

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rettslige vilkår for bruk av tvang innen helsetjenesten

En sammenligning av gjeldende rett etter pasient- og brukerrettighetsloven
og psykisk helsevernloven

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17 926



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning og begrepsavklaringer	2
1.3	Metodebruk	3
1.4	Videre fremstilling	3
2	HELSERETTLIGE GRUNNPRINSIPPER OG MENNESKERETTIGHETER. 5	
2.1	Helserettslige grunnprinsipper	5
2.1.1	Selvbestemmelsesretten	5
2.1.2	Legalitetsprinsippet	5
2.1.3	Minste inngreps prinsipp	6
2.1.4	Omsorgsplikten.....	6
2.2	Menneskerettigheter og forholdet til bruken av tvang	7
2.2.1	Retten til liv og helse	7
2.2.2	Umenneskelig eller nedverdiggende behandling	8
2.2.3	Retten til frihet og sikkerhet	8
2.2.4	Retten til respekt for privatliv og familieliv	9
2.2.5	Forbud mot diskriminering	10
3	VILKÅR FOR BRUK AV TVANG I PASIENT- OG BRUKERRETTIGHETSLOVEN	11
3.1	Helserettslig myndighetsalder.....	12
3.2	Manglende samtykkekompetanse	12
3.2.1	Når foreligger et gyldig samtykke?	13
3.2.2	Hvem har samtykkekompetanse?	14
3.2.3	Bortfalt samtykkekompetanse	14
3.3	Motstand.....	16
3.4	Tillitsskapende tiltak	17
3.4.1	Unntak: åpenbart formålsløst.....	18
3.5	Tilleggsvilkårene.....	19
3.5.1	Vesentlig helseskade.....	19
3.5.2	Helsehjelpen er nødvendig	20
3.5.3	Forholdsmessighet	20
3.6	Helhetsvurdering	21
4	VILKÅR FOR BRUK AV TVANG I PSYKISK HELSEVERNLOVEN	23

4.1	Frivillig psykisk helsevern	24
4.1.1	Åpenbart formålsløst	25
4.2	Grunnvilkåret: alvorlig sinnslidelse	26
4.2.1	Praksis.....	27
4.3	Tilleggsvilkårene.....	30
4.3.1	Behandlingsvilkåret	30
4.3.2	Farevilkåret	32
4.4	Manglende samtykkekompetanse	34
4.4.1	Unntak: nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse ..	34
4.5	Helhetsvurdering.....	34
4.6	Øvrige vilkår	35
5	ULIKHETER I GJELDENDE RETT OG KONSEKVENSENE AV DETTE FOR ARBEIDET MOT EN NY FELLES TVANGSLOV	37
5.1	Definisjon av tvang	37
5.1.1	Tvang som overvinning av motstand.....	37
5.1.2	Tvang som fravær av gyldig samtykke.....	39
5.1.3	Tvang som uttrykk for kontrollbehov.....	40
5.1.4	Definisjonen av tvangsbegrepet i den nye tvangsbegrensningsloven	40
5.2	Terskelen for bruk av tvang	42
5.2.1	Krav til situasjonen.....	42
5.2.2	Krav til persongruppen	43
5.2.3	Terskelen for bruk av tvang i tvangsbegrensningsloven	44
6	AVSLUTNING.....	46
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I norsk rett er utgangspunktet at det er frivillig å motta helsehjelp. Dersom det skal være anledning til å gi helsehjelp på tross av at pasienten ikke ønsker det, må det foreligge særskilt lov hjemmel. Slik lovhjemmel skal ikke bare ivareta hensyn til legalitetsprinsippet, men også ivareta en viss grad av rettsikkerhet for personen som blir underlagt tvungen helsehjelp.

I slutten av 2019 la tvangsutvalget frem en utredning med forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten. Utredningen er på over 800 sider og inneholder en gjennomgang av gjeldende rett, vurderinger for revisjon og modernisering av gjeldende rett, samt forslag til en ny tvangslov, kalt tvangsbegrensingsloven.¹ Hensynene bak utredningen er blant annet å samle de nåværende bestemmelsene for bruk av tvang i helseretten i en felles lovbestemmelse, og å sørge for at bruken av tvang reduseres i det norske helsevesenet. Helse- og omsorgsdepartementet kom i juli 2021 med et høringsnotat som gjør rede for hvordan departementet så langt har vurdert de sentrale forslagene fra utvalget.² Fristen for andre til å komme med innspill til dette høringsnotatet ble satt til 8.november 2021.

I dag finner vi bestemmelser for adgangen til gjennomføring av tvungen helsehjelp i flere forskjellige helserettslige lover. De to mest generelle er lov 2.juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven), heretter omtalt som pbrl. og lov 2.juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven), heretter omtalt som phvl., som gjelder for bruken av tvang ved henholdsvis somatisk og psykisk helsehjelp. I tillegg til disse finnes det mer spesialiserte bestemmelser for bruken av tvang overfor psykisk utviklingshemmede og rusmiddelavhengige i lov 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven), heretter omtalt som hol., kapittel 9 og kapittel 10.

Arbeidet for å samle alle disse bestemmelsene inn i samme lov vil naturligvis bero på å definere hva som i dag ligger i de forskjellige rettstilstandene. Er det slik at rettstilstanden i dag definerer tvang på samme måte i de forskjellige helselovene eller er terskelen for å benytte seg av tvang ulik avhengig av hvilke lovbestemmelser man befinner seg i?

I denne oppgaven kommer jeg til å undersøke nettopp hvilke forskjeller som finnes i det rettslige grunnlaget for bruken av tvang i helseretten. Spørsmålet er hvorvidt det finnes vesentlige forskjeller i både hvordan begrepet tvang defineres, og hvorvidt terskelen for bruk ligger på

¹ NOU 2019: 14

² Helse- og omsorgsdepartementet (2021)

noenlunde samme sted. Jeg kommer også til å se på hvilke konsekvenser eventuelle forskjeller vil ha for arbeidet mot en ny felles tvangslov og gå gjennom forslagene til hvilket nivå den nye tvangsbegrensingsloven skal legge seg på i forhold til den nåværende lovgivningen.

1.2 Avgrensning og begrepsavklaringer

På grunnlag av temaets store omfang, finner jeg det nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger i oppgaven. Jeg kommer i oppgaven kun til å foreta en gjennomgang av de reglene som finnes for helserettlig tvangsbruk etter pbrl. og phvl. Spørsmål eller vurderinger som knytter seg til rusmiddelavhengige, psykisk utviklingshemmede eller barn kommer derfor ikke til å bli belyst i oppgaven. Dette til tross for at det nye regelverket som er under arbeid også er ment å omfatte disse gruppene.

Før jeg går løs på selve oppgaven, ser jeg det som hensiktsmessig å gå gjennom noen sentrale begreper som blir brukt. Begrepet *tvang* er gjennomgående i oppgaven. I lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (strl.) § 251 er det oppstilt et generelt vern mot tvang. Her blir tvang definert som urettmessig adferd eller trusler om slik adferd som tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe. I moderne helselovgivning blir begrepet «tvang» brukt som stikkord for typer samhandling mellom person og helsepersonell, som må beskyttes av særlige rettssikkerhetsgarantier.³ Det finnes ingen entydig begrepsdefinisjon. De mest vanlige måtene å beskrive tvang på er enten som overvinnelse av motstand, som fravær av gyldig samtykke, eller i de situasjonene der det er et ekstra kontrollbehov. For en mer detaljert gjennomgang av definisjonen av begrepet «tvang», se kapittel 5.1

Begrepet *pasient* er definert i pbrl. § 1-3 (1) bokstav b. Der står det at en pasient er «en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle». Jeg kommer i denne oppgaven til å benytte begrepet med den samme definisjonen som brukt i pbrl.

Oppgaven kommer til å bære preg av at jeg skiller mellom psykisk helsevern og somatisk helsehjelp. Hva som menes med *psykisk helsevern* er definert i phvl. § 1-2. Der står det at dette er «spesialisthelsetjenestens undesøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever». Begrepet *helsehjelp* er definert i pbrl. § 1-3 (1) bokstav c og omfatter «handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell». Det vil si at begrepet helsehjelp også omfatter psykisk helsevern. Når jeg i oppgaven snakker om somatisk helsehjelp, legges det til grunn at begrepet somatisk omfatter fysiske aspekter av medisinen. Somatisk helsehjelp vil dermed innebære all helsehjelp som ikke er psykisk.

³ NOU 2019: 14 s. 366

1.3 Metodebruk

I denne oppgaven benytter jeg meg av rettsdogmatisk metode. Det er en metode som bygger på en analyse av rettslig materiale med mål om å ta stilling til rettsspørsmål. Det vil si at man bygger på rettskildefaktorene, avgjør hvilken relevans de har, diskuterer hvilke slutninger de gir grunnlag for, og foretar en avveining av hvilke hensyn som alt i alt har mest for seg.⁴ Dersom rettsspørsmålet man ønsker å ta stilling til er lovregulert, er det vanlig å begynne i lovteksten, før man trekker inn eventuelle andre slutninger fra andre rettskilder. Slike andre rettskilder kan være lovforarbeider, rettspraksis, internasjonale forpliktelser (som menneskerettighetene), sedvanerett, forvaltningspraksis eller reelle hensyn.⁵

Ettersom helseretten er et område som i stor grad bygger på forvaltningspraksis og antallet avgjørelser fra Høyesterett er beskjedent, kommer jeg i oppgaven til å tillegge rundskriv fra helsedirektoratet en relativt stor vekt ved vurderingen av hvordan vilkårene skal tolkes. Dette fordi slike rundskriv ofte er mye i bruk blant helsepersonell og andre som benytter seg av lovverket. Det er derfor en god pekepinn på hva som er regjerende praksis.

Som nevnt innledningsvis, er det for tiden satt i gang et stort arbeid med å opprette en ny tvangslov på helserettens område. Diverse dokumenter som allerede er skrevet i forbindelse med dette, NOU, høringsnotat, høringsinnspill osv., vil med tiden regnes som forarbeider til den nye loven dersom den skulle bli vedtatt. I tillegg til dette vil dokumentene også ha relevans for redegjørelsen for hva som er gjeldende rett i dag, etter de nåværende helselovene. Dette fordi dokumentene inneholder detaljerte beskrivelser av dagens rettsstilstand, og i denne sammenhengen kan forarbeidene til den eventuelle nye tvangsbegrensningsloven oppfattes som etterarbeider til de helselovene som er gjeldende i dag.

1.4 Videre fremstilling

Jeg kommer til å begynne oppgaven med en gjennomgang av hvilke rettslige grunnprinsipper og menneskerettigheter som danner grunnlaget for de rettslige rammene nåværende og eventuell ny helselovgivning må holde seg innenfor i kapittel 2. Kapittel 3 og 4 inneholder en metodisk gjennomgang av de vilkårene som må foreligge for at det skal være adgang til å benytte seg av tvang overfor pasienter i henholdsvis pbrl. og phvl. I kapittel 5 kommer jeg til å knytte disse vilkårene opp mot forskjeller som finnes på disse helseområdene med tanke på hva som regnes som tvang og hva som skal til for at man skal nå en terskel der bruken av tvang kan rettferdiggjøres. Jeg kommer også i kapittel 5 til å se på hvordan disse spørsmålene er foreslått løst i den

⁴ Graver (2008)

⁵ Mestad (2019) kapittel 3

nye loven, før jeg til slutt kommer til å gi en kort oppsummering og noen avsluttende bemerkninger i kapittel 6.

2 Helsereettslige grunnprinsipper og menneskerettigheter

Det norske rettssystemet bygger på en rekke grunnleggende verdier og prinsipper som er avgjørende for hvordan vi definerer oss selv som stat og hvordan vi bygger opp vår nasjon. Slike prinsipper fungerer som overordnede formål og hensyn som ligger bak mange av de rettsnormene vi har i landet. Verdiene vil også i stor grad kunne påvirke hvordan gjeldende rett skal tolkes eller utøves. I tillegg til dette er norsk rett bundet av de menneskerettighetene (og andre internasjonale rettskilder) som vi har forpliktet oss til. På samme måte som for de rettslig overordnede prinsippene, er menneskerettighetene utformet generelt og gjelder overordnet over alle rettsområder. Mange av dem har hatt direkte innvirkning på hvordan tvangslovene i norsk helserett er bygget, og vil ha stor påvirkning på hvordan vi velger å eventuelt utforme nye lover og regler.

På grunnlag av dette finner jeg det hensiktsmessig å starte oppgaven med å gi en gjennomgang av de mest sentrale grunnprinsippene i norsk rett som vil være relevante i en gjennomgang av gjeldende tvangslovgivning. Jeg vil også gå gjennom de menneskerettighetene som taler både for og imot bruken av tvang og hvordan slik tvang eventuelt burde gjennomføres.

2.1 Helsereettslige grunnprinsipper

Det finnes en rekke overordnede formål og idealer på helserettens område. Mange av dem er inntatt i de forskjellige helselovenes formålsbestemmelser, mens andre finnes i lovenes forarbeider. Det som kompliserer bildet, er at slike hensyn ikke alltid peker i samme retning. Noen ganger vil verdiene overlape hverandre eller gli inn i hverandre, andre ganger kan man ende opp med to forskjellige hensyn som taler for helt forskjellige konklusjoner.⁶ Aslak Syse har i flere av sine lærebøker oppstilt en liste som skal ta for seg de viktigste hensynene i norsk helserett, som bygger på en tradisjonell nordisk medisinsketisk terminologi.⁷ Den er som følger:

- *Selvbestemmelsesretten*
- *Autonomi som ideal*
- *Retten til privatliv*
- *Respekt for personens vurderinger*
- *Respekt for fysisk og psykisk integritet*
- *Beskytte mot skade*
- *Gjøre det gode*
- *Hindre diskriminering*
- *Rettsikkerhet*
- *Rettferdighet*
- *Respekt for selve livet eller livets hellighet*
- *Effektiv ressursutnytting*

⁶ Befring (2020) s. 207

⁷ Befring (2020) s. 208

Ut ifra listen over er det åpenbart at mange av de nevnte prinsippene overlapper hverandre. Men det er også klart at enkelte ikke alltid er kompatible. Hvordan skal man for eksempel løse en situasjon der en pasient med en livstruende skade ikke ønsker helsehjelp? Veier prinsippet om pasientens selvbestemmelsesrett tyngre enn plikten til å hjelpe andre?

Jeg kommer nå til å gå gjennom noen av de viktigste og mest sentrale prinsippene i norsk rett, som også vil være spesielt relevante ved helserettslige rettsområder.

2.1.1 Selvbestemmelsesretten

Norsk helserett bygger i stor grad på selvbestemmelsesrett. Den går ut på at hvert individ selv har retten til å bestemme over sin egen kropp og sitt eget liv, også der individets ønsker ikke nødvendigvis er til deres eget beste. Selvbestemmelsesretten har stor tyngde, og det skal mye til før andre forhold eller hensyn trumfer dette grunnleggende prinsippet. Selvbestemmelsesretten kommer til uttrykk i flere av helselovene. Se som eksempel pbrl. § 4-1 (1) 1.punktum og phvl. § 2-1 (1), som begge sier at hovedregelen for helsehjelp eller psykisk helsevern er at denne skal ytes på bakgrunn av pasientens samtykke.

Det stilles strenge krav til hva som kan regnes som et godkjent samtykke. Hele kapittel 4 i pbrl. er viet til reglene for samtykke til helsehjelp. Her stilles det blant annet krav til samtykkets form og hvilken informasjon pasienten har rett på før et eventuelt samtykke blir gitt. Det sistnevnte blir ofte omtalt som et «informert samtykke». Hovedpoenget er at pasienten skal ha all den informasjonen som er nødvendig for å kunne foreta et valg på et opplyst grunnlag.⁸ Se mer om dette i kapittel 3.2.1.

Bruk av tvang for å yte helsehjelp eller psykisk helsevern vil innebære at man ser bort fra hovedregelen om at samtykke er nødvendig. På den måten velger man også å gi andre hensyn enn hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett avgjørende vekt. Et eksempel på et slikt annet hensyn kan være helsepersonells plikt til å beskytte mot skade.

2.1.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet bygger på at dersom det offentlige ønsker å innskrenke borgernes rettigheter, må det finnes hjemmel i lov for å gjøre dette. På strafferettens område har prinsippet vært grunnlovsfestet helt siden 1814. I Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814 (Grl.) § 96 står det at «ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom». Selv om ikke legalitetsprinsippet utenfor strafferettens område ble inntatt i Grl. før ved grunnlovsreformen i 2014, har

⁸ Befring (2020) s. 147

prinsippet fungert som ulovfestet rett.⁹ Dette innebærer at bestemmelsen i Grl. kun er en kodifisering av det som allerede var ulovfestet rett.

I Grl. § 113 står det at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Denne bestemmelsen innebærer at «den vanlige borger» er beskyttet mot eventuell maktmisbruk fra myndighetenes side. Når det kommer til bruken av tvang i helseretten, innebærer legalitetsprinsippet at all bruk av tvang, enten det er frihetsberøvelse i forbindelse med institusjonsplassering, tvangsmedisinering eller annen tvungen behandling, må være hjemlet i lov.

2.1.3 Minste inngreps prinsipp

Et annet grunnleggende prinsipp i norsk rett, er det som blir kalt for «minste inngreps prinsipp». Prinsippet bygger på at dersom man står foran valget mellom flere forskjellige mulige handlingsalternativer, skal man velge det alternativet som vil være minst inngripende. Prinsippet er blant annet lovfestet i barneretten gjennom lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 4-12 (2). Tilsvarende bestemmelse finnes også i EMK art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. Der står det i andre ledd at inngrep i denne retten kun kan skje dersom det er «nødvendig». Nødvendighetsvurderingen bygger på hvorvidt gitte tiltak er proporsjonale i forhold til det utfallet eller de resultatene man med rimelighet må kunne regne med at de gir.

I forbindelse med bruken av tvang på helserettslige områder vil prinsippet være aktuelt både ved vurderingen av hvorvidt det er adgang til å benytte seg av tvang i det hele tatt, og i hvilken utstrekning tvang kan brukes. Både pbrl. og phvl. stiller som krav til bruk av tvang at inngrepet skal være nødvendig for å enten helbrede pasienten, eller unngå at pasienten blir dårligere. Om samme resultat kan oppnås ved mindre inngripende tiltak, er det ikke adgang til å benytte seg av tvang.

2.1.4 Omsorgsplikten

En helt grunnleggende verdi i norsk helserett er at helsepersonell (og andre) skal strebe etter å gjøre det gode, beskytte andre mot skade og sykdom, og beskytte menneskers overordnede rett til liv. Utgangspunktet er at omsorgsplikten bygger på en paternalistisk grunnholdning.¹⁰ Paternalisme innen helsetjenesten vil si en idé om at andre enn pasienten selv fatter beslutningen på vegne av pasienten som følge av at vedkommende vet bedre enn pasienten selv. I praksis vil det i helseretten være snakk om helsepersonell som gjennom sin utdanning og kompetanse innen fagfeltet er bedre egnet til å velge de riktige beslutningene enn en pasient.

⁹ Befring (2020) s. 202

¹⁰ Befring (2016) s. 32

Det er spesielt denne tankegangen som rettferdiggjør bruken av tvang i helseretten. Her ser man for seg at andre enn pasienten selv vil være mer egnet til å velge hva som er til det beste for pasienten i de tilfellene der vedkommende mangler samtykkekompetanse.

2.2 Menneskerettigheter og forholdet til bruken av tvang

Menneskerettigheter er de rettighetene og frihetene ethvert menneske har i kraft av å være et menneske.¹¹ I rettslig sammenheng ser man gjerne til de internasjonale konvensjonene som flere stater sammen har blitt enig om å kalle menneskerettigheter. I dette delkapittelet kommer jeg til å gå gjennom noen av de menneskerettighetene som har størst betydning for de helserettslige grunnprinsippene. I Norge har Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen fra 1950 (EMK) fått direkte virkning i norsk rett, og gitt forrang foran annen internrettslig lovgivning etter lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3.¹² I tillegg til dette vil redegjørelsen under vise at mange av de sentrale artiklene i EMK også har tilsvarende bestemmelser i GrL. Dette viser at menneskerettighetene har en tungtveiende plass i det norske rettssystemet.

2.2.1 Retten til liv og helse

I EMK art. 2 nr. 1 står det: «*Retten for enhver til livet skal beskyttes ved lov. Ingen må med hensikt bli berøvet livet unntatt ved fullbyrdelse av en dom avsagt av en domstol etter å være funnet skyldig i en forbrytelse som loven bestemmer denne straff for.*» Her blir det altså oppstilt en generell rett til liv, med unntak for dødsstraff. Norge operer ikke med denne type straff og den tilsvarende bestemmelsen i GrL § 93 (1) lyder derfor slik: «*Ethvert menneske har rett til liv. Ingen kan dømmes til døden*». Det vil si at staten Norge operer med et enda strengere vern om retten til liv enn det som følger av EMK.

I tillegg til retten til liv gjennom EMK er Norge også forpliktet av den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). I ØSK art. 12 står det at partene anerkjenner retten for enhver til den høyest oppnåelige helsestandard, både fysisk og psykisk.

Disse rettighetene kan innebære plikter for staten til å gjennomføre reguleringer for å beskytte befolkningen, og det innebærer en plikt for staten til å utvikle en helsetjeneste som personer som trenger helsehjelp har tilgang til. Dette vil også omfatte de personene som kanskje ikke selv er i stand til å forstå at de trenger helsehjelp.

¹¹ Strand (2015) s. 15.

¹² Kjønstad (2017) s. 464

2.2.2 Umenneskelig eller nedverdiggende behandling

EMK art. 3 lyder som følger: «*Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*». Nøyaktig den samme ordlyden finnes i Grl. § 93 (2). I forbindelse med denne oppgaven er det spesielt forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling som er av interesse.

I flere saker som har vært oppe for den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har EMK art. 3 blitt anvendt for å fastlegge minstekrav til behandlingen innen psykisk helsevern. Det legges til grunn i Ot.prp.nr. 57 (1995-1996) om tvangsbruk overfor utviklingshemmede at tilsvarende må gjelde for behandlingstilbud overfor alle klientgrupper.¹³ Der helsehjelp foregår etter samtykke fra pasienten, vil det heller ikke være snakk om noe brudd på EMK art. 3. Helsehjelp av en viss inngripende karakter, som blir gitt uten samtykke, krever derimot en tungtveiende begrunnelse for å ikke anses som i strid med art. 3.¹⁴

Slike tungtveiende grunner kan for eksempel være statens forpliktelser etter andre konvensjonsrettigheter. Inngrep som er gjort for å verne pasientens liv eller helse er dermed ikke alltid å regne som konvensjonsstridig. Tiltak som begrunnes i hensyn til å beskytte andres liv eller helse vil også kunne være tillatt. Se Herczegfalvy mot Østerrike der tvangsmedisinering ble regnet som ikke konvensjonsstridig der det ble brukt for å redusere risikoen pasienten representerte for andre.

Tilsvarende ble det konkludert med i HR-2016-1286-A at dersom formålet med tvangsmedisineringen er terapeutisk, bygger på en forsvarlig medisinsk vurdering og er forholdsmessig, vil behandlingen være i samsvar med EMK art. 3 og Grl. § 93 (2).¹⁵

2.2.3 Retten til frihet og sikkerhet

I EMK art. 5 nr. 1 slås det fast at enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Videre følger det at ingen kan bli fratatt sin frihet med mindre det følger av gitte tilfeller ramset opp i samme artikkel, og disse tilfellene er i samsvar med framgangsmåte foreskrevet i lov. I EMK art 5 nr. 4 står det at den som har blitt utsatt for frihetsberøvelse skal ha rett til å anlegge sak for domstol om lovligheten av frihetsberøvelsen. Grl. § 94 (1) legger det samme til grunn, samt at frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep. Det er altså tydelig at både legalitetsprinsippet og minste inngreps prinsipp veier tungt i tilfeller der det er snakk om frihetsberøvelse.

¹³ Kjønstad (2017) s. 466

¹⁴ Aall (2018) s. 199

¹⁵ Aall (2018) s. 200

Relevant for denne oppgaven er spesielt art. 5 nr. 1 bokstav e. Der står det at det kan foretas lovlig frihetsberøvelse av personer for å hindre spredning av smittsomme sykdommer, av sinnslidende, alkoholister, narkomane eller løsgjengere. Psykiatriske pasienters stilling etter denne bestemmelsen har vært oppe for vurdering i EMD mange ganger.¹⁶ I Winterwerp mot Nederland la EMD vekt på å klarlegge hvilke omstendigheter som må sikres rundt en administrativ frihetsberøvelse for at den ikke skal være i strid med EMK art. 5. Kriteriene som kan trekkes ut fra denne dommen blir ofte kalt Winterwerp-kriteriene og lyder som følger:

«The government must be able to show by reliable evidence before the competent national authority that:

- 1. A true mental disorder has been established by objective medical expertise;*
- 2. The mental disorder is of kind or degree warranting compulsory confinement; - and for any prolongation of detention the government must also be able to show that:*
- 3. The continued confinement is based on the persistence of the disorder»¹⁷*

Det er allikevel ikke disse kriteriene som byr på mest problemer. I de fleste tilfellene der stater har brutt EMK art. 5, har det vært på grunnlag av at pasienten ikke har fått prøvd lovligheten av vedtak for en domstol, ofte fordi en verge har samtykket til plasseringen og den dermed har skjedd «frivillig».¹⁸

2.2.4 Retten til respekt for privatliv og familieliv

I EMK art. 8 nr.1 står det at «*enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse*». Videre står det i andre ledd at offentlig myndighet ikke skal kunne gjøre inngrep i disse rettighetene med mindre inngrepet er hjemlet i lov og det er nødvendig av hensyn til nasjonal sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og frihet. Retten til respekt for ens privatliv og familieliv er også fremhevet i Grl. § 102.

Statene har en viss skjønnsmargin som EMD respekterer at de kan handle innenfor. Det kan virke som at denne skjønnsmarginen strekker seg lenger i saker der psykiatriske pasienter blir utsatt for mulig integritetskrenkende behandling.¹⁹ Se som eksempel Hercegfalvy mot Østerrike der EMD kom til at verken art. 3 eller art. 8 var krenket på tross av relativt røff behandling.

¹⁶ Bartlett (2007)

¹⁷ Wachenfeld (1991) s. 142

¹⁸ Stankov mot Bulgaria og Červenka mot Tsjekkia

¹⁹ Kjønstad (2017) s. 469

Retten konkluderte derimot med at Østerrike handlet konvensjonsstridig som følge av at all utgående post fra pasienten var blitt sensurert og konfiskert, uten nasjonal lovhjemmel.

2.2.5 Forbud mot diskriminering

Det blir oppstilt forbud mot diskriminering i EMK art. 14, der det står at rettigheter og friheter etter EMK skal bli gitt til alle uten diskriminering på noe grunnlag slik som: *«kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status»*. Grl. § 98 slår enkelt fast at *«alle er like for loven»* og at *«intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling»*.

Forbudet mot diskriminering innebærer at alle skal besitte de samme rettighetene på tross av for eksempel sykdom eller funksjonshemninger, og bakgrunnen for å frata folk grunnleggende rettigheter gjennom bruken av tvangsinnleggelse eller lignende må være forankret i andre hensyn enn de som kan spores tilbake til diskriminering.

3 **Vilkår for bruk av tvang i pasient- og brukerrettighetsloven**

For å kunne gjennomføre en sammenligning av reglene i de to sentrale tvangslovene i norsk helserett, finner jeg det hensiktsmessig å begynne med å redegjøre for hva som er gjeldende rett ved å gå gjennom vilkårene som foreligger for bruken av tvang i de to lovene. Jeg kommer i dette kapitlet til å redegjøre for vilkårene ved somatisk helsehjelp, mens vilkårene for bruken av tvang innen psykisk helsevern blir gjennomgått i kapittel 4.

Pbrl. har et eget kapittel som inneholder regler om å gi helsehjelp til pasienter som ikke har samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen. Dette er kapittel 4A, og det omtales også som lovens tvangskapittel. Pbrl. § 4A-2 gir føringer på når lovens tvangskapittel kommer til anvendelse. De første vilkårene for adgangen til tvungen somatisk helsehjelp finnes dermed allerede i denne paragrafen, som lyder som følger:

«§4A-2 Virkeområde

Kapitlet kommet til anvendelse når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse, jf. kapittel 4, og som motsetter seg helsehjelpen.

Undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke kan likevel bare skje med hjemmel i lov 2. juli 1999 nr. 62 om psykisk helsevern».

Videre oppstiller lovens § 4A-3 resten av vilkårene for adgangen til tvungen somatisk helsehjelp. Bestemmelsen lyder som følger:

«§4A-3. Adgang til å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg

Før det kan ytes helsehjelp som pasienten motsetter seg, må tillitsskapende tiltak ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette.

Opprettholder pasienten sin motstand, eller vet helsepersonellet at vedkommende med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand, kan det treffes vedtak om helsehjelp dersom

- a) En unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten, og*
- b) Helsehjelpen anses nødvendig, og*
- c) Tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen*

Selv om vilkårene i første og andre ledd er oppfylt, kan helsehjelp bare gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten. I

vurderingen av om slik helsehjelp skal gis, skal det blant annet legges vekt på graden av motstand samt om det i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse.»

Vilkårene for bruken av tvang innen somatisk helsehjelp kan altså oppsummeres slik:

- Pasienten må være over den helserettslige myndighetsalderen (Kapittel 3.1)
- Pasienten må mangle samtykkekompetanse (Kapittel 3.2)
- Pasienten må motsette seg helsehjelpen (Kapittel 3.3)
- Tillitsskapende tiltak må ha vært forsøkt først (Kapittel 3.4)
- En unnlattelse av helsehjelpen kan føre til vesentlig helseskade for pasienten (Kapittel 3.5.1)
- Helsehjelpen anses nødvendig (Kapittel 3.5.2)
- Tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen (Kapittel 3.5.3)
- Helsehjelpen framtrer etter en helhetsvurdering som den klart beste løsningen for pasienten (Kapittel 3.6)

I det følgende kommer jeg til å gå gjennom hvert av disse vilkårene, og knytte noen betraktninger til hvordan de fungerer i praksis og se på hvilke hensyn som ligger bak de forskjellige vilkårene.

3.1 Helserettslig myndighetsalder

I Norge er den helserettslige myndighetsalderen 16 år. Dette følger blant annet av pbrl. § 4-3. For at reglene i pbrl. kapittel 4A skal komme til anvendelse, må pasienten være over denne helserettslige myndighetsalderen, jf. § 4A-2 (1).

For pasienter under 16 år, gjelder reglene i pbrl. § 4-4 (1) om foreldres rett til å samtykke på vegne av barn til anvendelse. Foreldre kan også samtykke til helsehjelp på vegne av barn og unge mellom 16 og 18 år uten samtykkekompetanse, så sant de ikke motsetter seg denne helsehjelpen, jf. pbrl. § 4-5. I de tilfellene der en pasient med manglende samtykkekompetanse er over 18 år, kan den som yter helsehjelpen fatte avgjørelser på vegne av pasienten, så lenge pasienten ikke viser motstand, jf. pbrl. § 4-6.

Der pasienten viser motstand til helsehjelpen er det reglene i pbrl. kapittel 4A om tvungen helsehjelp som kommer til anvendelse.

3.2 Manglende samtykkekompetanse

For å kunne si noe om når det foreligger manglende samtykkekompetanse, må det først redegjøres for hva som ligger i begrepet samtykkekompetanse. Hovedregelen for helsehjelp etter

pbrl. er at helsehjelp kun kan gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag, jf. § 4-1.²⁰ Hvem som er samtykkekompetente og hva som skal til for at et samtykke skal regnes som gyldig, er derfor av stor betydning for å kunne yte helsehjelp generelt.

3.2.1 Når foreligger et gyldig samtykke?

Andre punktum i pbrl. § 4-1 (1) slår fast at et samtykke kun er gyldig dersom pasienten har fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Dette kalles for et informert samtykke. For å skjønne hva som ligger i begrepet «nødvendig informasjon» kan det være hensiktsmessig å se til § 3-2 om pasientens og brukerens rett til informasjon. Her står det i første ledd at informasjonen som blir gitt skal være tilstrekkelig for å gi pasienten innsikt i sin egen helsetilstand og helsehjelpen. Dette innebærer at informasjonen som skal gis må være tilstrekkelig til at pasienten har et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Av forarbeidene følger det at pasienten bør få «*underretning om formål, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket*».²¹

Kravene til et informert samtykke skal likevel ikke strekkes så langt at det ikke er mulig å utføre helsehjelpen i akutte tilfeller der det ikke er tilstrekkelig tid eller det ikke er hensiktsmessig å bruke tid på å gi all den nødvendige informasjonen. Dette følger av pbrl. § 3-2 (3) som sier at man kan unngå å gi informasjon dersom det er nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv. Dette er også fulgt opp i forarbeidene til § 4-1, som stadfester at utgangspunktet er at informasjon skal gis etter reglene i § 3-2, men at det for spesielle situasjoner vil være tilstrekkelig å kun informere om tiltakets art, eventuelle alvorlige komplikasjoner og risiko.

Pbrl. § 4-2 sier noe om hvilke krav som stilles til samtykkets form. Der står det at samtykket kan gis både uttrykkelig og stilltiende. Formen som blir brukt mest i praksis er nok den stilltiende. Dette innebærer at pasienten gjennom sin handlemåte viser at vedkommende godtar helsehjelpen. Som eksempel kan det tenkes at en pasient har samtykket til at det tas en blodprøve dersom han eller hun oppsøker en lege for en allergitest, eller at pasienten samtykker til røntgen ved å svelge kontrastvæske.²² Jo mer inngripende helsehjelp som skal gis, jo større krav stilles til klarheten i samtykket.

²⁰ Pbrl. § 4-1 (1)

²¹ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999)

²² Helsedirektoratet (2015) s. 82

3.2.2 Hvem har samtykkekompetanse?

§ 4-3 i pbrl. regulerer hvem som har samtykkekompetanse. De formelle kravene knytter seg i utgangspunktet opp mot pasientens alder. Utgangspunktet er at alle som er 16 år eller eldre har samtykkekompetanse. Noen modifikasjoner finnes det allikevel. Personer mellom 16 og 18 år er kun samtykkekompetente dersom annet ikke følger av særlig lovbestemmelse eller det følger av tiltakets art.²³ Eksempel på slik lovbestemmelse kan være lov 7.mai 2015 nr. 25 om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev (transplantasjonslova) § 7 som sier at man ikke er samtykkekompetent før man har fylt 18 år. Som eksempler på tilfeller der «tiltakets art» medfører at personer mellom 16 og 18 år ikke er samtykkekompetente trekker forarbeidene opp tilfeller som deltagelse i forskningsprosjekter eller eksperimentelle behandlinger.²⁴

Det kan også tenkes tilfeller der personer over 18 år mangler samtykkekompetanse. Dette vil være tilfellet der pasienten er fratatt rettslig handleevne på det personlige området, og han eller hun ikke har mulighet til å selv samtykke, jf. § 4-7. Annen særlig lovbestemmelse kan også føre til at personer over 18 år ikke er samtykkekompetente, jf. § 4-3 (1) bokstav a.

I tillegg er personer mellom 12 og 16 år samtykkekompetente i de tilfellene der det dreier seg om helsehjelp for forhold som foreldrene eller de som har foreldreansvaret ikke er informert om, eller det følger av tiltakets art.

3.2.3 Bortfalt samtykkekompetanse

Som beskrevet over, er et av vilkårene for å kunne benytte seg av tvang i forbindelse med helsehjelp at pasienten mangler samtykkekompetanse. Over har jeg redegjort for hva som ligger i begrepet samtykkekompetanse og hvem som i utgangspunktet har dette. Hva er det så som skal til for at en person mangler samtykkekompetanse i den forstand at lovens vilkår er oppfylt?

I pbrl. § 4-3 (2) står det at «[s]amtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Unntaket omfatter kun de personene som i utgangspunktet ville vært samtykkekompetente etter lovens regler. Dersom en person aldri har hatt samtykkekompetanse, vil den heller ikke kunne bortfalle.

Det at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis» innebærer at det ikke er noen automatikk i at en person som mangler samtykkekompetanse i ett tilfelle eller én situasjon, også mangler samtykkekompetanse i andre eller tilsvarende situasjoner. Samtykkekompetansen skal vurderes i hvert enkelt tilfelle, dette for å sørge for at tiltak skal bli så lite inngripende som

²³ Pbrl. § 4-3 (1) bokstav b

²⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999)

mulig. Der det er grunnlag for å beholde deler av selvbestemmelsesretten, skal dette også gjøres. Det kan tenkes at lovens vilkår er oppfylt for noen typer helsehjelp, men ikke for andre.²⁵

Mulighetene for at samtykkekompetanse kan bortfalle etter § 4-3 (2) kan oppsummeres gjennom tre vilkår som alle må være oppfylt. I HR-2021-1263-A uttalte Høyesterett på spørsmål om hvorvidt en kvinne var samtykkekompetent i forbindelse med tvungen helsehjelp om disse vilkårene i avsnitt 39 at «[d]et må foreligge sykdom, pasienten må mangle evne til å forstå konsekvensene av sitt valg og det må være årsakssammenheng mellom sykdommen og den manglende forståelseevnen».

Det er spesielt kravet til at pasienten ikke skal forstå hva samtykket omfatter som blir satt på spissen i saker der det skal vurderes hvorvidt samtykkekompetansen er bortfalt. Pbrl. benytter seg av begrepet «åpenbart». Dette er et strengt beviskrav og dersom det foreligger noen som helst form for tvil, er det klart at lovens vilkår ikke er oppfylt. Spørsmålet har blant annet blitt vurdert i HR-2018-2204-A. Her var det snakk om en kvinne som hadde vært underlagt tvunget psykisk helsevern etter psykisk helsevernlovens § 3-3 i snart syv år, men som ønsket å avslutte behandlingen. Høyesterett konkluderte med at hun manglet samtykkekompetanse til å ta denne avgjørelsen. I vurderingen går Høyesterett gjennom forarbeider og rundskriv som kan si noe om hvilke momenter det skal legges vekt på ved vurderingen. Fire momenter fra et rundskriv fra 2017²⁶, som også er blitt gjengitt i Prop.147 L (2015-2016) s. 19 blir løftet frem i avgjørelsen.

«- Evnen til å utrykke et valg

- *Evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp*
- *Evnen til å anerkjenne informasjon i sin egen situasjon, spesielt i forhold til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsoalternativene*
- *Evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsoalternativene»*

Likevel er det viktig å nevne at disse momentene ikke er egnet for å gi et eksakt svar på om pasienten forstår hva samtykket omfatter. De er heller et rammeverk som kan brukes til å oppnå en systematisk vurdering av pasienten, og skal kun brukes som en del av en helhetsvurdering.

Det kan til tider virke som det er en viss uvisshet knyttet til tolkningen av vilkåret om at pasienten ikke er i stand til å forstå hva samtykket gjelder. Østenstad legger til grunn at det er to forskjellige tolkningsprinsipp som gjør seg gjeldende, avhengig av om det er snakk om

²⁵ Ot.prp.nr 12 (1998-1999)

²⁶ Helsedirektoratet (2017)

samtykke til helsehjelp eller nekting av å motta helsehjelp. Ved vurderingen av samtykke til helsehjelp er det alvorsgraden av selve inngrepet som er avgjørende, mens det ved nekting av helsehjelp er alvorsgraden av konsekvensene av å ikke motta helsehjelp som er avgjørende.²⁷

3.3 Motstand

Pbrl. § 4A-2 oppstiller motstand som et av vilkårene for å benytte seg av tvang ved somatisk helsehjelp. Dersom pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen, regnes den heller ikke som tvungen. Derfor er det nødvendig å klarlegge hva som ligger i begrepet «motstand» og når man kan si at en pasient motsetter seg helsehjelpen.

Det finnes ingen klare regler på hvordan motstanden skal uttrykkes, både fysisk og verbal motstand er tilstrekkelig. Vurderingen som må tas av helsepersonell vil på mange måter være av skjønnsmessig karakter. Helsepersonell må tolke pasientens reaksjoner for å klargjøre hvorvidt pasienten ønsker helsehjelpen eller ikke. Innforstått i dette, må man også se på pasientens evne til å motsette seg helsehjelp. I slike tilfeller vil pasientens pårørende kunne spille en viktig rolle i å klarlegge pasientens ønsker. Dersom helsepersonell ved vurderingen er i tvil om hvorvidt pasienten motsetter seg helsehjelpen eller ikke, skal det legges til grunn at pasienten motsetter seg helsehjelpen.²⁸ Dette for å sikre pasientens rettigheter over sitt eget liv og integritet.

Likestilt med de tilfellene der pasienten motsetter seg helsehjelpen, er de tilfellene der man kan forvente at pasienten kommer til å motsette seg helsehjelpen. Som eksempel på et tilfelle av forventet motstand skisserer Helsedirektoratet en situasjon der en dement pasient gjentatte ganger nekter å ta medisiner sine. På grunnlag av tidligere erfaring kan det derfor være anledning til å gå ut fra at motstandskriteriet er oppfylt og gi medisinen i syltetøy eller lignende, så sant de resterende vilkårene for bruk av tvang i pbrl. kapittel 4A også er oppfylt.²⁹

I hvilken grad pasienten motsetter seg helsehjelpen vil også være av betydning. Dette følger blant annet av kravet til en helhetsvurdering etter pbrl. § 4A-3 siste ledd, der det står at et moment i vurderingen skal være graden av motstand. Se mer om dette i kapittel 3.6.

Konsekvensen av kravet til motstand fra pasienten, innebærer at dersom pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen, vil heller ikke reglene om tvungen helsehjelp etter pbrl. kapittel 4A komme til anvendelse. For de tilfellene der pasienten mangler samtykkekompetanse, men ikke

²⁷ Østenstad (2021)

²⁸ Syse

²⁹ Helsedirektoratet (2015) s. 111

motsetter seg helsehjelpen, gjelder reglene i pbrl. § 4-6 og eventuelt § 4-6a.³⁰ Ser mer om dette i kapittel 5.2.1.

3.4 Tillitsskapende tiltak

I pbrl. § 1-1 (2) står det at bestemmelsene i loven blant annet skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helse- og omsorgstjenesten, samt fremme sosial trygghet og ivareta respekten for liv, integritet og menneskeverd. Denne bestemmelsen innebærer at adgangen til å benytte seg av tvang bør være strengt regulert og ikke skal forekomme med mindre det er helt nødvendig. Det er derfor naturlig at det blir oppstilt som vilkår for adgangen til bruken av tvang at det har blitt gjort forsøk på å unngå det.

Dette kommer til uttrykk i pbrl. § 4A-3 (1), som sier at for at det skal kunne gis helsehjelp som pasienten motsetter seg, må tillitsskapende tiltak ha vært forsøkt først, med mindre det åpenbart er formålsløst å forsøke dette. Det skal derfor svært mye til for at helsepersonell kan iverksette tvungen helsehjelp uten først å ha forsøkt slike tiltak.

Poenget med å oppstille et slikt krav, er å hjelpe pasienter som i utgangspunktet ikke ønsker helsehjelpen til å forstå at den er nødvendig på en slik måte at de velger å samtykke likevel. På den måten har pasienten fortsatt sin selvbestemmelsesrett i behold, og unødvendige inngrep i den personlige integritet kan bli unngått.

Om forsøk på tillitsskapende tiltak står det i forarbeidene at helsetjenesten skal legge forholdene best mulig til rette for at pasienten skal gi opp motstand og dermed forebygge bruken av tvang i helsesituasjoner. Helsepersonellet skal arbeide for å få pasienten til å forstå at det er i vedkommendes interesse å motta helsehjelpen.³¹ Hvor lenge det kan forventes at helsepersonell forsøker med tillitsskapende tiltak, vil variere avhengig av hvor viktig helsehjelpen er. Dersom helsehjelpen er av kritisk eller akutt karakter, kan tillitsskapende tiltak naturligvis ikke prøves i like stor grad som ved helsehjelp av mindre kritisk karakter.³²

I HR-2021-1263-A legger førstvoterende til grunn at vurderingen av hvilke tiltak som er aktuelle vil bero på hvilke virkemidler som er tilgjengelig for helsepersonellet. I praksis vil de tillitsskapende tiltakene ofte være tilpasninger som gjør helsehjelpen mindre inngripende for pasienten, samt samtaler mellom pasient og helsepersonell.

I rundskriv fra Helsedirektoratet legges det vekt på at tiltakene kan være direkte knyttet til en situasjon der pasienten allerede viser motstand til helsehjelpen, samt andre tiltak som er ment å

³⁰ Helsedirektoratet (2015) s.111

³¹ Ot.prp.nr. 64 (2005-2006) s. 87

³² Helsetilsynet (2020) s.17

brukes over lengre tid som skal bygge tillit mellom pasient og helsepersonell. Dette kan igjen kan bidra til mindre motstand hos pasienten i fremtiden. Ved sistnevnte tilfelle er det spesielt viktig å tilrettelegge rutiner på helseinstitusjonen, samt sørge for at miljøet pasienten befinner seg i er av en slik art at pasienten føler seg trygg, og dermed er mer mottakelig for helsehjelpen som blir tilbudt.³³

Helsedirektoratet nevner fire eksempler på tillitsskapende tiltak som kan benyttes over tid for å oppnå en generell tillit hos pasienten. Det første punktet går på en helhetlig tenkning rundt hvordan man legger opp helsehjelpen og utformer institusjonene. Det skal legges til rette for at pasienten skal føle seg trygg og forstå hva som skjer. Punkt to går ut på å skape en tillitsfull relasjon mellom den som yter helsehjelpen og pasienten. Denne relasjonen er viktig begge veier. Pasientens tillit til helsepersonellet gjør ofte at det oppstår mindre motstand. I tillegg vil helsepersonell som kjenner pasienter ofte ha større kunnskap om hva som kan gjøres for å unngå motstand hos pasienten. Det tredje eksempelet går ut på veiledning og erfaringsoverføring både mellom helsepersonell generelt, men også gjennom bruk av journaler for individuelle pasienter. Til sist nevnes refleksjonsgrupper mellom helsepersonell, der man kan dele erfaringer og drøfte vanskelige juridiske og helsefaglige situasjoner.

I tillegg til disse eksemplene, kommer også helsedirektoratet i sitt rundskriv med flere eksempler på tiltak som kan benyttes i mer konkrete situasjoner der pasienten motsetter seg eller kan komme til å motsette seg helsehjelpen. Her inngår blant annet kartlegging av årsak til motstand, informering og kommunikasjon med pasienten, samarbeid med pårørende og tilvenning over tid.³⁴

3.4.1 Unntak: åpenbart formålsløst

Som nevnt over kan helsepersonell se bort fra vilkåret om at tillitsskapende tiltak må ha vært forsøkt i de tilfellene der dette vil være «åpenbart formålsløst», jf. ordlyden i pbrl. § 4A-3 (1). Dette er en snever unntaksregel, og det skal svært mye til for at den kommer til anvendelse. Dette synspunktet legges til grunn både i IS/2015-8³⁵ og i NOU 2019 nr. 14³⁶. Tilsvarende ordlyd blir benyttet i psykisk helsevernloven § 3-3 der det står at frivillig psykisk helsevern skal forsøkes først, der dette ikke er åpenbart formålsløst. Terskelen på disse to rettsområdene vil nok være relativt like. Ser mer om dette i kapittel 4.1.1.

³³ Helsedirektoratet (2015)

³⁴ s.117

³⁵ S.117

³⁶ S.116

3.5 Tilleggsvilkårene

Dersom pasienten fortsatt opprettholder sin motstand, eller det er klart at pasienten med stor sannsynlighet vil fortsette å opprettholde sin motstand etter at tillitsskapende tiltak har vært forsøkt oppstiller pbrl. § 4A-3 oppstiller en mulighet for å benytte seg av tvungen helsehjelp dersom de tre kumulative vilkårene i annet ledd er oppfylt. Under går jeg gjennom hver av disse vilkårene.

3.5.1 Vesentlig helseskade

Pbrl. § 4A-3 (2) bokstav a oppstiller som vilkår for bruken av tvang ved somatisk helsehjelp at en unnlatelse av å gi helsehjelpen kan føre til vesentlig helseskade for pasienten. Begrepet «helseskade» omfatter både fysisk og psykisk skade. Det kan være snakk om alt fra små, ubetydelige skader til mer alvorlige, livstruende skader.³⁷ Lovens ordlyd gir ikke adgang til å gi helsehjelp på grunnlag av helseskade hos andre enn pasienten.³⁸ At helseskaden må være «vesentlig» stiller krav til at skaden må ha et betydelig omfang og/eller ha alvorlige konsekvenser.³⁹ Kravet som blir oppstilt er et strengt krav og innebærer en relativt høy terskel for at helsehjelp skal gis på tross av pasientens motstand.

Det fremgår av forarbeidene at lovgivers tanke bak begrepet «vesentlig helseskade» skal strekke seg lenger enn de tilfellene som er omfattet av lov 2.juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) § 7 om øyeblikkelig helsehjelp. Det vil si at selv om terskelen for å si at en helseskade er «vesentlig» etter lovens forstand er høy, skal den legges på et nivå som er noe lavere enn de tilfellene som faller inn under bestemmelsene om øyeblikkelig hjelp i helsepersonelloven.⁴⁰

Det er ikke bare den helsehjelpen som direkte behandler en foreliggende helseskade som kan gis på tross av motstand. Også helsehjelp som forebygger en fremtidig vesentlig helseskade vil være omfattet. Undersøkelse og diagnostisering er ofte forutsetninger for å kunne gi behandling, og vil derfor også kunne gjennomføres med tvang. Videre vil helsehjelp som ikke har som hovedmål å lege pasienten, men som heller tar sikte på å sørge for at tilstanden ikke blir verre også kunne ytes tross motstand.⁴¹

³⁷ Ot.prp.nr 64 (2005-2006) s.38

³⁸ Haavardsholm (2021)

³⁹ Ot.prp.nr. 64 (2005-2006) s.87

⁴⁰ Ot.prp.nr 64 (2005-2006) s. 39

⁴¹ Ot.prp.nr 64 (2005-2006) s. 39

3.5.2 Helsehjelpen er nødvendig

Det neste vilkåret finnes i pbrl. § 4A-3 (2) bokstav b. Der står det at helsehjelpen må anses nødvendig. Det vil si at helsehjelpen som gis må være av en slik art at den er egnet til å unngå den vesentlige helseskaden som vil kunne inntreffe dersom helsehjelpen ikke blir gitt. De to vilkårene om at unnløstelse av helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade og at helsehjelpen må anses nødvendig, vil ofte skli inn i vurderinger som overlapper hverandre. I mange tilfeller vil helsehjelp som må gis for å unngå vesentlig helseskade, også anses som nødvendig. Allikevel er det viktig å forsøke å sette opp to separate vurderinger for de to vilkårene.

Hva som etter lovens forstand er å regne som «nødvendig» må avgjøres etter en konkret faglig vurdering. Nødvendighetskravet etter pbrl. kapittel 4A er ikke like strengt som ved øyeblikkelig helsehjelp etter hpl. § 7. Her blir begrepet «påtrengende nødvendig» brukt.⁴² Kravet til nødvendighet ligger nok mer på linje med begrepet «nødvendig helsehjelp» i pbrl. §§ 2-1a og 2-1b, der forskjellen er at «nødvendig» helsehjelp i dette tilfellet kun er avgrenset til å gjelde helsehjelp som er nødvendig for å hindre vesentlig helseskade.

Slik som i det forrige punktet om vesentlig helseskade, er det også verdt å nevne at det ikke stilles krav til at helsehjelpen skal føre til fullstendig helbredelse. Det er nok for å oppfylle lovens vilkår at helsehjelpen er nødvendig for å hindre vesentlig økt skade.⁴³ Eksempler på dette er pleie som gis for å lindre smerter til pasienter på dødsleiet, eller helsepleie som gir pasienter med kroniske lidelser sjansen til å leve et mer normalt liv.⁴⁴

3.5.3 Forholdsmessighet

Det siste tilleggsvilkåret blir oppstilt i pbrl. § 4A-3 (2) bokstav c. Der står det at tiltakene skal stå i forhold til behovet for helsehjelpen. Dette kan ses på som et utslag av en regel om forholdsmessighet og proporsjonalitet. Det følger av grunnleggende rettslige prinsipper at de tiltak som benyttes ikke skal være mer inngripende enn det som er nødvendig i den aktuelle saken. Se kapittel 2.1.3.

For at et tiltak skal stå i forhold til behovet for helsehjelpen må følgene av å gjennomføre tiltaket være klart mer positivt enn de negative følgene ved å benytte seg av tvang.⁴⁵ De helsemessige positive konsekvensene av tiltaket, som kan være alt fra å lindre smerte til å lege en kritisk sykdom, må altså veie klart opp for de ulempene tvangen påfører pasienten. Igjen vil vurderingene på dette tilleggsvilkåret ofte overlapse med de to foregående, i den forstand at

⁴² Helsedirektoratet (2015) s.121

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 64 (2005-2006) s. 39

⁴⁵ Helsedirektoratet (2015) s.122 og Ot.prp.nr. 64 (2005-2006) s.41

nødvendig tvungen helsehjelp som ved unnlattelse kan føre til vesentlig helseskade ofte veier opp de negative konsekvensene den medfører. Likevel er dette en separat vurdering som må gjøres basert på skjønn i hver enkelt sak. Vilåret tar sikte på å ramme de tilfellene der det er nødvendig med en så omfattende, inngripende eller integritetskrenkende bruk av tvang, at det ikke står i forhold til det helsetapet pasienten risikerer.⁴⁶

3.6 Helhetsvurdering

Det siste vilåret som blir oppstilt i pbrl. § 4A-3 for at det skal være adgang til å benytte seg av tvungen helsehjelp for personer som motsetter seg denne, finnes i tredje ledd. Der står det at selv om alle de andre vilkårene er oppfylt kan helsehjelpen kun gis dersom den etter en helhetsvurdering fremtrer som den klart beste løsningen for pasienten. Momenter det skal legges vekt på i denne vurderingen er graden av mostand og hvorvidt det i nær framtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse.

Ved vurderingen skal helsepersonell gjennomføre en avveining mellom de motstridende hensynene som måtte melde seg i den aktuelle saken. Det er spesielt en avveining mellom pasientens selvbestemmelsesrett og subjektive opplevelse av saken som veies opp mot hensyn til pasientens objektive behov for helsehjelp. Målet for vurderingen skal være å komme frem til det som er det beste for pasienten. I denne vurderingen er det ikke anledning til å legge vekt på hensyn til medpasienter eller arbeidssituasjonen til helsepersonell.⁴⁷

Det er som nevnt to momenter som lovens ordlyd dikterer at det skal legges vekt på ved helhetsvurderingen. Det første av disse er graden av motstand som pasienten viser til å motta helsehjelpen. Ved denne vurderingen er det viktig å se hen til pasientens evne til å vise motstand. Selv om en pasient ikke evner å uttrykke sin motstand på tilfredsstillende måte, kan tidligere erfaringer med pasienten være med på å kaste lys over pasientens ønsker, se kapittel 3.3 om motstand som vilkår for bruken av tvungen somatisk helsehjelp. Det kan tenkes tilfeller der pasienten yter så sterk motstand at det ikke lenger er forsvarlig å gi vedkommende helsehjelp.⁴⁸

Det andre vurderingsmomentet er hvorvidt det kan forventes at pasienten kommer til å gjenvinne sin samtykkekompetanse i nær fremtid. Det kan tenkes pasienter der samtykkekompetansen varierer i løpet av dagen. I slike situasjoner må helsepersonellet vurdere om helsehjelpen kan vente til et tidspunkt der pasienten igjen er samtykkekompetent til å velge hvorvidt han eller hun ønsker å motta den.⁴⁹

⁴⁶ Haavardsholm (2021)

⁴⁷ Ot.prp.nr. 64 (2005-2006) s. 42

⁴⁸ Helsedirektoratet (2015) s.123

⁴⁹ Helsedirektoratet (2015) s.123

I HR-2021-1263-A legger Høyesterett til grunn at det etter helhetsvurderingen som skal foretas etter phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a, bør en pasient som har vært underlagt tvang i lang tid, og som har oppnådd et behandlingsmessig optimalt nivå, få prøve seg «i frihet» dersom forholdene taler for det. I et obiter dictum uttaler førstvoterende i denne avgjørelsen at tilsvarende mulighet også vil være aktuelt ved langvarig somatisk helsehjelp.

4 Vilkår for bruk av tvang i psykisk helsevernloven

Jeg har frem til nå gått gjennom vilkårene for bruken av tvang ved somatisk helsehjelp i pbrl. I dette kapittelet kommer jeg til å ta for meg hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal være adgang til å benytte seg av tvang ved gjennomføringen av psykisk helsevern. Det er reglene i phvl. kapittel 3 om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern som er aktuelle.

Vilkårene for bruken av tvungent psykisk helsevern er oppstilt i phvl. § 3-3, som lyder som følger:

«§3-3. Vilkår for vedtak om tvungent psykisk helsevern

På bakgrunn av opplysninger fra legeundersøkelsen etter § 3-1 og eventuell tvungen observasjon etter § 3-2, foretar den faglige ansvarlige en vurdering av om de følgende vilkårene for tvunget psykisk helsevern er oppfylt:

- 1. Frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført frem, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette.*
- 2. Pasienten er undersøkt av to leger, hvorav en skal være uavhengig av den ansvarlige institusjon, jf. § 3-1.*
- 3. Pasienten har en alvorlig sinnslidelse og etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen enten
 - a. får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret, eller*
 - b. utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.**
- 4. Pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Dette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.*
- 5. Institusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg og er godkjent i henhold til § 3-5.*
- 6. Pasienten er gitt anledning til å uttale seg, jf. § 3-9.*
- 7. Selv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvunget psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende, med mindre han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.»*

Oppsummerende kan disse vilkårene settes opp på følgende måte:

- Frivillig psykisk helsevern skal ha vært forsøkt (Kapittel 4.1)

- Pasienten skal ha blitt undersøkt av to leger (Kapittel 4.6)
- Pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse (Kapittel (4.2))
- Tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for at ikke denne sinnslidelsen skal:
 - Redusere vedkommendes vesentlige bedring eller helbredelse eller få tilstanden vesentlig forverret i nær fremtid (Kapittel 4.3.1) eller
 - Utgjøre en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse (Kapittel 4.3.2)
- Pasienten må mangle samtykkekompetanse (Kapittel 4.4)
- Institusjonen der helsehjelpen skal skje må oppfylle gitte kvalifikasjonskrav (Kapittel 4.6)
- Pasienten har fått uttale seg om sin sak (Kapittel 4.6)
- Tvungent psykisk helsevern framtrer etter en helhetsvurdering som den klart beste løsningen for vedkommende. (Kapittel 4.5)

Under går jeg systematisk gjennom hvert av vilkårene oppstilt i phvl. § 3-3. Hovedvekten blir lagt på de vilkårene som er relevante for oppgaven og en sammenligning mot vilkårene i pbrl. Enkelte av vilkårene har derfor blitt samlet i en kortere gjennomgang i kapittel 4.6.

4.1 Frivillig psykisk helsevern

Phvl. § 3-3 nr. 1, stiller krav om at frivillig psykisk helsevern skal ha vært forsøkt før man kan benytte seg av tvunget psykisk helsevern. Det er kun i de tilfellene der denne behandlingen ikke har ført frem, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke, at det kan benyttes tvang. Formålet bak en slik regel er å begrense bruken av tvang i de tilfellene det er mulig, samt opprettholde pasientens integritet og selvbestemmelsesrett der det lar seg gjøre. Dette står i harmoni med formålsparagrafen til psykisk helsevernloven.⁵⁰ Bestemmelsen bygger på minste inngreps prinsipp, som blant annet tilsier at det skal være forholdsmessighet mellom mål og midler. Dersom det samme kan oppnås gjennom frivillighet, bør det ikke brukes tvang.⁵¹

Det følger av phvl. at frivillig innleggelse skal være hovedregelen for innleggelse i institusjon under psykisk helsevern, jf. reglene om samtykke etter § 2-1.⁵² Det skal ikke være noen automatikk i at tvunget psykisk helsevern blir benyttet.⁵³ Kravet til at frivillig psykisk helsevern må ha vært forsøkt innebærer ikke at frivillig psykisk helsevern må ha vært etablert forut for vedtak om tvungent psykisk helsevern. Det er tilstrekkelig at man enten har forsøkt å få pasienten til å

⁵⁰ Phvl. § 1-1

⁵¹ Aasen (2009)

⁵² Syse (2016) s. 108

⁵³ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999)

samtykke til helsehjelpen, eller at man har kunnskap om at det tidligere har vært forsøkt med frivillig psykisk helsevern, uten at dette har ført frem.⁵⁴

Høyesterett har i sin praksis lagt til grunn at vurderingen kun er aktuell ved innleggelsestidspunktet. I Rt. 2001 s. 1481 begjærte en 56 år gammel mann med schizofreni seg utskrevet på grunnlag av at vilkårene i phvl. § 3-3 ikke var oppfylt. Blant annet hevdet han at kravet om at frivillig psykisk helsevern skal ha vært forsøkt først, ikke var oppfylt. Til dette bemerket Høyesterett:

«Loyforarbeidene sier intet om bruken av bestemmelsen i forbindelse med begjæringer om utskrivning. Slik jeg ser det, må bestemmelsen imidlertid forstås slik at den er knyttet til innleggelsen. I allfall når vilkåret om frivillighet var oppfylt på innleggelsestidspunktet, taler de beste grunner for at spørsmålet om pasienten på nytt skal få prøve seg med et frivillig behandlings- og omsorgstilbud gjennom utskrivning, må bli å vurdere som et ledd i den helhetsvurderingen som § 3-3 tredje ledd påbyr.»

Helhetsvurderingen det siktes til her er nå flyttet til phvl. § 3-3 nr. 7, se mer om denne i kapittel 4.5.

4.1.1 Åpenbart formålsløst

På samme måte som det i pbrl. er gitt adgang til å sløyfe de tillitsskapende tiltakene der dette er åpenbart formålsløst, gir phvl. adgang til å se bort fra lovens krav om forsøk på frivillig psykisk helsevern i de tilfellene der dette er åpenbart formålsløst. Eksempel på en slik situasjon kan være at sinnstilstanden til den syke gjør vedkommende helt ute av stand til å gi noe samtykke til psykisk helsevern.⁵⁵ Det kan også tenkes tilfeller der det er åpenbart at vedkommende ikke vil klare seg innenfor rammen av frivillighet.⁵⁶

Kravet til at det skal være åpenbart formålsløst kan også være oppfylt dersom man av erfaring vet at pasienten ikke vil følge opp frivillige vedtak, som for eksempel å ikke ta medisiner, kombinere medisinene med rusmidler eller ikke møte opp til behandlingsavtaler.⁵⁷ Tilsvarende vurdering legges også til grunn i Rt. 2001 s. 752. I denne saken var spørsmålet om en 61 år gammel mann med schizofreni kunne begjære seg utskrevet fra tvungent psykisk helsevern. I vurderingen av hvorvidt frivillig psykisk helsevern var forsøkt uttalte Høyesterett at pasienten hadde avslått tilbud om medisiner og at frivillig psykisk helsevern innebærer at pasienten frivillig tar

⁵⁴ Hustad (2015)

⁵⁵ Ot.prp.nr. 11 (1989-1999)

⁵⁶ Syse (2016) s.137

⁵⁷ Aasen (2009)

medisinene sine, noe pasienten i den aktuelle saken motsatte seg. Dette var tilstrekkelig til å si at kravet til forsøkt frivillighet i lovens forstand var oppfylt. I den aktuelle saken ble allikevel konklusjonen til Høyesterett at pasienten skulle utskrives, men dette var på bakgrunn av helhetsvurderingen som skal finne sted etter phvl. § 3-3 nr. 7.

4.2 Grunnvilkåret: alvorlig sinnslidelse

Hovedkriteriet for adgangen til å anvende tvungent psykisk helsevern er at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse»⁵⁸, jf. phvl. § 3-3 nr. 3. Bestemmelsen er en videreføring av den begrepsbruken som ble brukt i 1961-loven. Dette innebærer at forarbeider og rettspraksis som er tilknyttet tidligere lovgivning vil være relevante for tolkningen av bestemmelsens innhold også i dag.⁵⁹ Begrepet «alvorlig sinnslidelse» er kun et rettslig begrep som ikke har noen tilknytning til en klar medisinsk diagnose. Utgangspunktet er at begrepet har nær tilknytning til psykosene, og lovutvalget foreslo en tilføyelse av ordet «psykose» etter begrepet «alvorlig sinnslidelse». Lovutvalget klargjør hva som ligger i begrepet «psykose» på denne måten:

«I faglitteraturen er psykoser vanligvis forklart som sinnslidelser hvor det har utviklet seg en svekkelse av psykiske funksjoner av en slik grad at det griper sterkt inn i personens sykdomsinnsikt, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten. Begrepet er imidlertid ikke eksakt og velavgrenset.»⁶⁰

Denne tilføyelsen ble ikke inntatt i den endelige loven, noe som innebærer at lovgiver ønsket at begrepet «alvorlig sinnslidelse» skulle strekke seg videre enn til kun å omfatte tilstander av psykose. Dette innebærer at enkelte andre tilstander også vil falle inn under lovens terminologi.⁶¹

I et rundskriv om phvl. har Helsedirektoratet lagt følgende til grunn om bruken av begrepet «alvorlig sinnslidelse» på tilstander som ikke direkte kan regnes som psykoser:

«Når det gjelder hvilke grensetilfeller dette gjelder, vil man stå overfor en helhetsvurdering der ikke bare selve sykdomstilstanden, men også utslagene den gir seg, må tillegges vekt. Spørsmålet er om sykdommen får så store konsekvenser for pasientens funksjons- og realitetsvurderende evne at tilstanden kan sidestilles med psykosetilstand.»⁶²

⁵⁸ Syse (2016) s. 138

⁵⁹ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.154

⁶⁰ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.77

⁶¹ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.154

⁶² Helsedirektoratet (2017) s.31

Tilstander som alvorlige grader av spiseforstyrrelser og/eller personlighetsforstyrrelser kan være eksempler på tilfeller der lovens vilkår er oppfylt, men pasienten ikke er å regne som psykotisk. I de konkrete vurderingene må det legges vekt på pasientens adferdsmønster, situasjonsforståelse, sykdomsinnsikt, mestringsevne, eventuelle andre psykotiske problemer, sykdommens alvorlighetsgrad og hvor lenge tilstanden har vart.⁶³

4.2.1 Praksis

Drøftelsen av lovens hovedvilkår om «alvorlig sinnslidelse» har vært fremme for Høyesterett en rekke ganger. Det ble først forsøkt klarlagt på slutten av 1980-årene. Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet, vil rettspraksis fra eldre lover være relevante ettersom begrepet i 1999-loven er ment som en videreføring av den rettsstilstanden som gjaldt gjennom de tidligere lover. Utgangspunktet er at det kreves en aktiv psykose, men dette er noe modifisert gjennom konkrete rettsavgjørelser.⁶⁴

Rt. 1987 s. 1495. Saken gjaldt krav om erstatning for mulig urettmessig tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse i sykehus. En mann som hadde vært tvangsinnlagt over fire perioder på til sammen ni og et halvt år, anførte at han ikke oppfylte lovens krav til alvorlig sinnslidelse og dermed hadde vært innlagt på urettmessig grunnlag. Førstvoterende begynner med å se på daværende lovgivnings forhistorie og forarbeider, for så å konkludere med at begrepet «alvorlig sinnslidelse» ikke er strengt begrenset til tilstander som kan diagnostiseres som psykoser, men det har nær tilknytning til det. Det vil derfor bare være i særlige grensetilfeller det er anledning til å benytte seg av tvungen helsehjelp overfor den som har en psykisk lidelse uten å være psykotisk.

I vurderingen av den aktuelle saken blir det lagt til grunn at pasienten lider av psykopati. Utgangspunktet er at psykopati faller utenfor lovens begrep «alvorlig sinnslidelse», men som vist til over kan det forekomme tilfeller der karakteravvikene er så store at tilstanden allikevel kan falle innenfor rammen av dette begrepet. Høyesterett fant ikke at dette var tilfellet i den aktuelle saken, og konkluderte dermed med at mannen ikke hadde en «alvorlig sinnslidelse» i det han var tvangsinnlagt på sykehus.

Rt. 1988 s. 634. Saken gjaldt krav om utskrivelse fra tvungent opphold på sykehus i medhold av daværende psykisk helsevernlov § 5.⁶⁵ Saken gjaldt en mann som blant annet nektet å vaske seg, og som bodde i en jordhule utenfor Universitetet på Blindern. Det ble anført at han ikke oppfylte lovens vilkår om «alvorlig sinnslidelse». Ved vurderingen av begrepet viser førstvoterende først til den vurderingen som er gjort i *Rt. 1987 s. 1495*, og som er beskrevet over. Deretter

⁶³ Helsedirektoratet (2017) s. 31

⁶⁴ Syse (2016) s.139

⁶⁵ Psykisk helsevernloven 1961

gis en grundig gjennomgang av forskjellige sakkyndiges synspunkt på helsetilstanden til den aktuelle pasienten. Her fremgår det klart at man har vært i tvil om hvordan mannens sinnslidelse skulle karakteriseres. Vanskelighetene oppstår i hvorvidt hans handlinger er uttrykk for en spesiell livsstil, med religiøse og filosofiske grunner, eller om det er en tilstand av psykopati som begrunner hans handlinger.

De sakkyndige konkluderer med at *«pasienten har en alvorlig psykopatologi med overveiende tvangspreg og at den filosofisk/religiøse referanseramme som han benytter for å forklare sin adferd, hovedsakelig tjener som en rasjonalisering»*.⁶⁶ Høyesterett stiller seg bak denne konklusjonen og fremmer at mannens tilstand faller inn under lovens begrep «alvorlig sinnslidelse», selv om ordinære psykotiske symptomer ikke har vært til stede.

I denne aktuelle saken ble begjæringen om utskrivelse likevel tatt til følge på grunnlag av at tilleggsvilkåret om at innleggelsen må være nødvendig for hindre at den syke lider overlast eller at utsikt til helbredelse eller vesentlig forbedring forspilles, ikke var oppfylt.⁶⁷

Rt. 1993 s. 249. Saken gjaldt en mann som begjærte seg utskrevet fra tvunget psykisk ettervern etter daværende psykisk helsevernlov. Han hadde flere psykotiske episoder og en schizofreni-diagnose. Han ble tvangsmedisinert etter reglene i lovens § 13. Medisinene gjorde at mannen fremsto symptomfri. Førstvoterende i saken la raskt til grunn at lovens krav til «alvorlig sinnslidelse» også var oppfylt i de periodene pasienten var symptomfri, så lenge dette skyldes inntak av antipsykotisk medikasjon.

Juridisk litteratur har i etterkant av denne avgjørelsen oppsummert forståelsen av begrepet «alvorlig sinnslidelse» på følgende måte:

*«Noe enkelt sagt, men relativt godt dekkende, omfatter begrepet «alvorlig sinnslidelse» klare, aktive psykoser samt visse svært manifesterede avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser. I tillegg innbefattes personer med en kronisk psykosesykdom, også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med antipsykotisk medikasjon.»*⁶⁸

Avgjørelsen har vært gjenstand for kritikk, da den medfører vide og uklare grenser for lovens vilkår. Det hevdes at den kan være med på å stanse, og kanskje reversere, en utvikling der

⁶⁶ Rt. 1988 s. 634 s. 641

⁶⁷ Psykisk helsevernloven 1961 § 5

⁶⁸ Kjørstad (2017) s. 490

psykiatriske pasienter stadig har fått større innflytelse og medbestemmelsesrett over sin egen situasjon og behandling.⁶⁹

Rt. 2001 s. 1481. Saken gjaldt som de to foregående sakene krav om utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern. En 56 år gammel mann med diagnosen schizofreni anførte blant annet at lovens krav til «alvorlig sinnslidelse» ikke var oppfylt på grunnlag av at han de siste årene ikke hadde hatt noen restsymptomer på sin lidelse som følge av medisinerings.

I sin vurdering viser førstvoterende til at dersom det er snakk om somatiske sykdommer, vil man fortsatt anse sykdommen for tilstedeværende, selv om pasienten er symptomfri på grunnlag av medisinerings. Dette taler for at en tilsvarende vurdering bør gjøres der det er snakk om psykiske helseproblemer. Det vises også til vurderingen i *Rt. 1993 s. 249*, som er redegjort for over. Forskjellen mellom disse to sakene er at i den foregående forelå det fortsatt enkelte restsymptomer, mens i denne saken er pasienten helt symptomfri under medisinerings. Høyesterett konkluderer allikevel med at grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» også er oppfylt i dette tilfellet der det ikke foreligger restsymptomer som følge av medisinerings.

Videre påpeker førstvoterende at forarbeidene til den nye phvl., som trådte i kraft i 1999, henviser til at vilkåret er en videreføring av bestemmelsen som gjaldt i den tidligere loven, og således at rettspraksis, forarbeider, samt juridisk litteratur knyttet til denne fortsatt vil være relevant.⁷⁰

Rt. 2015 s. 913. Saken gjaldt spørsmål om utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern for en kvinne med alvorlig grad av anoreksi. Kvinnen hevdet at anoreksi ikke falt inn under lovens begrep «alvorlig sinnslidelse». Ved vurderingen begynner førstvoterende med å legge til grunn at «[o]rdlyden er relativt åpen, men er ment først og fremst å omfatte psykoser og tilstander som ligger nært opp til en slik lidelse». Deretter går det gjennom de holdepunkter som kan trekkes fra lovens forarbeider, samt rundskriv fra Helsedirektoratet. Begge deler er gjennomgått tidligere i denne oppgaven.⁷¹ Det legges vekt på retningslinjer som Statens Helsetilsyn ga ut i 2000 om behandlingen av alvorlige spiseforstyrrelser.⁷² Der står det at anoreksi vanligvis ikke vil være en alvorlig sinnslidelse, og at tvungen tilbakeholdelse kun vil være aktuelt for en svært begrenset gruppe av pasienter med spiseforstyrrelser. Førstvoterende legger videre til grunn at dersom en spiseforstyrrelse skal kunne regnes som en alvorlig sinnslidelse etter lovens forstand, må pasienten etter en totalvurdering ha en tilstand som kan likestilles med en psykose. Dersom

⁶⁹ Høyer (1995) s.151

⁷⁰ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999)

⁷¹ Kapittel 4.3

⁷² Statens Helsetilsyn (2000)

vrangforestillingene om egen kropp får forrang foran det pasienten egentlig vet at er riktig, kan tilstanden likestilles med en psykose. Høyesteretts konklusjon i denne saken ble at pasientens anoreksi var å regne som en «alvorlig sinnslidelse» i lovens forstand.

4.3 Tilleggsvilkårene

Grunnvilkåret for å kunne benytte seg av tvungent psykisk helsevern etter phvl., er at pasienten har en alvorlig sinnslidelse. Dette er imidlertid ikke nok. For at lovens kapittel 3 skal komme til anvendelse, må også et av tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a eller b være oppfylt. Disse tilleggsvilkårene knytter seg til grunnvilkåret om alvorlig sinnslidelse, og sier at tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for at den alvorlige sinnslidelsen ikke i betydelig grad skal redusere vesentlig bedring eller helse hos pasienten, får tilstanden vesentlig forverret i meget nær fremtid, eller den utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Disse tilleggsvilkårene blir ofte kalt henholdsvis behandlingsvilkåret og farevilkåret. Hvert av de to vilkårene består av to alternative vilkår, noe som fører til at tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 alt i alt består av fire forskjellige alternativer.⁷³

4.3.1 Behandlingsvilkåret

Behandlingsvilkåret finnes i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Den første delen av vilkåret sier at tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for å hindre at pasienten får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert. Vilket bygger altså på et *forbedringsalternativ*. Vilket er i betydelig grad en videreføring av «behandlingskriteriet» fra 1961-loven.⁷⁴ I 1961-loven stod det at en pasient kunne innlegges uten eget samtykke når det var nødvendig for å hindre at hans utsikt til helbredelse eller vesentlige bedring forspilles. I forarbeidene til dagens psykisk helsevernlov legges det til grunn at kravet om forspillelse er for strengt og at man i den nye loven skal operere med et krav om nevnte utsikter skal bli betydelig redusert.⁷⁵

Ordlyden i loven peker på pasientens «helbredelse» eller «vesentlige bedring», og disse knytter seg opp mot den alvorlige sinnslidelsen pasienten har. Kravet til «vesentlig bedring» må forstås slik at det kreves at pasientens tilstand vil bli merkbart bedre.⁷⁶ Det må foretas en konkret vurdering av prognosen med og uten behandling med tvungent psykisk helsevern. Behandlingen med må klart forventes å gi et bedre resultat enn behandling uten tvungent psykisk helsevern.

⁷³ Syse (2016) s.140

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.156

⁷⁶ Helsedirektoratet (2017) s. 32

Vurderingen bygger i stor grad på psykiatrifaglig skjønn, og det skal mye til før domstolene velger å overprøve vurderinger som er gjort av de fagansvarlige.⁷⁷

Det er verken i loven eller i forarbeidene oppstilt noe krav på når forbedringsalternativet må være oppfylt, men Helsedirektoratet har i rundskriv fra 2017 lagt til grunn at det av rettssikkerhetsmessige hensyn bør legges til grunn at den aktuelle forbedringen må oppstå i forholdsvis nær fremtid for at vilkåret skal være oppfylt.⁷⁸

Den andre delen av behandlingstvilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a er det som blir kalt for *forverringsalternativet*. Forverringsalternativet tilsier at tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for å hindre at pasienten i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret. Forbedringsalternativet vil være mest aktuelt der innleggelsesgrunnen vurderes, men det er forverringsalternativet som er mest aktuelt i de tilfellene der det er snakk om begjæring om utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern.⁷⁹ Forverringsalternativet kom først til syne gjennom rettspraksis, der man tolket ordlyden i tidligere psykisk helsevernlov utvidende, slik at det også omfattet forverringsalternativet. Alternativet ble deretter inntatt som et eget vilkår i nåværende phvl.⁸⁰ Om forverringsalternativet sier lovens forarbeider følgende:

«Forverringsalternativet vil kunne være aktuelt i tilfeller der pasienten behandlingssmessig er bragt opp til sitt optimale nivå, men man frykter et nokså umiddelbart tilbakefall ved opphøret av det tvungne psykiske helsevern. Da alternativet åpner opp for det som pasienten vil kunne føle som et meget inngripende tiltak, må det stilles svært strenge krav til forverringsmuligheten. Dette markeres med at det må være for en vesentlig forverring i meget nær fremtid, og at det må være stor sannsynlighet for dette, altså mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt.»⁸¹

Forverringsalternativet bygger altså på tre kumulative vilkår som må være oppfylt. Det første er at forverringen må være av vesentlig art. Dette innebærer at ikke enhver forverring av tilstanden vil være nok til å oppfylle lovens vilkår. På lik linje som ved forbedringsvilkåret, må vurderingen bygge på pasientens tilstand på vedtakstidspunktet, sammenlignet med den tilstanden man kan forvente at pasienten vil få dersom det blir vedtatt et opphør av det psykiske helsevernet.⁸²

⁷⁷ Syse (2016) s.140

⁷⁸ Helsedirektoratet (2017) s.33

⁷⁹ Syse (2016) s.140

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.156

⁸² Helsedirektoratet (2017) s.33

Det andre kravet til forverringsalternativet er at det må foreligge mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for forverring dersom behandlingen opphører. Høyesterett har i Rt. 2001 s. 752 lagt til grunn at en sannsynlighet på 70% er nok til å tilfredsstille dette kravet.

Det siste kravet knytter seg til at forverringen må skje i «meget nær fremtid». Forarbeidene legger til grunn at en grense på maksimum 2 måneder vil være hensiktsmessig, dette på grunnlag av at enkelte depotmedikamenter har langtidsvirkning.⁸³ Førstvoterende i Rt. 2001 s. 752 legger til grunn at denne uttalelsen ikke kan tas som mer enn en antydning. Allikevel er det klart at en periode på 6 måneder vil være for lenge. I den aktuelle saken legger man til grunn at pasientens forverring med sannsynlighet vil skje innenfor en periode på to måneder, noe førstvoterende mener at oppfyller lovens vilkår om «meget nær fremtid».

I Rt. 2014 s. 801 kom Høyesterett til at vilkåret var oppfylt når utskrivningen ville medføre en vesentlig forverring etter tre til fire måneder. Grunnlaget for denne utvidelsen var at moderne antipsykotika har lengre virkningstid enn det man la til grunn i lovens forarbeider. Denne utvidede fristen vil nok ikke gjelde i de tilfellene der den aktuelle medisinen ikke har like lang virkningstid.⁸⁴

Tidsberegningen skal foretas på grunnlag av den tiden forverringen tar, for eksempel ved opphør av tvungent psykisk helsevern. Det skal ikke regnes fra det tidspunktet man regner med at pasienten vil slutte å ta sine medisiner.⁸⁵

4.3.2 Farevilkåret

Selv om behandlingsvilkåret i phvl. ikke er oppfylt, kan det fortsatt være adgang til å gjennomføre tvungent psykisk helsevern dersom lovens andre tilleggsvilkår, farevilkåret, er oppfylt. Farevilkåret finnes i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b, der det står at tvungent psykisk helsevern kan etableres der det er nødvendig for å hindre at pasientens sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Vilkåret splittes altså inn i to forskjellige alternativer, der det ene knytter seg til pasientens eget liv, mens det andre knytter seg til fare pasienten eventuelt kan komme til å utgjøre for andres liv eller helse.

Hensynene bak de to alternativene skiller seg fra hverandre. På den ene siden har man regler som åpner opp for paternalistiske inngrep i pasientens egen interesse, også kalt individuell paternalisme. Det er de samme hensynene som ligger bak de to behandlingalternativene. På den

⁸³ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.81

⁸⁴ Helsedirektoratet (2017) s.33

⁸⁵ Helsedirektoratet (2017) s.33 og Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s.81

andre siden har man hensyn som åpner opp for inngrep mot pasienten av hensyn til andre enn pasienten selv, dette kalles sosial paternalisme.⁸⁶

Lovens ordlyd åpner ikke opp for at vilkåret kommer til anvendelse når det er snakk om rent materielle verdier som står i fare.⁸⁷ Med «fare for liv» menes det både fare for selvmord og fare for livstruende voldshandlinger mot andre. Ordlyden «fare for helse» omfatter både fysisk og psykisk helse. Skaden må være mer enn bagatellmessig, noe som står i forhold til hvor inngripende et tvangsmessig tiltak vil være for pasienten. Psykiske reaksjoner som følge av trusler, stalking eller lignende kan være eksempler på fare for andres psykiske helse. Ved fare for pasientens egen psykiske helse skal behandlingstilbudet brukes som tilleggsvilkår.⁸⁸ Det vil si at det ikke er nok å legge til grunn at tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre fare for pasientens egen psykiske helse, men behandlingen må også enten sørge for at pasienten blir bedre eller sørge for at pasienten ikke blir verre.

Det stilles også som krav at faren skal være «nærliggende». Om følgende sier Helsedirektoratet:

*«Dette innebærer i henhold til rettspraksis at den må vurderes som reell, konkretiserbar og påregnelig. Dette betyr at faren må ha vist seg tidligere eller være dokumenterbar på annen måte. Ved vurderingen vil det blant annet være naturlig å se hen til eventuelle tidligere episoder med selvskading, vold eller trusler, og hvordan pasienten forholder seg til slike handlinger på vurderingstidspunktet».*⁸⁹

I Rt. 2001 s. 1481 slutter Høyesterett seg til Lagmannsrettens vurdering om at det ikke finnes holdepunkter i lovens forarbeider eller andre rettskilder som tilsier at den aktuelle faren skal oppstå innenfor en klart begrenset tidsramme.

Det er avgjørende for at vilkåret skal være oppfylt at den nærliggende faren for liv eller helse knytter seg til den alvorlige sinnslidelsen som pasienten har. Dersom det ikke foreligger årsakssammenheng, vil heller ikke vilkåret være oppfylt. Helsedirektoratet har i rundskriv eksemplifisert manglende årsakssammenheng som et tilfelle der det foreligger selvmordsrisiko hos en pasient, men risikoen knytter seg til en somatisk lidelse og ikke til sinnslidelsen.⁹⁰

⁸⁶ Syse (2016) s.140

⁸⁷ Syse (2016) s. 143

⁸⁸ Helsedirektoratet (2017) s.34

⁸⁹ Helsedirektoratet (2017) s.34

⁹⁰ Ibid.

4.4 Manglende samtykkekompetanse

Kravet om manglende samtykkekompetanse er som tidligere gjennomgått et vilkår for adgang til å gi helsehjelp etter pbrl. Tilsvarende krav ble tilført phvl. i et ønske om å styrke selvbestemmelsesretten blant personer som er omfattet av phvl.⁹¹ Lovendringen trådte i kraft 1.september 2017 og bestemmelsen er inntatt i phvl. § 3-3 nr. 4. Det vises til bestemmelsen i pbrl. § 4-3 om samtykkekompetanse. Videre slås det fast at dersom det foreligger nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse, kan det gjøres unntak fra vilkåret om manglende samtykkekompetanse.

Jeg har tidligere i denne oppgaven redegjort for hva som ligger i begrepet «samtykkekompetanse» etter pbrl. og når denne kan sies å ha bortfalt. Etersom phvl. direkte henviser til gitte paragraf i pbrl., betyr dette at vurderingen skal være lik på de to rettsområdene. Det betyr også at rettspraksis, forarbeider, juridisk litteratur eller andre rettskilder som omhandler det ene rettsområdet, også vil være relevant for vurderingen av samtykkekompetanse på det andre rettsområdet.

For en gjennomgang av hva som ligger i phvl. vilkår om manglende samtykkekompetanse, se kapittel 3.2 i denne oppgaven.

4.4.1 Unntak: nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse

En relevant forskjell mellom kravet til manglende samtykkekompetanse i pbrl. og phvl. er at det i phvl. er oppstilt et unntak fra dette utgangspunktet. Dersom det foreligger en nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse, er det ingen krav til manglende samtykkekompetanse for at det skal være adgang til å benytte seg av tvungent psykisk helsevern.

Unntaket har store likhetstrekk med farevilkåret i § 3-3 nr. 3 bokstav b, men til forskjell fra denne bestemmelsen er ikke fare for egen helse inntatt. Hensynet til selvbestemmelsesrett og pasientens personlige autonomi veier så tungt at fare for egen helse ikke vil være nok til å si at man kan gå bort fra kravet om manglende samtykkekompetanse. I all realitet betyr dette at kravet til manglende samtykkekompetanse som vilkår for adgang til bruk av tvang ved psykisk helsevern, kun gjelder i de tilfellene der forbedrings- eller forverringsalternativene i § 3-3 nr. 3 bokstav a er oppfylt. Samt i de tilfellene der tvangen skal benyttes som følge av nærliggende og alvorlig fare for pasientens egen helse.

4.5 Helhetsvurdering

Det siste vilkåret for bruken av tvang etter phvl., finnes i vilkårsparagrafens siste del. I phvl. § 3-3 nr. 7 står det at selv om lovens øvrige vilkår er oppfylt kan det kun benyttes tvunget psykisk

⁹¹ NOU 2011: 9 kapittel 13

helsevern i de tilfellene der det etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten, men mindre pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Videre står det at det i vurderingen skal legges vekt på hvor belastende tvangsinngrepet oppleves for pasienten.

Bestemmelsen har store likhetstrekk med den tilsvarende bestemmelsen i pbrl. § 4A-3 (3). Hovedforskjellen mellom de to bestemmelsene er at det i phvl. likevel er anledning til å benytte seg av tvang selv om det ikke framtrer som det beste for pasienten i de tilfellene der pasienten er til fare for andres liv eller helse. Dette er et gjennomgående moment i regelsettet for bruken av tvang i phvl. Hensynet til samfunnet og andre personer, har ikke på samme måte blitt vektlagt i pbrl.

Selv om det ikke kommer klart frem i lovens ordlyd, følger det av forarbeidene at selv i de situasjonen hvor det foreligger nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, skal det foretas en helhetsvurdering etter phvl. § 3-3 nr. 7.⁹² I disse tilfellene skal hensynet til pasientens beste tillegges mindre vekt enn i andre situasjoner der vedkommende ikke er til fare for andre. Høyesterett har stilt seg bak dette synspunktet i Rt. 2001 s. 1481 der de kom frem til at selv om utskrivelse fra tvungent psykisk helsevern muligens ville være det beste for pasienten, velges vernet å opprettholdes på grunnlag av at en utskrivelse vil kunne føre til en reell og kvalifisert fare for andres liv eller helse.

Konklusjonen på vurderingen ble en annen i Rt. 2001 s. 752. Førstvoterende kom frem til at selv om de andre vilkårene for tvungent psykisk helsevern var oppfylt, skulle begjæringen om utskrivelse tas til følge på grunnlag av helhetsvurderingen om hva som på objektivt grunnlag ville være til det beste for pasienten.

4.6 Øvrige vilkår

I tillegg til de vilkårene jeg allerede har gått gjennom, blir det i phvl. § 3-3 oppstilt tre øvrige vilkår som jeg har valgt å kun nevne helt overfladisk. Grunnen til dette er at det er snakk om vilkår som sjeldent byr på noen vanskelige vurderinger eller drøftelser, og som oftest kan de bare enkelt slås fast eller legges til grunn. Jeg viser til at det i saker om tvungent psykisk helsevern som kommer opp for Høyesterett, er dette vilkår som ofte ikke blir nevnt i vurderingen.

Det følger av phvl. § 3-3 nr. 2 at pasienten skal undersøkes av to leger, hvorav en av dem skal være uavhengig av den ansvarlige institusjonen. Legeundersøkelsene skal skje etter de kravene som blir oppstilt i phvl. § 3-1. Hensynet bak reglen er å sørge for at pasientens rettssikkerhet

⁹² Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 81

blir ivaretatt på en tilstrekkelig måte. I praksis foregår dette vanligvis slik at den første legeundersøkelsen blir foretatt av en lege utenfor det psykiske helsevernet.⁹³

Det neste vilkåret står i phvl. § 3-3 nr. 5 og sier at institusjonen der behandlingen skal skje må være faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg, og den må være godkjent etter de bestemmelsene som står i § 3-5. Dette innebærer blant annet at institusjonen må oppfylle generelle krav til bemanning og fysisk utforming.⁹⁴ Det må foretas en selvstendig vurdering av hver enkelt sak, der man vurderer om institusjonen vil være tilstrekkelig til å tilby pasienten det vedkommende trenger.

Det siste vilkåret jeg skal nevne her finnes i phvl. § 3-3 nr. 6 og går ut på at pasienten har blitt gitt anledning til å uttale seg. Opplysningene som eventuelt kommer frem, skal nedtegnes og vektlegges ved vurderingen i forbindelse med vedtaket. Det vises til phvl. § 3-9, noe som innebærer at også pasientens nærmeste pårørende og offentlig myndighet som er direkte engasjert i saken, har rett til å uttale seg før vedtak treffes.

⁹³ Helsedirektoratet (2017) s.31

⁹⁴ Ibid.

5 Ulikheter i gjeldende rett og konsekvensene av dette for arbeidet mot en ny felles tvangslov

Denne oppgaven har i stor grad frem til nå bygget på en redegjørelse av hva som er gjeldende rett og hvilke vilkår som gjelder for adgangen til å benytte seg av tvang ved henholdsvis somatisk helsehjelp og psykisk helsevern. Jeg kommer i dette kapittelet til å se på forskjellene som finnes for tvangsbruken på de to rettsområdene, der jeg spesielt retter fokus mot konsekvensene av disse forskjellene i arbeidet mot en ny felles tvangslov.

Innledningsvis i oppgaven opplyste jeg om at jeg ønsket å se på forskjellene mellom bruken av tvang i pbrl. og phvl. Jeg kommer i det følgende til å forsøke å svare på hvorvidt tvangssituasjoner defineres ulikt i de to lovene, samt se på om terskelen for bruken av tvang ligger på noenlunde samme nivå etter de to lovene. Samtidig kommer jeg til å knytte drøftelsen opp mot hva som er ønsket for en eventuell ny tvangslov og hvilke endringer dette vil medføre for den rettstilstanden vi har i dag.

5.1 Definisjon av tvang

I utgangspunktet har tvang vært definert ved hjelp av strl. § 251, men en økt utvikling av rettsregler som regulerer bruken av diverse helserettslige inngrep har ført til at tvangsbegrepet på helserettens område har fått en noe annen funksjon enn tidligere. Begrepet «tvang» blir nå gjerne brukt som et stikkord for hvilke typer av samhandling mellom pasienter og helsepersonell som har behov for særlige rettssikkerhetsgarantier.⁹⁵ Det er derfor ikke mulig å snakke om et generelt tvangsbegrep som gjelder for alle situasjoner i helseretten. Tvangsutvalget har i NOU 2019: 14 lagt til grunn at det finnes tre hovedformer for tvangsbruk som benyttes i helselovgivningen. Disse har alle ulike fokus og ulik rekkevidde. Det skilles mellom tvang som overvinning av motstand, tvang som fravær av samtykke og tvang som uttrykk for et kontrollbehov.

5.1.1 Tvang som overvinning av motstand

Motstand som vilkår for at reglene om tvungen helsehjelp skal komme til anvendelse står helt sentralt i pbrl. Dette medfører at dersom pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen, er den heller ikke å regne som tvungen, uavhengig av hvorvidt pasienten er å regne som samtykkekompetent eller ikke. Det er ikke oppstilt noe krav til motstand i phvl. for at helsehjelpen skal regnes som tvungen, hvilket innebærer at phvl. opererer med et videre tvangsbegrep enn det som fremgår av pbrl. Det vil si at situasjoner som ikke er å regne som tvang i pbrl., vil etter gjeldende lovgivning kunne regnes som tvang etter phvl.

⁹⁵ NOU 2019: 14 s. 366

I en redegjørelse av hva som ligger i tvangsbegrepet som knytter seg til overvinnelse av motstand har tvangsutvalget tatt for seg innholdet i fire nøkkelementer for det aktuelle tvangsbegrepet.⁹⁶ Jeg kommer i det følgende til å gå kort gjennom disse.

Krav om et negativt standpunkt. En språklig forståelse av ordet motstand gjør det klart at det kreves at pasienten stiller seg negativt til behandlingen. Det stilles derimot ingen krav til grunnlaget for pasientens negativitet eller motstand. Det er pasientens holdning på gjennomføringstidspunktet av helsehjelpen som er relevant. Det er uten betydning om pasienten tidligere har stilt seg positiv til behandlingen dersom han eller hun har ombestemt seg i det behandlingen skal foretas. Det finnes ingen formkrav til hvordan motstanden skal uttrykkes, og fysisk uttrykt motstand skal respekteres på lik linje som motstand uttrykt verbalt. I tilfeller der det kan være vanskelig å vite hvorvidt pasienten motsetter seg helsehjelpen eller ikke, skal dette forsøkes klarlegges ved hjelp av blant annet pårørende. Til slutt kan det nevnes at i de tilfellene der en pasient unnlater å ta standpunkt til hvorvidt han eller hun ønsker helsehjelpen, faller dette som utgangspunkt utenfor motstandsbegrepet.

Hvordan motstand overvinnes er avgjørende. Det er ikke det at motstanden overvinnes i seg selv som defineres som tvang, men det er måten den blir overvunnet på. Det kan tenkes pasienter som i utgangspunktet motsetter seg helsehjelp, som etter vennlig argumentasjon og forklaring fra helsepersonell allikevel ønsker å motta behandlingen. Dette er ikke å regnes som tvang som overvinning av motstand. Situasjonen stiller seg derimot annerledes dersom pasienten velger å endre sitt synspunkt på grunnlag av utførte handlinger av helsepersonell, der formålet er å skape frykt eller komme med trusler. Den nedre grensen for hva som regnes som tvang må trekkes mot det som kan regnes som vanlig samhandling mellom mennesker. Dette vil variere i forskjellige situasjoner, og individuelle hensyn skal også tas med i vurderingen.

Tvang i form av unnlattelse av å hjelpe. Hvorvidt unnlattelseshandlinger omfattes av motstandskriteriet i helselovgivningen er ikke drøftet i de ulike lovenes forarbeider.

Det stilles ingen krav til tvangsvirkninger etter de forskjellige motstandskriteriene i helselovgivningen. Dette taler for at tvang i form av overvinnelse av motstand også kan inkludere unnlattelseshandlinger. Et eksempel på en slik handling kan for eksempel være å la være å hente frem mat til en pasient som ønsker å overspise. Hva som kan regnes som tvang i slike situasjoner må avgrenses mot unnlattelse av å hjelpe i situasjoner der det objektivt sett er umulig.

Antatt motstand. Vi snakker om antatt motstand i de tilfellene der en pasient ikke viser motstand, men det kan legges til grunn at han trolig ville gjort det dersom han forstod hva som skjedde eller han hadde fått den nødvendige informasjonen om hva som skjedde. Vurderingen

⁹⁶ NOU 2019: 14 s. 370-373

kan bygge på individuelle holdepunkter for hvordan pasienten har reagert før, eller mer generelle holdepunkter for hvordan folk flest reagerer i tilsvarende situasjoner. Antatt motstand er inkludert i motstandsvilkåret i pbrl. § 4A-3 (2), men som det fremgår av tvangsutvalgets vurdering av bestemmelsen, kan ikke alle tilfeller av antatt motstand likestilles med motstand.⁹⁷

5.1.2 Tvang som fravær av gyldig samtykke

En annen måte å definere tvang på, er å si at det er snakk om tvang i de tilfellene der det foreligger fravær av gyldig samtykke. Dette bygger på en forståelse av at pasienten selv skal ha rett til å bestemme hvorvidt han eller hun ønsker helsehjelpen og dermed velger å samtykke til den eller ikke. Tvangsbegrepet strekker seg videre enn definisjonen som kun omhandler å overvinne motstand. Der en pasient viser motstand til helsehjelpen foreligger det naturligvis ikke noe samtykke, men det kan i tillegg til dette tenkes situasjoner der det ikke foreligger samtykke, selv om pasienten ikke viser motstand.

Jeg skiller mellom to forskjellige varianter. Først har man de tilfellene der det rett og slett ikke foreligger noe samtykke. Dette kan være enten fordi pasienten ikke ønsker helsehjelpen, fordi han ikke forstår at han står overfor et valg, at han ikke klarer å bestemme seg eller bare fordi han ikke orker å ta stilling til situasjonen. Den andre varianten er de tilfellene der en pasient har gitt samtykke, men dette samtykke ikke er gyldig. I begge disse tilfellene vil det være snakk om tvungen helsehjelp dersom helsehjelpen blir gitt.

Ved vurderingen av om et samtykke er gyldig, er det flere ting som er av relevans. Tvangsutvalget lister opp tre hovedelementer i vurderingen.⁹⁸ Det første er de materielle kravene til et samtykke, altså hva det kan samtykkes til. Det andre er de prosessuelle kravene til hvordan samtykket blir til. Til slutt er det de personelle kravene som bygger på hvem det er som har kompetanse til å gi samtykke. Pbrl. § 4A-2 legger til grunn at lovens tvangsregler kun kommer til anvendelse i de tilfellene der pasienten mangler samtykkekompetanse. Phvl. 3-3 nr. 4 stiller det samme kravet for adgangen til å benytte seg av tvunget psykisk helsevern. Jeg har tidligere i denne oppgaven redegjort for når det kan sies å foreligge gyldig samtykke og hvem det er som har samtykkekompetanse, se kapittel 3.2.

Ettersom pbrl. også definerer tvang som overvinnelse av motstand, er det kun i de tilfellene der pasienten motsetter seg helsehjelpen det vil være snakk om tvang. Tilfeller som nevnt over, der pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen, men hvor det allikevel ikke foreligger gyldig samtykke regnes ikke som tvang etter pbrl. Situasjonen stiller seg annerledes etter phvl., nettopp fordi det her ikke stilles noe krav til motstand fra pasienten. Definisjonen av tvang etter phvl.

⁹⁷ NOU 2019: 14 s. 373

⁹⁸ NOU 2019: 14 s. 373

er altså mer på linje med en definisjon der tvang regnes som fravær av samtykke. Dette innebærer at tvangsdefinisjonen etter phvl. er videre enn den er etter pbrl.

5.1.3 Tvang som uttrykk for kontrollbehov

Det siste tvangsbegrepet som blir nevnt av tvangsutvalget er det som definerer tvang som uttrykk for et kontrollbehov. Med dette menes tvang på tross av at pasienten hverken viser motstand eller det mangler samtykke. Dette blir dermed den videste tolkningen av tvangsbegrepet, ettersom tiltaket defineres som tvang uavhengig av hvordan pasienten stiller seg til denne behandlingen. Her kan det tenkes situasjoner der pasienten selv gir gyldig samtykke til behandlingen, men behandlingen er av en slik art at den likevel defineres som tvang og krever særlig lovhjemmel for gjennomføring.

Det kan være vanskelig å definere i hvilke situasjoner en slik tolkning av tvangsbegrepet gjør seg gyldig. Som eksempel nevner tvangsutvalget psykisk helsevernloven § 4-8 og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning.⁹⁹ Formålet med denne type definisjon av tvang er at for de aller mest inngripende tiltakene vil man måtte bruke lovens tvangsregler, med alle de rettsikkerhetsgarantier dette medfører, uansett om pasienten aksepterer hjelpen eller ikke.

5.1.4 Definisjonen av tvangsbegrepet i den nye tvangsbegrensningsloven

Jeg har til nå redegjort for forskjellige måter tvang kan defineres på, og lagt vekt på hvordan dette har blitt gjort i henholdsvis pbrl. og phvl. I den eventuelle nye tvangsbegrensningsloven er målet å samle de forskjellige tvangsbestemmelsene i helselovgivningen på samme sted. Det må derfor avgjøres hvilket tvangsbegrep som skal legges til grunn i en slik ny lov. Før tvangsutvalget begynte på denne vurderingen, la de først opp til en vurdering der det ble drøftet hvorvidt et slikt felles tvangsbegrep i det hele tatt var ønskelig. Ved å benytte seg av et felles tvangsbegrep kan man risikere å endre rettstilstanden på områder der et tvangsbegrep allerede er godt innarbeidet og fungerer. Samtidig vil det for andre rettsområder der det er uklarhet knyttet til hvilket tvangsbegrep som gjelder, være fordelaktig med en endring som medfører klarhet og likhet for hva som gjelder. Tvangsutvalget la til grunn at fordeler med en slik felles begrepsbruk veide tyngre enn eventuelle ulemper.

Ved valg av et felles tvangsbegrep vil spørsmålet i stor grad bygge på hvor vidt eller snevert den nye definisjonen skal være. Fordelen med å benytte seg av et vidt tvangsbegrep er at det er lettere å ivareta rettssikkerhetshensyn ved særlig inngripende tiltak. Tvangsutvalget legger allikevel til grunn at slike hensyn kan ivaretas på andre måter enn gjennom selve tvangsbegrepet.

⁹⁹ NOU 2019: 14 s. 375

Som eksempel nevnes å knytte særlige vilkår og rettssikkerhetsgarantier til enkelte typer frivillig basert samhandling.¹⁰⁰

Andre svakheter knyttet til et vidt tvangsbegrep er muligheten for at kontrollressursene blir brukt opp på mindre alvorlige saker. Et slikt begrep legger heller ikke til rette for frivillig basert samhandling. Det kan også medføre en fare for at utilsiktede tvangsvedtak fattes. Nettopp fordi vedtak som er fattet om for eksempel tvungent psykisk helsevern også vil gjelde fremtidige situasjoner der pasienten viser motstand. Dersom motstand ikke har vært tilstrekkelig vurdert på vedtakstidspunktet kan dette medføre uheldige konsekvenser.¹⁰¹

Tvangsutvalget har foreslått at tvangsbegrepet i den nye loven skal begrenses til tilfeller med overvinnelse av motstand med virkemidler som går ut over det som er vanlig akseptert i samhandling mellom mennesker, eller omgåelse av motstand ved å bevisst holde tilbake vesentlig informasjon for pasienten.¹⁰² Denne definisjonen av tvang innebærer i all hovedsak to vesentlige endringer for hva som er gjeldende rett etter nåværende helselovgivning. Psykisk helsevern vil regnes som frivillig dersom det ikke foreligger motstand og de minst inngripende tiltakene mot personer med utviklingshemming og psykiske lidelser skal ikke lenger anses som tvang.¹⁰³ Innføringen av en slik definisjon vil føre til at færre tiltak blir sett på som tvang, og det vil bli enklere å gi helsehjelp i de tilfellene der pasienten ikke motsetter seg tiltakene.¹⁰⁴

Innskrenkingen av tvangsbegrepet har fått støtte hos flere av høringsinstansene. Det blir blant annet lagt vekt på at definisjonen vil medføre en bedre prioritering av kontrollressursene, gjøre det enklere å gi helsehjelp til de som ikke motsetter seg den, samt at det vil rette opp i en utvikling der for mange tilfeller anses som tvang for utviklingshemmede og personer med psykiske lidelser.¹⁰⁵ Det nevnes også at en slik endring av tvangsbegrepet kan føre til økt respekt for lovverket blant helsepersonell som utfører helsehjelpen.¹⁰⁶ Norges institusjon for menneskerettigheter uttaler at det ikke vil være i konflikt med menneskerettighetene å operere med en motstandsbasert tvangsdefinisjon.¹⁰⁷

Det er derimot ikke alle høringsinstansene som stiller seg positivt til definisjonen av det nye tvangsbegrepet. Om dette skriver helse- og omsorgsdepartementet: «Noen instanser er kritiske

¹⁰⁰ NOU 2019: 14 s. 377

¹⁰¹ NOU 2019: 14 s. 377

¹⁰² NOU 2019: 14 s. 754

¹⁰³ Helse- og omsorgsdepartementet (2021)

¹⁰⁴ Aarre og Østenstad (2021)

¹⁰⁵ Helsedirektoratet (2019)

¹⁰⁶ Pasient- og brukerombudene i Norge (2019)

¹⁰⁷ Norges institusjon for menneskerettigheter (2019)

til at det legges avgjørende vekt på at personen utviser motstand. Andre gir uttrykk for bekymring for hvordan forslaget vil slå ut for personer som ikke kan, eller ikke er vant med, å gi uttrykk for motstand, særlig personer med psykisk utviklingshemming.»¹⁰⁸

Helse- og omsorgsdepartementet stiller seg allikevel bak det forslaget tvangsutvalget har lagt frem med tanke på tvangsdefinisjonen i den nye tvangsbegrensingsloven.

5.2 Terskelen for bruk av tvang

Jeg har nå redegjort for hva som ligger i de ulike tvangsbegrepene som blir brukt i henholdsvis pbrl. og phvl., samt hvilket tvangsbegrep som er foreslått brukt i en eventuell ny tvangsbegrensingslov. Jeg ønsker i dette delkapittelet å rette fokus mot selve terskelen for når det etter gjeldende lovgivning er anledning til å benytte seg av tvang, samt hvor denne terskelen skal legges ved eventuell ny lovgivning.

Det er klart at terskelen for bruk av tvang har nær sammenheng med selve definisjonen av hva som er å regne som tvang. En videre definisjon av tvangsbegrepet vil føre til flere tvangstilfeller og terskelen for bruken av tvang kan på denne måten sies å ligge lavere enn i tilfeller der tvangsbegrepet er definert på en snevrere måte. Ettersom jeg allerede har gått nøye gjennom de forskjellige måtene tvang kan defineres på og eventuelle forskjeller dette måtte innebære for gjeldende lovgivning, kommer jeg i denne delen til å legge hovedfokus på andre, mer vilkårsrettede momenter i vurderingen av hvor terskelen for bruken av tvang ligger i henholdsvis pbrl. og phvl. Hovedspørsmålene som må stilles er i hvilke situasjoner man kan benytte seg av tvang og overfor hvilke personer man kan benytte seg av tvang. Avslutningsvis i kapittelet knytter jeg noen bemerkninger til hvor det er foreslått at terskelen for bruken av tvang skal ligge i den nye tvangsbegrensingsloven.

5.2.1 Krav til situasjonen

Vurderingen av hvor terskelen for bruken av tvang ligger, er i all hovedsak en vurdering av hvilke vilkår som skal stilles til en situasjon for at den skal oppfattes på en slik måte at den rettferdiggjør bruken av tvang. En gjenganger i de forskjellige regelsettene for bruken av tvang i helseretten er fokuset på en slags negativ påvirkning eller «skade».

Skadebegrepet kan ikke oppfattes på en slik måte at det innebærer enhver ugunstig påvirkning som skade.¹⁰⁹ Den negative påvirkningen må være klar og tydelig, men begrepet i seg selv sier ingenting om hvilken alvorlighetsgrad som må legges til grunn. Det er klart at rettslige grunnprinsipper som selvbestemmelsesretten stiller krav til at det kun er «skade» av en gitt kvalifisert

¹⁰⁸ Helse- og omsorgsdepartementets (2021)

¹⁰⁹ NOU 2019: 14 s. 313

karakter som bør være omfattet av helselovgivningens skadebegrep. I de forskjellige helselovene blir dette løst ved å bruke ord som skal beskrive den nødvendige alvorlighetsgraden av skade.

I pbrl. § 4A-3 står det at tvang kan benyttes der dette er nødvendig for å unngå vesentlig helseskade hos pasienten. Denne bestemmelsen inneholder altså et nokså snevert skadebegrep. Det er kun helseskade som er omfattet og all skade som ikke faller inn under dette begrepet vil ikke oppfylle skadebegrepet etter pbrl. I tillegg til dette setter pbrl. rammer for at det kun skal være helseskade på pasienten selv som er omfattet. Ordet «vesentlig» viser også at helseskaden må være av en viss alvorlighet.

Skadebegrepet i phvl. er formulert noe annerledes enn det er i pbrl. I § 3-3 nr. 3 bokstav b står det at tvungent psykisk helsevern kan benyttes for å hindre at vedkommende utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Selv om vilkåret her er formulert som en «fare» er det klart at det på samme måte som i pbrl. er snakk om et «skadevilkår». Graden av skade er presisert ved at den ikke bare trenger å være alvorlig, men den må også være nærliggende. Skadebegrepet etter phvl. § 3-3 nr. bokstav b er allikevel videre enn det som finnes i pbrl, nettopp fordi det ikke bare omfatter skade på pasienten selv, men også andre.

I tillegg til farevilkåret i bokstav b, opererer phvl. også med et behandlingvilkår i § 3-3 nr. 3 bokstav a. I dette behandlingvilkåret skilles det mellom en negativ og en positiv side. Den negative siden er formulert som at *«det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret»*. Den positive siden er formulert som *«får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert»*. Behandlingvilkåret legger til grunn at en unnlattelse av behandling krever en negativ påvirkning av helsesituasjonen, men det er ikke nødvendigvis slik at den må være av en slik karakter at den kan omtales som en skade. Dersom behandlingvilkåret ikke var ment å gå noe videre enn de tilfellene som er omfattet av farevilkåret, ville det heller ikke vært nødvendig å presisere det som et eget tilleggsvilkår.

Knyttet opp mot vurderingen av skadevilkåret er det sammenhenger til prognosevurderingen. Det vil si en vurdering av sannsynligheten for et bestemt utfall, gjerne at selve skaden eller faren inntreffer. Det er klart at i tilfeller der utfallet virker svært fjernt eller lite sannsynlig er ikke nødvendigvis skadevilkåret oppfylt. Pbrl. sier lite om hvordan prognosevurderingen skal foretas. I phvl. nevnes den kort i forbindelse med den negative siden av behandlingvilkåret der det står «med stor sannsynlighet».

5.2.2 Krav til persongruppen

I vurderingen av hvor terskelen for bruk av tvang ligger, er det relevant å se på rammene for hvilke personer det er anledning å gi tvungen helsehjelp til. I phvl. brukes et diagnosenært

kriterium, som slår fast at tvang kun kan brukes overfor de som har en «alvorlig sinnslidelse». Bakgrunnen til denne referansen til diagnose er at dette er en tilstand som ofte knytter seg til en svekket evne til å treffe rasjonelle valg, samtidig som det kan foreligge et hjelpebehov.¹¹⁰ Denne typen diagnosenære vilkår er også vanlig i andre tvangsbestemmelser i helselovgivningen, noe som jeg ikke kommer til å gå mer inn på grunnet avgrensningen i denne oppgaven.

Rammene for hvilke personer det kan benyttes tvang overfor i pbrl. skiller seg fra de andre helselovene. Det går litt vekk fra de tette linjene til diagnose, og man velger heller å legge utgangspunktet til de pasientene som mangler samtykkekompetanse, jf. § 4A-2. Selv om bestemmelsen skiller seg fra kravet til «alvorlig sinnslidelse» i phvl. er det ikke helt uten tilknytning til diagnosekrav. Dette fremgår av oppramsingen av tilstander som kan medføre bortfalt samtykkekompetanse etter pbrl. 4-3. De aktuelle tilstandene er: «fysiske eller psykiske lidelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Tilstandene som nevnes er likevel så omfattende at det kan være tvilsomt hvor avgrensende oppramsingen egentlig er.¹¹¹

Kravet om manglende samtykkekompetanse ble inntatt som et eget vilkår også i phvl. 1. september 2017. Målet var å styrke selvbestemmelsesretten til personer i psykisk helsevern.¹¹² Det er viktig å nevne at kravet til at pasienten må mangle samtykkekompetanse kommer som et tillegg og ikke en erstatning for kravet til at det må foreligge en «alvorlig sinnslidelse». Det vil si at det ikke er nok at pasienten mangler samtykkekompetanse for at vedkommende skal være innenfor den persongruppen det er adgang til å benytte seg av tvang overfor etter phvl.

I tillegg til dette er en annen vesentlig forskjell fra kravet til samtykkekompetanse i pbrl. at det i phvl. er oppstilt et unntak fra kravet om manglende samtykkekompetanse i de tilfellene der det foreligger nærliggende og alvorlig fare for pasientens liv eller andres liv eller helse. For disse tilfellene faller man altså tilbake på det helt diagnosenære vilkåret, der det eneste kravet til pasienten er at han skal ha en «alvorlig sinnslidelse».

5.2.3 Terskelen for bruk av tvang i tvangsbegrensingsloven

Nå har jeg sett på hvilke krav som stilles både til situasjonen og til personen for adgangen til bruk av tvang etter pbrl. og phvl. Det har naturligvis vært viktig å klargjøre hvor man ønsker å legge denne terskelen i arbeidet mot en ny tvangsbegrensingslov.

Om når og overfor hvem det skal være anledning til å benytte seg av tvang har tvangsutvalget foreslått å gå vekk fra de diagnosenære vilkårene og benytte seg av vilkår som ligner mer på de

¹¹⁰ NOU 2019: 14 s. 315

¹¹¹ NOU 2019: 14 s. 120

¹¹² NOU 2011: 9 kapittel 13

som finnes i dagens pbrl. Noe av grunnen til å gå vekk fra de diagnosenære vilkårene var at diagnoser ikke er utviklet for å avgjøre hvem det kan eller ikke kan brukes tvang mot, og diagnosebildet er i konstant endring.¹¹³ Det foreslås at hovedregelen er at personen må mangle samtykkekompetanse (kalt beslutningskompetanse). Videre må det finnes et sterkt behov for behandling. Dette vilkåret skal vurderes individuelt og ta utgangspunkt i en alminnelig akseptert klinisk praksis. I tillegg til dette er det foreslått et vilkår om en nærliggende og alvorlig fare for personens eget liv eller for at vedkommende skal bli påført vesentlig helseskade.

Av disse vilkårene er det forslaget om å bruke manglende beslutningskompetanse som inngangsvilkår som har fått mest kritikk fra høringsinstansene. Kritikken retter seg blant annet mot frykten for at det kan bli vanskeligere å behandle personer som forflytter seg inn og ut av behandlingssituasjoner, da beslutningskompetansen kommer og går i takt med den medisinske tilstanden.¹¹⁴ Andre er kritiske til at endringen kan medføre flere overdoser blant rusmiddelavhengige¹¹⁵ eller at personer som i utgangspunktet aldri har beslutningskompetanse mister mye av sin rett til selvbestemmelse.¹¹⁶

Helse- og omsorgsdepartementet har gått gjennom høringsinstansenes vurdering og velger allikevel å stille seg bak tvangsutvalgets forslag om å ha manglende beslutningskompetanse som vilkår for adgang til bruk av tvang.¹¹⁷ Per dags dato gjelder allerede et krav om manglende samtykkekompetanse for både pbrl. og phvl. og det vil ikke medføre noen endringer på disse områdene dersom utvalgets forslag skulle bli vedtatt.

Vilkårene om at det må foreligge et «sterkt behov» og «fare for personens eget liv eller vesentlig helseskade» er langt på vei også en videreføring av det som allerede er gjeldende rett i dag, i hvert fall i pbrl. og phvl. Definisjonen omfatter derimot ikke fare for andres liv eller helse, noe som er inntatt i skadebegrepet etter phvl. Tvangsutvalget har foreslått at det skal finnes særlige regler som tillater bruken av tvang overfor personer som utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andre. For disse tilfellene skal det, på lik linje med dagens lovgivning, ikke være noe krav til manglende samtykke/beslutningskompetanse, men det skal heller stilles krav til at personen har en «alvorlig sinnslidelse». Helse- og omsorgsdepartementet støtter denne vurderingen på grunnlag av at terskelen for inngrep mot personer som er en fare for andre, bør være lavere enn for personer som bare utgjør en trussel for seg selv.¹¹⁸

¹¹³ Helse- og omsorgsdepartementet (2021) punkt. 6.3.4

¹¹⁴ Den norske legeforening (2019) og NK-TSB (2019)

¹¹⁵ NK-TSB (2019)

¹¹⁶ Norsk forbund for utviklingshemmede (2019)

¹¹⁷ Helse- og omsorgsdepartementet (2021) s. 38

¹¹⁸ Helse- og omsorgsdepartementet (2021) s. 45

6 Avslutning

I dette siste kapittelet ønsker jeg å gi en kort oppsummering av det arbeidet jeg har gjort i oppgaven og hvilke vurderinger samt konklusjoner jeg har sluttet meg til. Jeg har gjennomgått hvilke rettslige grunnprinsipper og internasjonale forpliktelsene som er relevante for tolkningen av de rettsreglene vi har i dag. Disse vil også ha en stor betydning for arbeidet mot en ny felles tvangslov. Slike prinsipper og forpliktelser setter rammer for hva som lovlig kan vedtas i en ny lov og hvordan disse rettsreglene skal utformes.

Jeg har redegjort for vilkårene til å benytte seg av tvang innen somatisk helsehjelp og psykisk helsevern. De mest omtalte vilkårene etter pbrl. er at pasienten må mangle samtykkekompetanse, vedkommende må motsette seg helsehjelpen, tillitsskapende tiltak skal forsøkes først, i tillegg til at helsehjelpen må være nødvendig for å unngå vesentlig helseskade. Tilsvarende er de mest omtalte vilkårene etter phvl. at pasienten må mangle samtykkekompetanse, frivillig psykisk helsevern skal forsøkes først, vedkommende må ha en alvorlig sinnslidelse og det må være årsakssammenheng mellom sinnslidelsen og den skade man ønsker å unngå gjennom tvungen helsehjelp.

De mest sentrale forskjellene mellom de to regelsettene er nettopp at det for somatisk helsehjelp oppstilles et krav til at pasienten må motsette seg helsehjelpen for at den skal anses som tvungen, noe slikt krav finnes ikke etter phvl. I phvl. stilles det krav til at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse, noe slikt diagnosekrav finnes ikke etter reglene i pbrl. I tillegg til dette er det anledning til å benytte seg av tvungen psykisk helsevern i de tilfellene der en unnlattelse vil kunne medføre en fare eller skade på liv eller helse, også for andre enn pasienten selv, slike hensyn er ikke ivaretatt etter reglene i pbrl.

Disse forskjellene har innvirkning på hva som defineres som tvangsbruk og overfor hvem, og i hvilke situasjoner, det skal være anledning til å benytte seg av tvang. Jeg har redegjort for hva som ligger i de forskjellige definisjonene av begrepet og hvilke hensyn de forskjellige begrepene tar sikte på å ivareta. Jeg har også redegjort for hvilke konsekvenser eventuelle forskjeller i lovgivningen har hatt for de tilfellene der man tillater seg bruken av tvang og at disse vil kunne være forskjellig etter de forskjellige rettsreglene.

Jeg har til slutt også redegjort for hvordan tvangsutvalget har ønsket at den nye fellesloven skal stille seg til disse spørsmålene. Det er klart at den nye loven har størst likhetstrekk med det som er gjeldende lovgivning etter pbrl. både med tanke på hva som skal regnes som tvang, men også overfor hvem det skal være anledning til å benytte seg av tvang mot. Konsekvensene av dette kommer til å bli at rettstilstanden for psykisk helsevern vil endre seg på en slik måte at det ikke lenger vil være nødvendig å benytte seg av tvangsregler i like mange tilfeller som tidligere, da definisjonen av hva som skal regnes som tvang vil endre seg.

Avslutningsvis vil jeg bemerke at det er uvisst hva som kommer til å skje med arbeidet med den nye tvangsbegrensningsloven fremover. Hvilke rammer og regler en slik lov vil innebære kan ikke sies med sikkerhet før Helse- og omsorgsdepartementet legger frem et fullstendig lovforslag.

Litteraturliste

- Aall, Jørgen «*Rettstat og menneskerettigheter*». 5. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2018
- Aarre, Trond og Bjørn Henning Østenstad «Ny tvangslovgeving – nokre oppklaringar» *Tidsskriftet den norske legeforening*. 4.november 2021
- Aasen, Henriette «Frivillighet, tvang og menneskeverd ved innleggelse i det psykiske helsevernet: Etske og juridiske utfordringer» *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*. Vol. 46 (2009)
- Bartlett, Peter Oliver Lewis og Oliver Thorold «*Mental Disability and the European Convention on Human Rights*», Leiden 2007
- Befring, Anne Kjersti «Helserett og helsetjenesten» i *Sentrale helserettslige emner*. Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse red., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2016.
- Befring, Anne Kjersti «*Helseretten. Helsehjelp - helseforsikring – smittevern*». Oslo: CAPPELEN DAMM AS, 2020.
- Graver, Hans Petter «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger». *Tidsskrift for rettsvitenskap*. Vol. 121, nr. 2 (2008) s. 149-178
- Haavardsholm, Ida Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3, note 4. 3.november 2021.
- Hustad, Bente «Retten som kontrollorgan – hvordan anvendes vilkårene for å etablere tvungent psykisk helsevern?» *Lov og rett*. Vol. 54 nr. 8 (2015) s. 471-486
- Høyer, Georg «Tilbakeslag for psykiatriske pasienters autonomi og rettsikkerhet» *Lov og rett*. Vol. 34 nr. 3 (1995)

- Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland. «*Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*». 6. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2017
- Mestad, Ola «Rettens kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehaugen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77-113.
- Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezinovic Larsen. «*Menneskerettigheter i et nøtteskall*», 1. utgave, Oslo: Gyldendal juridisk, 2015
- Syse, Aslak «*Psykisk helsevernloven med kommentarer*» 3. utgave, Oslo Gyldendal juridisk, 2016.
- Syse, Aslak *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, note 173, Rettsdata.no (lest oktober 2021)
- Wachenfeld, Margaret «The human rights of the mentally ill in Europe» *Nordic Journal of International Law*, 1991
- Østenstad, Bjørn Henning «Prinsipp for vurdering av samtykkekompetanse». *Lov og rett*. Vol. 35, nr. 1 (2021) s.24-42
- Lover**
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov av 17.mai 1814 (Grunnloven)
- 1961 Lov 28.april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphevet)
- 1992 Lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

1999	Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
1999	Lov 2.juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
1999	Lov 2.juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven)
1999	Lov 2.juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
2005	lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
2011	Lov 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
2015	Lov 7.mai 2015 nr. 25 om donasjon og transplantasjon av organ, celler og vev (transplantasjonslova)

Forarbeider

NOU 2011: 9	<i>Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet. Balansen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.</i>
NOU 2019: 14	<i>Tvangsbegrensningsloven. Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.</i>
Ot.prp. nr. 57 (1995-1996)	<i>Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – tilleggsproposisjon til Ot.prp. nr. 58 (1994-1995))</i>

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999)	<i>Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)</i>
Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)	<i>Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)</i>
Ot.prp. nr. 64 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i pasientrettslova og bio-banklova (helsehjelp og forsikring – personar utan samtykkekompetanse)</i>
Prop. 147 L (2015-2016)	<i>Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)</i>
Den norske legeforening	NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten [Høringssvar] 13. desember 2019. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensningsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=3eec7d5e-e5ea-4cd7-b83b-c1105ef2527f
Helse- og omsorgsdepartementet (2021)	Helse- og omsorgsdepartementet. Om oppfølging av forslagene fra Tvangslovutvalget. [Høringsnotat] 2021. https://www.regjeringen.no/contentassets/0ea7eeab31a4475cb0ac7e63b72e7784/horingsnotat-oppfolging-av-forslagene-fra-tvangslovutvalget.pdf
Helsedirektoratet (2019)	Helsedirektoratets høringssvar til NOU 2019:14 tvangsbegrensningsloven. 9.desember 2021. https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensningsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=311ad653-5355-4ca2-ac32-29963a58e98e

NK-TSB

TSB trenger nye rammer. [Hørings svar] 11. desember 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=a387fbdf-4d2b-41cd-ac2e-6fac2bc50fe1>

Norges institusjon for menneskerettigheter

Hørings svar – NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven. 16. desember 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=4b2207f5-cf4d-4cc4-93ea-8215f2c20834>

Norsk forbund for utviklingshemmede

Hørings svar vedrørende NOU 2019:14 Tvangslovutvalget. 16. desember 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=17594d71-8a53-41ae-832c-8f38c49a8080>

Pasient- og brukerombudene i Norge

Hørings svar fra pasient- og brukerombudene i Norge. 10. desember 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=c5dab0d0-e733-4a8f-aa32-ad797751eb9b>

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1987 s. 1495

Rt. 1988 s. 634

Rt 1993 s. 249
Rt. 2001 s. 752
Rt. 2001 s. 1481
Rt. 2014 s. 801
Rt. 2015 s. 913
HR-2016-1286-A
HR-2018-2204-A
HR-2021-1263-A

Andre offentlige rettskilder

Helsedirektoratet	<i>Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer</i> Rundskriv fra Helsedirektoratet, 21.april 2015. Dokumentnr. IS-2015-8 [Lest i Lovdata Pro]
Helsedirektoratet	Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernfor-skrift med kommentarer fra Helsedirektoratet 29. november 2017. Dokumentnr. IS-2017-1 [Lest i Lovdata Pro]
Helsetilsynet	Veileder for landsomfattende tilsyn 2020 med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester. 3. februar 2020. https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/internserien/veileder_landsomfattende_tilsyn_2020_med_kommunale_helse_omsorgstjenester1_2020.pdf
Statens Helsetilsyn	Alvorlige spiseforstyrrelser: retningslinjer for behandling i spesialisthelsetjenesten (2000). IK-2714. https://www.legeforeningen.no/contentassets/cb7c3b282d324f97a07fa8cceb3d454/alvorlige-spiseforstyrrelser-retningslinjer-for-behandling-i-spesialisthelsetjenesten.pdf

Internasjonale traktater

EMK

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950

ØSK

Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966

Rettspraksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Herczegfalvy mot Østerrike

Case of Herczegfalvy v. Austria no. 10533/83, 24. september 1992

Winterwerp mot Nederland

Case of Winterwerp v. the Netherlands no. 6301/73, 24. oktober 1979

Stankov mot Bulgaria

Case of Stankov v. Bulgaria no. 68490/01, 12. juli 2007

Červenka mot Tsjekkia

Case of Červenka v. the Czech Republic no. 62507/12, 13. oktober 2016