200 gram Tetrahydrocannabinol (THC)¹³;

dette tilsvarer en bruttomengde av 2,5 til 4 kg hasj av middels kvalitet (mellom fem og åtte % THC).

For å si det med en gang: Denne mengdestørrelsen har ikke noe å gjøre med det tidligere diskuterte problemet angående fastsettelsen av "små mengder" for egenbruk. Her handler det tvertimot om avgrensningen mellom forbrytelse jfr. § 29 BtmG og forseelse jfr. 29 a BtmG. Den dramatiske hevingen av "ikke små mengder" fra *Bundesgerichtshofs* (tysk høyesterett) 7,5 gram til 200 gram THC tillot retten å straffe en person som hadde handlet med hasjmengder mellom én og tre kg i åtte uavhengige handlinger som forseelse. Til syvende og sist fikk denne mannen en dom på ett år og to måneder frihetsstraff.

Det er ikke nødvendig å fremheve at denne siste dommen, som ikke er rettskraftig, førte til en storm i pressen.

Adresse: Dr. phil. Knut Papendorf
Universitetet i Oslo
Institutt for rettsosjologi
PB 6861, St. Olavs plass
N-0130 Oslo

Noter

- 1) 2 BvL 43/92; i det følgende sitert som "kjennelse".
- 2) Fra 17.12.1991 2 Ns (Kl. 167/90).
- 3) Dette er litt forenklet. Forfatningsdomstolens beslutning gjaldt ikke bare Lübeck lagmannsretts utsettelsesbeslutning, men også flere fra fem andre domstoler som i hovedsak hadde støttet seg på argumentasjonen av Lübecks lagmannsrett og en selvstendig (forfatnings-)klage mot to domsvagjørelser.
- 4) Papendorf, Den tyske narkotikadebatten, i: NTfK 1992, s. 194 flg.
- 5) "Alle mennesker er like for loven".
- 6) Relevansen av nikotin i denne sammenheng visker forfatningsdomstolen bort med argumentet at det ved nikotin ikke handler om narkotika (ibid., s. 68).
- 7) "Alle har krav på liv og kroppslig ukrenkelighet".
- 8) "Hver har krav på fri utfoldelse av personligheten, så vidt han ikke krenker andres retter og ikke støter an mot den forfatningsmessige ordning eller moralloven".
- 9) Til rettens argumentasjon se Papendorf 1992, s. 196 f.
- 10) Forfatningsdomstolen anslår i denne sammenheng de aktuelle brukertall til 800.000 til 4 millioner personer, der hovedvekten ligger på leilighetsbrukere (s. 56).
- 11) Som hjemmel for slike henleggelse foreslår forfatningsdomstolen § 153, 153 a StPO (Strafprozeßordnung = tysk straffeprosesslov) som for sakens henleggelse krever liten skyld og mangel av offentlig interesse i straffeforfølgning. Dessuten nevner retten i denne sammenheng som spesiallover § 29, ledd 5, BtmG og den nye § 31 a BtmG. Jfr. 29 V BtmG kan retten henlegge en sak, der gjerningsmannen besitter, planter, kjøper m.v. rusmiddel i små mengder til selvforbruk. Spesielt i disse tilfeller gir § 31 a BtmG påtalemyndighetene muligheten til å henlegge saken i tilfelle der gjerningsmannens skyld er liten og der det mangler offentlig interesse.
- 12) Også her ser vi det som gjelder generelt i forholdet mellom nordlige og sørlige delstater i Tyskland at allerede før forfatningsdomstolens avgjørelse hersket det en vesentlig mer liberal praksis i nordlige delstater.
- 13) Det rusende virkestoff, som marihuana og hasj inneholder.