

Bruk av medisinsk cannabis på utenlandsk resept i fengsel

12.9.2023 (2023/647)

Saken gjelder spørsmål om cannabisholdige legemidler («medisinsk cannabis») som ikke er forskrevet av lege i Norge, men importert i tråd med narkotikaforskriften § 19, kan brukes under gjennomføring av fengselsstraff.

Ved innsettelse ble klageren nektet å bruke et medbragt cannabisholdig legemiddel som han lovlig kunne bruke utenfor fengselet, utelukkende fordi legemiddelet var forskrevet av en lege i Nederland. Kriminalomsorgen mente at vilkåret for å gjøre unntak fra forbudet i straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, stiller krav om at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge. Både fengselets og regionens vedtak ble truffet uten at fengselshelsetjenesten hadde foretatt en konkret vurdering av klagerens medisinske behov. Regionen hadde heller ikke vurdert forholdet til menneskerettighetene.

Sivilombudet er kommet til at regionen ikke har opplyst saken i tråd med forvaltningsloven § 33 siste ledd eller oppfylt sin plikt etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum til å vurdere klagerens menneskerettslige anførsler. Vedtaket var heller ikke begrunnet i samsvar med forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd.

Ombudet er også kommet til at det ikke var rettslig grunnlag for å nekte klageren å bruke medbrakt cannabisholdig legemiddel som var importert i tråd med narkotikaforskriften § 19, utelukkende fordi legemiddelet ikke var forskrevet av lege i Norge. Å nekte klageren å bruke det aktuelle legemiddelet var i tillegg et ulovlig inngrep i hans rett til privatliv og selvbestemmelse etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102.

Vedtaket må på denne bakgrunn anses som ugyldig. Ombudet ber regionen merke seg ombudets uttalelse, og legge ombudets syn til grunn i framtidige saker.

Ombudet vil også underrette Kriminalomsorgsdirektoratet samt Justis- og beredskapsdepartementet som ansvarlig departement, om den mangelen som er avdekket i kriminalomsorgens praksis, jf. sivilombudsloven § 25 tredje ledd. Ombudet ber direktoratet og departementet om å sørge for at praksisen endres i overensstemmelse med ombudets syn, og gi ombudet tilbakemelding om sin oppfølging av saken.

Sakens bakgrunn

(1) A (heretter klageren) ble innsatt i Bodø fengsel 22. juli 2021. Få dager senere, den 27. juli, ble han innvilget straffavbrudd i fire uker på bakgrunn av fengselslegens vurdering av helsetilstanden hans.

(2) Klagerens helsetilstand hadde blitt betydelig forverret etter innkomst til fengselet på grunn av avsluttet bruk av et cannabisholdig legemiddel («medisinsk cannabis»). De helsemessige utfordringene bestod i kraftige abstinensreaksjoner og vansker med å ta til seg næring. Ifølge fengselslegen var det risiko for sykehusinnleggelse. Behandling med andre legemidler ble ikke vurdert som gunstig for klagerens helse på sikt.

(3) Klageren hadde forut for soningen fått forskrevet medisinsk cannabis av en legespesialist i Nederland. Legemiddelet Bedrocan, som inneholder 22 prosent av virkestoffet tetrahydrocannabinol (THC), var brakt inn til Norge i tråd med narkotikaforskriften § 19. Klageren var folkeregistrert i Norge, og det medisinske behovet for legemiddelet var bekreftet av klagerens fastlege før utreisen.

(4) Fengselslegen i Bodø uttalte 31. august 2021 at klagerens helseproblematikk ikke hadde endret seg nevneverdig, og at behandling med medisinsk cannabis på resept fra lege i utlandet ikke lovlig kunne opprettholdes i Bodø fengsel. Ettersom klageren ikke kunne ivaretas med adekvat behandling i fengselet, ble straffavbrudd forlenget til 23. februar 2022. Fengselslegen anbefalte at klageren ble tilbudt en annen type soning. Søknad om straffegjennomføring med elektronisk kontroll ble imidlertid avslått og stadfestet av regionen 19. desember 2021.

(5) Soningssted ble deretter endret til Trondheim fengsel. Klageren søkte på nytt om å få bruke medisinsk cannabis under soningen, eventuelt at det ble gitt videre straffavbrudd.

(6) Trondheim fengsel avslo begge søknadene i vedtak 22. februar 2022. Fengselet la til grunn at det er forbudt for innsatte å bruke enhver form for narkotika som ikke er «lovlig foreskrevet» slik straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, krever. Ved vurderingen av om cannabisholdig legemiddel på resept fra lege i Nederland er å anse som «lovlig foreskrevet», viste fengselet til en e-postkorrespondanse mellom kriminalomsorgen Nordland, Kriminalomsorgsdirektoratet og Helsedirektoratet. Det ble der konkludert med at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge for å kunne anses som «lovlig foreskrevet». Fengselet la Kriminalomsorgsdirektoratets regelforståelse til grunn, og avslo søknaden om bruk av medisinsk cannabis under straffegjennomføringen. Fengselet var kjent med at klagerens fastlege, i dialog med fengselshelsetjenesten i Bodø, hadde bekreftet klagerens behov for behandling med cannabisholdige legemidler forskrevet av lege i utlandet.

(7) Fengselet mente videre at straffavbrudd ikke ville «avhjelpe problemet i denne saken». Saksdokumentene ble forelagt den stedlige fengselshelsetjenesten, som ga tilbakemelding om at en vurdering av klagerens helsetilstand ikke ville bli foretatt før klageren møtte til soning. Ifølge fengselshelsetjenesten var det påkrevd at vurderingen ble gjort i møte med klageren. Hvordan klagerens helse skulle ivaretas under soningen, måtte derfor vurderes på oppmøtetidspunktet. Søknaden om videre straffavbrudd ble deretter også avslått.

(8) Fengselets vedtak ble påklaget 1. mars 2022. Klagerens advokat, Lars Mathias Undheim, anførte at klageren hadde rett til å benytte medisinsk cannabis under straffegjennomføringen. Han viste blant annet til at straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, må tolkes i lys av narkotikaforskriften § 19 og retten til helse etter FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 12 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artiklene 3 og 8, med det resultat at legemidler som lovlig kan importeres til Norge, må anses som lovlig forskrevet i straffegjennomføringslovens og straffegjennomføringsforskriftens forstand. Advokaten framholdt at ordlyden dekker adgangen til lovlig forskrevne medisiner uten forbehold om legens

nasjonalitet, og at myndighetene plikter å respektere klagerens rett til å sikre egen helse i tråd med menneskerettighetene.

(9) Advokaten hevdet også at spørsmålet om straffavbrudd ikke var tilstrekkelig utredet. Han viste til vurderingene som var gjort av Bodø fengsel i flere omganger, og at det ikke framkom nye opplysninger som tilsa at klageren ville bli bedre ivaretatt i Trondheim fengsel. Å tvinge klageren til å gjennomføre en fengselsstraff uten et forsvarlig medisinsk alternativ ville ifølge advokaten være i strid med EMK artiklene 3 og 8.

(10) Fengselet opprettholdt begge avslagene, og klagesaken ble sendt til kriminalomsorgen region nord 4. mars 2022. I oversendelsen gikk det fram at «Trondheim fengsel er i sin skjønnsutøvelse bundet av de føringer fastsatt av Kriminalomsorgsdirektoratet». Med henvisning til direktoratets forståelse av straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, fant fengselet dermed ikke grunnlag for å tillate bruk av medisinsk cannabis. Til anførslene om retten til helse ga fengselet uttrykk for at det «presumeres [...] at føringerne fra KDI vedrørende bruk av medisinsk cannabis er i tråd med nasjonal og internasjonal lovgivning».

(11) Ettersom fengselshelsetjenesten ikke ville gjøre en vurdering av klagerens helsetilstand før etter innsettelse, mente fengselet det heller ikke var grunnlag for å innvilge fortsatt straffavbrudd.

(12) Klageren ble innsatt i Trondheim fengsel 25. mars 2022, og løslatt 27. april 2022 etter å ha sonet ferdig. Det er ukjent for ombudet hvordan straffegjennomføringen i praksis forløp, herunder hvordan klagerens helsetilstand ble vurdert og ivaretatt under soningen.

(13) Avslagene fra Trondheim fengsel ble stadfestet av regionen 4. mai 2022, som var etter at klageren hadde sonet ferdig. Til spørsmålet om behandling med medisinsk cannabis på resept fra lege i utlandet lovlig kunne opprettholdes under straffegjennomføringen, viste regionen til Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3, hvor det framgår at kriminalomsorgen ved vurderingen av om et legemiddel er «lovlig foreskrevet» i utgangspunktet vil legge fengselshelsetjenestens vurdering til grunn, og at avgjørelsen tas i samråd med fengselshelsetjenesten. Videre ble avslaget begrunnet med følgende:

«Kriminalomsorgen region nord legger til grunn at innsatte får nødvendig helsehjelp av norske myndigheter, innenfor norsk regelverk og praksis for bruk av medikamenter.

Kriminalomsorgen region nord vil bemerke at vurderingen av hvilke medikamenter som kan benyttes under soning i fengsel, vil vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Vi finner ut ifra de forelagte opplysninger i saken, ikke å kunne legge til grunn at behandling med medisinsk cannabis har vært nødvendig under straffegjennomføring i Trondheim fengsel. Domfeltes anførsler om at hans helsemessige behov ikke har vært ivaretatt under soning ved Trondheim fengsel, er ikke dokumentert ved legeuttalelse eller på annet vis.»

(14) At det ikke forelå opplysninger som tilsa at klagerens helsetilstand ikke hadde vært ivaretatt på en adekvat måte under soningen i Trondheim fengsel, fikk også avgjørende betydning for spørsmålet om straffavbrudd. Regionen påpekte at selv om klagerens

helsetilstand ikke kunne ivaretas ved soning i Bodø fengsel, hadde fengselslegens vurderinger der ikke tatt høyde for at klagerens helsetilstand kunne ivaretas ved soning i andre fengsler i landet.

(15) Advokat Undheim brakte saken inn for ombudet 9. februar 2023 på vegne av klageren.

Våre undersøkelser

(16) Vi fant grunn til å undersøke regionens vedtak om å nekte klageren å bruke cannabisholdig legemiddel som ikke var forskrevet av lege i Norge. Undersøkelsen ble sendt i kopi til Kriminalomsorgsdirektoratet og Helsedirektoratet. Vedtaket om å avslå fortsatt straffavbrudd ble ikke undersøkt nærmere ettersom klageren hadde sonet ferdig.

(17) I brev 20. april 2023 ba vi regionen redegjøre for hvilke konkrete vurderinger som hadde blitt gjort av klagerens behov for det cannabisholdige legemiddelet under soningen i Trondheim fengsel. I tilknytning til dette spurte vi om hvordan klagerens helsemessige behov hadde blitt ivaretatt på annen måte, om fengselshelsetjenesten, klagerens fastlege og/eller spesialisthelsetjenesten hadde blitt konsultert, hvordan klagerens rett til å medvirke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 hadde blitt ivaretatt og hvordan soningsforholdene i Trondheim fengsel skilte seg fra soningsforholdene i Bodø fengsel slik at legemiddelet, etter regionens vurdering, ikke var nødvendig under straffegjennomføringen i Trondheim fengsel.

(18) Regionen ble videre bedt om å redegjøre for sine vurderinger av om det cannabisholdige legemiddelet var «lovlig foreskrevet», og hvordan et krav om at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge kan utledes av gjeldende rett. I denne sammenheng ba vi regionen særskilt kommentere om cannabisholdige legemidler forskrevet av lege i utlandet kan administreres i fengsel dersom fengselshelsetjenesten vurderer det som forsvarlig.

(19) Vi spurte også om regionen hadde vurdert klagerens menneskerettslige anførsler om retten til helse etter ØSK artikkel 12 og EMK artiklene 3 og 8 i tråd med forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum. Regionen ble samtidig bedt om å gi sitt syn på om det å nekte klageren å bruke cannabisholdig legemiddel forskrevet av lege i utlandet var et inngrep i hans rett til privatliv og selvbestemmelse etter EMK artikkel 8 nr. 1, og om inngrepet i så fall var tilstrekkelig rettfærdiggjort etter vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2.

(20) Til sist ba vi regionen gi sitt syn på om klagevedtaket tilfredsstilte kravene til begrunnelse av enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd.

(21) I brev 25. mai 2023 svarte regionen at vurderingene i klagesaken var mangelfulle, og at lovens krav til enkeltvedtak ikke var oppfylt. Regionen viste til at det ikke var gjort en konkret vurdering av klagerens medisinske behov, og at det ikke forelå dokumentasjon som tilsa at den stedlige fengselshelsetjenesten hadde blitt konsultert om dette. Regionen erkjente at de «burde ha grepet inn overfor Trondheim fengsel og presisert at det er helseavdelingen ved fengselet som styrer medisinerer av innsatte, og at kriminalomsorgen ikke skal blande seg inn i de vurderinger som helseavdelingene gjør ved fengslene». Regionen påpekte imidlertid at

Trondheim fengsel er vesentlig større enn Bodø fengsel slik at helseavdelingen der er bedre bemannet, og at mulighetene til å plassere den innsatte var bedre med flere avdelinger.

(22) Videre forklarte regionen at det i vedtaket utelukkende var tatt utgangspunkt i at legemiddelet må være lovlig forskrevet av lege i Norge. Regionen hadde ikke foretatt en annen vurdering av spørsmålet utover å legge Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 til grunn.

(23) Regionen ga samtidig uttrykk for tvil om dagens praksis er i samsvar med EØS-retten på området. Regionen erkjente også at klagerens menneskerettslige anførsler ikke hadde blitt vurdert, og mente at det å nekte innsatte medisiner «åpenbart» er et «inngrep som må begrunnes og rettferdiggjøres». Ifølge regionen var det «like klart at det ikke ble gjort noen form for vurdering om tiltaket var nødvendig eller om det hadde hjemmel». Regionen tok heller ikke stilling til dette i redegjørelsen hit.

(24) Advokat Undheim ble forelagt regionens redegjørelse, men hadde ingen merknader.

Sivilombudets syn på saken

Innledning

(25) Narkotikaforskriften § 19 åpner for at legemidler som inneholder narkotika, og som er forskrevet av lege og anskaffet i utlandet, kan medbringes til Norge dersom legemidlene er til eget medisinsk bruk og ikke overstiger et nærmere bestemt omfang. For reisende med folkeregistrert adresse i Norge er den tillatte mengdebegrensningen i utgangspunktet én ukes forbruk etter angitt dosering, jf. § 19 andre ledd første punktum. Dersom det medisinske behovet dokumenteres ved erklæring fra lege i Norge på innreisetidspunktet, er den tillatte mengdebegrensningen utvidet til én måned, jf. § 19 andre ledd andre punktum.

(26) Ombudet behandler først spørsmålene som knytter seg til regionens klagebehandling og det faktiske grunnlaget for å konkludere med at klageren ikke hadde behov for medisinsk cannabis under soningen i Trondheim fengsel, se punkt 2 nedenfor. Deretter drøfter ombudet i punkt 3 om kriminalomsorgen hadde tilstrekkelig hjemmel for å nekte klageren å bruke cannabisholdige legemidler som var importert i tråd med narkotikaforskriften § 19. Mer konkret reiser dette spørsmål om legemidler som er forbudt etter straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, omfatter legemidler som ikke er forskrevet av lege i Norge. Ettersom både Kriminalomsorgsdirektoratet og Helsedirektoratet har gitt uttrykk for at cannabisholdige legemidler på utenlandsk resept ikke er tillatt under gjennomføring av fengselsstraff, har ombudet funnet grunn til å drøfte dette spørsmålet mer inngående.

(27) Forbudet i straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, må tolkes i lys av Grunnloven og menneskerettighetene. Om det å nekte en innsatt å bruke medbrakte legemidler som han eller hun har et medisinsk behov for, er i samsvar med menneskerettighetene, behandles i punkt 4. Det presiseres at ombudet i saken her ikke tar stilling til om innsatte har et menneskerettslig krav på å kunne anskaffe nye cannabisholdige

legemidler under soningen. Ombudet har heller ikke vurdert det som nødvendig å ta stilling til forholdet til EØS-retten.

Vurdering av klagerens helsetilstand og regionens klagebehandling

(28) Innsatte i fengsel har samme pasientrettigheter som befolkningen ellers, så langt oppfyllelsen av disse er forenlig med frihetsberøvelsen og de rammer som et fengselsopphold setter. Innsatte har dermed samme rett til en nødvendig og forsvarlig helseoppfølging og rett til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige behandlingsmetoder, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 2 og 3.

(29) Ved innsettelse i fengsel overtar den kommunale helse- og omsorgstjenesten der fengselet er lokalisert, behandlingsansvaret for den innsatte etter fastlegen. Det er den stedlige fengselshelsetjenesten som beslutter hva som er forsvarlig helseoppfølging, og som forskriver nye medisiner eller forordner legemidler som er forskrevet av en annen lege. Hvis forsvarlig helsehjelp ikke kan gis av den stedlige kommunale helse- og omsorgstjenesten, skal den innsatte henvises til spesialisthelsetjenesten.

(30) Kriminalomsorgen plikter, gjennom samarbeid med andre offentlige etater, å legge til rette for at domfelte og innsatte i varetekt får de tjenester som lovgivningen gir dem krav på, jf. straffegjennomføringsloven § 4. Samarbeidet og ansvarsforholdene mellom helse- og omsorgstjenesten og kriminalomsorgen er utdypet i Helsedirektoratets veileder IS-1971 om helse- og omsorgstjenester til innsatte i fengsel. Veilederen er for tiden under revisjon. Verken Helsedirektoratets forslag til nye nasjonale faglige råd (sendt på høring 3. mars 2023) eller dagens veileder omtaler problemstillingen i saken her.

(31) For å sikre et best mulig beslutningsgrunnlag før vedtak treffes, plikter forvaltningen å opplyse saken i tråd med forvaltningsloven § 17. Denne utredningsplikten er også presisert for klageinstansen i forvaltningsloven § 33 siste ledd.

(32) Regionen har i redegjørelsen til ombudet erkjent at saksbehandlingen var mangelfull, og at lovens krav til enkeltvedtak ikke var oppfylt. Ombudet er enig i dette, og viser til at vedtaket om å nekte klageren å bruke den aktuelle medisinen ble truffet uten at det forelå en konkret vurdering av klagerens medisinske behov fra fengselshelsetjenesten. Dette til tross for at Trondheim fengsel og regionen var kjent med de helsemessige konsekvensene klageren hadde hatt ved avsluttet bruk av legemiddelet etter innsettelse i Bodø fengsel. Klagerens helsemessige utfordringer førte da til straffavbrudd i to omganger.

(33) Som regionen selv har påpekt, er det fengselshelsetjenesten og ikke kriminalomsorgen som tar beslutninger om hvordan den innsattes helse skal følges opp. Ifølge regionen forelå det ingen skriftlig dokumentasjon fra helsetjenesten i Trondheim fengsel. Både fengselets og regionens vedtak ble dermed etter ombudets syn truffet på et ufullstendig faktisk grunnlag i strid med utredningsplikten etter forvaltningsloven §§ 17 og 33 siste ledd. Slik ombudet oppfatter Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3 om «[b]ruk av legemidler foreskrevet av lege i utlandet under straffegjennomføring, herunder medisinsk cannabis m.v.», har fengselet og

regionen heller ikke fulgt de retningslinjene som framkommer der om at kriminalomsorgen skal legge fengselshelsetjenestens vurdering til grunn av om et medikament er «lovlig foreskrevet».

(34) Det følger videre av forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum at klageinstansen plikter å vurdere de synspunktene som framkommer i klagen. Dette innebærer at klageinstansen må foreta en vurdering av om anførslene kan føre fram. Regionen har opplyst at klagerens menneskerettslige anførsler ikke ble vurdert som ledd i klagesaken, og har samtidig erkjent at dette var en mangel ved saksbehandlingen. Det går derfor heller ikke fram av begrunnelsen for vedtaket at anførslene ble vurdert i den grad de var relevante og sentrale, jf. forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd. Se også punkt 4.1 nedenfor om forvaltningens plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.

(35) Ombudet er etter dette kommet til at regionen ikke har opplyst saken i tråd med forvaltningsloven § 33 siste ledd eller oppfylt sin plikt etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum til å vurdere klagerens menneskerettslige anførsler. Vedtaket er heller ikke begrunnet i samsvar med forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd.

Vilkåret om at legemiddelet må være «lovlig foreskrevet»

(36) Straffegjennomføringsforskriften § 3-21 første punktum fastsetter et forbud for innsatte «å bruke enhver form for alkohol, narkotika eller andre rusmidler, bedøvelsesmidler, hormonpreparater eller andre kjemiske stoffer som ikke er lovlig foreskrevet».

(37) Forbudet håndheves ved at kriminalomsorgen kan foreta undersøkelser av den innsatte for å avdekke ulovlig bruk, jf. straffegjennomføringsloven § 29. Kriminalomsorgen kan også ved innsettelse ta beslag i private gjenstander, herunder medbrakte legemidler, og eventuelt destruere disse i tråd med straffegjennomføringsloven § 26.

(38) Legemidler som er «lovlig foreskrevet» er unntatt fra forbudet. Dette vilkåret går igjen flere steder i straffegjennomføringsloven (foruten § 29, se for eksempel § 16 om gjennomføring av straff utenfor fengsel, § 36 om vilkår ved permisjon og straffavbrudd og § 44 om prøveløslatelsesvilkår). Så langt ombudet kan se, er det ikke presisert i lovteksten eller i straffegjennomføringsforskriften hvordan vilkåret skal forstås i relasjon til legemidler som er lovlig forskrevet i utlandet, herunder EØS-området, og som er lovlig importert til Norge.

(39) Både straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften bruker begrepet «foreskrevet». Foreskrivning og forskrivning blir ofte sammenblandet i dagligtalen, selv om begrepene innen fagområdet medisin har et ulikt meningsinnhold. Å foreskrive medisiner er å bestemme hvilket og eventuelt hvordan et legemiddel skal benyttes (synonymt med å forordne eller ordinere), mens det å forskrive medisiner er å skrive en resept på et legemiddel (synonymt med å rekvirere), se Store norske leksikon og Språkrådet. (Se også definisjonen av «rekvirering» og «ordinering» i forskrift 3. april 2008 nr. 320 om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp § 3 bokstavene f og g.)

(40) Det går ikke klart fram hvilket meningsinnhold som var tilsiktet ved valget av begrepet «foreskrevet» i straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften.

Lovforarbeidene gir ingen veiledning om det, se Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) kapittel 7.4.5 og Ot.prp. nr. 15 (2006–2007) kapittel 8.4. Språklig sett tilsier derfor ordlyden at forbudet i straffegjennomføringsforskriften § 3-21 første punktum ikke dekker legemidler som er forskrevet av lege i utlandet, utelukkende fordi resepten ikke er norsk.

(41) I det tidligere fengselsreglementet av 1961, som ble avløst av straffegjennomføringsforskriften i 2002, synes imidlertid begrepet «foreskrevet» å være brukt i betydning forskrevet (å skrive resept), se opphevet forskrift 12. desember 1961 nr. 8944 § 61-61. Bestemmelsen regulerte fengselslegens ansvar for «foreskrivning» av legemidler til innsatte, og skilte mellom foreskrivning og ordinerer. Foreskrivning og ordinerer er som nevnt språklig sett det samme. Dette taler for at begrepet «foreskrevet» ble brukt i betydning forskrevet, noe som synes å være gjennomgående i kriminalomsorgens praksis. Ombudet legger derfor tilsvarende forståelse til grunn.

(42) Videre må forskrivningen være «lovlig». Det følger av norsk rett at kun leger med norsk autorisasjon kan forskrive legemidler med blant annet innhold av narkotika til menneskelig bruk, jf. helsepersonelloven § 11 og forskrift 2. juni 2022 nr. 977 om rekvirering og utlevering av legemidler m.m. § 3-1. For å kunne forskrive cannabisholdige legemidler med THC-innhold over én prosent og som ikke er godkjente i Norge, må legen ha spesialistgodkjenning og være ansatt i det offentlige helsevesenet eller i privat sykehus, jf. forskrift 22. september 2022 nr. 1630 om rekvirering av forbudt narkotikum og bestemte legemidler til humanmedisinsk bruk § 3-2 nr. 3. I tillegg må legen ha såkalt godkjenningsfritak fra Statens legemiddelverk i tråd med forskrift 18. desember 2009 nr. 1839 om legemidler til mennesker § 2-5.

(43) Dette innebærer at allmennleger, herunder fastleger og fengselsleger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, ikke har rett til å skrive resept på cannabisholdige legemidler med THC-innhold over én prosent og som ikke er godkjente i Norge. Det inkluderer legemiddelet Bedrocan, som var forskrevet til klageren av lege i Nederland og hentet ut fra apotek der. Det går fram av sakens dokumenter, herunder uttalelse fra fengselslegen i Bodø 27. juli 2021, at legen i Nederland var spesialist.

(44) På bakgrunn av forarbeidene til straffegjennomføringsloven, jf. Ot.prp. nr. 5 (2000–2001) kapittel 7.4.5 og Ot.prp. nr. 15 (2006–2007) kapittel 8.4, oppfatter ombudet at formålet med forbudsbestemmelsen i straffegjennomføringsforskriften § 3-21 og kriminalomsorgens hjemler for kontrolltiltak, i første rekke er å avdekke misbruk av rusmidler og legemidler som ikke er tillatt i fengsel. I særmerknadene til destrueringsadgangen i straffegjennomføringsloven § 26, er det i siste setning gitt uttrykk for at forbudet ikke er ensbetydende med at bruken må være ulovlig utenfor fengselet, jf. at det der framheves at destruering «er særlig praktisk ved funn av medisiner som innsatte ikke har tillatelse til å ha selv om de er lovlig foreskrevet».

(45) Et krav om at legemiddelet må være lovlig forskrevet og brukt i samsvar med den innsattes medisinske behov, bidrar til å oppfylle formålet om å avdekke misbruk, i tillegg til å sikre at den innsatte får tilfredsstillende medisinsk behandling i fengselet. Ut fra dette kan ombudet

vanskelig se at legemidler som er lovlig forskrevet av lege i utlandet, ikke kan ivareta de samme formålene så lenge legemidlene håndteres på samme måte som legemidler forskrevet av lege i Norge.

(46) Formuleringen av fengselslegens forskrivningsansvar etter det tidligere fengselsreglementet som nevnt over, kan sies å trekke i retning av at legemiddelet må være forskrevet av en lege i Norge. Ombudet viser til § 61-61 første ledd andre punktum, hvor det gikk fram at de innsatte «bare [kan] bruke legemidler når det foreligger foreskrivning fra denne». Med «denne» siktes det til fengselslegen. Ombudet oppfatter imidlertid dette kun som et utgangspunkt, særlig når setningen leses i sammenheng med tredje og fjerde punktum, hvor det stod at fengselslegen skal forelegges forskrivning «fra annen lege», og at forskrivningen fra den andre legen skal følges inntil forskrivningen omgjøres av fengselslegen. Bestemmelsen presiserte ikke at «den andre legen» må ha norsk autorisasjon.

(47) Det går heller ikke fram av Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3 at vilkåret om lovlig forskrivning forutsetter at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge. Følgende gjengis fra rundskrivet:

«Ved vurderingen av om medikamentet er 'lovlig foreskrevet' vil kriminalomsorgen i utgangspunktet legge helsetjenestens vurdering til grunn. Avgjørelsen tas dermed i samråd med fengselshelsetjenesten, eventuelt domfeltes fastlege.

Problemstillingen vedrørende medikamenter foreskrevet av lege i utlandet settes på spissen dersom innsatte og domfelte har fått foreskrevet medikamenter som ikke brukes i Norge, herunder rusmidler til medisinsk bruk og 'medisinsk cannabis'. 'Medisinsk cannabis' vil kunne godkjennes for bruk under straffegjennomføring dersom helsetjenesten etter en konkret vurdering anser medikamentet for å være 'lovlig foreskrevet'.

Ved fengselsopphold skal medikamentet i så fall oppbevares av helsetjenesten og inntas av innsatte under kontrollerte former, tilsvarende ved bruk av for eksempel metadon.»

(48) Disse føringene er ifølge rundskrivets innledning gitt på bakgrunn av spørsmål fra kriminalomsorgens regelverksforum om hvordan kriminalomsorgen skal forholde seg til legemidler som ikke er forskrevet av lege i Norge, herunder medisinsk cannabis. Føringene må derfor leses ut fra den sammenhengen de er skrevet i. Som det framgår, kan medisinsk cannabis «godkjennes» for bruk under straffegjennomføringen dersom fengselshelsetjenesten etter en «konkret vurdering» anser medikamentet for å være lovlig forskrevet. Dersom legemiddelet godkjennes, gir rundskrivet anvisning på hvordan legemiddelet skal håndteres («oppbevares av helsetjenesten og inntas av innsatte under kontrollerte former»). Dette taler etter ombudets vurdering klart for at det ikke er et forbud mot legemidler som er forskrevet av lege i utlandet.

(49) I skriftlig svar på Stortingets spørsmål nr. 1338 for sesjonen 2022–2023, se Dokument nr. 15: 1338 (2022–2023), framkommer det at Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3, som ombudet har sitert over, «inneholder en presisering av at det kun er de legemidler som er lovlig foreskrevet av lege og helsetjenesten i Norge som kriminalomsorgen kan tilrettelegge for utdeling av». Det gis imidlertid ikke en nærmere redegjørelse for denne

tolkningen, og ombudet kan ikke se at det er vist til noen andre rettskilder enn de som er gjennomgått av ombudet i denne uttalelsen. Ombudet er ikke enig i at rundskrivet inneholder en slik presisering som det er hevdet i svaret til Stortinget.

(50) Et krav om at legemiddelet må være forskrevet at lege i Norge understøttes heller ikke av importadgangen etter narkotikaforskriften § 19 eller resepter gitt i EØS-området med gyldighet i Norge for utlevering av legemidler fra norske apotek, jf. forskrift om rekvirering og utlevering av legemidler m.m. § 9-5 og EUs direktiv 2012/52/EU. De sistnevnte bestemmelsene bidrar til å gjennomføre regelverket for fri bevegelse av helsetjenester og grensekryssende pasientrettigheter etter EØS-avtalen artikkel 36 og pasientmobilitetsdirektivet 2011/24/EU. Betydningen av EØS-resepter kommer imidlertid ikke på spissen i saken her ettersom cannabisholdige legemidler med THC inngår i reseptgruppe A, og EØS-resepter med gyldighet i Norge kun omfatter legemidler i reseptgruppe C, dvs. alle andre reseptbelagte legemidler som ikke er narkotika (A) eller vanedannende (B). Ombudet merker seg likevel at regionen i redegjørelsen hit stiller spørsmål ved om dagens praksis i tilstrekkelig grad ivaretar EØS-retten på området.

(51) I lys av det alminnelige legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 og det relative kravet til en klar lovhjemmel, jf. Rt-1995-530 side 537, Rt-2014-1281 avsnitt 48 og HR-2022-2106-A avsnitt 37, mener ombudet at det ikke kan innfortolkes et krav om at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge for at legemiddelet skal kunne anses som «lovlig foreskrevet» etter straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29. Ombudet mener at et slikt krav ikke går fram av ordlyden verken i straffegjennomføringsloven eller straffegjennomføringsforskriften. Det er heller ikke gitt slike presiserende merknader i lovforarbeidene eller Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3, og det kan etter ombudets syn ikke legges avgjørende vekt på kriminalomsorgens praksis.

(52) Ombudet viser til at medbrakte legemidler ved innsettelse i fengsel i utgangspunktet er innsattes private gjenstander og som klageren her lovlig hadde tatt med til og kunne bruke i Norge, jf. narkotikaforskriften § 19 og omtale i avsnitt 25. Å nekte innsatte å bruke legemidler som de har et medisinsk behov for, kan ha store konsekvenser for helsetilstanden deres og muligheten til å fungere bedre i dagliglivet. Dette skjerper etter ombudets syn kravet til en klar lovhjemmel.

(53) Ombudet er etter dette kommet til at straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, ikke gir hjemmel for å nekte klageren å bruke cannabisholdige legemidler som er importert i tråd med narkotikaforskriften § 19, jf. Grunnloven § 113. Se også gjennomgangen av det menneskerettslige hjemmelskravet i punkt 4.3 nedenfor.

Forholdet til menneskerettighetene og særlig EMK artikkel 8

4.1. Innledning

(54) Kriminalomsorgen har en selvstendig plikt etter Grunnloven § 92 til å respektere og sikre menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett, jf. Høyesteretts dom 16.

desember 2016 (HR-2016-2554-P) avsnitt 70. Dette innebærer at kriminalomsorgen må vurdere forholdet til menneskerettighetene der disse er relevante og sentrale for forvaltningens handlinger og avgjørelser, se ombudets uttalelser 2. juli 2020 (SOM-2020-292) punkt 2 og 21. desember 2021 (SOM-2021-244) punkt 4.3 nest siste avsnitt.

(55) FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) er inkorporert som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Forrangsbestemmelsen innebærer en skranke for kriminalomsorgen når motstrid med straffegjennomføringsloven og straffegjennomføringsforskriften ikke kan unngås gjennom tolkning og harmonisering.

(56) Både ØSK artikkel 12 om retten til en høyest oppnåelig helsestandard og EMK artikkel 3 om forbudet mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff er relevante i vurderingen av om regionens vedtak oppfyller menneskerettslige krav. I saken her har ombudet imidlertid avgrenset drøftelsen til hvorvidt det å nekte klageren å bruke det aktuelle legemiddelet var et inngrep i hans rett til privatliv etter EMK artikkel 8, og om inngrepet i så fall var lovlig.

(57) Ombudet er ikke kjent med høyesterettspraksis som tilsier at vernet etter den tilsvarende bestemmelsen i Grunnloven § 102 første ledd første punktum går lenger enn vernet etter EMK artikkel 8. Ombudet går derfor ikke nærmere inn på grunnlovsbestemmelsen.

4.2. Inngrepsvurderingen etter EMK artikkel 8

(58) Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har slått fast at begrensninger i retten til privatliv etter EMK artikkel 8 i utgangspunktet er et selvstendig inngrep selv om personen er lovlig frihetsberøvet, se *Golder mot Storbritannia* 21. februar 1975 (nr. 4451/70) avsnitt 44. Samtidig har domstolen akseptert at det i forholdsmessighetsvurderingen kan ses hen til at straffegjennomføringen, ut fra hva som er vanlig og rimelig i et fengsel, vil kunne medføre enkelte begrensninger i den innsattes rettigheter uten at dette er uforenlig med konvensjonen, se *Nusret Kaya m.fl. mot Tyrkia* 8. september 2014 (nr. 43750/06) avsnitt 52.

(59) EMK artikkel 8 omfatter ikke retten til helse som sådan. Det følger likevel av EMDs praksis at det å bli nektet tilgang til en bestemt medisinsk behandling eller bestemte medisiner etter omstendighetene kan være et inngrep i retten til privatliv og den selvbestemmelsesrett som utledes fra dette, se for eksempel *Dickson mot Storbritannia* 4. desember 2007 (nr. 44362/04) avsnitt 66, *Hristozov m.fl. mot Bulgaria* 13. november 2012 (47039/11 og 358/12) avsnitt 116 og *Thörn mot Sverige* 1. september 2022 (nr. 24547/18) avsnitt 47.

(60) På bakgrunn av EMDs praksis på området legger ombudet til grunn at den enkeltes mulighet til å ivareta egen helse og fungering i dagliglivet er en beskyttet rettighet etter EMK artikkel 8, og at regionens vedtak om å nekte klageren å bruke cannabisholdig legemiddel forskrevet av lege i utlandet var et inngrep i denne rettigheten. Vedtaket var dermed også et inngrep i Grunnloven § 102 første ledd første punktum.

4.3. Var inngrepet tilstrekkelig rettferdiggjort?

(61) For at et inngrep i privatlivet skal være lovlig, må det oppfylle vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2. Dette innebærer at inngrepet må ha tilstrekkelig hjemmel (være «i samsvar med loven»), forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig («nødvendig i et demokratisk samfunn»). Med forholdsmessighet menes at inngrepet må være egnet og nødvendig til å oppnå formålet, og at de hensynene som begrunner inngrepet, i tilstrekkelig grad veier opp for byrdene som påføres individet, se for eksempel Strand Lobben m.fl. mot Norge 10. september 2019 (nr. 37283/13) avsnitt 203. I vurderingen vil det være av vesentlig betydning om formålet kan nås med andre og mindre inngripende alternativer.

(62) Om kravet til hjemmel, har EMD i flere avgjørelser påpekt at det rettslige grunnlaget må sikre tilstrekkelig forutberegnelighet. Et sentralt moment i denne vurderingen er hvor klar hjemmelen for inngrepet er. Det holder ikke at hjemmelen formelt sett er i orden – den må også være så presis som forholdene tillater, se *Kruslin mot Frankrike* 24. april 1990 (nr. 11801/85) avsnitt 33 og *Olsson mot Sverige* 24. mars 1988 (nr. 10465/83) avsnitt 61, jf. også Høyesteretts kjennelse i Rt-2014-1105 avsnitt 30.

(63) Som gjennomgått i punkt 3, går det ikke fram av ordlyden i straffegjennomføringsforskriften § 3-21 eller straffegjennomføringsloven § 29 at legemiddelet må være forskrevet av lege i Norge for å kunne brukes under straffegjennomføringen. Et krav om norsk resept framgår heller ikke av lovforarbeidene eller Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv. Ombudet mener derfor at muligheten til å nekte klageren å bruke cannabisholdig legemiddel utelukkende fordi legemiddelet var forskrevet av lege i utlandet, ikke er tilstrekkelig klart forankret i det norske regelverket. Dette gjelder særlig i lys av narkotikaforskriften § 19, som på nærmere bestemte vilkår gir en generell adgang til å importere cannabisholdige legemidler til eget medisinsk bruk. Ombudet viser til drøftelsen under punkt 3 over.

(64) Å «forebygge uorden eller kriminalitet» eller å «beskytte helse eller moral» er legitime inngrepsformål etter EMK artikkel 8 nr. 2. Slik ombudet oppfatter det, har forbudet i straffegjennomføringsforskriften § 3-21 til hensikt å forhindre misbruk og illegal bruk, omsetning og distribusjon av rusmidler og legemidler. Samtidig er det uklart for ombudet hvilket hensyn kravet til norsk resept er ment å ivareta og hvorfor ikke dette hensynet kan ivaretas dersom legemidler som er forskrevet av lege i utlandet og lovlig importert til Norge i henhold til narkotikaforskriften § 19, håndteres på samme måte som andre tilsvarende legemidler. Ombudet mener derfor at det er begrunnet tvil om et forbud mot bruk av cannabisholdige legemidler under gjennomføring av fengselsstraff utelukkende fordi legemiddelet er forskrevet av lege i utlandet har et legitimt formål etter EMK artikkel 8.

(65) Kravet til forholdsmessighet er en avveiningsmekanisme som innebærer at inngrepet må ivareta en rettferdig balanse mellom vesentlige samfunnsmessige hensyn på den ene siden og de beskyttede interessene på den andre siden, se *Silver m.fl. mot Storbritannia* 25. mars 1983 (nr. 5947/72) avsnitt 97 bokstav c. Dette betyr at begrunnelsen for inngrepet må være relevant og tilstrekkelig, og at inngrepet ikke må gå lenger enn det som er nødvendig ut fra formålet. Kravet til forholdsmessighet gjelder både ved utformingen av rettsregler, og ved den konkrete anvendelsen av dem.

(66) Spørsmål knyttet til medisinsk behandling og folkehelse, herunder regulering av rusmidler og legemidler, er etter EMDs praksis underlagt en vid skjønnsmargin, se Hristozov m.fl. mot Bulgaria avsnitt 119. På områder der det ikke er konsensus mellom medlemsstatene, vil domstolen særlig være tilbakeholden med å overprøve medlemstatens vurderinger, med mindre disse åpenbart mangler et rimelig grunnlag («manifestly without reasonable foundation»), se Dickson mot Storbritannia avsnitt 78 og Thörn mot Sverige avsnitt 46.

(67) Ombudet er ikke kjent med at justismyndighetene har foretatt en generell forholdsmessighetsvurdering av kriminalomsorgens forbud mot legemidler som ikke er forskrevet av lege i Norge. I Kriminalomsorgsdirektoratets rundskriv 6/2016 punkt 3 er det vist til hvordan kriminalomsorgen ellers håndterer legemidler med innhold av narkotika, som for eksempel metadon eller tilsvarende legemidler forskrevet av lege i Norge. Ombudet kan vanskelig se at cannabisholdige legemidler som er forskrevet av lege i utlandet, ikke kan håndteres på samme måte, noe rundskrivet også synes å legge til grunn.

(68) Videre påpeker ombudet at kriminalomsorgen må gjøre en avveining av individets og fellesskapets interesser i den enkelte sak. I denne avveiningen vil det være sentralt å kartlegge den innsattes helsetilstand og medisinske behov og ta stilling til hvordan dette behovet kan ivaretas på en forsvarlig måte. Som det framgår av ombudets drøftelse under punkt 2, ble vedtaket om å nekte klageren å bruke den medbrakte medisinen truffet uten at fengselshelsetjenesten hadde foretatt en konkret vurdering av klagerens helsetilstand og medisinske behov, og uten at fengselet eller regionen hadde avveid de motstående interessene. Ombudet mener derfor det er begrunnet tvil om det aktuelle inngrepet oppfyller kravet til konkret forholdsmessighet.

(69) Slik saken har vært opplyst for ombudet, har regionen ikke gitt en tilfredsstillende begrunnelse for å nekte klageren å bruke det aktuelle legemiddelet. Følgelig er det etter ombudets vurdering ikke godtgjort at inngrepet var «nødvendig i et demokratisk samfunn».

(70) På denne bakgrunn er ombudets konklusjon at vedtaket om å nekte klageren å bruke cannabisholdig legemiddel under straffegjennomføringen utelukkende fordi legemiddelet var forskrevet av lege i utlandet, ikke oppfyller vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2. Vedtaket var dermed et ulovlig inngrep i hans rett til privatliv og selvbestemmelse etter EMK artikkel 8 nr. 1 og Grunnloven § 102 første ledd første punktum.

Oppsummering

(71) Regionen har begått saksbehandlingsfeil av betydning for vedtakets innhold og begrunnelse. Ombudet viser til at vedtaket ble truffet på et ufullstendig faktisk grunnlag ved at fengselshelsetjenesten ikke hadde foretatt en konkret vurdering av klagerens helsetilstand og medisinske behov. Et krav om at legemiddelet må være forskrevet av en lege i Norge for å kunne brukes under soningen, kan etter ombudets vurdering ikke utledes av det eksisterende rettskildebildet.

(72) Vedtaket om å nekte klageren å bruke det aktuelle legemiddelet var et inngrep etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102. Inngrepet var ikke tilstrekkelig klart forankret i det norske regelverket, og det er begrunnet tvil om kravet om forskrivning fra norsk lege forfulgte et legitimt formål eller var nødvendig og forholdsmessig for å oppnå formålet.

(73) Både saksbehandlingsfeilene og de materielle feilene medfører at vedtaket må anses ugyldig. Etersom klageren er ferdigsonet er det ikke hensiktsmessig å be regionen behandle saken på nytt. Regionen bes imidlertid merke seg ombudets uttalelse, og legge ombudets syn til grunn i framtidige saker.

(74) Saken har avdekket mangler i kriminalomsorgens praksis. Ombudet vil derfor underrette Kriminalomsorgsdirektoratet samt Justis- og beredskapsdepartementet som ansvarlig departement, om dette, jf. sivilombudsloven § 25 tredje ledd. Ombudet ber direktoratet og departementet om å sørge for at praksisen endres i overensstemmelse med ombudets syn, og gi ombudet tilbakemelding om sin oppfølging av saken. Helsedirektoratet underrettes i kopi.

Konklusjon

(75) Sivilombudet er kommet til at kriminalomsorgen region nord ikke har opplyst saken i tråd med forvaltningsloven § 33 siste ledd eller oppfylt sin plikt til å vurdere klagerens menneskerettslige anførsler etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum. Vedtaket er heller ikke begrunnet i tråd med forvaltningsloven § 25, jf. § 33 første ledd.

(76) Ombudet er også kommet til at straffegjennomføringsforskriften § 3-21, jf. straffegjennomføringsloven § 29, ikke ga tilstrekkelig hjemmel for å nekte klageren å bruke medbrakt cannabisholdig legemiddel som var importert i tråd med narkotikaforskriften § 19, utelukkende fordi legemiddelet ikke var forskrevet av en lege i Norge. Å nekte klageren å bruke det aktuelle legemiddelet var et inngrep i hans rett til privatliv og selvbestemmelse etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, der det også er begrunnet tvil om krav til nødvendighet, legitimt formål og forholdsmessighet var oppfylt.

(77) Vedtaket må på denne bakgrunn anses som ugyldig. Ombudet ber regionen merke seg ombudets uttalelse, og legge ombudets syn til grunn i framtidige saker. Ombudet vil også underrette Kriminalomsorgsdirektoratet samt Justis- og beredskapsdepartementet som ansvarlig departement, om den mangelen som er avdekket i kriminalomsorgens praksis. Ombudet ber direktoratet og departementet om å sørge for at praksisen endres i overensstemmelse med ombudets syn, og gi ombudet tilbakemelding om sin oppfølging av saken.

12.9.2023 (2023/647)