

UiO • **Det juridiske fakultet**

Etablering av tvungent psykisk helsevern.

En fremstilling og redegjørelse av de motstridende hensyn og de materielle vilkår som gjelder ved etablering av tvungent psykisk helsevern etter phlsvl. § 3-3.

Kandidatnummer: 532

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17973



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
2	METODE OG RETTSKILDEBRUK.....	4
2.1	Juridisk metode.....	4
2.2	Rettskilder.....	5
3	HJEMMELSKRAVET	8
3.1	Hovedregelen om hjemmelskravet	8
4	LOVENS FORMÅL OG DE MOTSTRIDENDE HENSYN.....	10
4.1	Innledende	10
4.1.1	Rettsikkerhetsbegrepet.....	11
4.1.2	Formålet bak psykisk helsevernloven	14
4.2	Autonomihensyn.....	15
4.2.1	Hensynet til pasientens behov, selvbestemmelsesretten og respekten for integritet	16
4.3	Tvangshensyn	24
4.3.1	Hensynet til samfunnsvernet samt andres liv og helse.....	25
4.3.2	Andre hensyn bak tvangsreglene	28
4.3.2.1	«Pasientens beste» ved manglende sykdomsinnsikt.....	28
4.3.2.2	Pårørendes rolle ved vedtak om tvungent psykisk helsehjelp	30
5	ETABLERING AV TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN.....	34
5.1	Redegjørelse av vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter phlsvl. § 3-3.	34
5.1.1	Frivillighetsvilkåret	36
5.1.2	Hovedvilkåret	37
5.1.3	Tilleggsvilkårene	39
5.1.3.1	Behandlingskriteriet.....	40

5.1.3.2	Farekriteriet.....	42
5.1.4	Helhetsvurderingen – hva vektlegges av momenter?.....	44
5.1.4.1	Belastningen for vedkommende	46
5.1.4.2	Andre skjønnsmomenter ved helhetsvurderingen	48
5.2	Tvangsbruk i en gråsone.....	49
5.2.1	Omsorgsplikt som hjemmelsgrunnlag.....	49
5.3	Forholdet til menneskerettighetene og legalitetsprinsippet	50
6	RETTSPOLITISK DEL.....	54
6.1	Den konkrete interesseavveining.....	54
6.1.1	Hvorvidt individet i for stor grad løftes fram.....	54
6.1.1.1	Fra teori til praksis	56
7	AVSLUTNING.....	58
8	LITTERATURLISTE.....	59

1 Innledning

«Mennesket er et mål i seg selv, og må ikke utelukkende være ett middel for andres virksomhet.»

Sitat fra filosof Immanuel Kant.

Hvem er vi som kan bestemme over andre? Et tankekors alle innenfor rettssystemet burde stille seg. Tilgjengelig statistikk viser at en stor andel av innleggelsene i det psykiske helsevernet for voksne i Norge er tvangsinnleggelse. Andelen tvangsinnleggelse har vært stabil høy over tid.¹ Selv om frivillighet og respekt for den enkeltes autonomi, samt menneskerettighetene, er av så høy viktighet og defineres som grunnleggende prinsipper innenfor helseretten, er det interessant å se at det i dagens samfunn benyttes tvang i så høy grad.

Temaet for oppgaven er etablering tvungent psykisk helsevern etter kap. 3 i lov om psykisk helsevern (phlsvl.) av 2. juli 1999 nr. 62. Hovedvekten er lagt på etableringsprosessen og de materielle vilkårene etter phlsvl. § 3-3, med særlig vekt på de motstridende hensyn innenfor tvangsvurderingen. Jeg vil se på selve tvangsplasseringen, altså frihetsberøvelsen i seg selv og forholdet til menneskerettskonvensjonene, især Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 5 vil i denne sammenheng bli behandlet da bruk av tvang er svært inngripende i forhold til enkeltmenneskers integritet, noe nettopp menneskerettighetene ønsker å beskytte. I den anledning har jeg valgt å avgrense mot gjennomføring av psykisk helsevern, jf. psykisk helsevernloven kap. 4. Drøftelsen vil ta utgangspunkt i pasienter med samtykkekompetanse.

Det skal ikke være en automatikk i oppfyllelse av tvangsvilkårene i phlsvl. § 3-3 og vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern. Spørsmålet om hvorvidt tvang skal brukes

¹ Helsedirektoratet (2010) og Helsedirektoratet (2006).

avgjøres ut fra lovteksten. De objektive kriterier må oppfylles, men også klart skjønnsmessige vilkår må vurderes. I vurderingen skal skjønnsmomenter som går på rimelighet og hensiktsmessighet inngå. Jeg vil se på de ulike hensyn ved etableringen av tvungent psykisk helsevern og hvordan disse vektlegges. Fremstillingen vil ta for seg den sivilrettslige veien inn i tvungent psykisk helsevern, dermed vil dom på overføring til tvungent psykisk helsevern i medhold av straffeloven (strl.) av 22. mai 1902 nr. 10 § 39 falle utenfor drøftelsene. Det vil være de materielle grensene som er tema.

Den klare hovedregelen er at individet fritt skal kunne bestemme over sitt eget liv. Dette kommer til uttrykk i menneskerettskonvensjonene art. 3, art. 5 og art. 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK.) inkorporert i menneskerettsloven (mnskr.) av 21. mai 1999 nr. 30, og blant annet i art. 9 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). For inngrep i andre borgeres friheter og rettigheter, er den andres eget informerte samtykke nødvendig. Dette går frem av flere lovbestemmelser.² Jeg behandler hjemmelskravet i kap. 3.

Tvang er unntaket, hvor frihet og selvbestemmelse er hovedregelen. Innenfor det psykiske helsevern finnes det en rekke lovhjemler som åpner for bruk av tvungen psykisk helsehjelp, men oppgaven vil ta utgangspunkt i phlsvl. § 3-3. En klar definisjon av tvungent psykisk helsevern er at det anses å foreligge tvang dersom pasienten ikke selv uttrykkelig har bedt om psykisk helsevern eller har samtykket i det. Tvangsbegrepet gis en relativ vid anvendelse, og medfører styrket rettsikkerhet for pasientene.³ Psykisk helsevern er i phlsvl. § 1-2 definert som «... spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever».⁴

² Se lov om pasient- og brukerrettigheter av 2. juli 1999 nr. 62 § 4-1 og lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62 § 2-1.

³ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 5.3.3.

⁴ Lov om spesialisthelsetjenesten (sphsl.) m. m av 2. juli 1999 nr. 61.

Hvilke hensyn tar så størst plass i vektleggingen? Avveies hensynene ulikt i de forskjellige situasjoner, kan loven synes å ha gått for langt i individets retning, og hvilke hensyn burde i tilfelle bli vektlagt i større grad enn de gjør i dag? Tas det noen hensyn til den belastningen pårørende sitter med i forhold til pasienten? Dette er problemstillinger som vil drøftes nærmere i oppgaven. Jeg vil vise hvorledes disse forholdene vurderes opp mot hverandre i etableringen av tvungent psykisk helsevern. Dette vil være oppgavens rettsdogmatiske analyse. Deretter vil jeg vurdere vektleggingen i en rettspolitisk analyse. Er rettsreglene gått for langt i å ta hensyn til den personlige autonomien ved å la hensynet til samfunnsvernet svekkes?

I det følgende kapittel vil jeg gi en fremstilling av den juridiske metode og hvilke rettskilder oppgaven vil bli basert på, dernest i kap. 3 gi en oversikt over hjemmelskravet ved tvungent psykisk helsevern. I kapittel 4 vil jeg skissere de motstridende hensyn som skal avveies mot hverandre i vurderingen om tvungent psykisk helsevern skal etableres. Deretter i kapittel 5 vil jeg gi en redegjørelse av vilkårene for bruk av tvang etter phlsvl. § 3-3 og gå detaljert inn i selve interessekonflikten og se på hva som er styrende for avveiingen. Med den rettspolitiske delen i kapittel 6 ønsker jeg å se på dagens rettstilstand med ett noe mer kritisk overblikk og se på hvordan den gjeldende rett kunne eller burde være jf. de lege ferenda. Til slutt vil jeg oppsummere med en avsluttende del.

2 Metode og rettskildebruk

2.1 Juridisk metode

Metodelære er grunnlaget for å forstå juridisk tenkning, og er hva avhandlingen vil bli basert på. Den rettsdogmatiske analysen vil følge alminnelig juridisk metode slik denne er beskrevet i Eckhoffs rettskildelære.⁵ Det er på området for tvangsvedtak særlig grunn til å lede oppmerksomheten på velferdsstatens særegenheter, og reglene i velferdsretten bygger stort sett på nasjonale kilder. Menneskerettighetene har i dag fått mye større innpass enn i tidligere lov, noe som medfører at man kan overprøve nasjonale avgjørelser utfra et internasjonalt domstolssystem. Dette drøftes nærmere under punkt 5.3.

Det viktigste ved tvangsvedtak er lovgivningen, og en tolkning av lovens ordlyd. Der loven har en formålsbestemmelse, vil formålet rettskildemessig som utgangspunkt ha stor verdi ved tolkning av lovens bestemmelser og som hensyn ved skjønnsutøvelsen.⁶ Spesielt viktig er legalitetsprinsippet på området for tvangsinngrep, som vil være en skranke mot utvidende tolkning av bestemmelser om tvang. I velferdsretten gjelder det et ulovfestet legalitetsprinsipp som sier at man ikke skal gjøre inngrep i borgernes rettigheter eller pålegge dem større plikter enn gjeldende lovgivning hjemler.⁷ Tilsidesettelse av selvbestemmelsesretten og integritetsvernet er midt i kjerneområdet for legalitetsprinsippet. Da legalitetsprinsippet hos oss er konstitusjonell sedvane vil prinsippet gjelde, i samsvar med loven, som den mest sentrale rettskilde. Tvangsbestemmelsene vedrørende tvungent psykisk helsevern er nokså vage og skjønnsbestemte, noe som byr på utfordringer i forhold til legalitetsprinsippet da bestemmelsene ikke skal gis et for utvidet område, men samtidig vil en utvidende tolkning være den eneste måten man kan nå et ønsket resultat på. Motargumentene er på dette området tungtveiende. Betenkelighetene er større jo mer inngripende inngrep det dreier seg om, og de er større jo fjernere det faktum det er spørsmål om å anvende loven på, ligger fra

⁵ Eckhoff (2001).

⁶ Eckhoff (2001) s. 25.

⁷ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 498 og Kjønstad (2012). Velferdsrett 2 s. 55.

dens ordlyd.⁸ Det følger av lex- specialis prinsippet, spesiell lov går foran generell lov ved motstrid, at tvangshjemler vil kunne gjøre ellers straffbare handlinger rettmessige dersom inngrepene er innenfor lovens rammer og riktig framgangsmåte er fulgt.⁹ Det er berettiget å si at det med forsiktighet innenfor legalitetsprinsippets område ikke burde bli en vane for den utøvende makt å tolke utvidende, da dette kan føre til at har en først begynt å utvide begrepene, kan det bli vanskelig å finne et sted å stoppe.

I den rettspolitiske delen vil jeg stille ett noe mer kritisk blikk på dagens rettsstilstand og ta utgangspunkt i en noe mer generell drøftelse om hvordan dagens rettsstilstand kunne vært bedre ut i fra eksempel fra rettspraksis og juridiske rettsoppfatninger.

Etablering og gjennomføring av psykisk helsevern følger reglene i pasient- og brukerrettighetsloven etter endring fra 2011 og vil derfor bli drøftet sammenhengende i den følgende fremstilling.¹⁰ Det bemerkes at pasient- og brukerrettighetsloven er en generell lov, som vil si at psykisk helsevernlovens bestemmelser vil gå foran pasient- og brukerrettighetsloven i kraft av å være en spesiallov.

2.2 Rettskilder

Oppgaven vil ta utgangspunkt i psykisk helsevernloven av 1999, med endringslov av 2006, hvor rettskildebildet framkommer relativt oversiktlig når det gjelder de ulike rettskildene. Jeg vil ta utgangspunkt i lovteksten, og dens ordlyd. Som allerede nevnt vil formålsangivelsen i psykisk helsevernloven rettskildemessig som utgangspunkt ha stor verdi ved tolkning av loven. Den vil derimot bare i begrenset utstrekning kunne få betydning ved tolkningen av lovens øvrige bestemmelser, da mulig bruk av tvang og andre integritetskrenkende tiltak er detaljert regulert i selve loven med tilhørende forskrifter, og legalitetsprinsippet som

⁸ Eckhoff (2001) s. 126.

⁹ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 474.

¹⁰ Jf. pasrl. § 1-5.

tilsier at en skal være forsiktig med å gi tvangsbestemmelser utvidet virkeområde.¹¹ Som det klare utgangspunkt skal det i tolkningstilfeller mye til for å treffe avgjørelser i strid med formålet. Bestemmelsen vil være gjenstand for tolkning hvor man er i tvil, men betydningen av formålet vil være avhengig av hvilke andre rettskildefaktorer som gjør seg gjeldende.

Forarbeidene til loven vil tillegges stor betydning da de gir instruksjoner på hvordan loven er ment å skulle følges, især forskriftene utdyper formålet med bestemmelsene i psykisk helsevernloven og vil derfor være en sentral kilde i den videre fremstillingen. Videre vil rettspraksis tillegges vekt, særlig med henblikk på rekkevidden av loven og de ulike hensyn som tillegges vekt ved vurderingen om etablering av tvungent psykisk helsevern.

Menneskerettighetene har stor betydning i forhold til tvang overfor enkeltindivider og vil vektlegges deretter. Menneskerettighetene beskytter den personlige integritet, og Norge er i dag forpliktet av menneskerettighetskonvensjoner gjennom Grunnlovens § 110 c hvor det er lovfestet at staten skal «... respektere og sikre Menneskerettighetene.» Denne forpliktelsen førte til at de tre mest sentrale menneskerettighetskonvensjonene ble inkorporert i norsk rett og dermed ble gjeldende som norsk lov etter mnskrl. § 2. Det gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950, FN-konvensjonen av 16. desember 1996 om sivile og politiske rettigheter og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). Formålet er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jf. mnskrl. § 1. Etter mnskrl. § 3 er det et lovfestet forrangsprinsipp idet bestemmelsene som nevnt i mnskrl. § 2 ved motstrid skal gå «foran bestemmelser i annen lovgivning.» Lovbestemmelsene gir en klar plikt for nasjonen å følge de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, da enkeltindivider som mener deres rettigheter etter konvensjonene har blitt krenket, kan reise sak for Den europeiske menneskerettighetsdomstol i Strausborg.¹² EMK er dermed gjort til et svært slagkraftig instrument i norsk internrett, og må følges deretter.

¹¹ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 498.

¹² Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 486.

Samtidig vil jeg etter alminnelig juridisk rettskildelære vektlegge rettsoppfatninger ut i fra juridisk litteratur, samt se på de reelle hensyn som er av betydning for å gi en god framstilling og drøftelse av avhandlingens tema. Ved å se på de reelle hensyn legges det vekt på formåls- og hensiktsmessighetsbetraktninger, vurderinger av konsekvensene av en løsning og hva som er mest nyttig for samfunnet.¹³

¹³ Kjønstad (2012). Velferdsrett 2 s. 56.

3 Hjemmelskravet

3.1 Hovedregelen om hjemmelskravet

Hovedregelen om etablering av tvungent psykisk helsevern er eget samtykke. Dette fremgår av pasrl. § 4-1 som hjemler hovedregelen om samtykke, jf. phlsvl. § 2-1. Bestemmelsens ordlyd peker i retning av et autonomt og heldekkende krav.¹⁴ Dette utgangspunktet om samtykke gjelder dog såfremt det ikke foreligger annen «lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag» jf. pasrl. § 4-1 første ledd. Det stilles altså etter gjeldende rett krav om pasientens eget samtykke for at det skal foreligge frivillighet, og at pasienten dessuten har evne til selv å ta bestemmelsen. Samtykke skal etter dette alltid forsøkes oppnådd før andre tiltak blir vurdert. I den sammenheng bør nevnes at kravet til et gyldig samtykke blir skjerpet til mer inngripende tiltaket er.¹⁵

Tvang overfor den enkelte er en integritetskrenkende handling. Det må dermed stilles svært strenge krav for å fatte tvangsvedtak. Det må kreves demokratisk kontroll, slik at staten ikke kan gripe inn i innbyggernes rettssfære uten klar lovhjemmel. Dette har sitt utslag av legalitetsprinsippet som krever hjemmel i lov ved inngrep overfor borgerne, for integritetskrenkende inngrep stilles krav om en klar og utvetydig lovhjemmel.¹⁶ Legalitetsprinsippet ved inngrep overfor borgerne er hos oss konstitusjonell sedvane.¹⁷ Frihetsberøvelsen reguleres også ytterligere av EMK art. 5 som også har et lovkrav, sågar et dobbelt ett. Av samme grunn er domstolen satt til å kontrollere beslutningene som tas vedrørende tvang, jf. tvisteloven (tvL) av 17. juni 2005 nr. 90 kap. 36. Dersom tvangsinngrep ikke har slik hjemmel er det sågar straffebelagt og rammes av forbudet i straffeloven § 222 første ledd, som slår fast at den som rettstridig «tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget, eller som medvirker hertil» gjør seg skyldig i en straffbar handling. I lovteksten er det tatt inn et

¹⁴ Østenstad (2011) s. 264.

¹⁵ Ot.prp. nr. 65 (1998-1999) avsnitt 5.3.2.

¹⁶ Kjøenstad (2012). Velferdsrett 1 s. 482.

¹⁷ Grunnloven av 17. mai 1814 § 96, samt NOU-2011-9 avsnitt 4.1.1.

rettsstridsforbehold som tilsier at bare den som tvinger «ved rettsstridig atferd eller ved å true ved sådan» kan straffes. Dette innebærer at dersom handlingen ut fra formål og gjennomføring vurderes å være legitim, vil den ikke være rettsstridig.¹⁸ For av tvangen skal være legitim, og ikke rettsstridig, må det altså foreligge enten samtykke, frivillig tvang, eller lovhjemmel, jf. legalitetsprinsippet.

Tvang innenfor helseretten, må som en naturlig fortolkning av ordlyden i strl. § 222 være legitim for å kunne utøves uten å være straffbar, og vilkårene for bruk av tvang etter psykisk helsevernloven må være tilstede. Det skal deretter foretas en helhetsvurdering for å se om tvang er den klart beste løsning for vedkommende, hvor ulike hensyn som hensynet til pasientens autonomi, og hensynet til samfunnsvernet må spille en betydelig rolle ved avgjørelsen. Når de nødvendige vilkår er tilstede og det etter en avveining tilsier at etablering av tvang blir det endelige resultat, vil tvungent psykisk helsevern gis når behandlingen er klart i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis.¹⁹

¹⁸ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 474.

¹⁹ Jf. phlsvl. § 4-4 1. ledd.

4 Lovens formål og de motstridende hensyn

4.1 Innledende

Formålet med psykisk helsevernloven er «å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper» jf. phlsvl. § 1-1 første punktum. Videre oppstilles det som et formål «å sikre at de tiltakene som er beskrevet i loven, tar utgangspunkt i pasientens behov og respekten for menneskeverdet» jf. phlsvl. § 1-1 annet punktum. Dette peker på både rettssikkerheten som blir behandlet i punkt 4.1.1 og de andre formålene i punkt 4.1.2.

Formålsparagrafene innenfor helsesektoren spiller en betydelig rolle og gir veiledning når skjønn skal utøves og særlig ved tolkningskonflikter bør man legge vekt på hvilket alternativ som best fremmer lovens formål, til tross for at de ikke gis plikt til det.²⁰ Selv om de ulike allmenne formålsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, helsepersonelloven, spesialhelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven samsvarer med psykisk helsevernloven varierer i utforming og detaljgrad, gir de likevel uttrykk for hva som er helserettens verdigrunnlag. Hovedformålet er å bidra til et likeverdig tjenestetilbud, fremme grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, fremme respekten for den enkeltes integritet, verdighet og menneskeverd, fremme tilliten mellom pasientene og helsepersonellet og helse-tjenesten samt bidra til sikkerhet for pasientene.²¹

Før fremstillingen går nærmere inn på lovens formål og de motstridende hensyn, vil jeg gi en redegjørelse av rettssikkerhetsbegrepet som er et grunnleggende prinsipp bak lovgivningen, og skal sikre rettsriktige avgjørelser og en betryggende behandling av den enkeltes rettigheter.

²⁰ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 50.

²¹ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 45.

4.1.1 Rettssikkerhetsbegrepet

Psykisk helsevernloven regulerer etablering og gjennomføring av både det frivillige- og det tvungne vernet, i og utenfor institusjon. Loven griper inn i borgernes friheter og rettigheter. Loven trådte i kraft 1.januar 2001, og avløste da lov av 28. april 1961 nr. 2. Siden den gang har loven vært gjenstand for endringer, nye forskrifter har blitt vedtatt med hjemmel i loven og lovforståelsen har utviklet seg som følge av rettsavgjørelser og forvaltningspraksis. Ved lov av 30. juni 2006 nr. 45 ble loven vesentlig omredigert og enkelte viktige nye regler ble innført.²²

Begrepet rettssikkerhet er synonymt med frihet, likhet og demokrati. Rettssikkerhet er et viktig gode og er særlig gjeldende på området for tvangsanvendelse. Det er grunnleggende for all bruk av tvang at den skjer ut fra lovens hjemler, og at det samtidig er oppstilt rettssikkerhetsgarantier mot myndighetsmisbruk.²³ De grunnleggende rettssikkerhetsprinsippene som er nevnt i phlsvl. § 1-1 skal sikre at reglene får det innholdet de skal ha. Formålsparagrafen i phlsvl. § 1-1 ønsker å «sikre at etablering og gjennomføring» av psykisk helsevernloven skjer på en «forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper.» Det fremgår videre av phlsvl. § 1-1 annet punktum at bestemmelsen skal sikre at de tiltakene som er beskrevet i loven tar utgangspunkt i «pasientens behov og respekten for menneskeverdet». Dette medfører begrensninger av tvangstiltak overfor den enkelte. Lovens første punktum skal sørge for å sikre at de tvangsinngrep som skjer i medhold av loven skal være forsvarlige, slik at beslutninger treffes innenfor en betryggende ramme. Dette gjenspeiles i lovens øvrige bestemmelser hvor man finner vilkår som må være oppfylt før det kan treffes beslutning om integritetsinngripende tiltak, saksbehandlinger og et system for kontroll og klagebehandling.²⁴

²² Riedl (2011) s. 15.

²³ Syse (2007) s. 47.

²⁴ Riedl (2011) s. 22.

Med rettssikkerhet siktes det til krav om rettsriktige avgjørelser, samtidig setter det krav til lovgivningen og rettsordenen om at borgerne skal ha visse grunnleggende rettigheter i fred. Vedtak på velferdsrettens område treffes av forvaltningsorganer, jf. phlsvl. § 1-6. Det er viktig at borgerne ikke utsettes for tvang med mindre vilkårene for dette er oppfylt. Regler som dermed tar sikte på å skape trygghet for riktige avgjørelser kalles rettssikkerhetsgarantier. Formålsparagrafene innen helseretten gir uttrykk for hva som anes som det viktigste verdigrunnlag, og menneskerettighetene inneholder bestemmelser som norsk helserett må vurderes opp mot. Her er det først og fremst snakk om grunnleggende friheter og eksistensminimum eller en adekvat levestandard som vernes.²⁵

Rettssikkerhet oppnås på forskjellige måter av lovgiver ved utforming av materielle, prosessuelle og personelle regler, samt etablering av klageorganer og domstolskontroll. Det er de førstnevnte reglene oppgaven tar utgangspunkt i. Lovgiver tar sikte på å utforme de materielle reglene slik at avgjørelsene blir lettere å forutberegne for borgerne, noe som skaper en større rettssikkerhet. Saksbehandlingsreglene skal forsøke å gi en betryggende saksgang, og kompetente organer skal sikre rettsriktige avgjørelser. Ved å ha kontrollorganer skapes det rettssikkerhet på den måten at andre organer har mulighet til å overprøve vedtakene som treffes. Klagemuligheter, kontrolloverprøving og muligheter for omgjøring av vedtak er alle med på å skape en større rettssikkerhet hos den enkelte.²⁶ Eksempel på en slik rettssikkerhetsgaranti er å finne i phlsvl. § 3-7 hvor vedtak om tvangsinnleggelse i psykiatrisk institusjon kan klages inn for kontrollkommisjonen som ledes av en jurist. Kontrollkommisjonen er det viktigste organet som fører kontroll med administrative tvangsvedtak innenfor psykisk helsevernsektoren.²⁷ For å styrke rettssikkerheten på dette området er det opprettet en egen domsstollignende ordning, nemlig fylkesnemnder for barnevern- og sosiale saker.²⁸ I saker vedrørende tvungent psykisk helsevern kan domstolene, etter at saken har vært oppe

²⁵ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 113 og EMK art. 3, art. 5 og art. 8.

²⁶ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 114-116.

²⁷ Jf. phlsvl. kap. 6.

²⁸ Kjønstad (2012) Velferdsrett 1 s. 73.

for kontrollkommissjonen, prøve alle sidene av saken fullt ut, noe som følger av tvistelovens kap. 36 om judisiell overprøving av tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren.²⁹ Domstolen vil prøve saken ut fra en nåtidssituasjon i motsetning til ved annen forvaltningsprøvelse, jf. tvl. § 36-5. Dette betyr at domstolen kan vurdere fakta forvaltningen selv ikke har tatt stilling til og gir et bedre prosessuelt vern for individet.

Rettsikkerheten er ikke den eneste verdien som skal ivaretas. Effektivitet, demokrati og behandlingssideologi er andre slike verdier som det må tas hensyn til. Kravet om rettsikkerhet må suppleres mot kravet om en effektiv saksbehandling, og selv om det er positivt at den enkelte sak blir behandlet betryggende, er det også viktig at alle får sine saker avgjort innen rimelig tid.³⁰ Det må søkes en balanse for å oppfylle lovens vilkår på en tilfredsstillende måte. Rettsikkerhet vil være helt grunnleggende for utforming av regelverk om bruk av tvang i det psykiske helsevern.³¹ Rettsikkerhetsgarantiene skal bidra til at beslutningene som treffes, og tiltakene som gjennomføres, ikke skal være dårlig begrunnede, treffe vilkårlig, mangle hjemmel, bygge på utenforliggende hensyn, representere myndighetsmisbruk og lignende.³² De materielle reglene gjør det enklere for borgerne å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser, og på denne måten skapes en sikkerhet for den enkelte i form av visshet og uvilkårlighet. Borgerne skal jo nettopp beskyttes mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side og dess mer inngripende vedtak det er tale om, desto sterkere gjør rettsikkerhetsprinsippene seg gjeldende.

Bruken av uttrykket «forsvarlig» i formålsbestemmelsen, phlsvl. § 1-1, viser til de rettsikkerhetsgarantier som er nedfelt i en rekke av lovens øvrige bestemmelser, blant annet klageretten i phlsvl. § 3-3 tredje ledd og retten til bruk av advokat i phlsvl. § 1-7. Da det ved

²⁹ Se også phlsvl. § 7-1.

³⁰ Kjørstad (2012). Velferdsrett 1 s. 119. Dette går på de prosessuelle regler og vil ikke bli drøftet nærmere, da det er de materielle grensene oppgaven vil ta utgangspunkt i.

³¹ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 2.1.

³² Riedl (2011) s. 22.

tvungent psykisk helsevern er snakk om en «sterk og en svak part» er det viktigere enn noen gang at prosessen gjennomføres på en så forsvarlig måte som overhode mulig, slik at pasienten beholder de kravene loven hjemler for vedkommende. Spørsmålet knyttet til helserettslig forsvarlighet reguleres først og fremst av sphlsl. § 2-2 som oppstiller en forsvarlighetsplikt og et krav for at de helsetjenester som tilbys må være forsvarlig bygd opp. Det samme prinsipp følger av lov om helsepersonell mv. (hlspl.) av 2. juli 1999 nr. 64 § 4.

4.1.2 Formålet bak psykisk helsevernloven

I psykisk helsevernlovens formålsbestemmelse § 1-1 andre punktum følger det en angivelse av at beslutninger som treffes skal ta utgangspunkt i «pasientens behov». Av forarbeidene til endringsloven av 1999 kom det fram at det skulle legges mer vekt på at pasienten skal komme først, da individets verdighet og integritet er helt grunnleggende verdier. Helsehjelp skal gis i pasientens interesser og formålsbestemmelsen tilsier at det å ta beslutninger eller gjennomføre tiltak som ivaretar pasientens behov, men som ikke ivaretar pasientens personlige integritet for øvrig, i prinsippet vil kunne ligge utenfor lovens formål. Det vil dermed være rom for skjønn vedrørende hva som ligger i pasientens behov, alt etter hvilke tiltak og personlige tilpasninger som må gjøres for å ikke krenke den enkelte pasients individuelle integritet. Formålet med psykisk helsevernloven er ytterligere å sikre at den enkelte pasient ikke blir utsatt for beslutninger eller tiltak som strider mot «respekten for menneskeverdet» jf. § 1-1 andre punktum. Av dette følger både at institusjonen alltid skal velge det minst inngripende tiltak overfor pasienten, og at gjennomføringen av tiltakene ikke må skje på en nedverdiggende måte.³³ Formuleringen understreker viktigheten av menneskerettighetene og samsvarer med EMK art. 3 hvor lovens ordlyd setter et absolutt krav på at ingen skal utsettes for «nedverdiggende behandling.» Det minste inngreps prinsipp er en side av proporsjonalitetsprinsippet som innebærer at det ikke kan stilles strengere eller andre krav

³³ Riedl (2011) s. 23-24.

enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Det fremgår blant annet i phlsvl. § 4-2 og i forskrift av 1998-1999, Ot.prp. nr. 11.³⁴

Den enkelte skal ikke behøve å bli utsatt for beslutninger eller tiltak som strider mot respekten for menneskeverdet. Vedkommende må behandles med den respekt ethvert menneske har grunnleggende krav på, slik at også vedkommendes verdighet og integritet ivaretas. Dette anses som spesielt viktig innenfor psykiatrien og er fremhevet i forskrift av 1999-1999, Ot.prp. nr. 11, hvor det blir uttalt at respekt for menneskeverdet er spesielt viktig i psykiatrien fordi det ofte vil være «nødvendig å ta i bruk virkemidler som det vanligvis ikke er lov til å bruke overfor friske mennesker og som kan innebære inngrep i pasientens integritet» (s. 41). Lovens sentrale hensyn er søkt ivaretatt gjennom tilleggsvilkårene i phlsvl. § 3-3. En nærmere redegjørelse av vilkårene under punkt 5.1. Respekten for menneskeverdet tilsier at også for de mennesker som er underlagt psykisk helsevern vil utgangspunktet alltid være frihet.³⁵

4.2 Autonomihensyn

Fra de generelle krav som stilles vedrørende tvangstiltak, vil drøftelsen i det følgende omhandle de spesielle hensyn. Det er naturlig at interessekonflikten er stor ved vurderingen om hvorvidt tvungent psykisk helsevern skal etableres. Når tvang blir brukt innenfor helse retten er det meningen å hjelpe det enkelte individ for å hindre selvdestruktiv virksomhet, eller for å beskytte andre mot den enkelte. Konflikten står mellom individet og samfunnet, og eventuelt andre berørte. Grunnleggende sett er problemstillingen man står overfor, hvem som skal få bestemme. Er det den hjelpetrengende selv eller tjenesteapparatet som ønsker å yte behandling og omsorg? Når det gis hjemmel for frihetsberøvelse for å beskytte et menneske mot seg selv vil hensynet til pasientens beste ivaretas, mens det på den andre siden vil stå i strid med hensynet til pasientens selvbestemmelse og integritet dersom frihetsberø-

³⁴ EMK art. 5.

³⁵ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 5.1.3.

velsen skjer mot pasientens vilje og motstand. Bruk av tvang må derfor alltid rettferdiggjøres og autonomihensynene må avveies opp mot tvangshensynene, for deretter å vurdere hvilke av de som blir å anse som avgjørende i den konkrete interesseavveining.³⁶ Denne avveiningen og hva som er styrende vil jeg komme nærmere inn på under kapittel 5.

Begrepet autonomi forstås som retten til å bestemme over og for seg selv. Det omfatter også medbestemmelse. Dette anerkjennes i utgangspunktet for alle mennesker, og er en grunnleggende forutsetning for menneskets frihet. Det må stilles klare og strenge krav for å unnta slike grunnleggende friheter. Autonomihensynene er begrunnet i den enkeltes rettigheter, og tilgodeser enkeltindividet. Man ønsker med autonomihensynene å beskytte borgerne, især de «svakere grupper» fra å bli fratatt sin frihet og rettighet til å bestemme over eget liv i størst mulig grad, og bare avgjørelser fattet med hjemmel i klare lovbestemmelser kan gripe så dypt inn i individenes personlige rettssfære.

4.2.1 Hensynet til pasientens behov, selvbestemmelsesretten og respekten for integritet

Autonomihensynet er en overordnet verdi som ligger til grunn for ulike allmenne menneskerettigheter og forankres gjennom menneskerettskonvensjoner.³⁷ Konvensjonene sørger for internasjonalt tilsyn og dermed nasjonal gjennomføring. EMK art. 3 beskytter den enkeltes integritet ved å lovfeste et minstekrav til den behandling som en psykiatrisk pasient kan bli utsatt for med følgende bestemmelse: «Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.» Artikkelen må ses i sammenheng med SP art. 7 som hjemler det samme forbud. Det er ut i fra et medmenneskelig perspektiv klart at tvungent psykisk helsevern fremstår som nedverdiggende i forhold til den pasient som ikke selv ønsker tvang. Men tilsvarende er staten forpliktet til å sikre nødvendig helsehjelp når det er nødvendig og rettmessig, især hos pasienter med sinnslidelser som gjør at

³⁶ Syse (2006) s. 321.

³⁷ EMK art. 3, art. 5 samt art. 8. Nærmere drøftelse under punkt 4.2.

de kan utsette seg selv eller andre for fare og- eller- skade. Det er derav viktig at alle mennesker behandles med respekt for sin personlige integritet, også i situasjoner der inngripende behandling finnes nødvendig og lovlig kan gjennomføres, om nødvendig med tvang.³⁸ Det understrekes i Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) at EMK art. 3 ikke forbyr rettmessig bruk av tvang, for eksempel for å kunne gjennomføre en helt nødvendig psykiatrisk behandling. Spørsmål som gjør seg gjeldende er hvorvidt tvungen psykiatri fremstår som den klart beste løsning og derved om tvungen er nødvendig ut fra en forholdsmessighetsvurdering.

Bestemmelsen i art. 3 gir ikke adgang for å gjøre unntak i enkelttilfeller, og kan heller ikke fravikes. Den enkelte stat må her som ellers avholde seg fra å krenke, dvs. respektere forbudet, men må også treffe tiltak for å sikre at det effektivt lar seg gjennomføre. Likevel må behandlingen for å kunne kalles «nedverdiggende» være over et minstenivå for å kunne anvendes. Dette vil bero på en konkret vurdering, hvor særlig behandlingens art, varighet og virkninger må vurderes. Kommer forholdet over denne terskelen og inn under bestemmelsens virkefelt, beror det på graden av lidelse hvilke begreper som kan anvendes. Faller behandlingen utenfor art. 3 kan det bli tale om krenkelse av retten til privatliv i art. 8.³⁹ Domstolene uttalte i sak vedrørende pasient på sinnssykehus, *Herzegfalvy v. Østerrike*, A 244 (1992) at det som en hovedregel gjelder at tiltak som er nødvendig av hensyn til behandling, ikke anses som umenneskelig eller nedverdiggende, men konvensjonsorganene må være overbevist om at det foreligger medisinsk nødvendighet. Ordlyden i artikkelen samt uttalelsene fra domstolene gir en noenlunde klar pekepinn på hvor langt loven strekker seg, og viser at man skal være svært forsiktig med noe utvidende bruk ved tilfeller som omhandler tvang, dette til tross for at det finnes et visst rom for skjønn hos de nasjonale statene ved utøvelsen. Tvungen helsehjelp må fremstå som nødvendig.

Artikkel 5 i konvensjonen, og SP art. 9, beskytter den enkelte mot frihetsberøvelser. «Enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet.» jf. art. 5 (1). Autonomihensynet kommer inn

³⁸ EMK art. 5 nr. 1 bokstav a og Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 487.

³⁹ Møse (2002) s. 207-208.

som en rettssikkerhetsgaranti for den enkelte, og gir beskyttelse til pasientens selvbestemmelse og integritet. Bestemmelsens andre setning utelukker imidlertid ikke at statene kan gi lovregler som hjemler administrativ frihetsberøvelse på visse vilkår, så fremt slik frihetsberøvelse skjer etter lovlige beslutning av kompetent myndighet basert på nasjonal lovgivning, og det kan kreves mulighet for rettslig overprøving.⁴⁰ I henhold til art. 5 nr. 1 bokstav e åpnes det for lovlige frihetsberøvelse, dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn, for å kunne ivareta ulike helseformål ved «å hindre ... sinnslidende ...». Bestemmelsen beskytter i utgangspunktet retten enhver har til frihet, men oppstiller unntak fra dette ved at man kan utøve tiltak overfor sinnslidende når det er nødvendig. Artikkelen fastslår klart at enhver har rett til frihet og sikkerhet, og ingen skal berøves friheten, unntatt når grunnlag og fremgangsmåte er foreskrevet ved lov. For å kunne avgjøre hvorvidt art. 5 kan anvendes i den enkelte sak må grunnbegrepene «frihet» og «sikkerhet» tolkes. Veiledning er å finne i artikkelens nr. 1, da unntakene ifølge fast praksis er uttømmende.⁴¹ Viktige rettssikkerhetsgarantier er utviklet i saker om frihetsberøvelse av sinnslidende og det er klar praksis at unntakene skal tolkes strengt. I EMD sak vedrørende tvangsinnleggelse på psykiatrisk sykehus i *Winterwerp v. Nederland*⁴² slo domstolene fast at det ikke under noen omstendigheter er adgang til frihetsberøvelse utelukkende fordi en persons synspunkter avviker fra det som er vanlig i samfunnet. Forstyrrelsen være av en art eller grad som gjør det nødvendig med frihetsberøvelse, og det må foreligge en viss sammenheng mellom grunnlaget for innesperringen og stedet for forholdene den gjennomføres under.⁴³ Prinsippene er lagt til grunn i flere senere saker og viser viktigheten av å holde seg innenfor lovens ordlyd i saker vedrørende tvang. EMK art. 5 og SP art. 9 gir altså rettssikkerhetsgarantier for å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse. Forbudet om vilkårlighet innebærer at frihetsberøvelse må forfølge formålet med det unntak i art. 5 (1) som er anvendelig i den enkelte sak, og den må

⁴⁰ Kjønstad (2012). *Velferdsrett* 1 s. 488.

⁴¹ Møse (2002) s. 243.

⁴² *Winterwerp v. Nederland*, A 33 (1979).

⁴³ Møse (2002) s. 256 og s. 258.

generelt være i samsvar med art. 5. Dermed kontrollerer og beskytter domstolen nasjonale myndigheters inngrep i retten til personlig frihet.⁴⁴

Ytterligere i EMK art. 8 og SP art. 17 styrkes den enkeltes autonomi ved å fastslå rettighetene til borgerne ved å gi beskyttelse som tilsier at «enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.» Bestemmelsen verner mot inngrep. Offentlig myndighet skal ikke kunne gjøre inngrep i utøvelsen av denne retten med mindre slikt inngrep er hjemlet i lov, er «nødvendig i et demokratisk samfunn», og i tillegg «av hensyn til den offentlige trygghet» eller for å beskytte «helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter» kreves, se artikkelens nr. 2. Hva statene finner som «nødvendig» er et vagt begrep og den enkelte nasjonale stat har derfor en viss skjønnsmargin som EMD respekterer at statene kan handle innenfor.⁴⁵ I nødvendighetskriteriet ligger det ifølge praksis fra menneskerettsdomstolen krav til at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering av inngrepets art i forhold til hva som kan oppnås med tiltaket.⁴⁶ Er de tre unntakene oppfylt, vil inngrep i rettighetene etter art. 8 (1) ikke innebære krenkelse. Etter EMK art. 8 annet ledd har staten på nærmere vilkår adgang til å gripe inn i privatlivet. For at inngrepet skal være konvensjonsmessig, må inngrepet for det første ha et formål som er legitimt etter andre ledd. For det andre må inngrepet være hjemlet i «lov» og for det tredje må inngrepet ikke være uforholdsmessig. Vilåret om at inngrepet må være i samsvar med «lov» innebærer ikke et krav om at inngrepet må være hjemlet i formell lov. Også andre rettsgrunnlag enn formell lov kan anses som «lov» etter konvensjonen. Det avgjørende er at det aktuelle rettsgrunnlag ivaretar hensynet til å hindre vilkårlig tvangsbruk.⁴⁷

⁴⁴ Møse (2002) s. 245.

⁴⁵ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 489.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 3.2.1.3.

⁴⁷ Andersen (2011) avsnitt 3.5.

Ikke ethvert tiltak som har negative virkninger for ens integritet, faller inn under EMK art. 8.⁴⁸ Det er klart at hvis hensynet til den offentlige trygghet eller beskyttelse av helse eller moral eller andres rettigheter og frihet krenkes av en sinnslidende person, vil man etter unntaket i artikkelens andre ledd kunne gripe inn i vedkommendes privatliv når det er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Hvor lang rekkevidde bestemmelsen har får man en føring på av uttalelsen i Rt-2010-612 hvor det anføres at EMK art. 8 annet ledd på lik linje med legalitetsprinsippet er gyldig som rettsgrunnlag for å gjøre unntak av hovedregelen om samtykke i pasrl. § 4-1, jf. phlsvl. § 2-1.

I situasjoner hvor tvang nødvendiggjøres for å utøve tilstrekkelig grad av kontroll må som nevnt autonomihensynet avveies i forhold til samfunnsvernet, da slik kontroll vil komme i strid med respekten for vedkommendes autonomi og integritet. I noen tilfeller må retten til selvbestemmelse og integritet vike for å beskytte vedkommende fra seg selv, eller for å beskytte andre for vedkommende. Det er da snakk om individuell eller sosial paternalisme, som vil si at man overstyrer vedkommendes egen selvbestemmelsesrett for å ivareta personens egne interesser, eller av hensyn for å beskytte andre.⁴⁹ Autonomihensynene og en forankring av menneskerettskonvensjonene tilsier en forsiktighet med bruk av integritetsinngripende tiltak, og omfatter blant annet selvbestemmelsesretten, respekten for integritet, retten til privatliv, rettferdighet og rettsikkerhet.

Hensynet til pasientens behov og menneskeverd er uttrykkelig nevnt i formålsbestemmelsen, og viser at disse hensynene er så overordnede at lovgiver fant det hensiktsmessig å plassere dem der. I henhold til lovens ordlyd må man ved tvungent psykisk helsevern ta utgangspunkt i pasientens behov, og i etableringsfasen av tvangsvurderingen foreta en helhetlig vurdering av vedkommendes ulike behov, i hvert enkelte tilfelle. Tiltakene må planlegges og samrådes med pasienten selv, og pårørende.⁵⁰ Det fremgår ytterligere av forskrift

⁴⁸ Møse (2002) s. 402.

⁴⁹ Kjønstad (2012). Velferdsrett 2 s. 282–283.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 22.

om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. i § 6 at den som treffer vedtak etter psykisk helsevernloven har en veiledningsplikt overfor pasient og pårørende. Hensynet til pasientens behov og retten til selvbestemmelse kan man dermed ut fra lovtekst og forarbeider klart se henge tett sammen, og gir derav retningslinjer for hva som skal ivaretas. Ved vektlegging av pasientens behov må også de nødvendige hensyn som innebærer pasientens etniske og kulturelle bakgrunn tas med i avveilingen, noe som innebærer at det skal etterstrebtes å gjøre individuelle tilpasninger for den enkelte pasient så langt det er praktisk mulig.⁵¹ Dette viser nok en gang det lovgiver har ansett som svært viktig, at pasienten og dens behov skal være i sentrum, slik at det fokuseres på menneskeverdet ved at individet ikke tingliggjøres i prosessen. Dette momentet fremgår også av at pårørende i tillegg til pasienten kan samrådes med, noe som kan være viktig i situasjoner hvor pasienten mangler sykdomsinnsikt.

Selvbestemmelsesretten og respekten for integritet overfor pasienten er en del av autonomihensynene. Retten til selvbestemmelse må særlig gjelde i situasjoner hvor vedkommende er pasient, og bør tillegges vekt for å beskytte den «svakere» part fra ytterligere reduksjon av selvbestemmelsesretten. Personlig integritet forstås som respekt for en persons vurderinger, uavhengighet og ukrenkelighet, og viser ytterligere at selvbestemmelse er utgangspunktet for ethvert individ.⁵² Vernet av den personlige integritet er hjemlet i phlsvl. § 4-2, hvor det er nevnt uttrykkelig at det «... så langt som mulig skal tas hensyn til pasientens syn ...» på restriksjoner og tvang, og at tvangen skal innskrenkes til det «strengt nødvendige». Av phlsvl. § 4-2 første ledd følger det minste inngreps prinsipp. Kan situasjonen avhjelpest med mindre inngripende tiltak enn tvang, skal dette velges først. Bestemmelsen slår også fast prinsippet om medbestemmelse i første ledd. I forarbeidene til loven uttales det at prinsippet er viktig fordi det ikke gir en muligheten til fritt frem å bruke ubegrensede restriksjoner og ubegrenset tvang selv om en person er undergitt tvungent psykisk helsevern, men at det må være en «forholdsmessighet» mellom tvangen og de behandlingmessige

⁵¹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), Riedl (2011) s. 132 og phlsvl. § 4-2 tredje ledd.

⁵² Kjønstad (2012). Velferdsrett 2 s. 279-281.

eller andre legitime mål som søkes oppnådd, «... integriteten og verdigheten til pasienten må respekteres.»⁵³ I phlsvl. § 4-2 (1) annet punktum kommer forholdsmessighetsprinsippet til syne, som jo innebærer at det man ønsker å oppnå med tiltaket må oppveie ulempene tiltaket representerer for pasienten.⁵⁴ Selv om denne bestemmelsen i utgangspunkt gjelder ved gjennomføring av psykisk helsevern, finnes det likevel hensiktsmessig å trekke paralleller i forbindelse med også etableringen av psykisk helsevern og det grunnleggende vernet om integritet bestemmelsen hjemler.

Selvbestemmelsesretten omfatter at enhver skal ha frihet til å bestemme over seg selv, og da også ha rett til å uttale seg som i phlsvl. § 3-3 nr. 5 er lovfestet, jf. § 3-9. Retten ivaretas gjennom loven da den klare hovedregel er at psykisk helsevern skal etableres innenfor en frivillig ramme basert på samtykke fra vedkommende, jf. pasrl. § 4-1 og phlsvl. 2-1. For at slikt samtykke skal være legitimt må de materielle samt prosessuelle og personelle krav til samtykke være oppfylt.⁵⁵ I henhold til pasrl. § 4-1 er det en forutsetning for gyldig samtykke at pasienten har mottatt tilstrekkelig informasjon for å kunne vurdere tiltaket. Dette forstås som en informasjonsplikt fra helsepersonellet som vil variere i forhold til inngrep og situasjon, mens det er en absolutt plikt at informasjonen skal gis og tilpasses for den enkelte pasients behov. Videre er det et krav om samtykkets form i pasrl. § 4-2, som tilsier at samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Ett stilltiende samtykke krever at pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig gjør det sannsynlig at pasienten godtar helsehjelpen som tilbys.⁵⁶ Kravet til et gyldig samtykke tilfredsstilles ikke hvis vedkommende mangler samtykkekompetanse, jf. pasrl. § 4-3. Av bestemmelsen fremgår det at myndige personer over 16 år kan samtykke til helsehjelp, og også barn under 16 år kan i noen grad samtykke til helsehjelp innen det psykiske helsevernet, selv om dette er en relativ snever

⁵³ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160.

⁵⁴ Riedl (2011) s. 131.

⁵⁵ Se pasrl. kap. 4.

⁵⁶ Riedl (2011) s. 52.

adgang.⁵⁷ Det følger videre i pasrl. § 4-3 annet ledd at dersom pasienten «... åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket gjelder ...» bortfaller samtykkekompetansen. Utgangspunktet ut fra en naturlig forståelse av lovens ordlyd er at informasjon må gis på en slik måte at vedkommende pasient forstår hva han eller hun eventuelt skal samtykke til, og at denne informasjonen må gis til en samtykkekompetent person.

En pasient vil kunne oppleve bruk av tvungent psykisk helsevern som en voldsom og urettmessig inngripen i eget liv, og som et angrep på egen autonomi og integritet. Det kan i verste fall oppleves som et overgrep og virke negativt inn på utfallet av selve behandlingen, i tillegg til å gi negative tilleggsproblemer for pasienten. Bruk av tvang kan også være direkte skadelig for tillitsforholdet mellom tjenesteyter og pasient, og bidra til å skyve pasienten bort fra helsetjenestene. Nettopp fordi bruk av tvang ved innleggelse og i behandling vil kunne ha alvorlige og langvarige negative konsekvenser, skal alle muligheter for å oppnå samtykke fra pasienten være prøvd før det blir anvendt tvang.⁵⁸ Dette er en avspeiling av det minste inngreps prinsipp, nemlig at mål og middel må stå i samsvar. Ved at lovgiver har gitt regler som muliggjør tvungent psykisk helsevern signaliserer samfunnet at det i enkelte situasjoner er behov for å gjøre visse inngrep i den personlige integritet, det er derfor særdeles viktig at det skjer ut i fra en grunnleggende respekt for den enkelte. Ved å sette pasienten først må man alltid se pasienten som et likeverdig menneske, slik at forholdet til pasienten ikke tingliggjøres, men baseres på et likeverdig jeg-du forhold.⁵⁹ Forarbeidene uttrykker at pasienten skal stå i fokus, og samtidig behandles med fullverdig respekt. Dette var en utvidelse av 1961-loven (psykiatriloven) som tyder på et mye sterkere vern for enkeltindividet. Det kan spørres om den gjeldende rett går i samme retning ved at individet løftes mer og mer fram.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 34-35.

⁵⁸ Helsedirektoratet (2006).

⁵⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 2.1.

Tvangstiltak alltid utgjøre et inngrep i den enkeltes selvbestemmelsesrett (autonomi) og integritet. Integritetsvernet blir søkt ivaretatt gjennom regler som kan plasseres som rettigheter, og som blir forsøkt utformet slik at nødvendige inngrep gjøres så lite integritetskrenkende som mulig. Rettsutviklingen har gått i retning av en styrket selvbestemmelsesrett, men må alltid avveies mot hensynet til pasientens beste og andres helse og sikkerhet.⁶⁰

4.3 Tvangshensyn

Tvangsreglene bygger på flere hensyn, og det å redegjøre og forstå hensynene er viktig for å forstå nettopp tvangsreglene. Tradisjonelt er tvangsreglene begrunnet med at den enkelte skal sikres oppfyllelse av retten til nødvendig helsehjelp i situasjoner hvor vedkommende på grunn av psykisk lidelse ikke lenger kan ivareta egne interesser.⁶¹ Tvangsinngrep er motstridende med overnevnte betraktninger om selvbestemmelse og integritet. På en annen side kan tvang hevdes å ivareta enkeltindividets integritetsvern ved at det kan stride mot forsvarlighetsprinsippet å ikke gripe inn med nødvendig helsehjelp dersom en person er alvorlig syk eller skadet. Det vil i så tilfelle dreie seg om rettmessig tvang, hvor tvangen ikke må være uforholdsmessig. Forholdsmessighetsprinsippet kan som nevnt gjennomføres dersom det gir en så gunstig virkning at det klart oppveier ulempene med tiltaket, og kommer sterkt inn i avveilingen av hvilke tiltak man kan og bør ta i bruk for å oppnå det godet som tilstrebes i forhold til de verdiene som samtidig blir krenket.⁶² Forholdsmessigheten mellom inngrepet og hva som kan oppnås for pasienten, er blant de grunnleggende vurderinger som må foretas.⁶³

⁶⁰ Kjønstad (2012). Velferdsrett 2 s. 279.

⁶¹ NOU 2011:9 avsnitt 6.9. Utdrag hentet fra rapport 2009. IS-1370 s. 44.

⁶² Se punkt 3.2.1.1, jf. phlsvl. § 4-2 og Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 480.

⁶³ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 10.2.5.

4.3.1 Hensynet til samfunnsvernet samt andres liv og helse

Psykisk helsevernloven hjemler adgang til å etablere tvungent psykisk helsevern på grunnlag av samfunnshensynet.⁶⁴ Tvang begrunnes blant annet av hensynet til samfunnet og andres liv og helse. Det er samfunnet selv som tilgodesees med bruk av tvangstiltak overfor personer med alvorlige sinnslidelser, da det tilsiktes en fysisk kontroll med mennesker ut fra samfunnsvernet. Samfunnsvernet har med andre ord en kontrollfunksjon som overstyrer den sinnslidende og tar fra vedkommende sine medfødte rettigheter for å utøve tiltak man mener er i pasientens beste interesser. Det finnes med dette en samfunnsmessig plikt til å forhindre at personer med psykisk sykdom skader andre, dels for å beskytte omgivelsene, dels fordi det er i pasientens egen interesse å ikke skade andre. Han eller hun bør derfor gis nødvendig omsorg og behandling, selv om det skjer mot vedkommendes vilje.⁶⁵ Ved fare for andres liv eller helse må hensynet til selvbestemmelsesretten vike, og det har blitt drøftet i lys av dagens ordning om det skal være tillatt å underlegge pasienter tvungent psykisk helsevern på grunnlag av at man er en fare for andre.⁶⁶ Dette kommer til uttrykk i oversendelsesbrev fra helse- og omsorgsdepartementet hvor utvalget konkluderer med at når pasienten er til fare for andre, vil hensynet til samfunnsbeskyttelse være det sentrale når de materielle vilkårene som oppstilles for tvangsinnleggelse ellers er tilstede.⁶⁷ Det må gripes inn til beste for en person uten vedkommendes samtykke av hensyn til borgerne i samfunnet, hvor det ville gitt langt flere ulemper enn fordeler om man valgte å ikke gripe inn, jf. kravet om forholdsmessighet. Ordlyden i phlsvl. § 3-3 1. ledd nr. 6 tilsier at dersom tvang blir brukt fordi vedkommende er til fare for andres liv eller helse, må det være snakk om en «nærliggende og alvorlig fare». Faren må være reell og kvalifisert, og det må være en viss størrelse på farerisikoen.⁶⁸ En naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd tilsier en relativ

⁶⁴ Jf. phlsvl. § 3-3 1. ledd nr. 3 bokstav b, og NOU 2011:9 avsnitt 4.4.1.

⁶⁵ Syse (2006) s. 321.

⁶⁶ NOU 2011:9 avsnitt 15.2.1.

⁶⁷ NOU 2011:9.

⁶⁸ NOU 2011:9 avsnitt 4.3.

streng anvendelse av farekriteriet, da det ikke vil være snakk om en hvilken som helst fare, men en fare som tilsier at skadepotensialet med tanke på liv eller helse må være stort.⁶⁹

Når en person er til fare for andre, vil hensynet til samfunnsbeskyttelse være det sentrale, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd bokstav b, kalt farekriteriet. I all hovedsak ønsker man med kontrollreglene å avverge skade på andre personer.⁷⁰ Det er anerkjent både i jussen og etikken at hensynet til individets selvbestemmelsesrett står svakere der denne retten brukes til å skade andre.⁷¹ Tvangsbestemmelsene tar samtidig sikte på å verne personer i utsatte grupper fra å bli utsatt for overgrep fra andre eller gjøre skade på seg selv, eller å fritta vedkommende for ansvar for egne handlinger.⁷² Det må foreligge særlige grunner for å foreta tvangsinngrep overfor den enkelte, enten dette er begrunnet i hensynet til vedkommende selv eller i vern av samfunnsinteresser.⁷³ Man er nødt til å gå ut i fra at tvangen har en positiv nytteverdi og at nytten også er av en viss størrelse. Det kan dermed sies at tvang er begrunnet i samfunnsvernet, nemlig med den hensikt å beskytte de andre borgerne mot den enkelte sinnslidende. Det er både den enkelte selv, hvor vedkommende ikke har mulighet for å forstå sitt eget beste, og borgerne i samfunnet som tilgodesees med tvungent psykisk helsevern. Det er først og fremst vernehensyn som ligger til grunn for enkelte av de bestemmelsene som legitimerer bruk av omsorgstvang, slik som hensynet til pasientens beste. Det må foreligge en bestemt sinnstilstand og en uønsket tilstand som medfører fare for vesentlig skade eller ulempe, eller adferd som strider mot andre straffesanksjonerte bestemmelser for at det skal være snakk om tvungent psykisk helsevern, og ikke vanlig straff i form av straffelovens bestemmelser. Denne uønskede atferden er det som ut i fra et lovgiverperspektiv forsvarer og legitimerer begrensninger i handlefriheten til individet.⁷⁴

⁶⁹ Riedl (2011) s. 86.

⁷⁰ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 476.

⁷¹ NOU 2011:9 avsnitt 13.4.

⁷² Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 478.

⁷³ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 484.

⁷⁴ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 483-484.

Tvangsbestemmelsene i psykisk helsevernsakene har sitt utslag av paternalisme, som vil si at den kompetente beslutningsfatter vet best hva som er i pasientens interesse. Tvang brukes ut fra to overordnede hensyn, hvor det ene er tvang i personens egen interesse for å hindre skade på liv eller helse.⁷⁵ Dette kalles individuell paternalisme. Det andre er at frihetsberøvelse kan iverksettes for å hindre at den psykisk syke vil kunne skade andre persons liv eller helse, og kalles sosial paternalisme som tilsier at psykiatrien får en samfunnsbeskyttende funksjon. Ut i fra dette ser man klart tvangens «to ansikt», hvor det kan synes vanskelig å se hvem som faktisk tilgodeses med tvangsinngrep. Inngrep gjøres jo i første rekke for å hjelpe den psykisk syke fra å skade både seg selv og andre, men på den måten beskyttes jo også andre fra den syke hvor vedkommende utgjør en fare. Men det er et så alvorlig inngrep å ta bestemmelsen over et annet menneskes liv, at det må stilles klare og strenge krav for både vilkårenes oppfyllelse og de motstridende hensyn som vektlegges i vurderingen.

Det synes å tale for at det skal noe til for å ta i bruk integritetskrenkende tiltak, og autonomihensynet har fått en økende og betydelig større plass i dagens rettsskildebilde enn tidligere.⁷⁶ Individet løftes i økende grad frem og tilsier en forsiktighet med bruk av tvangstiltak av integritetsinngripende karakter. Likevel uttrykker hensynet til samfunnsvernet at det psykiske helsevern i tillegg til å yte helsehjelp til mennesker med psykiske lidelser også har et ansvar for å ivareta hensynet til samfunnet, og ikke bare hensynet til enkeltindividet. Vedtak om tvungen psykisk helsehjelp vil ikke nødvendigvis etter en rimelighetsbetraktning alltid være beste løsning for den enkelte sinnslidende, tvang kan tenkes å gjøre situasjonen til vedkommende verre. For å kunne fatte vedtak om tvang må man se på de ulike behov og de ulike situasjonene vedkommende befinner seg i.

⁷⁵ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 483 og Syse (2006) s. 322.

⁷⁶ NOU 2011:9.

4.3.2 Andre hensyn bak tvangsreglene

Man må se om tvang faktisk er den beste løsning for pasienten, og om det eventuelt tas hensyn til, ut i fra dagens rettsskildebilde, andre hensyn. Dette for å finne den klart beste løsning for den enkelte pasient, og den individuelle situasjon vedkommende befinner seg i.

4.3.2.1 «Pasientens beste» ved manglende sykdomsinnsikt

Det er allerede redegjort for at hensynet til pasienten og vedkommendes behov er momenter som skal vektlegges. Det er pasienten selv som tilgodesees ved reglene om selvbestemmelse og integritet, og vedkommende får en styrket rett i form av disse autonomihensynene. Men hva som er til pasientens beste er ikke nødvendigvis å la vedkommende beholde sin personlige frihet. Det må tas hensyn til hva som faktisk er det beste for pasienten, især hvor vedkommende mangler sykdomsinnsikt. Det må med andre ord tas utgangspunkt i en objektiv vurdering, og ikke den subjektive vurdering. I Rt-2001-752 uttalte Høyesterett at det som utgangspunkt «... er en objektiv vurdering som skal foretas, ut fra pasientens totale situasjon. At han selv sterkt ønsker utskrivning og mener at han ikke trenger behandling, er ikke avgjørende» s. 755. Høyesterett åpnet for å ta hensyn til pasientens egne ønsker, men kom likevel til at pasienten skulle fortsette å være under tvungent psykisk helsevern, dette etter en objektiv vurdering fra rettens side. Også i dom fra Borgarting lagmannsrett tok retten utgangspunkt i en objektiv vurdering om hvorvidt tvungent psykisk helsevern var den beste løsning for pasienten, se LB-2013-106420. Dommerne besluttet også her at pasienten skulle fortsette under tvungent vern.

Det er å formode at det ikke sjeldent forekommer at personer med sinnslidelser mangler egen sykdomsinnsikt. Hva som ligger i begrepet manglende sykdomsinnsikt er vanskelig definerbart. Begrepet brukes både om pasienter med klare vrangforestillinger, men også for å karakterisere en persons adferd, uavhengig av eventuelle vrangforestillinger.⁷⁷ Eskeland uttrykker kritikk av begrepet, da det brukes av leger og derved lett gir «inntrykk av at det

⁷⁷ Eskeland (1983) s. 37.

dreier seg om objektive medisinske forhold, mens det i virkeligheten er subjektive tolkninger av pasientens atferd» s. 37. Begrepet manglende sykdomsinnsikt er et viktig kriterium for tvangsinnleggelse av sinnslidende, og samtidig peker begrepet på noe vesentlig, nemlig at bare personer som ikke selv forstår at de er alvorlig syke bør kunne tvangsinnlegges. I realiteten avgrenses begrepet noe ulikt ved en vurdering av vedkommendes psykose.⁷⁸ Hovedpoenget er at pasienten ikke selv innser at han eller hun er syk, og ønsker derfor ikke behandling. Dette kan gi grunnlag for tvangstiltak og viser nødvendigheten av tvangsreglene for de sårbare. Er det riktig å la disse personene leve sitt liv uten innblanding fra staten og samfunnet, eller har man som medborgere en viss plikt til å hjelpe? Spørsmålet er særlig viktig i forbindelse med farekriteriet. Det kan være interessant å se om det finnes en slik omsorgsplikt som kan begrunne tvang etter dagens rettskildebilde. Spørsmålet blir drøftet nærmere under punkt 5.2.1. En annen situasjon kan tenkes å være hvor vedkommende har vilje til å gjennomføre tiltakene i frihet, men mangler faktiske evner til det. Slik er tilfellet ikke sjeldent med alkoholmisbruk. I EMK art. 5 nr.1 bokstav e åpnes det blant annet for frihetsberøvelse av «... alkoholister ...» så fremt slike frihetsberøvelser skjer ut fra tillatte målsettinger, har hjemmel i lov og samsvarer med konvensjonens forholdsmessighetskrav.

Ved dagens lovgivning hvor selvbestemmelse vektlegges i økende grad blir hensynet til pasientens beste viktig. Det er vanlig innenfor helsesektoren at vurderingen av pasientens beste styres av hvilken diagnose eller lidelse vedkommende har, samt en vurdering av risikoen om hvorvidt tvangsvedtak er den beste løsning eller ikke. Det må legges vekt på pasientens individuelle preferanser, i særlig grad hvor pasienten tidligere har vært underlagt tvungent psykisk helsevern, samt pårørende og andre som kjenner pasienten godt.⁷⁹ Det bør også legges større vekt på protester fra en person som har en viss oppfatning av hva spørsmålet dreier seg om, enn fra en som er helt «borte vekk».⁸⁰ Således er det et viktig element

⁷⁸ Eskeland (1983) s. 37.

⁷⁹ NOU 2011:9 avsnitt 12.1.3.1.

⁸⁰ Østenstad (2011) s. 137.

i vurderingen om hvorvidt løsningen er til det beste for pasienten, å vurdere effekten av helsehjelpen, en vurdering av selve nytteverdien. Det er i særlig stor grad hvor pasienten er til fare for seg selv at kompetent myndighet tar styringen over enkeltindividet og bestemmer hva som skal være det beste for vedkommende. Plikten til å hjelpe, samt å beskytte vedkommende fra å skade seg selv er elementær. Men også hvor pasienten er til skade for andre enn seg selv vil det kunne være nødvendig med innblanding, primært ut i fra et samfunnshensyn, men også for å forhindre at alvorlig syke pasienter skader andre. Man overstyrer pasientens selvbestemmelse, og denne «bedreviter» rollen samfunnet opererer med går derved ut på å gripe inn hvor pasienten opptrer slik han eller hun ikke hadde ønsket hvis vedkommende var frisk fra sin sinnslidelse. Ved fare for andres liv og helse svekkes hensynet til pasientens beste. Dette kommer til uttrykk i Ot.prp. nr. 11 hvor det fremgår at vurderingen av hva som er den klart beste løsning for pasienten kan bli mindre framtredd dersom tvangsinngrepet er begrunnet i fare for andre, jf. side 81 spalte 2. Synspunktet er fremmet av Høyesterett i Rt-2001-1481, side. 1490.

Hensynet til pasientens beste, især hvor pasienten mangler sykdomsinnsikt, er en samfunnsbestemt rettssikkerhetsgaranti som skal unngå vilkårlighet. Det viktig at personer med alvorlig sinnslidelse får forholdsmessig helsehjelp fra kompetent myndighet som i disse tilfellene har bedre kompetanse til å bedømme hva som er til beste for pasienten.

4.3.2.2 Pårørendes rolle ved vedtak om tvungent psykisk helsehjelp

Tvungent psykisk helsevern omfatter enkeltindividet. Det å ta beslutninger av integritets-krenkende tiltak overfor andre krever særlig hjemmel. Hittil har hensyn som tilgodeser pasienten og samfunnet vært redegjort for, men hva med de pårørende i saker av så alvorlig og belastende karakter. Tas det i noen grad hensyn til dem ut i fra dagens rettstilstand? Man se situasjonen i et tredjemannsperspektiv med pasienten i midten og psykiatrien og pårørende på hver sin side.

Pårørende er den eller de som «... pasienten oppgir som pårørende og nærmeste pårørende.»⁸¹ I utgangspunktet er pårørende den pasienten selv peker ut som nærmest. Dersom pasienten ikke i stand til å gi uttrykk om forholdet, skal nærmeste pårørende være den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten. Loven oppstiller en fullstendig rekkefølge og må ses i sammenheng med regelen i phlsvl. § 1-5 om at pasient- og brukerrettighetsloven, så langt det rekker, gjelder under utføring av psykisk helsevern. Ved tvungent psykisk helsevern skal den som i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten få tilsvarende rettigheter som den nærmeste pårørende har etter psykisk helsevernloven, jf. pasrl. § 1-3 bokstav b. Dette gjelder med hensyn til informasjon, journalinnsyn og samtykke. Det følger av phlsvl. § 3-3 tredje ledd at pårørende har rett til å påklage vedtak om tvang til kontrollkommisjonen, og i phlsvl. § 3-9 oppstilles pårørendes uttalelsesrett. Bestemmelsen regulerer retten til å uttale seg før vedtak treffes. Ved endringslov av 30. juni 2006 nr. 45 ble uttalelsesretten styrket ved at opplysninger skal nedtegnes og tidligere erfaring med bruk av tvang nå skal vektlegges. I den grad pasienten selv eller pårørende har hatt negative erfaringer med tvungent psykisk helsevern skal dette innebære en høyere terskel for gjentakelse av slike tiltak, og en særlig forpliktelse til å vurdere alternativer.⁸² At pasienten og de pårørendes syn skal vektlegges innebærer ikke noe bindende for den avgjørende slutning.⁸³

Dersom de pårørende skal ha uttalelsesrett innebærer dette å få tilstrekkelig informasjon om pasienten og dens tilstand, noe som kan støte mot de alminnelige regler om taushetsplikt. Informasjonsplikten til pasientens nærmeste pårørende er regulert i pasrl. § 3-3 første ledd og bestemmelsen lyder som følger: «Dersom pasienten samtykker til det eller forholdene ellers tilsier det, skal pasientens nærmeste pårørende ha informasjon om pasientens helsetilstand og den helsehjelp som ytes.» Pasientens nærmeste pårørende har altså rett til

⁸¹ Jf. pasrl. § 1-3 bokstav b.

⁸² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 94-95, Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 69, Syse (2007) s. 107-108 og Riedl (2011) s. 122-123.

⁸³ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 9.7.2.

informasjon om pasientens helsetilstand, herunder diagnose og behandlingsutsikter, samt om helsehjelpen, men bare dersom pasienten gir sitt samtykke til at slik informasjon kan gis. I de tilfeller hvor pasienten og pårørendes interesser ikke er sammenfallende, er utgangspunktet at opplysningsretten skal stå tilbake for pasientens krav på taushet.⁸⁴ Dette er en naturlig tolkning ut i fra at utgangspunktet for å gi informasjon er pasientens eget samtykke. Dersom pasienten er under 16 år, skal informasjonen som utgangspunkt formidles til foreldre eller de som har foreldreansvar, samt pasienten selv, jf. pasrl. § 3-3 annet ledd jf. pasrl. § 3-2.

I henhold til phlsvl. § 3-5 som omhandler hva tvungent psykisk helsevern kan omfatte, er det i bestemmelsens tredje ledd annet punktum gitt en regel om at tvungent psykisk helsevern kan skje uten døgnopphold i institusjon. I vurderingen skal det tas tilbørlig hensyn til pårørende som pasienten bor sammen med, og forsøkes å etablere et samarbeid.⁸⁵ Det er berettiget å forstå dette ut i fra belastningen det må være for pårørende å ha pasienten boende hjemme, selv om det skulle være den beste løsning for pasienten selv. I Europarådets rekommandasjon om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk sykdom, nr. 10 (2004) er tilsvarende synspunkt lagt til grunn i artikkel 15, dette gjelder dog i det vesentligste for barn. Selv om rekommandasjonen ikke er bindende for Norge har den status som anbefaling, og bør av den grunn etterfølges.⁸⁶ Loven sier ellers ikke noe om hvorvidt det skal tas hensyn til de pårørende hvor det er snakk om døgnopphold i institusjon, annet enn at det eksiterer en klageadgang og en uttalelsesrett i etableringsfasen.

Det uttales i Innst. O nr. 66 (2005-2006) at det skal tas nødvendig hensyn til pårørende av psykisk syke for å sikre en bedre ivaretagelse av pårørende til pasienter innenfor det psykiske helsevern, da de pårørende er en viktig ressurs for pasienter i det psykiske helsevern

⁸⁴ Syse (2007) s. 107.

⁸⁵ FOR 2011-12-16 nr. 1258.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 3.24 og Europarådets rekommandasjon art. 15.

(punkt 6.5.4). Formodentlig vil pårørende kunne ivareta funksjonene til pasienten bedre dess mer informasjon de gis om pasientens tilstand. Undersøkelser viser at involvering av pårørende kan redusere faren for tilbakefall, føre til færre symptomer, bedre deres sosiale fungering og gi økt opplevelse av mestring. Det er viktig å huske at den sinnslidende er et enkeltindivid, og det gjerne er de pårørende som har kompetanse på hvordan lidelsen arter seg hos den som er syk, ikke i første rekke helsepersonellet.⁸⁷ I dag har ikke pårørende noen særregler i forhold til tvungent psykisk helsevern, men det påpekes i departementets vurdering og forslag i Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) at mye tyder på at det burde etableres slike særregler med tanke på alvorligheten i disse tilfellene, da de pårørende blir for dårlig ivaretatt etter dagens rettskildebilde. Det bør likevel nevnes at hensynet til de pårørende er noe styrket ved at tutorordning er endret fra at det var de pårørende selv som måtte begjære tvungent psykisk helsevern, til at det i dag er kompetent lege som fremsetter begjæring. Det kan dog settes spørsmålstegn om hvorvidt de pårørendes syn på vedtak om tvungent psykisk helsevern skulle hatt en mer fremtredende rolle, da det gjerne er de pårørende som hankses med den sinnslidende.

Ved tvang overfor personer med rusmiddelmissbruk er situasjonen noe annerledes, og spørsmålet om hvorvidt den emosjonelle belastningen de pårørende opplever kan legitimere en tvangsinnleggelse ble forsøkt ivaretatt ved lov om kommunale helse- og omsorgstjenester (hol.) av 24. juni 2011 nr. 30 § 10-1, som gir kommunene en plikt til å vurdere bruk av tvang etter melding fra pårørende. Tvang kan likevel bare anvendes når rusmiddelmissbruket rammer misbrukeren selv og det er et krav om årsakssammenheng mellom vedkommendes misbruk og den helsefaren som foreligger.⁸⁸

⁸⁷ Helsedirektoratet (2008).

⁸⁸ Kjøenstad (2012). Velferdsrett 1 s. 546.

5 Etablering av tvungent psykisk helsevern

5.1 Redegjørelse av vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter phlsvl. § 3-3.

Bestemmelsen er ny ved endringslov av 30. juni 2006 nr. 45 som trådte i kraft 01.01.07. Vilrårene for vedtak om tvungent psykisk helsevern ble samlet i én bestemmelse. Bakgrunnen var å gjøre regelverket mest mulig klart og oversiktlig, samt gi bedre tilgjengelighet for brukere. De fleste materielle bestemmelsene er imidlertid uendret, så som hovedvilkår og tilleggsvilkår for tvungent psykisk helsevern.⁸⁹

Phlsvl. § 3-3 første ledd oppstiller materielle og prosessuelle vilkår i nr. 1-6 som alle må være oppfylt. Ingen kan holdes under tvungen psykisk helsevern (eller observasjon) etter phlsvl. § 3-5 med mindre vilkårene i phlsvl. §§ 3-2 eller 3-3 første ledd er oppfylt, jf. phlsvl. § 3-7. Det må i første rekke foreligge begjæring fra kompetent person eller myndighet, og tvungent psykisk helsevern kan ikke etableres uten at lege personlig har undersøkt vedkommende for å bringe på det rene om lovens vilkår er oppfylt, jf. phlsvl. § 3-1. Vedkommende må ha en «alvorlig sinnslidelse», og minst ett av tre tilleggsvilkår må oppfylles. Innleggelsen må være nødvendig, og etter en helhetsvurdering fremstå som den «klart beste løsning». Det skal i tillegg legges vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 og 6.

Det er de materielle vilkårene i phlsvl. § 3-3 første ledd ved etablering av tvungent psykisk helsevern som her vil være tema. I første rekke må frivillig helsevern ha vært forsøkt, uten at dette har ført fram, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette, jf. nr. 1. Det er med andre ord et krav om frivillighet og det minst inngripende tiltak slår loven fast som et prinsipp her. Videre må institusjonen etter phlsvl. § 3-3 nr. 4 være faglig og materielt i stand til å tilby pasienten «tilfredsstillende behandling og omsorg», og institusjonen må være godkjent til formålet. Det er også et vilkår i lovens nr. 5 at pasienten skal ha rett til å uttale seg,

⁸⁹ Riedl (2011) s. 78.

det samme gjelder pasientens pårørende, jf. phlsvl. § 3-3 tredje ledd. I denne vurderingen skal det særlig legges vekt på uttalelser om tidligere erfaringer med bruk av tvang.⁹⁰ Etter at alle vilkår er undersøkt, er det likevel ikke absolutt at tvungent psykisk helsevern skal etableres. Man må avveie de ulike skjønnsmomenter og tiltaket må fremstå som hensiktsmessig og rimelig etter en helhetsvurdering. Det må foreligge mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for at vilkårene finnes oppfylt, dette må ses i sammenheng med vilkårene for tvungen observasjon, jf. phlsvl. § 3-2 nr. 3. Dette fremgår også av Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) hvor det uttales at kriteriene for tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern er sammenfallende, og i phlsvl. § 3-2 nr. 3 kreves det at det er «overveiende sannsynlig» at pasienten fyller vilkårene etter phlsvl. § 3-3. Det er ikke tydeliggjort hvilke beviskrav som gjelder, annet enn sannsynlighetsovervekt.⁹¹ Ytterligere må de vilkår som fremgår direkte av bestemmelsen også oppfylle kravet om at de nasjonale rettsreglene skal følges. Frihetsberøvelser er sterkt vernet av art. 5 første ledd, men det kan gripes inn dersom det er tale om «persons of unsound mind» etter art. 5 (1) bokstav e. EMD sin praksis tilsier at det skal foretas en proposjonalitetsvurdering.⁹²

Tvungent psykisk helsevern kan omfatte døgnopphold i og utenfor institusjon, ettersom hva som er den beste løsning for pasienten. Vanligvis forekommer tvungent psykisk helsevern ved døgnopphold og tvangen vises i første rekke ved at pasienten ikke samtykker i tvangen, men blir også synliggjort ved bruk av lukkede dører og ikke minst lukkende muligheter til det som man ellers i samfunnet tar for gitt. Man snakker om administrativ frihetsberøvelse. I det følgende vil jeg gi en nærmere redegjørelse av de materielle vilkårene i phlsvl. § 3-3 1. ledd nr. 1, nr. 3 og nr. 6 og se hvordan de tolkes.

⁹⁰ Jf. phlsvl. § 3-3 nr. 5, samt phlsvl. § 3-9.

⁹¹ Syse (2007) s. 77.

⁹² NOU 2012:17 avsnitt 8.2.5. Se nærmere drøftelse i punkt 5.1.1.

5.1.1 Frivillighetsvilkåret

Frivillighetsvilkåret i phlsvl. § 3-3 nr. 1 markerer at bruk av tvang kommer i annen rekke, og uttrykker det minste inngreps prinsipp. Samtykke må være forsøkt oppnådd før man kan ty til tvang. Det kreves at det har vært forsøkt å gi et behandlingstilbud på frivillig grunnlag uten at dette har ført frem, såfremt det ikke er «åpenbart formålsløst» å forsøke dette. Det minst inngripende tiltak skal velges for å oppnå formålet. Kravet understøtter også vilkåret i første ledd nr. 3 at tvungent psykisk helsevern må fremstå som «nødvendig».⁹³ Hva som kreves av frivillighetskravet ble redegjort i Rt-2001-752. Her hadde pasienten fått tilbud om treningsopplegg med frivillig medisinerer med sikte på utskrivning, men pasienten var ikke innstilt på samarbeid. Høyesterett kom i saken til at kravet om å forsøke å etablere frivillighet var oppfylt på grunnlag av det foreslåtte tiltak. Likevel besluttet Høyesterett at vedkommende pasient burde få prøve seg uten tvungent psykisk helsevern etter en rimelighetsbetraktning (s. 755).

Pasientens sinnstilstand kan føre til at vedkommende er helt ute av stand til å kunne avgi et gyldig samtykke til frivillig helsevern, og i disse tilfellene vil ordlyden «åpenbart formålsløst» treffe konkret. I Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) uttrykkes det at fravær av verbal eller annen protest, kan anses som frivillighet, med mindre sinnslidelsen er slik at samtykke er utelukket (s. 44). Utgangspunktet ved dagens rettstilstand er at dersom vedkommende passivt avfinder seg med ulike behandlingstiltak, vil dette kunne oppfattes som et uttrykk for stilltiende samtykke som er anerkjent i norsk rett, jf. pasrl. § 4-2.⁹⁴ Spørsmålet om hvorvidt det minste inngreps prinsipp kan oppfylles vil inngå som ett av flere momenter som kan tas i betraktning under den skjønsmessige helhetsvurderingen etter phlsvl. § 3-3 (1) nr. 6.⁹⁵ Enhorn mot Sverige⁹⁶ bør i denne sammenheng nevnes, hvor EMD gikk grundig til verks i prøvingen om inngrepet var nødvendig. Saken gjaldt en pasient som ikke overholdt for-

⁹³ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 511.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 10.2.2.

⁹⁵ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 512.

⁹⁶ Enhorn mot Sverige. EMD sak nr. 56529/00 avsnitt 46-55. Utdrag fra Østenstad (2011) s. 655-657.

holdsreglene etter smittevernloven, og det ble derved fattet tvungen isolering for å hindre videre smitte. I forhold til EMK art. 5 (1) bokstav e beror lovligheten av frihetsberøvelse på om hvorvidt spredning av sykdommen er farlig for folkehelsen, i den sammenheng må i tilfelle det minst inngripende tiltak vurderes og være funnet utilstrekkelig for å sikre de offentlige interesser. Vilkåret vedrørende farlig smitte ble oppfylt, men EMD fant ikke bevis at andre mindre inngripende tiltak enn isolasjon var forsøkt. EMD kom således til at myndigheten ikke hadde foretatt riktig avveining mellom behovet for å unngå smittespredning og Enhorn sin rett til frihet etter EMK art. 5. Det forelå derav brudd på konvensjonens artikkel 5 og den vilkår.⁹⁷ EMD slo klart fast at det skal finnes sted en proporsjonalitetsvurdering ved inngrep i en persons frihet, og proporsjonalitetsprinsippet får derved også internasjonal forankring. Dommen gir en rettesnor på hvor strengt frivillighetsvilkåret skal etterstrebes.

5.1.2 Hovedvilkåret

For å underlegge noen tvungent psykisk helsevern kreves det etter phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse.» Dette kalles for hovedvilkåret ved etablering av tvungent psykisk helsevern, og begrepet er videreført av 1961-loven, hvor det i forarbeidene ble understreket at begrepsforståelsen skulle være uendret.⁹⁸ En naturlig språklig forståelse er dermed å forstå begrepet slik at en person uten en alvorlig sinnslidelse ikke kan underlegges tvungent psykisk helsevern.

Begrepet «alvorlig sinnslidelse» svarer ikke til noen medisinsk diagnose, men tilsvarer 1848-lovens begrep «sindsygdom.»⁹⁹ Fra høringsuttalelse til sinnssykelovkomiteens innstilling uttrykte daværende helsedirektør Karl Evang at begrepet psykose ikke ville oppnå en absolutt avgrensning: «Det vil forekomme grensetilfelle hvor avgjørelsen må bero på

⁹⁷ NOU 2012:17 avsnitt 8.2.5.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), samt Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 507.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 2.3.1 og Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 507.

skjønn.»¹⁰⁰ Dette ser ut til å ha blitt videreført også i de senere år. Således er schizofreni en slik alvorlig sinnslidelse som ligger midt i hva betegnelsen tilsier. I Rt-1987-1495 ble begrepet for første gang klarlagt, og Høyesterett uttalte på side 1502 følgende: «... at den nye lovs uttrykk «alvorlig sinnslidelse» bare i helt særlige tilfelle kunne anvendes utenfor psykosene, synes også å ha trengt igjennom som den rådende oppfatning i psykiatrisk praksis.» Høyesterett kom fram til at det må aksepteres ett visst spillerom for avgjørelsen av om lovens vilkår er oppfylt i det konkrete tilfelle, og uttalte følgende: «Jeg finner imidlertid grunn til å fremheve, slik det også fremgår av den uttalelse jeg har gjengitt fra helsedirektøren, at avgjørelsen av om lovens vilkår er oppfylt i det konkrete tilfelle, i noen grad må bero på et skjønn. Det må dermed aksepteres et visst spillerom for skjønnsutøvelsen.» Høyesterett klarlegger der hvor grensetilfellene volder tvil, ved å gi uttrykk for at det rettslig sett godtas en viss skjønnsutøvelse av begrepet «alvorlig sinnslidelse» (s. 1503). I Rt-1988-634, sluttet Høyesterett seg til den alminnelige lovforståelsen til førstvoterende i Rt-1987-1495, ved å vise til hans uttalelser.¹⁰¹ Høyesterettspraksis har ut i fra at det må godtas ett visst spillerom for skjønn, gått i retning av at personer med psykotiske lidelser også i symptomfrie perioder må oppfattes som sinnslidende i lovens forstand fordi symptomfriheten må settes i sammenheng med inntak av antipsykotisk medikasjon.¹⁰² Ut i fra ordlyden og rettspraksis er begrepet «alvorlig sinnslidelse» som utgangspunkt betegnet på klare aktive psykoser, men det har et utvidet anvendelsesområde til å gjelde også hvor symptomene holdes i sjakk av medikamenter.¹⁰³

Grunnvilkåret for tvungent psykisk helsevern oppfyller konvensjonens krav om at personen må anses som «sinnslidende», da det norske hovedvilkåret om alvorlig sinnslidelse er så strengt at begrepet faller inn under «unsound mind» jf. EMK art. 5 (1) bokstav e. Begrepet «unsound mind» må sies å være et videre begrep enn vårt «alvorlig sinnslidelse». I

¹⁰⁰ Eskeland (1983) s. 35, jf. Ot.prp. nr. 69 (1959-1960) s. 24.

¹⁰¹ Rt-1998-634 s. 639 og Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 507 og Syse (2007) s. 186.

¹⁰² Rt-1993-249 og Rt-2001-1481.

¹⁰³ Syse (2007) s. 79.

Winterwerp-saken stilte Den europeiske menneskerettighetsdomstol noen betingelser som må være til stede for at kravene etter art. 5 (1) bokstav e skal være oppfylt, blant annet at den mentale forstyrrelsen må være fastslått på grunnlag av uttalelser fra objektiv medisinsk ekspertise, den mentale forstyrrelse må være av en slik art at den gjør frihetsberøvelse berettiget og de betingelser som her er nevnt må være til stede under hele frihetsberøvelsen.¹⁰⁴ En konsekvens av at hovedvilkåret fremstår som strengt er at sinnslidelsen til den som undergis tvungent psykisk helsevern må være av en slik art at den kan gjøre frihetsberøvelse berettiget, noe som tilfredsstiller kravene konvensjonen stiller. Selv om EMK art. 5 verner mot frihetsberøvelser, kan det altså gripes inn etter artikkelens bokstav e, dersom det er tale om «persons of unsound mind». Tilfredsstilles kravet om en alvorlig sinnslidelse, er spørsmålet om de resterende vilkårene i phlsvl. § 3-3 nr. 1 til 6 kan synes å foreligge i den enkelte situasjon. Vilråene er kumulative og gjelder absolutt, bortsett fra lovens nr. 3 som oppstiller alternative tilleggsvilkår, hvor ett av de må kunne oppfylles for å etablere tvungent psykisk helsevern.

5.1.3 Tilleggsvilkårene

Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 oppstiller alternative vilkår, kalt henholdsvis behandlingskriteriet og farekriteriet. Det kreves at minst ett av de to lovfestede tilleggsvilkårene oppfylles, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a og b. Det er et krav om at det foreligger en sammenheng mellom sinnslidelsen og tilleggsvilkårene, jf. lovens uttrykk «på grunn av». Behandlingskriteriet er inndelt i et bedringsalternativ og et forverringsalternativ. Også farekriteriet har to alternativer som regulerer to forskjellige situasjoner: fare for eget liv eller helse (hensynet til pasienten selv) og fare for andres liv eller helse (hensyn til samfunnsvernet). Det er tilstrekkelig at et av alternativene er oppfylt. Dette innebærer at bestemmelsen reelt sett oppstiller fire tilleggsvilkår.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 7.3.4.1.

¹⁰⁵ Riedl (2011) s. 83.

Etter 1961- loven var det lovfestet et overlastkriterium, basert på den daværende lovteksten «lider overlast». Kriteriet ble forlatt under lovforberedelsen fordi de folkerettslige instrumenter ikke anerkjente «overlast» som et grunnlag for tvangsvern. Samtidig ble det understreket i Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) at «overlast» etter rettspraksis ble tolket så strengt at det i praksis hadde liten selvstendig betydning ved siden av de to øvrige tilleggskriteriene. En person som lider overlast på grunn av alvorlig sinnslidelse, vil lett utsette eget liv eller helse for fare og derved falle innenfor dagens farekriteriet.¹⁰⁶

5.1.3.1 Behandlingskriteriet

Behandlingskriteriet stiller krav om at vedkommende «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert» uten tvungent psykisk helsevern, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a første alternativ. Dette kalles forbedringsalternativet og er mest aktuelt ved tvangsinnleggelse. Hvorvidt dette alternativet anses som oppfylt beror på den konkrete prognosen med og uten behandling hvor det alternativet som fremstår som mest hensiktsmessig blir avgjørende. Behandlingen som helsevesenet skal gi må klart forventes å kunne gi et bedre resultat for pasienten enn behandling utenfor.¹⁰⁷ Det sentrale vurderingstema er hvordan tilstanden vil utvikle seg uten tvungent psykisk helsevern, sammenlignet med hvordan den vil utvikle seg med tvungent psykisk helsevern. Vurderingen er ment å ha et fremtidsperspektiv. Ved at loven krever «helbredelse eller vesentlig bedring» markeres det at det ikke er hvilke som helst bedringsutsikter som vil være tilstrekkelige. Det skal mye til, og det kreves en kvalifisert bedring.¹⁰⁸ I dette ligger et krav om prognose (sannsynlighet) og virkningsgrad.¹⁰⁹ Det fremgår ikke av loven et tidsaspekt for når bedringen må kunne forventes å inntreffe. Det er således tilstrekkelig at utsiktene uten tvungent vern blir i «betydelig grad redusert». Høyesterett understreker i Rt-1993-249 at det er

¹⁰⁶ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 508.

¹⁰⁷ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 509.

¹⁰⁸ Riedl (2011) s. 84.

¹⁰⁹ NOU 2011:9 avsnitt 4.2.3.2.

forbundet med «prinsipielle betenkeligheter å anvende behandlingskriteriet utenfor de tilfeller som omfattes direkte av bestemmelsens ordlyd» s. 255.

Forverringsalternativet er oppstilt i phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a annet alternativ. Tvungen må være nødvendig for å forhindre at pasienten med «stor sannsynlighet» i «meget nær fremtid» får sin tilstand «vesentlig forverret» dersom tvangsbehandlingen ikke iverksettes. Dette alternativet ble lovfestet i 1999- loven etter at det ble utviklet i rettspraksis, jf. Rt-1993-249, hvor førstvoterende uttalte at forverringsalternativet er et strengt vilkår, «... som både innebærer at det må foreligge en viss forventet nærhet i tid og et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at forverringen vil inntre. Det er ikke nok at det foreligger en mulighet for slik forverring» s. 255. Alternativet er særlig aktuelt hvor behandling er brakt til det optimale nivå, men det fryktes snarlig tilbakefall uten tvungen helsehjelp. Det skal noe til for at en person som er behandlet optimalt og fungerer bra over lengre perioder, ikke skal få prøve situasjonen uten tvungent psykisk helsevern. Kravet til forverringsmulighet er såpass strengt nettopp fordi at forverringsalternativet er svært inngrepene for pasienten. Med kravet om «vesentlig forverret» er det ikke tilstrekkelig med noe forverring, det kreves kvalifisert forverring.¹¹⁰ Dette viser at den som tolker loven skal utøve forsiktighet med å gi bestemmelsen en utvidende ordlyd på grunn av alvorlighetsgraden og den inngrepene karakter tvangsbestemmelsen utgjør.

Det oppstilles videre et tidskrav om at forverring må inntreffe i «meget nær fremtid.» Hva slags tidskrav man står overfor er uttalt i forarbeidene, Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) hvor det antydes at det er en grense på maksimum 2 måneder (s.80). I dagens rettstilstand er bildet noe mer nyansert da det i senere rettspraksis er godtatt en tidsramme på tre-fire måneder.¹¹¹ Tidsgrensen i forarbeidene skal være en antydning til hva domstolene skal praktisere med, jf. Rt-2001-752, og et tidsperspektiv på 6 måneder vil være langt utenfor rammene til lovens ordlyd.

¹¹⁰ Riedl (2011) s. 85 og Rt-1993-249.

¹¹¹ NOU 2011:9 avsnitt 4.2.3.2.3.

Ved å se på ordlyden «eller» i bestemmelsen tyder det mot en adgang til å se alternativene under ett. Det må derfor være tilstrekkelig at ett av disse alternativene oppfylles, og det gis i utgangspunktet ikke noe mulighet for å kumulere alternativene. I nyere tid har bestemmelsen fått kritikk i juridisk teori for å være for skjønnsmessig og uhensiktsmessig oppbygd, og bare i 2011 sto denne bestemmelsen alene bak 55 prosent av vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern. For de resterende 45 prosent ble pasienten vurdert å utgjøre en fare for seg selv eller andre.¹¹²

Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin av 19. november 1996 beskytter sinnslidende personer i art. 7 ved at hovedvilkåret om sinnslidelse ikke er nok for tvungent psykisk helsevern, det må stilles nærmere angitte vilkår. Etter art. 7 kan behandling uten samtykke bare ytes dersom unnlattelse av å gjennomføre behandling vil føre til alvorlig helseskade. Bestemmelsen stiller derved et krav om å tilby behandling.¹¹³ Det norske kriteriet antas derav også å samsvare med de anbefalinger som stilles i konvensjonen på dette punkt.

5.1.3.2 Farekriteriet

Psykisk helsevernloven hjemler adgang til å etablere tvungent psykisk helsevern på grunnlag av samfunnsvernet. Dette fremgår av farevilkåret i phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav b. Kriteriet innebærer at det er nødvendig med tvungent psykisk helsevern for å hindre at pasienten på grunn av sinnslidelsen utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Kravene er de samme som ved fare for eget liv og helse. Det vil si at faren må være reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet.¹¹⁴ En «nærliggende og alvorlig fare» tyder på at det ikke kan være snakk om en hvilken som helst fare, og at faren må være alvorlig tilsier at skadepotensialet må være stort.¹¹⁵ I avgjørelsen om hva som antas som

¹¹² NOU 2011:9.

¹¹³ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) avsnitt 3.2.3.

¹¹⁴ NOU 2011:9 avsnitt 14.4.1.

¹¹⁵ Riedl (2011) s. 86.

«nærliggende» vil tidsmomentet inngå i vurderingen av den konkrete påregnelighet. I Rt-2001-1481 ble kriteriet «nærliggende» drøftet. «Desto lengre frem i tid, desto mindre blir sikkerheten for at fare vil oppstå» s. 1487. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens dom hvor det ble uttalt følgende: «Lagmannsretten kan ikke se at det er holdepunkter i lovens forarbeider eller andre rettskilder for at farekriteriet inneholder noen begrensninger som her antydnet, og legger til grunn at det ikke kan kreves at fare skal oppstå innenfor en klart begrenset tidshorisont.» Videre ble det trukket en parallell vedrørende begrepet «nærliggende» opp mot enkelte av straffelovens bestemmelser som også inneholder begrensningen «nærliggende fare» hvor begrepet skal forstås som en angivelse av at faren skal være reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet (s. 1487).

I henhold til lovens ordlyd må det foreligge fare for enten eget «eller» andres liv eller helse, jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav b. Sistnevnte alternativ er et uttrykk for at det psykiske helsevern i tillegg til å yte helsehjelp til mennesker med psykiske lidelser også har ansvar for å ivareta hensynet til samfunnsvern. Både fysisk og psykisk helsefare omfattes.¹¹⁶ I Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) gis det en pekepinn på farens alvorlighetsgrad, og som eksempel uttales det at krenkelsen må overstige det rent bagatellmessige og kunne få mer håndgripelige følger. Faren må også ha vist seg tidligere eller på annen måte kunne dokumenteres (s.81). Det er med andre ord ikke adgang til å tvangsinnlegge personer bare fordi det foreligger en mulig mistanke om slik fare. Som det fremgår av Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) dekkes også farekriteriet, slik som behandlingsskriteriet, av artikkel 7 av Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin når det kommer til fare for eget liv eller helse, mens fare for andres liv og helse går inn under art. 26, som tillater å gjøre unntak fra konvensjonens bestemmelser blant annet «for the protection of the rights and freedoms of others» (avsnitt 4.6.).

Selv om de nevnte vilkårene ovenfor er oppfylt, følger det av phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 6 at etablering av tvungent psykisk helsevern også må være «nødvendig». Det må gjøres en

¹¹⁶ Riedl (2011) s. 87.

konkret vurdering av om tvungent psykisk helsevern er det beste virkemiddel for å hindre at enten behandlingskriteriet eller farekriteriet oppfylles på grunn av sinnslidelsen. Samlet sett skal det ikke foreligge andre mindre inngripende alternativer som kan bøte på situasjonen.¹¹⁷

5.1.4 Helhetsvurderingen – hva vektlegges av momenter?

Det følger av phlsvl. § 3-3 nr. 6 at tvungent psykisk helsevern «kan» etableres hvis vilkårene ellers er til stede. Og fordi det dreier seg om skjønnsbestemte regler er det ingen automatikk i at tvungent psykisk helsevern skal etableres selv om vilkårene ellers foreligger. I helhetsvurderingen ligger det en proporsjonalitetsvurdering som setter krav mellom mål og middel. Proporsjonalitetsprinsippet stiller også som krav en forholdsmessighet mellom nødvendigheten av tiltaket og intensiteten av tiltaket.¹¹⁸ Det skal foretas en interesseavveining mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten overfor pasienten, hvor spørsmålet er om det er den klart beste løsning for vedkommende at det gripes inn. Det spesielle med denne type tvangssaker og frihetsberøvelser er at det er individet som tar plass på begge sider av interesseavveingen. Således er pasienten vurderingstema på både behovssiden og på inngrepssiden. Dette i motsetning til frihetsberøvelse etter EMK art. 5 (1) bokstav c hvor inngrepsbehovet er av hensyn til samfunnet, mens intensiteten går ut over den enkelte pasient og autonomihensynet.

Tvungent psykisk helsevern kan bare finne sted hvor dette etter en «helhetsvurdering» framstår som den «klart beste løsning for vedkommende», med mindre han eller hun utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse». Bestemmelsen samsvarer med phlsvl. § 4-2 som bestemmer at «... tvang skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt som mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak.» Et ytterligere hensyn det skal legges «særlig vekt» på er «... hvor stor belastning det tvangsmessige inngre-

¹¹⁷ Riedl (2011) s. 88.

¹¹⁸ NOU 2011:9 avsnitt 4.2.5.4.

pet vil medføre for vedkommende ...» jf. phlsvl. § 3-3 (1) nr. 6 annet punktum. Dette innebærer at det alltid skal være en del av vurderingen, og må derved tillegges vekt. Hva som for den enkelte er en klart beste løsning vil variere i de ulike tilfellene. Det vil kunne oppstå konflikt om hva pasienten selv ser på som den beste løsning, og hva kompetent helsepersonell ser på som den beste løsning. Skjønnsmomenter som går på rimelighet og hensiktsmessighet skal inngå i vurderingen, med mindre det er hensynet til andre som er bakgrunnen for inngrepet.¹¹⁹ Dette gjelder som grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp og er foreslått inntatt i lovens formålsbestemmelse. At helhetsvurderingen forutsetter et krav om rimelighet, bringer elementer av rettferdighet og sunn fornuft inn i loven. Som Østenstad (2011) uttaler er det ofte en reell tvil om hvorvidt lovens vilkår er oppfylt eller ikke, noe som henger sammen med de vanskene det er å formulere helt presise inngrepshjemler på tvangsområdet. Nettopp derfor er det nokså meningsfullt å operere med et hensiktsmessighetsskjønn. Usikkerhet knyttet til om lovens vilkår er oppfylt, må kunne regnes som legitim eller saklig grunn for å ikke gripe til tvang.¹²⁰

Etter EMK art. 5 (1) bokstav e har statene en relativ bred skjønnsmargin. Spørsmål som må vurderes er hvilke interesser inngrepet skal verne. Her vil farekriteriet komme sterkt inn i vurderingen, og i så tilfelle vil selvbestemmelsesretten måtte vike. Hvor alvorlig inngrepet er vil også være et moment av betydning, tilsvarende forholdsmessighetskravet. Ytterligere er det etter EMD praksis at objektiviteten til det vernede retts gode er et moment ved vurderingen. Spørsmålet er hvorvidt det finnes et allmenngyldig eller objektivt svar på hvor langt vernet av den aktuelle interessen kan legitimere inngrep. De nevnte moment er selvstendige i skjønnsvurderingen og det er berettiget å si at momentene som må vurderes henger tett opp mot den nasjonale skjønnsvurderingen.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 81

¹²⁰ Østenstad (2011) s. 780.

5.1.4.1 Belastningen for vedkommende

I phlsvl. § 3-3 (1) nr. 6 andre setning heter det at det skal «legges særlig stor vekt på belastningen det tvangsmessige inngrepet vil medføre for pasienten». I denne sammenheng bør muligheten for å få etablert et frivillig opplegg, samt vedkommende sine tidligere erfaringer med psykisk helsevern og tvang, vektlegges.¹²¹ Fordelene med inngrepet må klart oppveie ulempene med inngrepet. Høyesterett har i Rt-2001-752 lagt til grunn at vurderingen i utgangspunktet er objektiv, men dette utelukker ikke at det også skal legges vekt på pasientens subjektive meninger. Dette følger av phlsvl. § 3-9 første ledd, som det er vist til i phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 5.¹²² Det fremgår videre av phlsvl. § 3-9 annet ledd at «det skal legges særlig vekt på uttalelser om tidligere erfaringer med bruk av tvang». Bestemmelsene pålegger den faglige ansvarlige en særskilt forpliktelse til å vurdere de synspunkter på alternative løsninger som pasienten eller pårørende måtte ha, selv om dette ikke er bindende.¹²³ At dette ikke er bindende ser man også ut i fra bestemmelsen i phlsvl. § 4-2 hvor det presiseres at bare «så langt som mulig» skal det tas hensyn til pasientens syn. Belastningen for den enkelte ved tvangsvurderingen må avveies mot nytten, jf. Rt-2001-752 (s. 754). Tvangen må således være nødvendig. At pasienten opplever det tvungne vernet som svært belastende kan få negativ innvirkning på selve behandlingsopplegget, ved å gjøre vondt verre. Pasientens interesser og oppfatninger skal altså tillegges forholdsmessig større vekt enn de helsefaglige og samfunnsmessige hensynene som taler for tvungent psykisk helsevern. I EMK art. 5 stilles det et krav om forholdsmessighet med hensyn til frihetsberøvelse, og også i art. 8 er forholdsmessighetskravet en integrert del av vurderingen av om tvungent psykisk helsevern er tillat i forhold til pasientens krav på respekt for sitt privatliv.¹²⁴

Når det kommer til pasienter som har vært underlagt tvang over lengre perioder, og også kan sies å være brakt opp på et optimalt behandlingsnivå, kan det være vel så hensiktsmes-

¹²¹ Riedl (2011) s. 89.

¹²² NOU 2011:9 avsnitt 4.2.3.5.

¹²³ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 69.

¹²⁴ NOU 2011:9 avsnitt 3.2 samt 14.6.

sig å la vedkommende «prøve seg» uten tvang. Det var dette Høyesterett ut fra en helhetsvurdering kom fram til i Rt-2001-752. Her uttalte Høyesterett at selv om forverringsalternativet var oppfylt, altså at forverring av pasientens tilstand ville kunne skje innen «meget nær fremtid», vektla de betydelig at pasienten selv ytret et klart ønske om å skrive seg ut. Vedkommende hadde vært underlagt tvang i en lengre periode, og Høyesterett besluttet at det derfor var på tide, ut fra en rimelig helhetsvurdering, at pasienten fikk «... prøve seg for å se hvordan det går» s. 759. Det noe mer uvanlige i dommen var at de satte som vilkår at utskrivning kunne utstå inntil en måned etter forkynt dom, dette fordi de ønsket å forberede tiltak for pasienten før opphør av det tvungne vernet. Domstolene åpnet med andre ord for en tidsbegrenset tilbakeholdsrett i påvente av et kommunalt tilbud til pasienten. Vedrørende beslutningen om at pasienten burde få prøve seg, fant førstvoterende støtte i sine uttalelser av forarbeidene i Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) hvor departementet mener at tvungent psykisk helsevern er et så inngripende tiltak at det ikke bør brukes mot noen bedrefungerende over lengre perioder uten at de får prøve seg for å se hvordan det går. Det er likevel uthevet at det på den andre siden må være mulighet for å opprettholde vernet dersom utsiktene til en forverring er overhengende (s.80).

I Rt-2001-1481 kom Høyesterett fram til det motsatte resultat. Pasienten ønsket også her å bli utskrevet fra det tvungne vernet, men ønsket fortsatt behandling med sitt alkoholproblem. Høyesterett fremhevdde at pasienten objektivt sett, hadde det bedre nå enn på mange år, og uttalte at det var fare for at han ville slutte å ta medisinen sin dersom han ble utskrevet. Høyesterett kom derved fram til at det var til pasientens beste at han forble under tvungen psykiatri mens han arbeidet med sitt alkoholproblem. Dette til tross for at 1999-loven bygger på prinsippet om økt autonomi for pasientene, og at vedkommende individs meninger skal vektlegges økende. Det at pasienten selv følte det tvungne vernet som belastende måtte her gå tapt til fordel for forverringsalternativet. Dommen viser at domstolene ikke er bundet av partenes uttalelser og ønsker, men at det tas under betraktning. Tvang var her det beste ut i fra en helhetsvurdering.

5.1.4.2 Andre skjønnsmomenter ved helhetsvurderingen

Det skal ved å ta hensyn til skjønnsmomentene, rimelighet og hensiktsmessighet, gi rettsikkerhet i form av at avgjørelsen er rimelig og fornuftig. Rimelighetsbetraktninger vil komme særlig sterkt inn i forhold til forverringsalternativet.¹²⁵ Er forverringsalternativet oppfylt vil mye tale for å ikke underlegge pasienten tvungent psykisk helsevern. Avgjørelsen må være hensiktsmessig, noe som tilsier en nytteverdi. Ved å underlegge individet tvungent psykisk helsevern, må det være sannsynlig at pasienten blir bedre uten tvang. Utsettene til forbedring må være tilstede, og det er ønskelig å bringe pasienten opp på et optimalt behandlingsnivå. Ved å ta inn rimelig- og hensiktsmessighetsmoment må man se på de ulike tilfellene, og det enkelte individ. Lovutvalget for vurdering av regler om tvang mv. i psykisk helsevern kom i NOU 2011:9 til at en helhetsvurdering basert på rimelighet og forholdsmessighet videreføres, da det er et grunnleggende prinsipp som bidrar til å skape motvekt til det fagskjønnet som ellers har en dominerende rolle i tvungent psykisk helsevern (s.183).

Domstolene gis adgang til å se pasienten som et individ med ulike behov. Dette kom til syne i Rt-1981-770 hvor pasienten hadde vært underlagt tvungent psykisk helsevern i en årrekke, og begjærte seg utskrevet. Han fikk medhold av Høyesterett til tross for at daværende vilkår var oppfylt. Grunnlaget for utskrivelse, ble tatt etter en rimelighetsbetraktning ut fra at mannen var en «... yngre, vital mann som ikke kan sies å passe inn blant det øvrige klientell på institusjonen, som vesentlig består av eldre, sløvede mennesker.» Det ble lagt vekt på at han derfor burde «... få sjansen til å forsøke seg i frihet» s. 780. Dommen er en god målestokk på hvordan rimelighetsbetraktninger kan gjøre seg gjeldende. Her var alder et moment i vurderingen, og det synes nokså klart at utsikten for bedring er minimal for en ung person innesperret med eldre, sløvende personer uten noen form for sosial likevekt. Rettspraksis tilsier at domstolene på grunnlag av rimelighet- og hensiktsmessighets-hensyn gir allerede etablerte tvangspasienten muligheten «til å prøve seg» uten tvungent vern.

¹²⁵ Rt-2001-752.

5.2 Tvangsbruk i en gråson

Det kan spørres om tvangsbruk er begrunnet i hensynet til individets beste eller om tvungent psykisk helsevern i enkelte tilfeller avspeiler samfunnets ønske om å beskytte seg mot uønskede avvikere.¹²⁶ Til tross for strenge lovkrav vil det være fare for feilvurderinger og «gråsoner» ved bruk av tvang. Ett av faremomentene kan sies å være at tvangsinngrep blir anvendt for å ivareta andre interesser enn hensynet til den omsorgstrengende. Det er et krav at tvungent psykisk helsevern skal være den klart beste løsning for «vedkommende», med mindre «han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andre» jf. phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 6. Hvor går så grensen mellom omsorg og tvang?

5.2.1 Omsorgsplikt som hjemmelsgrunnlag

I henhold til juridisk teori og rettspraksis har samfunnet i en viss grad omsorgsplikt overfor de «svakere grupper» i samfunnet. Det er uttalt av Kjønstad og Syse at det relevante spørsmålet er hvorvidt «... en slik «omsorgsplikt» kan hjemle integritetskrenkende tiltak når disse iverksettes til beste for den omsorgstrengende klient eller pasient.»¹²⁷ Når slik tvang er legitim og anvendes i vedkommendes egen interesse, kalles det gjerne omsorgstvang eller velferdspaternalisme.¹²⁸

Høyesterett har i Rt-2010-612 tydeliggjort at legalitetsprinsippet setter skranke for hva omsorgsplikten kan innebære og hva kompetent personell kan foreta seg selv om handlingene foretas i pasientens beste interesser, når dette skjer uten tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag. I pasrl. § 4-1 er det klargjort at hovedregelen for helsehjelp er samtykke, «... med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke» jf. første ledd. Det er dermed et spørsmål om det å handle ut i fra pasientens beste interesse, altså om omsorgsplikten kan sies å være et sådan gyldig rettsgrunnlag som

¹²⁶ Kritisk Juss 2000 s. 99.

¹²⁷ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 485.

¹²⁸ Syse m. kommentarer til Østenstad (2011).

ordlyden tilsier. I Rt-2010-612 kom Høyesterett fram til at vilkårlæren kan åpne for tvangsvedtak i henhold til pasientens beste, såfremt vilkåret har saklig sammenheng med vedtaket og ikke er uforholdsmessig tyngende (avsnitt 31). Det fremgår av uttalelsene at det er en relativ snever adgang, og dommerne besluttet at vilkårlæren ikke kunne få avgjørende relevans, da det var snakk om såpass alvorlig inngrep hvor selvbestemmelse er utgangspunktet, men at det likevel kan finnes rom for å sette vilkår ved begunstigende tiltak.¹²⁹ Det er berettiget å forstå dommen slik at det kreves et klart hjemmelsgrunnlag også hvor integritetskrenkende tiltak iverksettes til beste for pasienten. Selv om det her var snakk om tvungent stell overfor en pasient, vil uttalelsen gi retningslinjer også overfor hva som kreves ved etablering av tvangsvedtak. Det kan presiseres at Høyesteretts mindretall krevde en klarere hjemmel enn flertallet.¹³⁰ Fra mindretallet uttales dette: «At det kan oppstilles vilkår for et opphold, gir ikke i seg selv grunnlag for tvang. Tvang krever en særlig hjemmel ...» s. 632. Sistnevnte synspunkt kan sies å være i overensstemmelse med EMK art. 8 nr. 2 som stiller et klart krav om at inngrep i personers privatliv krever et formål som er legitimt, at inngrepet er hjemlet i «lov» og at det ikke er uforholdsmessig. Det vises i artikkelen til uttrykket «hjemmel i lov» og gir herved en pekepinn på, i samsvar med Rt-2010-612, i hvilken utstrekning omsorgstvang kan utøves. Legalitetsprinsippet setter en klar begrensning ut fra en naturlig tolkning, og verner hovedsakelig om pasientens integritet og setter grenser for at omsorgsbehov kan begrunne tvangsinngrep.

5.3 Forholdet til menneskerettighetene og legalitetsprinsippet

Et sentralt spørsmål er hvilke rammer ulike menneskerettighetskonvensjoner setter for tvungen psykisk helsehjelp. Menneskerettighetene setter begrensninger for hvor langt integritetsinngripende tiltak overfor sinnslidende mennesker kan gå.¹³¹ Menneskerettskonvensjonene er derimot ikke hjemmelsgrunnlag i seg selv, tiltak krever også nasjonalrettslig

¹²⁹Jf. pasrl. § 4-1 annet ledd.

¹³⁰Syse (2011) og Andersen (2010).

¹³¹Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) avsnitt 5.1.3.

forankring. Menneskerettighetskonvensjonenes primære formål er å beskytte individene, ikke å regulere statenes gjensidige rettigheter og plikter. Konvensjonenes formål gir støtte for å tilstrebe en effektiv beskyttelse av rettighetene.¹³² Etter EMK art. 46 er statene folkerettslig forpliktet til å rette seg etter EMD sine avgjørelser. Menneskerettslovens bestemmelse om forrang gjør dette til en internrettslig forpliktelse etter norsk rett, jf. mnskrl. § 3. I det første grunnleggende menneskerettighetsdokumentet av internasjonal karakter, FNs verdenserklæring om menneskerettighetene i 1948, ble prinsippet om menneskets ukrenkelighet uttalt slik: «Alle mennesker er født frie og like i verdighet og rettigheter. De er utstyrt med fornuft og samvittighet og bør handle mot hverandre i brorskapets ånd.»¹³³ Menneskerettighetene setter således grenser for hvordan en person kan behandles og viser klart hvor viktig menneskeverdet er.

FN-konvensjonen SP oppstiller stort sett tilsvarende materielle krav til den nasjonale lovgivningen som allerede nevnte artikler i EMK. Ved frihetsberøvelse er det SP art. 9 som er mest interessant. Artikkelens nr. 1 andre punktum setter forbud mot «vilkårlig frihetsberøvelse», mens det i tredje punktum fastslås: «Ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik framgangsmåte som er fastsatt i lov.» SP art. 9 svarer i innhold til kravene oppsatt i EMK art. 5. Artikkel 10 i konvensjonen stiller generelle krav til selve behandlingen, som at alle pasienter «skal behandles humant, og med respekt for menneskets iboende verdighet».¹³⁴ Der norsk internrett samsvarer med EMK vil også SP være samsvarende. FN-konvensjonen ØSK stiller rettigheter av en positivrettslig karakter og beskytter ikke mot inngrep i den personlige friheten, og vil av den grunn ikke gjelde for bestemmelser om tvang.

Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin samler de fleste grunnleggende prinsipper om pasientbehandling og om forskning på mennesker. Konvensjonen

¹³² Møse (2002) s. 101-102.

¹³³ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999).

¹³⁴ Kjøenstad (2012). Velferdsrett 1 s. 491.

ble ratifisert i 2006, men ikke gjort til norsk lov. Konvensjonens art. 7 gir beskyttelse i forhold til frihetsberøvelser for sinnslidende personer: «persons who have a mental disorder». Behandling uten eget samtykke kan bare skje overfor en person med alvorlig sinnslidelse, «person who has a mental disorder of a serious nature», og da på nærmere angitte vilkår. Bestemmelsen samsvarer med EMK art. 5 som utvilsomt vil tilfredsstillende kravet om å ha en sinnslidelse «of a serious nature». Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig for frihetsberøvelse, da behandling uten eget samtykke bare kan gis dersom unnløst av å gjennomføre behandlingen av sinnslidelsen vil kunne føre til alvorlig helseskade. Det kreves lovhjemmel for slike inngrep, og den nasjonale lovgivningen skal sikre at det foreligger kontrollorganer og muligheter for å påklage tvangsvedtak.¹³⁵ Rekommandasjon (2004) om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk lidelse er langt på vei samsvarende. Rekommandasjonens formål er å styrke beskyttelsen av verdigheten og menneskerettighetene til psykisk syke særlig under tvang. Rekommandasjonen er en anbefaling og derfor ikke bindende, men har likevel vært viktig for utformingen av lovreglene om tvungent psykisk helsevern. De menneskerettslige konvensjonene er mange, og som et utslag av mnskrl. § 2 skal enkelte av de følges. EMK står svært sterkt i norsk rett, men selv om den norske lovgivning anses å være i samsvar med bindende menneskerettslige krav, betyr ikke dette at det i praksis ikke forekommer brudd ved praktisering av tvang innenfor det psykiske helsevernet. Av den grunn er det viktig å presisere at en menneskerettslig gjennomgang av lovgivningen kun er en legalitetskontroll av regelverket som sådan.¹³⁶

Som nevnt vil ikke menneskerettighetene være hjemmelsgrunnlag i seg selv, tiltak krever også forankring i nasjonal lov. Legalitetsprinsippet gjelder fullt ut og legger føringer for rettskildebruken på det viset at det eksisterer en økende motstand mot å tolke ordlyden utvidende til mer inngripende et vedtak er. Særlig lovhjemmel trengs hvor det ikke er noe annet grunnlag som rekker langt nok til å dekke tiltaket.¹³⁷ Høyesteretts mindretall indike-

¹³⁵ Syse (2006) s. 331.

¹³⁶ NOU 2011:9 avsnitt 6.6.

¹³⁷ Østenstad (2011) s. 301.

rer i Rt-2010-612 at legalitetsprinsippet klart nok setter grenser for hvilke vilkår som kan stilles uten hjemmel i lov, men når flertallet av dommerne åpnet for en utvidelse av tolkningen gis det betenkeligheter for hva slags alvorlighet det må være snakk om for at legalitetsprinsippet settes som skranke for tvangstiltak.

Lovskravet etter EMK setter begrensninger for retten til inngrep, i samsvar med vårt nasjonale legalitetsprinsipp. I hjemmelskravet etter EMK ligger dels et krav om hjemmel i nasjonal rett, dels autonome kvalitetskrav. EMD oppstiller vilkår for dette, ved at regelverket må være tilgjengelig for borgerne, og presist utformet slik at borgerne kan forstå de rettslige konsekvensene av handlingene sine. EMD har i utgangspunktet vist en romslig holdning i møte med de ulike nasjonale tradisjoner for hva slags hjemmelskrav som er tilstrekkelig, det har således ikke blitt stilt opp noe absolutt krav om hjemmel i formell lov. Det eksisterer tydelige spenninger mellom det tradisjonelle norske legalitetsprinsippet og hjemmelskravet etter EMK, men lovkravene kan likevel sies å være samsvarende etter våre internasjonale forpliktelser.¹³⁸

¹³⁸ Østenstad (2011) kap. 5.

6 Rettspolitisk del

6.1 Den konkrete interesseavveining

Et sentralt spørsmål er hvilke hensyn og verdier som bør være styrende når det er spørsmål om å fravike hovedregelen om pasientens selvbestemmelse. Lovgiver må ta stilling til slike verdikonflikter ved reguleringsmåter som tillegger ett - eller flere- av de relevante hensynene større vekt enn de øvrige. Rettferdighetshensyn, ofte oppstilt som et krav om holdsmessighet, vil komme sterkt inn i avveiningen av hvilke kontrollmidler man kan, og bør ta i bruk for å oppnå det gode som tilstrebes i forhold til de verdiene som samtidig blir krenket.¹³⁹

6.1.1 Hvorvidt individet i for stor grad løftes fram

Siden psykiatriloven av 1961 har hensynet til pasienten økt da det tidligere var mindre fokus på pasienten som enkeltindivid og samfunnshensynet ble i større grad vektlagt. Nåværende tendenser gir uttrykk for at fokuset på å styrke den enkeltes selvbestemmelsesrett vil fortsette å øke.¹⁴⁰ Dette kommer blant annet av at menneskerettighetslovgivningen tar betydelig større plass i dagens rettsskildebilde, derav forsøker lovgiver å skape en større rettsikkerhet for den enkelte borger samtidig som en er forpliktet til å gjøre så gjennom de internasjonale bestemmelsene. Tiltak av integritetskrenkede sort kan fort havne hos Den europeiske menneskerettsdomstol, noe staten til enhver tid ønsker å unngå og derved innrette seg etter. Av denne grunn har idealer om velgjørenhet, beskyttelse og paternalisme blitt tillagt mindre vekt. Dette gjenspeiles av pasrl. § 4-1 som forutsetter gyldig samtykke fra pasienten.¹⁴¹ En styrking av pasientens selvbestemmelse forutsetter økt fokus på informasjon og medvirkning.

¹³⁹ Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 480.

¹⁴⁰ NOU 2011:9 avsnitt 15.2.1 og Kjønstad (2012). Velferdsrett 1 s. 477.

¹⁴¹ NOU 2011: 9 avsnitt 12.1.2.

For en tid tilbake ble «Palsrud-utvalget» satt ned for å utrede lovens tvangsregler, og gav uttrykk for sprikende konklusjoner vedrørende tvangsbestemmelsene.¹⁴² Flertallet gikk med én stemme imot inn for å bevare lovens tvangsregler. Utvalget synes å avdekke skjevt rettslig styrkeforhold mellom individet og staten, og svakheter som at lovens vilkår er skjønnsmessige og uklare. Et faremoment ved at styrkeforholdet blir for vidt vil særlig gjøre seg gjeldende for de mest sårbare pasienter ved at de mister behandlingsmuligheter dersom selvbestemmelsesretten vektlegges ukritisk. «Palsrud-utvalget» henviser til, som en begrunnelse for å beholde reglene slik de er i dag, at konflikter mellom ulike hensyn alltid vil være mer eller mindre eksplisitt til stede, uansett hvilket hensyn som til slutt gis avgjørende vekt. Utvalget konkluderer med at de mener det er behov for å innsnevre adgangen til bruk av tvang som et virkemiddel for helsehjelp ut ifra en etisk og menneskerettslig begrunnelse med vekt på selvbestemmelsesretten. Dette ved å forsøke andre tiltak enn tvang.¹⁴³

Man kan ut ifra tvangsbestemmelsene se at lovgivningen i større grad enn tidligere vektlegger pasientens individuelle preferanser og interesser, inklusiv eventuelle tidligere uttrykte ønsker, og med involvering fra pårørende eller andre som kjenner pasienten godt. I psykisk helsevernloven skal disse momentene vektlegges, men de er på ingen måte bindende. Opplysningene skal derimot bidra til å finne en best mulig løsning. Dette viser at psykisk helsevernloven fremdeles har en paternalistisk tilnærming ved at disse aspektene ikke er avgjørende, og de kan være fraværende hvis andre hensyn veier tyngre. Det løper stor risiko for pasienter som oppfyller vilkårene i phlsvl. § 3-3 å tape sin selvbestemmelsesrett. Selv om selvbestemmelsesretten er økende, må den likevel vike til fordel for unntaksbestemmelser som inneholder vilkår og begrunnelser for å innskrenke pasientens selvbestemmelse.¹⁴⁴ Dette kan ses på som en etisk og moralsk forsvarlighet samfunnet har ved å overholde ulike verdier og hensyn som er så viktige at de må gå foran hovedregelen om selvbestemmelse.

¹⁴² NOU 2011:9.

¹⁴³ NOU 2011:9 s. 140, og 148.

¹⁴⁴ Jf. bla. phlsvl. § 3-3 og hlspl. § 7.

Problemene ligger i at det gis generelle regler for spørsmål som i stor grad krever individuelle løsninger. Tilfellene vil alltid være ulike, og det er få svar som gjelder for alle. Loven kan vanskelig oppstilles på annen måte. De skjønnspregede bestemmelser og momenter forsøker å avhjelpe dette innenfor de rammene som stilles til et tilstrekkelig klart og forutberegnelig regelverk, men bruk av skjønn vil alltid innebære en risiko for misbruk. Det er av den grunn særdeles viktig med de rettssikkerhetsmekanismene som oppstilles.¹⁴⁵

6.1.1.1 Fra teori til praksis

Ut fra et rettspolitisk ståsted er det interessant å se hvordan domstolene i praksis utøver farekriteriet og om det brukes for utvidende i forhold til forarbeidene og ordets opprinnelige mening. I forbindelse med oppgaveskrivingen fikk jeg anledning til å delta sak vedrørende rettslig prøving av kontrollkomisjonens vedtak om tvungent psykisk helsevern. Pasienten hadde tidligere psykiatrisk sykehistorie, og hadde ved flere anledninger vært underlagt tvungent vern etter phlsvl. § 3-3. Pasienten mente selv at det ikke var grunnlag for tvang, da vedkommende ønsket samarbeid og behandling på frivillig basis. Ytterligere kom pasienten med påstand om at heller ikke behandlings- og eller-farekriteriet var oppfylt. Egne synspunkter var at vedkommende virket samarbeidsvillig, men ønsket et ord med i saken. Fra prosederende part ble det framholdt at pasienten ved flere anledninger hadde fått tilbud om frivillig behandling, men ikke hadde vilje til å gjennomføre tiltakene utenfor institusjonen. Pasienten hadde for øvrig aldri utført fysisk vold mot andre og utgjorde derved ikke fare for andre. I hovedsak gjaldt spørsmålet om hvorvidt pasienten ble verre uten medisiner i forhold til phlsvl. § 3-3 første ledd nr. 3, behandlingskriteriet. Det gjelder her et tidsmoment, som tilsier at det ikke kan være snakk om for langt frem i tid før forverring inntreffer. Pasienten hadde tidligere vært uten tvungent psykisk helsevern i perioder, derav også uten medisiner, og det kunne gå opptil 6 måneder før vedkommende ble noe verre. Praksis tilsier at en forverring må skje innen 4 måneder. Det var således aldri snakk om en kvalifisert forverring. Tingretten konkluderte med fortsatt tvungent psykisk helsevern.

¹⁴⁵ NOU 2011:9 avsnitt 12.5.

Eksempelet viser til forholdsmessigheten mellom alvorlighetens karakter i lys av farekriteriet. Tingretten fortok en vurdering av de lovbestemte vilkår og en helhetsvurdering etter phlsvl. § 3-3 (1) nr. 6.. Her skal det legges «særlig vekt» på hvor stor belastning inngrepet vil medføre for den enkelte og man skal finne frem til den «klart beste løsning». Enten dette er i pasienten eller samfunnsvernets beste. I denne saken var ikke samfunnsvernet avgjørende. Retten la vekt på legens vurdering om at pasienten «kunne» bli verre ved opphør av tvungent psykisk helsevern. Det kan stilles spørsmålstegn til om interessevurderingen var proporsjonal, i forhold til at Høyesterett tidligere i lignende saker har latt pasienten prøve seg i ikke ulike saker, se for eksempel Rt-1981-770.

Dette er kun ett eksempel fra praksis, men at skjønnsmomentene i helhetsvurderingen varierer i de ulike tilfellene er ikke til å se bort ifra. At det ved alvorlig fare for andres liv eller helse eksisterer et tvangsbehov er klart, men hvor vurderingen dreier seg om hvorvidt man er til fare for seg selv, og man ikke har konkrete bevis på dette, vil det å utøve forsiktighet i forhold til å frarøve vedkommende dens frihet være avgjørende. Lovens ordlyd og vilkår skal tolkes strengt, men når det er sagt er det også viktig at tvangsreglene skal kunne brukes der det virkelig behøves uten at dette skal være praktisk umulig. Til tross for at rettskildet bildet endres med tiden vil filosof Immanuel Kants sitat, som nevnt innledningsvis, alltid være et treffende moralsk prinsipp i forbindelse med tvangsinngrep og frihetsberøvelser.

7 Avslutning

Oppgaven har tatt for seg de motstridende interesser som oppstår i konflikten vedrørende etablering av tvungent psykisk helsehjelp. Fokus har vært på hvordan hensynene skal vurderes og vektlegges, og hvordan de materielle vilkår i phlsvl. § 3-3 skal tolkes og forstås for å finne en klart beste løsning for den enkelte. Oppgaven viser at etablering av tvungent psykisk helsevern skaper særlige utfordringer da det gjerne er individet som tar plass på begge sider av interesseavveilingen. Samtidig ser man at det er tendenser til en økende selvbestemmelsesrett for nettopp pasienten både når det gjelder tvangsinngrep og frihetsberøvelser. Det er viktig at retten til selvbestemmelse respekteres, men at det i forhold til samfunnsvernet gis en proporsjonalitetsvurdering på hva som anses som viktigst å verne i den enkelte situasjon. Erfaringer den enkelte har, samt informasjon fra de pårørende bør være en viktig kilde for å komme fram til et riktig, og best mulig resultat.

Som fremstillingen har vist spiller menneskerettighetskonvensjonene en betydelig rolle ved spørsmål om tvungent psykisk helsevern, da især ved frihetsberøvelser og andre tvangsinngrep. Nasjonale lovbestemmelser må samsvare med menneskerettighetene og er også forpliktet til dette ved blant annet menneskerettighetsloven. Vårt eget legalitetsprinsipp oppstiller ytterligere et krav om at inngrep overfor borgerne krever hjemmel i lov, og skaper på denne måten sammen med menneskerettighetene en sterk rettssikkerhetsbeskyttelse for den enkelte borger.

8 Litteraturliste

Bøker:

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett 1. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*. 5.utg. Oslo, 2012.

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett 2. Barnevern- og sosialrett*. 4. utg. Oslo, 2012.

Syse, Aslak. *Psykisk helsevernloven med kommentarer*. 2. utg. Oslo, 2007.

Riedl, Tore Roald og Elde, Wenche Dahl. *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*. 4. opplag. Oslo, 2011.

Østenstad, Bjørn Henning. *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. Bergen, 2011.

Eskeland, Ståle. *Den psykiatriske pasient og loven. En innføring i Lov om psykisk helsevern*. Oslo, 1983.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002.

Artikler:

Syse, Aslak. *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*. Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 04, 2006.

Syse, Aslak m. kommentar til Østenstad, Bjørn Henning. *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 03-04, 2011.

Bernt, Jan Fridthjof. *Sosialt ansvar, integritetsvern og rettssikkerhet*. Kritisk Juss 2000.

Andersen, Wang Njål og Wallevik O. Karl. «Huleboerdommen» (Rt.2010 s. 612) - riktig diagnose, feil medisin? Tidsskrift for Lov og Rett nr. 05, 2011.

Lover:

- 1814: Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven), given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
- 1902: Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1999: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 1999: Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 2. juli 1999 nr. 62.
- 1999: Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63.
- 1999: Lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) av 2. juli 1999 nr. 64.
- 2005: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90.

2011: Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven av 24. juni 2011 nr. 30).

2011: Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften) av 16. desember nr. 1258.

Rettspraksis:

Rt. 2010 s. 612

Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2001 s. 752

Rt. 1993 s. 249

Rt. 1988 s. 634

Rt. 1987 s. 1495

LB-2013-106420

www.lovdato.no

Herczegfalvy v. Østerrike A 244 (1992) (utdrag fra Møse, 2002)

Winterwerp v. Nederland A 33 (1979) (utdrag fra Møse, 2002).

Enhorn mot Sverige klagesak nr. 56529/00, dom av 25. januar 2005, RJD 2005-I (utdrag fra Østenstad, 2011).

Forarbeider og rundskriv:

NOU 2012:17: Om kjærlighet og kjøletårn. www.lovdato.no

NOU 2011:9: Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. www.lovdato.no

Ot.prp. nr. 65 (2005-2006): Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv. www.lovdato.no

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999): Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven). www.lovdata.no

Ot.prp. nr. 69 (1959-1960): Om lov om psykiatrisk omsorg. www.lovdata.no

Innst. O nr. 66 (2005-2006): Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv. www.lovdata.no

Rundskriv til psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften IS-9/2012.

Konvensjoner:

Den Europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

FN- konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1996.

FN- konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1996.

Europarådets rekommandasjon om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk sykdom av 22. september 2004.

Rapporter:

Helsedirektoratet (2010). Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2009. IS-1861. www.regjeringen.no

Helsedirektoratet (2006). Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang. IS-1370. www.helsedirektoratet.no

Helsedirektoratet (2008). Pårørende- en ressurs. Veileder om samarbeid med pårørende innen psykisk helsetjenester. IS-1512. www.helsedirektoratet.no

