

Samfunnsvernets betydning

– ved fare for andres liv eller helse

Kandidatnummer: 28

Antall ord: 14 897



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	TEMA, AKTUALITET OG PROBLEMSTILLING	4
1.1	Introduksjon – tema, aktualitet og problemstilling	4
1.2	Innhold og avgrensninger	5
1.3	Rettskildebildet og metode	7
2	BAKGRUNN OG SENTRALE HENSYN	10
2.1	Rettsutviklingen	10
2.2	Sentrale hensyn og begrepsavklaringer	11
2.2.1	Lovens formål	11
2.2.2	Hva er tvang?	12
2.2.3	Autonomi	12
2.2.4	Tvang innenfor legalitetsprinsippets og klarhetskravets rammer	13
2.2.5	Samfunnsvernet	15
3	TVANG I ET MENNESKERETTSLIG PERSPEKTIV	17
3.1	Statens sikringsplikt	17
3.2	Retten til høyest mulig fysisk og psykisk levestandard	18
3.3	EMKs vern mot tvang	19
3.4	Diskrimineringsforbudet og betydningen av CRPD	20
4	VILKÅRENE FOR VEDTAK OM TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN	23
4.1	Frivillighet som hovedregel og strukturen i phvl. § 3-3	23
4.2	Hovedkriteriet om «alvorlig sinnslidelse»	24
4.3	Fravær av samtykkekompetanse siden 2017	25
4.4	Farekriteriet	28
4.4.1	«Nærliggende» og «alvorlig» fare	28
4.4.2	Fare for «andres liv eller helse»	31
4.4.3	Helhetsvurderingen i phvl. § 3-3 nr. 7	31
4.5	Sideblikk til dom på overføring til tvungent psykisk helsevern	35
4.5.1	Grenselandet mellom helsesektoren og justissektoren	36
4.6	Økende forskjeller i den rettslige reguleringen	40

5	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	43
6	LITTERATURLISTE	46
6.1	Litteratur	46
6.2	Norske lover og forskrifter	47
6.3	Traktater, konvensjoner og internasjonale dokumenter	48
6.4	Norske lovforarbeider, stortingsmeldinger og forhandlinger i Stortinget	48
6.5	Norsk rettspraksis	49
6.6	Rettspraksis fra EMD	50
6.7	Rapporter, veiledere, rundskriv og annen offentlig praksis	50

1 Introduksjon

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

I 2017 ble psykisk helsevernloven¹ endret for å begrense tvang i psykiatrien.² Psykisk helsevernloven utgjør rettsgrunnlaget for majoriteten av helsevesenets tvangsbruk og anses som sektorens «viktigste tvangslov».³ Sentralt ved lovendringen var en «ny kompetansebasert modell» som betyr at samtykkekompetente personer ikke kan tvangsinnlegges – selv om de har en alvorlig sinnslidelse. Vilkåret om fravær av samtykkekompetanse i phvl. § 3-3 nr. 4 hever terskelen for tvang, da pasienter som hovedregel må være så syke at de ikke forstår hva et samtykke til behandling innebærer. Pasienter som har eller gjenvinner samtykkekompetanse kan nekte tilbud om tvungent vern, så lenge de ikke «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andre liv eller helse». Dette unntaket omtales som farekriteriet og er oppgavens hovedtema. Samtykketkriteriet setter nemlig betydningen av tilstrekkelige farevurderinger på spissen fordi det nå stilles mindre strenge krav til tvangsbruk overfor personer hvor farekriteriet foreligger.⁴

Lovrevisjonen medførte at samtykkekompetente pasienter ikke lenger kan holdes på tvang etter behandlingvilkåret etter phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Siden 2017 har en større andel tvangsinnleggelse blitt begrunnet i farekriteriet,⁵ og det er betydelige forskjeller i praksis helseforetakene imellom.⁶ Ifølge Helsedirektoratet er én av årsakene antagelig ulik lovanvendelse, både mellom institusjoner og kontrollkommisjoner.⁷ Politiske ambisjoner og revisjonene i 1999, 2007 og 2017 til tross, tvangstallene har økt siden tusenårsskiftet. Fundert på Hurdalsplattformen, og grunnet bekymringen om økt tvangsbruk totalt sett, har regjeringen utnevnt et ekspertutvalg som evaluerer samtykkevilkårets konsekvenser for samfunnsikkerheten.⁸ Nasjonal helse og sykehusplan for 2020–2023 prioriterer utvikling av bedre psykiske helse-tjenester som målsetting.⁹ Oppdragsdokumentet til de regionale helseforetakene på tvangsområdet er videre satt til å «forhindre feil bruk av tvang» for å forebygge aggresjon og vold.¹⁰

¹ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) (heretter: phvl.)

² Loven ble endret ved lov nr. 6/2017; Prop. 147 L (2015–2016) s. 5

³ Høyer og Dalgard (2002) s. 187

⁴ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

⁵ Helsedirektoratet (2020) «Tvang i psykisk helsevern» s. 5

⁶ Prop. 147 L (2016–2017) s. 5

⁷ Helsedirektoratet (2022) § 1-1

⁸ Regjeringen.no (2022) «Ekspertutvalg om tvang»

⁹ St.meld 7 (2019–2020) kapittel 1.2

¹⁰ Helse Sør-Øst RHF (2022) «Oppdragsdokument» s. 4

Pasientene blir flere, men psykiatrien har likevel mistet nær halvparten av sengeplassene siden tusenårsskiftet som et resultat av villet politikk.¹¹ Befolkningen har på samme tid økt med nesten én million. «Den gyldne regel» om at psykiske helsetilbud skal prioriteres over somatiske, er heller ikke innfridd.¹² Psykiatriske sykehus er nedlagt til fordel for samlokalisering på vanlige sykehus med fokus på poliklinisk behandling uten døgnopphold. Reduksjon i antall sengeplasser kan resultere i for tidlig utskriving uten adekvat behandling. I ytterste konsekvens kan det svekke pasienters lovfestede tilgang til nødvendige helsetjenester.¹³ Geografiske variasjoner i tvangsbruk kan riktignok skyldes ulik registrering av tvang. Summen av statens styringssignaler, i tillegg til økt og varierende tvangsbruk forårsaket av sprikende praksis, avdekker likevel et behov for å undersøke phvl. § 3-3 nærmere.¹⁴ Særlig fordi 2017-revisjonen har resultert i at riktige og forsvarlige farevurderinger kan bli avgjørende for å ivareta pasientenes rettssikkerhet.

Denne masteroppgaven er en kritisk analyse av vedtakshjemmelen for tvungent psykisk helsevern, med hovedvekt på farekriteriet som unntak fra samtykketkriteriet i phvl. § 3-3 nr. 4. Hensikten er å foreta en dyptgående analyse av forholdet mellom lovverkets innhold og lovgivningsidealet om rettsstatens idé. Grunnloven «skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene», jf. Grl. § 2.¹⁵ Kjernen i rettsstatens idé forutsetter et lovverk som verner borgerne mot overgrep og vilkårlig maktbruk, både fra staten og fra hverandre.¹⁶ Dette fordrer lovgivning som henvender seg klart og direkte til adressaten. Ivaretakelse av borgernes rettssikkerhet krever at lovanvendelsen er forutsigbar og sikrer likhet for loven gjennom forsvarlig og ikke-diskriminerende praktisering. Oppgavens overordnede problemstilling er i hvilken grad phvl. § 3-3 nr. 4 er egnet til å ivareta samfunnsvernet og pasientenes rettssikkerhet.

1.2 Innhold og avgrensninger

Temaet involverer en rekke aktører, hvor pasienten, pårørende og helsepersonell berøres i størst grad. Interesseavveininger der pårørende hensyntas reiser interessante spørsmål.¹⁷ Problemstillingens siktemål tilsier imidlertid at pårørendes rettsstilling behandles i en egen fremstilling.

¹¹ Drabløs og Trædal (2022) «Norsk psykiatri: Én graf peker bratt opp. Én peker bratt ned», *Aftenposten*

¹² Riksrevisjonen (2020-2021) Dokument 3:13 s. 6

¹³ Befring (2022) s. 41

¹⁴ Riksrevisjonen (2020-2021) Dokument 3:13 s. 5–6

¹⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter: Grl.)

¹⁶ Mæhle og Aarli (2017) s. 231

¹⁷ Etter f.eks. phvl. § 3-5 tredje ledd

Oppgaven søker heller å analysere hvorvidt lovverket sikrer *pasientens* rett til nødvendige og forsvarlige helsetjenester samt ivaretagelsen av samfunnssikkerheten. Retten til helsehjelp følger av pasient- og brukerrettighetsloven og omfatter både kommunens primærhelsetjeneste og statens spesialisthelsetjeneste.¹⁸ Pasienten skal til enhver tid behandles på riktig nivå, men det avgrenses mot redegjørelser av helsetjenestens nivåer.¹⁹

Faglig ansvarlig for phvl. § 3-3 følger av phvl. § 1-4, med tilhørende kompetansekrav.²⁰ Helsepersonellet er lovverkets adressat og ansvarlig for at myndighetsutøvelsen forvaltes innenfor lovens rammer. Som forutsetning for utøvelse av juridisk og faglig skjønn i saksbehandlingen, tydeliggjøres viktigheten av et klart lovverk for å ivareta pasientens rettssikkerhet og rett til helsehjelp. Helsepersonellets vurderinger og lokal praksis medfører at loven ikke utgjør eneste beslutningsgrunnlag, noe som kan problematiseres opp mot rettstatsidealet om at myndighetsutøvelsen skal være lovbundet, jf. Grl. § 113. En slik diskusjon fordrer omfattende empirisk materiale og nødvendiggjør derfor en avgrensning mot helsevesenets praksis. En kritisk analyse av lovverkets utforming og betydning for pasientens rettssikkerhet og forutberegnelighet, vil til gjengjeld være relevant for helsepersonell som foretar farevurderingene etter phvl. § 3-3.

Til sist må det presiseres hvem problemstillingen er ment å omfatte. Farekriteriet gjør unntak fra vilkåret om samtykkekompetanse ved «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. phvl. § 3-3 nr. 4. Ved fare for pasientens eget liv kreves ofte somatisk helsehjelp, eksempelvis tvangsernæring ved alvorlige spiseforstyrrelser. Desto viktigere er Høyesteretts sentrale rolle i rettsavklaringen av farekriteriet ved pasientens eget liv.²¹ Den andre delen av farekriteriet hvor samfunnsvernet står på spill, er til motsetning mindre avklart.

Et typeeksempel kan illustrere det mer konkret. En person blir innlagt i psykotisk og ruspåvirket tilstand. Etter hvert som rusen går ut og etter en tids behandling begjærer hen seg utskrevet. Tvangsinnleggelsen kan ikke lenger forankres i § 3-3 nr. 4 fordi hen har gjenvunnet samtykkekompetansen, også jf. phvl. § 3-7. Da må helsehjelpen baseres på frivillighet. Unntaket er farekriteriet. Om det sannsynliggjøres at pasienten kan utgjøre en samfunnsfare eksempelvis i tilstand av rusutløst psykose, kan fagansvarlig holde en samtykkekompetent person på tvang fordi samfunnsvernet vurderes som mer tungtveiende enn pasientautonomien. Innleggelse aktualiserer dessuten behandlingskriteriet i større grad. Hva gjelder tidsaspektet, begrenses

¹⁸ Lov 2. juli 1999 om pasient- og brukerrettigheter (heretter: pbrl.) §§ 2-1 a. og 2-1 b.

¹⁹ Befring (2022) s. 184

²⁰ Forskrift 16. desember 2011 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern § 5

²¹ Se f.eks. HR-2020-1167-A avsnitt 67

problemstillingen derfor til å gjelde utskrivning fra tvungent psykisk helsevern.²² Før farekriteriet går nærmere i sømmene, gis en oversikt over rettskildebildet som begrunner lovanvendelsen samt en beskrivelse av aktuelle metodiske utfordringer.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Helserettslig metode kjennetegnes av kompleksiteten i den moderne rettsstaten.²³ Det fragmenterte rettskildebildet, både nasjonalt og internasjonalt, medfører ofte uklarhet om rammene for lovtolkning og hva som er bestemmende når en regel skal fastlegges. Et viktig normativt utgangspunkt er helserettens omfattende lovgivning som endres hyppig, supplert av forskrifter gitt av en rekke forvaltningsorganer som bidrar til rettsavklaring.²⁴

Et særtrekk ved oppgaven er at den ikke har en konkret rettstvist for øye, men heller systematisk fremstiller rettstilstanden med grunnlag i rettskildene. Problemstillingen vil derfor hovedsakelig drøftes i et rettsdogmatisk metodeperspektiv.²⁵ Siktemålet er å foreta en kritisk analyse av rettsregelens egnethet til å løse tvangsutøvelse som et samfunnsmessig problem, hvor pasientens rettssikkerhet drøftes i lys av lovverkets utforming. Et av lovverkets fremste funksjoner er nettopp formidling av politiske budskap fra lovgiver til adressat, primært for at lovgivers mål skal påvirke samfunnet. Tanken er at en gransking av farekriteriet vil gi dypere forståelse av helheten i phvl. § 3-3 og dens betydning for pasientene. En slik normativ vurdering forutsetter først en deskriptiv analyse av regelens innhold og gjeldende rett i kapittel 2–4.

Mens rettsdogmatikk analyserer regelens innhold, søker rettspolitikken å vurdere om den aktuelle reguleringen er nødvendig for å oppnå ønskede formål.²⁶ Den rettsdogmatiske analysen inviterer til rettspolitiske vurderinger i kapittel 4. Siktemålet er å problematisere lovgivers formål med 2017-revisjonen om riktigere og redusert tvangsbruk samt økt autonomi og rettssikkerhet, opp mot anvendelse av farekriteriet. Den rettspolitiske analysen forankres i en juridisk forståelse av samfunnsvernets betydning for pasienters rettssikkerhet.²⁷

²² Gjennomføring av psykisk helsevern etter phvl. kapittel 4 og alternativer til innleggelse av hensyn til pasienten, manglende samarbeid med behandler med potensiell reinnleggelse etter phvl. § 4-10, faller utenfor problemstillingen

²³ Kjørstad (2005) s. 52

²⁴ Befring (2022) s. 111

²⁵ Mæhle (2004) s. 329

²⁶ Befring (2022) s. 120

²⁷ Befring (2022) s. 122

Overordnet sett forventes lovverket etter grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper å verne befolkningen mot overgrep fra staten og fra hverandre. Rettssikkerhet omhandler offentlige inngrep, mens pasientsikkerhet skal avverge risiko i pasientbehandlingen.²⁸ Filologisk sett er rettssikkerhet et vidt begrep. I problemstillingens øyemed forstås rettssikkerhet som krav til at myndighetsutøvelsen samsvarer med gjeldende rett, sikret gjennom forutberegnelig lovverk og likebehandling som rettssikkerhetsgarantier. I et forvaltningsrettslig perspektiv, kan et lovverk som ikke er tilstrekkelig klart og lite forutberegnelig, åpne for vilkårlig tvangsutøvelse i strid med rettssikkerhetshensyn og legalitetsprinsippet etter GrL. § 113. Den kritiske analysen av pasienters rettsikkerhet foretas fra et helserettlig ståsted, og særloven om psykisk helsevern er det primære rettsgrunnlaget. Utgangspunktet for problemstillingen er ordlyden i phvl. § 3-3, tolket i lys av lovforarbeider, formålsbestemmelsen, rettspraksis og menneskerettigheter.

Lovforarbeider er sentrale for å klarlegge lovgiverintensjonen bak lovtekst og begreper.²⁹ Formålsparagrafen phvl. § 1-1 benyttes som et tolkningsmoment, hvor lovforarbeidene bidrar til å avklare lovens uttrykte verdier og interesser. Forarbeidene Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) og Prop. 147 L (2015–2016) er spesielt relevante som premisser for forståelsen av lovgiverviljen. Utredningene NOU 2011: 9 (heretter: Paulsrud-utvalget) og NOU 2019: 14 (heretter: Østenstad-utvalget) har ikke like sterk rettskildeverdi, men kan like fullt være egnet til å belyse reglens innhold. Særlig Østenstad-utvalgets forslag om å regulere de fleste tvangshjemler i én lov, vil benyttes for å kommentere rettsutviklingen.

En metodisk utfordring er at rettspraksis er en sparsommelig rettskilde og ikke representativ for omfanget av rettsspørsmål på rettsområdet.³⁰ Forklarende for at vedtakene sjelden kommer opp for domstolene, er at det kun er pasienten og pårørende som har klageadgang etter phvl. § 7-1. De fleste rettsavklaringene skjer da også gjennom lovregulering og forvaltningsavgjørelser.³¹ Den beskjedne forekomsten av rettspraksis bør også ses i lys av at sakene er spesielle og gjelder særskilte forhold ved enkeltindivider, som igjen gir begrenset overføringsverdi til andre saker.³²

Det mangelfulle kildetilfanget vedrørende samfunnsvernet nødvendiggjør også at det ses hen til rettskilder tilknyttet dom på psykisk helsevern. Metodevalget anses som hensiktsmessig og forsvarlig. Både ordlyd og formål bak phvl. § 5-3 og straffeloven § 62 virker sammenfallende

²⁸ Befring (2022) s. 125

²⁹ Befring (2022) s. 84

³⁰ Helsedirektoratet (2021) IS-3055 s. 3

³¹ Befring (2022) s. 124

³² Saksforholdet i Rt. 2010 s. 612 (Sårstell) belyser dette

med begrunnelsen i phvl. § 3-3 nr. 4, og lovforarbeidene viser også til den strafferettslige særreaksjonen.³³ Sammenlikningen drøftes nærmere i punkt 4.5, men det nevnes her at likhetene gjør at samme personer, som i typeeksempelet, over tid kan rammes av begge hjemler.³⁴

Tvangsadgangen vurderes videre på bakgrunn av menneskerettigheter i Grunnloven og internasjonale konvensjoner, jf. Grl. § 92. Konvensjoner som er inntatt i menneskerettsloven som EMK og ØSK, nyter forrang ved kollisjon med andre lover, jf. mrl. §§ 2 og 3.³⁵ Det betyr at konvensjonsregler kan danne utgangspunktet ved fastlegging av nasjonal rett, og Høyesterett har fremhevet at konvensjonsbestemmelser skal tolkes med utgangspunkt i EMKs tilsvarende bestemmelse og samsvare med EMDs tolkningsprinsipper.³⁶ Folkeretten har egne metodeperspektiv, som stadig reiser spørsmål om hvordan internasjonale rettskilder skal tolkes. EMK-retten står i en særstilling.³⁷ Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31-33 oppstiller tolkningsprinsipper om dynamisk tolkning, der endrede samfunnsforhold skal vektlegges.³⁸ Anvendelse av phvl. § 3-3 aktualiserer rettspraksis fra EMD og uttalelser fra FN-komiteer som tolkningsmomenter, tydeliggjort i kapittel 3 og 4.

³³ Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven) (heretter: strl.); Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 80

³⁴ Rt. 2006 s. 1137 avsnitt 26

³⁵ Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter: mrl.)

³⁶ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

³⁷ Aall (2022) kapittel 2

³⁸ The Vienna Convention on the Law of Treaties; *Golder mot Storbritannia* [P] 1975 no. 4451/70 avsnitt 29

2 Bakgrunn og sentrale hensyn

For en helhetlig forståelse av rettsstillingen til personer med psykiske lidelser, presenteres først en kort historisk bakgrunn og lovens formål. Siktemålet forutsetter videre en redegjørelse av tvangsbegrepet, autonomihensyn og samfunnsvernet. Den helserettslige problemstillingen fordrer også en beskrivelse av legalitetsprinsippets betydning ved tvangsbruk etter phvl. §3-3.

2.1 Rettsutviklingen

Norges første tvangsregulering så dagens lys gjennom Lov om Sindsyges Behandling og Forpleining av 1848. Hensikten med lovgivningen var å bedre forholdene for alvorlig psykisk syke som på den tiden led under helt uverdige forhold med slett rettssikkerhet.³⁹ 1848-loven var opprinnelig en rendyrket tvangslov hvor hovedformålet var å beskytte samfunnet, og frivillig innleggelse ble ikke regulert før i 1935. Rettsstillingen til farlige sinnslidende ble regulert i særlovene av 1898 og 1927, også kjent som «Reitgjerdetlovgivningen».⁴⁰ Lov om psykisk helsevern (1961) opphevet den eksisterende lovgivningen og lovfestet endringene og tillempingene som hadde skjedd gjennom over 100 års praksis og supplerende forskrifter.⁴¹

På samme måte innebar ikke psykisk helsevernloven (1999) betydelige innholdsmessige endringer sammenliknet med 1961-lovens revisjoner og etterfølgende praksis.⁴² Loven var samtidig del av en omfattende helsereform med nye helselover som skulle stå i «tjeneste for enkeltmennesket».⁴³ Tvangsreguleringen ble mer omfattende og detaljert, og styrket rettsikkerheten i lys av forskriftsreguleringen fra 1977.⁴⁴ I 2006 ble det vedtatt vesentlige endringer i psykisk helsevernloven. Hensikten var å bedre pasientrettighetene gjennom normalisering av psykisk syke og økt grad av rettslig likestilling med pasienter med somatiske lidelser.⁴⁵

Med mandat om å utrede tvangsreglene, avga Paulsrud-utvalget NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Flertallet presenterte innføring av en kompetansebasert modell

³⁹ Syse (2016) s. 27

⁴⁰ Lov om kriminalasylet 1898; Lov om Reitgjerdet asyl 1922

⁴¹ Syse (2016) s. 27

⁴² NOU 2019: 14 s. 78

⁴³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 13

⁴⁴ NOU 2019: 14 s. 84

⁴⁵ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) punkt 1

som foreslo manglende beslutningskompetanse som vilkår for å bruke tvang, med farekriteriet som unntak.⁴⁶ I juni 2016 ble utredningen delvis fulgt opp i Prop. 147 L (2015–2016), samtidig som Østenstad-utvalget ble oppnevnt for ytterligere utredning av samtykkereglene.⁴⁷ I 2017 ble det foretatt flere viktige endringer, hvor innføringen av den kompetansebaserte modellen var sentral.⁴⁸ Samtykkekompetente pasienter har siden da som hovedregel hatt rett til å avslå tilbud om psykisk helsevern, med mindre de utgjør en fare seg selv eller andre etter phvl. § 3-3 nr. 4.

2.2 Sentrale hensyn og begrepsavklaringer

2.2.1 Lovens formål

Psykisk helsevern tilhører spesialisthelsetjenestens og helseforetakenes «sørge for»-ansvar.⁴⁹ Ifølge phvl. § 1-1 første ledd er formålet med loven å «sikre at psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med menneskerettighetene og grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper». Menneskerettighetene ble uttrykkelig innlemmet i 2017 og er ifølge forarbeidene en påminnelse om rettskildens betydning ved tolkningsspørsmål.⁵⁰ Videre følger det av første ledd andre punktum at det «er et formål med reglene å forebygge og begrense» tvangsbruk. Dette var nytt i 2017 og harmoniserer med ordlyden i pbrl. § 4 A-1 og helse- og omsorgstjenesteloven § 9-1.⁵¹ Tillegget kan også ses i sammenheng med Østenstad-utvalgets forslag om ny tvangsbegrensningslov. Etter phvl. § 1-1 annet ledd skal helsehjelpen «tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet». Bestemmelsen viderefører den gamle formålsparagrafen og utdyper utgangspunktet om at all helsehjelp i utgangspunktet er tuftet på hensynet til pasientens beste. At pasientens behov skal gjelde «så langt som mulig», angir imidlertid ikke hvilke hensyn som kan nødvendiggjøre innhogg i pasienthensynet. I punkt 4.4.3 vil en tilsynelatende diskrepans mellom forarbeidene og Høyesteretts vekting av hensynene etter phvl. § 3-3 nr. 7 drøftes i lys av phvl. § 1-1.⁵²

⁴⁶ NOU 2011: 9 s. 13

⁴⁷ Prop. 147 L (2015–2016) punkt 4

⁴⁸ Lov om endringer i psykisk helsevernloven mv. (2017)

⁴⁹ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (spesialisthelsetjenesteloven) (heretter: sphl.) § 2-1a

⁵⁰ Prop. 147 L (2015–2016) s. 49

⁵¹ Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven) (heretter: hol.); Prop. 147 L (2015–2016) s. 49

⁵² Rt. 2001 s. 1481 s. 1490 om Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 81

2.2.2 Hva er tvang?

Utgangspunktet er at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke etter pbrl. § 4-1. Østenstad-utvalget beskriver samtykke som det foretrukne rettsgrunnlaget for helsehjelp slik det også omtales i sentrale menneskerettslige dokumenter.⁵³ Fravær av samtykke er likevel ikke det samme som tvang, og grensen mellom frivillighet og tvang kan være vanskelig å fastsette. Tvangsbegrepet er da heller ikke legaldefinert i loven. En alminnelig språklig forståelse kan tilsi at tvang innebærer en handling som utføres overfor en som selv ikke ønsker det. Fellesnevneren for bestemmelser om helsehjelp uten samtykke og tvang er nettopp at utgangspunktet om frivillighet er forlatt, og at det kreves materielle og prosessuelle vilkår for å gi helsehjelp når personen «motsetter seg» behandlingen.⁵⁴ Tvangsreglene for psykisk utviklingshemmede beskriver tvang som «tiltak [...] pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at det uansett motstand må regnes som [tvangsbruk]». ⁵⁵ Basert på en helhetlig forståelse av lovverket, mener Befring at tvang er tiltak som utøves mot personens vilje, og inntreer når hen blir utsatt for et inngrep.⁵⁶ Østenstad-utvalget anbefaler å definere tvang som overvinning av motstand.⁵⁷

Selv om tvangsbegrepet ennå ikke er legaldefinert, er det sentrale i oppgavens øyemed å fokusere på tvangen som utøves når pasienter holdes tilbake i psykisk helsevern – selv om de har samtykkekompetanse. Tvangshjemmelen phvl. § 3-3 nr. 4 anvendes overfor mennesker i svært sårbare situasjoner og reiser en rekke spørsmål tilknyttet den enkeltes rettssikkerhet. For å oppnå bedre forståelse av et av samfunnets mest inngripende tiltak overfor enkeltindividet, er det nødvendig å gå nærmere inn på hensynene som inngår i avveiningene.

2.2.3 Autonomi

Helt overordnet, står menneskets selvbestemmelsesrett mot statens plikt til å sikre samfunnsvern og pasientens helse. Ideelt sett skal lovverket sikre optimal helsehjelp og samtidig balansere den enkeltes autonomi mot samfunnets plikt til å hjelpe. Unikt og kanskje paradoksalt innenfor psykisk helsevern, er at det er de sykeste som i minst grad evner å erkjenne behov for

⁵³ NOU 2019: 14 s. 78

⁵⁴ Se eksempelvis overskriften til phvl. kapittel 4A og pbrl. § 4-6a

⁵⁵ Hol. § 9-2 annet ledd

⁵⁶ Befring (2022) s. 367

⁵⁷ NOU 2019: 14 s. 365

helsehjelp, og derfor ikke søker behandling på eget initiativ. Helsepersonells forsvarlighetsplikt kan dessuten gå på akkord med pasients egne ønsker.⁵⁸

Autonomi er like fullt et selvstendig prinsipp i helseretten, og kan beskrives som den enkeltes frihet til å handle eller å unngå å handle.⁵⁹ Autonomiprinsippet er bredt uttrykt i helserettslovgivningen, og er særlig tydelig som grunnlag for samtykkeordninger hvor det gis vern mot tvang og inngrep uten samtykke.⁶⁰ *Moralsk* autonomi betyr hva den enkelte har rett til, mens *faktisk* autonomi innebærer hvordan personen rent faktisk kan nyttiggjøre seg av autonomien. Illustrerende er hvordan retten til å nekte helsehjelp ikke nødvendigvis tilsvarer en reell mulighet til å nekte om samfunnsvernet slår inn. Kjernen i autonomiprinsippet er pasientens handlefrihet og beslutningsfrihet til å motta eller nekte helsehjelp.⁶¹ Prinsippet kan slik sett sies å ivareta både frivillighetshensyn og integritetsvern. Vel så viktig i dette henseende er at autonomiprinsippet utgjør selve fundamentet for vern mot myndighetsmisbruk fra staten.

2.2.4 Tvang innenfor legalitetsprinsippets og klarhetskravets rammer

Grunnloven «skal sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene», jf. Grl. § 2. En grunnleggende del av rettstatsidealet er at lovgivningen skal verne borgere mot overgrep og vilkårlig maktbruk, både fra staten og fra hverandre.⁶² Grunnlovens legalitetsprinsipp er tuftet på autonomiprinsippet, da det skal verne individene mot statsmakten. Legalitetsprinsippet er hjemlet i Grl. §§ 96, 97 og 98, og ble forsterket gjennom Grl. § 113 som et av de viktigste rettsprinsippene i norsk rett ved grunnlovsrevisjonen i 2014. Grunnloven § 113 knesetter at «inngrep» må ha grunnlag i «lov». Myndighetenes tvangsutøvelse er et inngrep i den enkeltes grunnleggende rett til frihet, og hensyn til forutberegnelighet og rettssikkerhet begrunner at mennesker ikke skal utsettes for vedtak de ikke kan forutse.⁶³ I legalitetsprinsippets materielle side, gjerne omtalt som lovkravet, ligger det et klarhetskrav. Det fordrer lovtekst med klart og forståelig språk, logisk struktur og sammenheng regelsettene imellom.⁶⁴ Tydelige lovregler er viktig for å gi pasienter, pårørende, helsepersonell og overprøvingsorganene forutsigbarhet.

⁵⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) (heretter: hpl.) § 4

⁵⁹ Befring (2022) s. 265

⁶⁰ Se eksempelvis pbrl. §§ 3-1, 4-1, 4-3 og phvl. §§ 1-1, 2-1 for medvirkningsretten

⁶¹ Befring (2022) s. 266

⁶² Mæhle og Aarli (2017) s. 222

⁶³ Befring (2022) s. 265

⁶⁴ Befring (2022) s. 109

Høyesterett har vært sentrale for forståelsen av hva som mer konkret ligger i klarhetskravet. I Rt. 1995 s. 530, som gjaldt gyldigheten av et vedtak i Fiskeoppdretternes Salgslag, kom førstvoterende med en prinsipiell uttalelse som senere er blitt omtalt som Fjordlaksformelen:

Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn. En slik mer sammensatt vurdering må etter min mening legges til grunn ved avgjørelsen av hjemmelsspørsmål som oppstår i denne saken.⁶⁵

Uttalelsen er tatt til inntekt for at legalitetsprinsippet er dynamisk ettersom dets betydning varierer etter rettsområde, inngrepets art, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.⁶⁶ Helse retten har et mangfold av situasjoner hvor reguleringens art og hensyn fordrer krevende og sammensatte interesseavveininger. Dissensen (3-2) i «Sårstelldommen», Rt. 2010 s. 612, og teoriens omfangsrrike meningsutveksling, viser tydelig kompleksiteten ved anvendelse av inngripende tvangshjemler.⁶⁷ Saken gjaldt om et sykehjem kunne skifte sengetøy, bandasjer og utføre kroppsvask mot pasientens vilje. Flertallet vurderte situasjonen konkret, og anså sårstellet som forholdsmessig, selv om det ikke forelå en klar lovhjemmel.⁶⁸ Mindretallet mente derimot at det ikke forelå tilstrekkelig hjemmel for å utføre sårstellet mot pasientens vilje, og at det er en lovgiveroppgave å fastsette vilkår og rettssikkerhetsgarantier for slik tvangsbruk.⁶⁹ Saken viser hvordan dilemmaer tilknyttet helsehjelp kan oppstå og hvordan vurderingene vanskeliggjøres når flere hensyn må avveies mot hverandre.

Inngrep innenfor psykisk helsevern nødvendiggjør dessuten konkrete vurderinger med innslag av skjønn og rettslige standarder.⁷⁰ Presis utforming av tvangshjemler kan utfordres av at bestemmelsene skal være tilpasset personens behov, da bredden av ulike behov fordrer en ordlyd som samtidig er vid nok til å romme en rekke situasjoner. Vid skjønnsadgang og vage vilkår kan derfor kollidere med klarhetskravet og forutberegnelighetshensyn, spesielt på rettsområder med inngripende myndighetshjemler. I praksis kan ulikheter i skjønsmessige vurderinger resultere i større grad av ulik lovanvendelse og forskjellsbehandling. Når det er sagt, kan for rigide tvangshjemler med mindre skjønnsadgang redusere mulighetene for å bruke

⁶⁵ Rt. 1995 s. 530 s. 537

⁶⁶ Befring (2022) s. 109

⁶⁷ Se Befring (2022) s. 317–318 for oversikt over teoriens ulike standpunkter

⁶⁸ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 31–36

⁶⁹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 55

⁷⁰ Eksempelvis vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 nr. 3

tvang der vernet av pasientens eller andres rett til liv og helse står på spill. Utforming av tvangs- hjemler er opplagt et komplekst håndverk, og oppgaven videre viser hvordan legalitets- og klarhetsprinsippet kan utfordre lovformålet om å bidra til rettssikkerhet og pasientsikkerhet.

Et siste aspekt er hvordan ulike ordlydstolkninger står seg mot legalitets- og klarhetsprinsippet. I en sak om inndragning av fangstoppgjør, HR-2021-2275 (Pelagia), uttalte førstvoterende generelt at på «området for det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet» er ikke ordlyden bare den «sentrale tolkningsfaktoren, men danner også rammen for regelfortolkningen».⁷¹ Sammenliknet med utvidende og analogisk tolkning, er innskrenkende tolkning – å gi lovbestemmelsen et snevrere virkeområde enn ordlyden tilsier – mindre problematisk i lys av legalitetsprinsippet.

Klarhetskravet kan imidlertid komme på spissen ved innskrenkende fortolkninger, noe HR-2020-1167-A belyser. Saken gjaldt en pasient med alvorlige spiseforstyrrelser som begjærte opphør av tvungent psykisk helsevern. Høyesterett var samstemte i at vilkåret om alvorlig sinnslidelse, forverringsvilkåret og farevilkåret i phvl. § 3-3 var oppfylt. Førstvoterende (4-1) mente imidlertid at det ikke var grunnlag for å tolke «fare for eget liv» innskrenkende, og la til grunn at unntaket også omfatter situasjoner hvor det foreligger nærliggende og alvorlig fare for pasientens liv, uten at det er knyttet til selvmordsfare.⁷² Med støtte i lovforarbeidene og presumsjonsprinsippet, fremholdt mindretallet en innskrenkende tolkning, slik at «fare for eget liv» kun dekker tilfeller med selvmordsfare.⁷³ Ordlydstolkningen virket ikke inn på domsresultatet da retten unisont mente at pasienten manglet samtykkekompetanse. Når to dommere finner ulikt innhold i samme vilkår, viser saken likevel hvordan en vid ordlyd setter klarhetskravet, forutberegneligheten og dermed også rettssikkerheten på prøve.

2.2.5 Samfunnsvernet

Mens unntak fra samtykkevilkåret ved fare for eget liv er tuftet på etiske hensyn og menneskerettslige forpliktelser knyttet til å redde liv, er unntaket «fare for andres liv eller helse» begrunnet i samfunnsvernet.⁷⁴ Ordlyden i phvl. § 3-3 nr. 4 og sammenhengen med samfunnsvernet er essensiell for problemstillingen. Årsaken er at samfunnsvernet er et flertydig uttrykk som ikke fremgår eksplisitt av verken phvl. §§ 1-1 eller 3-3. Tilsvarende ordlyd som i § 3-3 om

⁷¹ HR-2021-2275-A avsnitt 60

⁷² HR-2020-1167-A avsnitt 67

⁷³ HR-2020-1167-A avsnitt 78-93

⁷⁴ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

«nærliggende og alvorlig fare», fremgår imidlertid av strl. §§ 62 og 63, ved dom på tvungent psykisk helsevern og dom på tvungen omsorg. Etter § 62 første ledd må særreaksjonen være «nødvendig for å verne samfunnet, og faren for en ny og alvorlig integritetskrenkelse [må være nærliggende]». Gjennomføringsbestemmelsen i phvl. § 3-5 først ledd fastslår at det «[skal] legges særlig vekt på behovet for samfunnsbeskyttelse» ved idømmelse etter strl. § 62.

Tidligere sondret loven på lovbruddets alvorlighetsgrad. Lovgiver ønsket imidlertid å forskyve vurderingstemaet slik at det sentrale er *faren* personen utgjør, ikke lovbruddet. Oppramsingen av lovbrudd ble fjernet. Det medførte likevel ingen realitetsendring, slik at et bredt utvalg av integritetskrenkelser, fra vold til trusler og utpressing, fremdeles omfattes.⁷⁵ Særreaksjonen omfatter også handlinger som fremkaller fare for de samme rettsgodene, og ordlyden «kunne» tilsier at det er tilstrekkelig med abstrakt farefremkallelse, jf. § 62 første ledd. Departementet påpeker at særreaksjonen ikke er straff, men utelukkende begrunnet i samfunnsvernet.⁷⁶ Som etter phvl. § 3-3 er det fare for fysiske og psykiske skader som omfattes, ikke materielle goder. Betydningen av likhetene og tvangshjemlenes formål utdypes i punkt 4.5. Et tankekors er imidlertid om samfunnsvernet bør vurderes ulikt etter straffeloven og psykisk helsevernloven.

Det nevnes likevel her at det overordnet sett handler om samfunnets krav på vern mot fare fra personer med alvorlige sinnslidelser, tuftet på prinsippet om at ens frihet rekker dit den griper inn i andres. Ved behandlingen av særreaksjonsreformen, formulerte Odelstingets saksordfører Hiim begrepet som et spørsmål om hvor langt vi i samfunnet kan tillate oss å gå for å sikre borgerne ønsket trygghet.⁷⁷ Det henger sammen med rettssikkerhetsidealet om et forutsigbart lovverk som skal verne borgere mot vilkårlig maktbruk fra staten og fra andre. Spenningen mellom frihetsberøvelsen samfunnsvernet begrunner for å avverge vold, og autonomiprinsippet ideal om enhvers rett til å selv søke helsehjelp, er sentralt for fremstillingen videre.

Rettsutviklingen og formålsparagrafen viser en gradvis utvikling fra tvang som det primære formålet, til økt vektlegging av frivillighet og rettssikkerhet. Særlig autonomiprinsippet har fått større innpass det siste tiåret, demonstrert gjennom 2017-revisjonen. Samfunnsvernet er derimot mindre fremtredende i lovverket, underbygget av formålsparagrafens innhold. Neste kapittel forsterker inntrykket av hensynenes ulike vekt på rettsområdet, tydeliggjort gjennom relevante menneskerettskonvensjoner og statens sikringsplikt.

⁷⁵ Prop. 154 L (2016–2017) s. 232

⁷⁶ Prop. 154 L (2016–2017) s. 135

⁷⁷ Forh. O. (1996–1997) s. 260

3 Tvang i et menneskerettslig perspektiv

Helseretten har gjennomgått en enorm regelutvikling de siste tiårene og er et rettsområde med betydelige innslag av internasjonal rett. Kapittel 3 vil vise hvordan menneskerettighetene og forpliktende internasjonale konvensjoner påvirker norsk helserett, synliggjort gjennom økt autonomi og redusert tvang innenfor psykisk helsevern. Stater som innfører samtykkevilkår, støter imidlertid på utfordringen om hvordan pasientens autonomi og samfunnsvernet skal avveies. Menneskerettsvernets rolle for statens sikringsplikt etter GrL § 92 vil derfor drøftes i lys av spenningen mellom selvbestemmelsesretten og samfunnsvernet i phvl. § 3-3 nr. 4.

Balanseringen av konvensjonsfestede rettigheter tilsier at stater bør gis vid skjønnsmargin til å fastsette lovreguleringen for å sikre borgernes psykiske helse, en adgang Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har fremhevet mang en gang.⁷⁸ Spesielt om det er foretatt en grundig avveining av rettighetene og kryssende hensyn.⁷⁹ Ifølge lovforarbeidene anses psykisk helsevernloven å være i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser.⁸⁰ Østenstad-utvalget peker imidlertid på at menneskerettsvernets rolle ikke er entydig. Rettsoppfatningen avhenger dels av hvilke menneskerettsdokumenter en tar utgangspunkt i, dels av hvilken tolkningspraksis eller litteratur en anvender.⁸¹ Hensikten med kapittel 3 er å belyse tvangshjemmelens internasjonale dimensjon gjennom en redegjørelse av menneskerettigheter av betydning for phvl. § 3-3 nr. 4, samt en utgreiing av CRPDs rolle ved tolknings spørsmål.

3.1 Statens sikringsplikt

Grunnlovens menneskerettskapittel innledes av GrL § 92 som pålegger myndighetene å «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Grunnlovens menneskerettighetskatalog fremgår av §§ 93-113, og sentrale traktater er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter: EMK) og FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (heretter: ØSK). Menneskerettsloven gjør disse konvensjonene til norsk lov etter mrl. § 2, med forrang fremfor annen lov ved motstrid etter mrl. § 3. Grunnloven § 92 forankrer statens plikt til å ikke bare «respektere» ved å unnlate å gripe inn, men også å «sikre» ved å treffe positive tiltak for å

⁷⁸ Se f.eks. *Evans mot Storbritannia* [GC] no. 6339/05 avsnitt 77

⁷⁹ Se også *Chassagnou m.fl. mot Frankrike* [GC] no. 25088/94, 28331/95 og 28443/95 avsnitt 113

⁸⁰ Prop. 78 L (2015–2016) kapittel 8.4

⁸¹ NOU 2019: 14 kapittel 7.1

ivareta grunnleggende individrettigheter Norge er forpliktet til.⁸² Overført til problemstillingen, betyr det at statens *negative* plikt til å respektere individets autonomi må avveies mot statens *positive* plikt til å ivareta samfunnsvernet.⁸³

Dette omtales gjerne som statens sikringsplikt, et ansvar utviklet av EMD. I Rt. 2013 s. 588 beskriver Høyesterett plikten etter EMK artikkel 1 som statens «plikt til, etter forholdene, å ta aktive skritt for å hindre at private krenker hverandre – konvensjonen har i denne forstand også *horisontal* virkning».⁸⁴ Den *vertikale* siden av plikten omhandler vernet mot vilkårlig maktbruk fra staten, jf. GrL. § 2 som nevnt over. Den horisontale siden gjenspeiler hovedformålet bak phvl. § 3-3, om å verne samfunnet mot fare fra mennesker med alvorlige sinnslidelser. Saken i Rt. 2013 s. 588 gjaldt en kvinne som var utsatt for langvarig og truende forfølgelse av en mann, og aktualiserte statens plikt til å sikre privatliv etter EMK artikkel 8. Etter en gjennomgang av EMD-avgjørelser pekte Høyesterett på fire gjennomgående trekk ved sikringspliktens vern i form av handling, men fremhevet også vernets krav til adekvat og effektivt lovverk.⁸⁵ Statens positive forpliktelse vedrørende utforming av et forutberegnelig lovverk som ivaretar autonomi, pasientsikkerhet og samfunnsvern er førende for analysen av farekriteriet i phvl. § 3-3.

3.2 Retten til høyest mulig fysisk og psykisk levestandard

Ifølge ØSK artikkel 12 skal staten tilby en minstestandard på helsetilbudet som ivaretar liv og helse, jf. også EMK artikkel 2 og 3. Rettigheten etter ØSK artikkel 12 innebærer at enhver, også psykisk syke som ikke er i stand til å ta vare på seg selv, har rett til adekvat helsehjelp basert på et regelverk som tilrettelegger for helsetilbud til alle. FNs ØSK-komiteé fremhever at tvangsinnleggelse overfor alvorlig sinnslidende skal skje unntaksvis, og at forutsetninger som «best practice» etter internasjonal standard skal inngå i vurderingen.⁸⁶ ØSK-komiteens forutsetninger tilknyttet tvangsvedtak og artikkel 12, kan reflekteres i phvl. § 3-3 nr. 7 og helhetsvurderingen av om psykisk helsevern fremtrer som «den klart beste løsningen».

⁸² Aall (2018) s. 58–59

⁸³ Se HR-2021-1263-A avsnitt 36 om statens positive og negative forpliktelser

⁸⁴ Rt. 2013 s. 588 avsnitt 41

⁸⁵ Rt. 2013 s. 588 avsnitt 40-49 om sikringspliktens innhold og rekkevidde

⁸⁶ ØSK-komiteen General Comment (2000) avsnitt 34

3.3 EMKs vern mot tvang

Statens plikt til å iverksette tiltak for å beskytte borgerne mot overgrep følger av EMK artikkel 2 om «retten til liv», artikkel 3 om «umenneskelig behandling» og artikkel 8 om «privatliv og familieliv», med paralleller til henholdsvis GrL. §§ 93, 94 og 102. Artiklene verner om fysisk og psykisk integritet, og retten til å være i fred for uønsket oppmerksomhet fra andre.⁸⁷ Artikkel 3 og 8 kom på spissen i *Herczegfalvy mot Østerrike*.⁸⁸ Her presiserer EMD at underlegenheten og maktesløsheten som kjennetegner innesperrede på psykiatriske institusjoner, fordrer økt bevissthet om konvensjonsrettighetene.⁸⁹ Domstolen formulerer flere krav før tvang kan iverksettes. Tvangsvedtaket må begrunnes i pasientens behov, personen må være ute av stand til å ivareta egne interesser og metoden må være medisinsk forsvarlig. Om behandlingen er en medisinsk nødvendighet, skal det ikke utgjøre brudd etter artikkel 3.

Saken gjaldt langvarig bruk av håndjern og sikkerhetsseng, men retten fant ikke brudd etter artikkel 3 og 5. Retten til privatliv etter artikkel 8 var derimot krenket grunnet sykehusets praksis med å sortere hvilke brev som skulle gis til pasienten. EMD la avgjørende vekt på at inngrep må være i samsvar med loven, og at loven må være tilgjengelig for pasienten. Ikke desto mindre at skjønnsmessige lovhjemler medfører at omfanget av skjønnet må angis.⁹⁰ Det ble imidlertid uttalt at det ikke er mulig å formulere en lov som dekker ethvert tilfelle. EMD har gjentatte ganger akseptert at presise lovformuleringer er særlig utfordrende på rettsområder med store variasjoner i livssituasjoner. Dilemmaet er å gjøre tvangsvilkårene så lite krenkende som mulig og tilstrekkelig presise på samme tid. EMD kom likevel til at det må finnes adekvate angivelser i loven for å beskytte pasienter mot vilkårlig maktutøvelse.⁹¹ Lovene ble vurdert som utilstrekkelige, og landets rettspraksis bidro ikke til avklaring. EMD fremhevet tvangsinnlagtes sterke behov for kommunikasjon med omverdenen og konkluderte med brudd på artikkel 8.⁹² Tvungent psykisk helsevern er et relevant virkemiddel for statens overholdelse av sikringsplikten.⁹³ Basert på EMDs uttalelser om statens plikt til å utforme et tilgjengelig lovverk som ivaretar rettssikkerheten, vil det vurderes om phvl. § 3-3 gjenspeiler kravene i kapittel 4.

⁸⁷ NOU 2014: 10 s. 334

⁸⁸ *Herczegfalvy mot Østerrike* [J] 1991 no. 10533/83

⁸⁹ *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 82

⁹⁰ *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 89

⁹¹ Befring (2022) s. 277

⁹² *Herczegfalvy mot Østerrike* avsnitt 91

⁹³ NOU 2014: 10 s. 336

3.4 Diskrimineringsforbudet og betydningen av CRPD

Diskrimineringshensyn har tilført psykisk helsevern en ytterligere dimensjon etter Norges ratifikasjon av FNs Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) i 2013. Konvensjonen ble vedtatt i 2006 og har vært sentral for rettighetsutviklingen frem mot 2017-revisjonen.⁹⁴ Departementet begrunnet innføringen av den kompetansebaserte modellen i en «overgang fra fokus på diagnose til funksjonsnivå [...] i tråd med CRPD».⁹⁵ Konvensjonens formål er å «fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter».⁹⁶ Paulsrud-utvalget viste til at de økte kravene etter CRPD innebærer frivillighet som hovedregel, og at tvangshjemler ikke må medføre diskriminering av grupper. Det stiller krav til lovutforming.⁹⁷

Virkeområdet inkluderer mennesker med «mental [...] funksjonsnedsettelse» som medfører redusert evne til full samfunnsdeltakelse «på lik linje med andre».⁹⁸ Ordlyden «mental funksjonsnedsettelse» er vid, og virker å omfatte et bredt spekter fra de mindre til de mer alvorlige formene for psykiske lidelser. Forståelsen bekreftes av lovforarbeidene.⁹⁹ Hensikten var å styrke selvbestemmelsesretten til personer med svikt i funksjonsevnen, og formålet korrelerer med forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, nedfelt i GrL § 98 og EMK artikkel 14.¹⁰⁰ Særlig tre CRPD-artikler er relevante for problemstillingen. Artikkel 12 uttrykker retten til likhet for loven og at «mennesker med funksjonsnedsettelse har rettslig handleevne på lik linje med alle andre».¹⁰¹ Bestemmelsen er begrunnet i retten til personlig autonomi og til å råde over eget liv, et verdisyn tilsvarende EMK artikkel 8. CRPD artikkel 14 anerkjenner at alle med funksjonsnedsettelse «har rett til frihet og personlig sikkerhet [...] på lik linje med alle andre».¹⁰² Og videre at de med funksjonsnedsettelse «ikke berøves friheten på ulovlig eller vilkårlig måte» samt at «nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse».¹⁰³ Artikkel 25 gir rett til helsehjelp, uavhengig av funksjonsnedsettelse.¹⁰⁴ Konvensjonen overvåkes av FNs CRPD-komité.

⁹⁴ NOU 2011: 9 s. 11

⁹⁵ Prop. L 147 (2015–2016) s. 24

⁹⁶ CRPD (2006) artikkel 1 første ledd

⁹⁷ Befring (2022) s. 373

⁹⁸ CRPD (2006) artikkel 1 andre ledd

⁹⁹ NOU 2019: 14 s. 164

¹⁰⁰ Befring (2022) s. 86

¹⁰¹ CRPD (2006) artikkel 12 nr. 1

¹⁰² CRPD artikkel 14 nr. 1 a)

¹⁰³ CRPD artikkel 14 nr. 1 b)

¹⁰⁴ CRPD artikkel 25; se også tilsvarende ØSK artikkel 12 og EMK artikkel 2 og 3

FN-konvensjonen er ikke gjort til norsk lov, og Norge er ikke tilsluttet konvensjonens individklageordning.¹⁰⁵ Som traktatspart er Norge likevel bundet i sin helhet, og skal ifølge Grl. § 92 og presumsjonsprinsippet unngå konvensjonsstridig anvendelse. Hvorvidt CRPD skal inkorporeres i norsk rett har vært debattert i en årrekke, og den rettskildemessige vekten av CRPD-komiteens uttalelser likeså. Hurdalserklæringen fastslår at CRPD skal inkorporeres, men ikke om det skal skje gjennom alminnelig inkorporasjon generelt, eller i menneskerettsloven spesielt.¹⁰⁶ Sistnevnte medfører at konvensjonen vil få lovs kraft og nyte forrang i motstridsspørsmål med nasjonale lovbestemmelser, jf. mrl. § 2.

Bak usikkerheten tilknyttet den varslede inkorporasjonen ligger en uenighet mellom CRPD-komiteen og norske myndigheter om enkelte tolkningsspørsmål, særlig for artikkel 12, 14 og 15. I forkant av ratifiseringen ble det da også avgitt tolkningserklæringer i lovforarbeidene som anså tvangsreglene i psykisk helsevernloven som forenlige med konvensjonen. Det ble dessuten tatt eksplisitt tolkningsforbehold ved artikkel 14 og 25 om at psykisk helsevernloven bygger på konvensjonens standarder, noe som begrenset CRPDs rekkevidde.¹⁰⁷ CRPD-komiteen har på sin side gått langt i å antyde at norsk tvangspsykiatri er konvensjonsstridig.¹⁰⁸ Europarådets resolusjon fra 2019 oppfordrer dessuten medlemslandene til å iverksette en overgang mot et tvangsfritt psykisk helsevern i overensstemmelse med CRPDs diskrimineringsforbud.¹⁰⁹

Høyesterett har tatt stilling til CRPD-komiteens rettskildemessige vekt i flere saker, og var nær avklaring i HR-2016-1286-A. Spørsmålet var om tvangsmedisinering av psykisk syke grunnet selve sykdommen var diskriminerende og konvensjonsstridig. Høyesterett anså rekkevidden til artikkel 14 nr. 1 b som usikker, og vurderte materialet som «fragmentarisk, flertydig og i noen grad motstridende».¹¹⁰ Det ble så konkludert med at det ikke er «grunnlag for generelt å konkludere med at konvensjonen forbyr tvangsinnleggelse [...] av psykisk syke, når dette skjer i henhold til de kriterier som følger av psykisk helsevernloven».¹¹¹

I HR-2016-2591-A var sakens kjerne om fratakelse av pasientens rettslige handleevne i økonomiske forhold etter vergemålsloven § 22 var i strid med CRPD artikkel 12. Med grunnlag i rettspraksis uttalte Høyesterett at «komiteuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende»,

¹⁰⁵ CRPD-komiteen (2019) avsnitt 5 (c) s. 2

¹⁰⁶ Hurdalsplattformen (2021) s. 69

¹⁰⁷ Prop. 106 S. (2011–2012) s. 63

¹⁰⁸ CRPD-komiteen (2019) avsnitt 24 s. 7

¹⁰⁹ Europarådet (2019)

¹¹⁰ HR-2016-1286-A avsnitt 29

¹¹¹ HR-2016-1286-A avsnitt 30

men at de samtidig kan få «betydelig vekt som rettskilde», eventuelt «vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering».¹¹² Saksforholdet ga imidlertid ikke oppfordring til å gå nærmere inn på komitéuttalelsene, og tolkningen ble foretatt etter presumsjonsprinsippet. Spørsmålet var senest oppe i HR-2022-350-A, uten nærmere avklaring enn at «konvensjonen [kan] ha betydning ved tolkningen av norske regler».¹¹³

Rettsuvissheten kan ses i sammenheng med kritikk for manglende oppfyllelse av menneskerettighetene i lovgivning og praksis, både fra nasjonalt og internasjonalt hold. Kritikken gjelder særlig forpliktelsen til å sikre selvbestemmelse og ikke-diskriminering etter CRPD.¹¹⁴ På den ene siden kan CRPD-komiteens standpunkt om å oppheve tvangshjemler betraktes som en ansvarsfraskrivelse ved manglende regulering for personer med behov for nødvendig helsehjelp.¹¹⁵ FN-konvensjonen gir samtidig sterkt menneskerettslig vern for individer med nedsatt funksjonsevne, et verdisyn som synes å tilta med styrke i norsk rett. Illustrerende er hvordan helse- og omsorgsdepartementet (heretter: HOD) anser CRPD som en bærebjelke i likestillingsarbeidet for mennesker med funksjonsnedsettelse.¹¹⁶ CRPD fremstår derfor som fundamental i utviklingen av regelverket, og bestemmende for formålet om å forhindre feil tvangsbruk.

Kapittelet viser hvordan økt oppmerksomhet om autonomi, redusert tvang og menneskerettighetsvernets betydning påvirker rammene for lovtolkning etter phvl. § 3-3.¹¹⁷ Tvangshjemler som legitimerer frihetsberøvelse kan innebære menneskerettigheter på kollisjonskurs, noe som igjen fordrer komplekse avveininger. Eksempelvis hvordan autonomi skal vektes der nektelse kan påvirke retten til helse for pasienten selv, eller utsette andre for fare. Problemstillingen aktualiserer hvordan samtykkebasert rett til helsehjelp kan kollidere med andres rett til samfunnsbeskyttelse mot farlige personer, som kanskje ikke innser eget behandlingsbehov.¹¹⁸ At realisering av én persons rett i enkelte tilfeller bare kan innfris ved å begrense eller krenke andres rettigheter, representerer et iboende dilemma ved phvl. § 3-3, et særtrekk av stor betydning for å etablere tvungent psykisk helsevern.

¹¹² HR-2016-2591-A avsnitt 57

¹¹³ HR-2022-350-A avsnitt 38

¹¹⁴ HOD (2021) Høringsnotat s. 31

¹¹⁵ CRPD-komiteen (2019) avsnitt 24 s. 7

¹¹⁶ HOD (2021) Høringsnotat s. 13

¹¹⁷ Phvl. § 1-1

¹¹⁸ Se Rt. 2014 s. 807 avsnitt 52 hvor «hensynet til samfunnsvernet, men også hensynet til A selv» begrunnet å ikke utskrive

4 **Vilkårene for vedtak om tvungent psykisk helsevern**

Kapittelet vil analysere vedtakshjemmelen phvl. § 3-3 med særlig vekt på farekriteriet, i tillegg til hovedvilkåret, samtykkekriteriet og helhetsvurderingen. Hensikten er å undersøke samfunnsvernets betydning for farekriteriet i § 3-3 nr. 4 isolert sett, og etter bestemmelsen i sin helhet. Unntaksbestemmelsens ordlyd og vedtakshjemmelens grad av indre sammenheng avdekker imidlertid et behov for å heve blikket mot tilsvarende vurdering etter den strafferettslige tvangshjemmelen i strl. § 62. Sammenlikningen gir videre oppfordring til å drøfte grenselandet mellom helse og justis, før kapittelet avsluttes med en vurdering av de økende forskjellene i den rettslige reguleringen av phvl. § 3-3 nr. 4 på bakgrunn av rettsutviklingen.

4.1 **Frivillighet som hovedregel og strukturen i phvl. § 3-3**

Vilkårene for tvungent psykisk helsevern fremgår av phvl. § 3-3. Syv kumulative vilkår, nr. 1 til nr. 7, må ifølge legalitetsprinsippet oppfylles før det kan fattes tvangsvedtak. Første ledd nr. 1 fastslår frivillighet som selvstendig vilkår. Det betyr at tvungent vern som hovedregel ikke kan etableres uten først å forsøke frivillig psykisk helsevern, eller at frivillig behandling åpenbart er et formålsløst alternativ.¹¹⁹ Bestemmelsen uttrykker «minste inngreps prinsipp», da det ikke skal være noe automatikk i å utøve tvang selv om lovens øvrige vilkår er oppfylt.¹²⁰ Nr. 2 krever to uavhengige legeundersøkelser av personen.

Grunnvilkåret fremgår av nr. 3, som fastslår at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse. Nr. 3 oppstiller to tilleggsvilkår, behandlingstvilkåret i bokstav a og farevilkåret i bokstav b. Hvert av tilleggsvilkårene har to alternativer, og det er tilstrekkelig at ett av fire alternativer foreligger for å etablere tvungent vern.¹²¹ Pasienten må videre mangle samtykkekompetanse etter nr. 4 med mindre hen er til nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse. Nr. 5 stiller krav til institusjonens egnethet, og nr. 6 understreker pasientens rett til å uttale seg før vedtaket. Endelig skal det etter nr. 7 foretas en helhetsvurdering av hvorvidt tvungent psykisk helsevern fremtrer som den klart beste løsning for pasienten.

Den faglig ansvarlige etter § 1-4 som fatter vedtak, står med andre ord overfor en rekke vilkår og vurderinger. Ved behov for nærmere avklaring av om tvangshjemmelen er oppfylt, kan

¹¹⁹ Rt. 2014 s. 807 avsnitt 51

¹²⁰ Rt. 2001 s. 1481 s. 1489

¹²¹ Helsedirektoratet (2020) § 3-3; LB-2021-169250

pasienten underlegges tvungen observasjon i inntil 10 dager, jf. phvl. § 3-2. Problemstillingen omhandler vilkårene i § 3-3 nr. 3 og nr. 4 – farekriteriet som unntak fra samtykkekravet. Årsaken er at det særlig er unntaksbestemmelsen som setter rettssikkerheten på prøve.

4.2 Hovedkriteriet om «alvorlig sinnslidelse»

Tvangsvedtak krever at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse», og ett av tilleggsvilkårene i bokstav a og b må være til stede, jf. phvl. § 3-3 nr. 3. En naturlig språklig forståelse av «alvorlig sinnslidelse» tilsier at vilkåret gjelder personer med svært belastende psykisk helse, men at ordlyden ellers fremstår som relativt åpen. Lovforarbeidene utdyper at hovedvilkåret er et rettslig begrep som ikke tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose, men at kjerneområdet er ment å omfatte psykosetilstander.¹²² Det heter videre at grensetilfeller utover psykosene fordrer en helhetsvurdering av selve sykdomstilstanden, og at utslagene den gir må tillegges stor vekt. Ettersom «alvorlig sinnslidelse» viderefører vilkåret fra 1961-loven, vil rettskilder tilknyttet den tidligere loven fremdeles ha relevans for begrepsforståelsen. Høyesterett har vurdert en rekke problemstillinger tilknyttet forståelsen av hovedkriteriet. Vurderingstemaet er om sykdomstilstanden får så betydelige konsekvenser for den funksjons- og realitetsvurderende evnen at tilfellet kan anses å samsvare med en psykosetilstand.¹²³

I Rt. 2015 s. 913 kom Høyesterett til at anorektiske pasienter i visse tilfeller kan oppfylle hovedkriteriet, såfremt sykdomstilstanden kan sidestilles med psykose. Rettsoppfatningen ble bekreftet i HR-2020-1167-A som gjaldt samme person. Avgjørende er symptomenes art og grad, hvor en rekke konkrete omstendigheter kan få betydning.¹²⁴ Ifølge Rt. 1993 s. 249 og Rt. 2001 s. 1481 kan personer med kronisk psykose anses å være alvorlig sinnslidende også i symptomfrie perioder. Lovens hovedvilkår var oppfylt i begge tilfellene, da inntak av anti-psykotisk medikasjon ble ansett som en forutsetning for perioder uten psykotiske symptomer.¹²⁵ Oppfatningen av fluktuerende sykdomsforløp er imidlertid blitt kritisert, hovedsakelig fordi Høyesterett begrunnet tvangsvedtaket i diagnosevurderinger fremfor funksjonssvikt.¹²⁶ Kritikken kan sies å gjenspeile lovforarbeidenes begrunnelse for kompetansemodellen om manglende samtykkekompetanse.¹²⁷ Skiftet i fokus fra diagnose til funksjon er dessuten en

¹²² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 154

¹²³ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

¹²⁴ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 39-43

¹²⁵ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 44

¹²⁶ NOU 2011: 9 s. 302

¹²⁷ Foreslått i NOU 2011: 9, fulgt opp i Prop. 147 L (2015–2016)

tydelig tendens i rettsutviklingen på kontinentet for øvrig, særlig begrunnet i CRPD. I et rundskriv fra Helsedirektoratet ved 2017-revisjonen ble følgende uttalt:

Endringen innebærer en overgang fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå, og bringer vilkårene for psykisk helsehjelp i bedre samsvar med det som ellers er hovedprinsippene for helsehjelp; pasientens selvbestemmelse og samtykke som vilkår før helsehjelpen ytes.¹²⁸

Rettspraksis om fluktuerende sykdomsforløp har dermed fått mindre reell betydning etter samtykkekravets inntreden.¹²⁹ Årsaken er at pasienter som er blitt helt eller delvis symptomfrie etter en tids behandling ofte har gjenvunnet samtykkekompetansen. Idet vilkåret i phvl. § 3-3 nr. 4 er oppfylt, bortfaller rettsgrunnlaget for det tvungne vernet. Hvorvidt hovedkriteriet er oppfylt, har derfor mistet noe rettslig substans, all den tid pasienten likevel kan vurderes som samtykkekompetent.¹³⁰ Det utdypes derfor ikke mer om diagnosebegrepet her. Farekriteriet er problemstillingens kjerne, og det rettslige innholdet i § 3-3 nr. 4 er av større betydning.

4.3 Fravær av samtykkekompetanse siden 2017

Vilkåret om at frivillig psykisk helsevern må ha vært forsøkt etter phvl. § 3-3 nr. 1, reflekterer frivillighet og samtykke som styrende for helserettens rettsgrunnlag. De senere årene har det i økende grad vært et uttalt mål om at det skal være mest mulig frivillighet i helsevesenet.¹³¹ 2017-revisjonen kan anses som et rettslig uttrykk for utviklingen. Pasientenes autonomi skulle styrkes ytterligere ved høyere terskel for tvangsbruk.¹³² Samtykkekompetanse har eksistert i pasientrettighetsloven siden 1999 og var hovedregelen for å motta *frivillig* helsehjelp i psykisk helsevern. Etter 2017 kan samtykkekompetente pasienter nekte å motta tilbud om *tvungent* psykisk helsevern etter § 3-3 nr. 4. Det gir en grunnleggende rett og valgfrihet til å trappe ned eller avslutte behandling. Pasienter kan også etter en tids behandling vurderes til å ha gjenvunnet samtykkekompetansen. Modellen er likevel ikke til hinder for at samfunnsvernet i § 3-3 nr. 4 kan overstyre den styrkede autonomien om pasienten oppfyller farekriteriet.¹³³

¹²⁸ Helsedirektoratet (2017) § 2-1

¹²⁹ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

¹³⁰ Prop. 147 L (2015–2016) s. 24; NOU 2019 s. 506

¹³¹ Helsedirektoratet (2020) IS-3018 s. 5

¹³² Prop. 147 L (2015–2016) s. 49

¹³³ Prop. 147 L (2015–2016) s. 24–25

Hovedregelen er at personer over 16 år har samtykkekompetanse, med enkelte unntak.¹³⁴ Pasienten må «på grunn av» «fysiske eller psykiske forstyrrelser» «åpenbart ikke [være] i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 første ledd bokstav a. Det stilles tre kumulative vilkår som avgjør om samtykkekompetanse foreligger. HR-2021-1263-A gjaldt en kvinne med omfattende helseproblemer grunnet langvarig og tungt alkoholmisbruk. Kvinnen reiste sak om opphevelse av vedtak om tvungen helsehjelp. Et hovedspørsmål var om kvinnen var samtykkekompetent. Med utgangspunkt i pbrl. § 4-3 fastslo Høyesterett at «det 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».¹³⁵ Det omtvistede vilkåret var om kvinnen «åpenbart ikke [var] i stand til å forstå hva samtykket omfatte[t]». ¹³⁶ Spørsmålet ble behandlet i HR-2018-2204-A som gjaldt tvangsmedisinering og utskrivning etter phvl. § 3-3. Her utdypes Høyesterett samtykkekriteriene slik de fremgår av lovforarbeidene og oppsummerer slik:

[Å nekte] behandling kan få store helsemessige konsekvenser – ikke minst for personer med alvorlig sinnslidelse. Det avgjørende må derfor være i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse.¹³⁷

En enstemmig Høyesterett i HR-2021-1263-A tilslutter seg 2018-dommens oppsummering. I tillegg bemerkes det at det ligger et skjerpet beviskrav i at pasienten «åpenbart» ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. Ordlyden gir anvisning på et strengere beviskrav en klar sannsynlighetsovervekt, men ikke like strengt som det strafferettslige.¹³⁸ Etter en gjennomgang av sykdomshistorikken, fant Høyesterett det klart at hun manglet evne til å foreta en realistisk vurdering av konsekvensene av utskrivning, og at hun derfor ikke var samtykkekompetent.¹³⁹

Sivilombudet mener beviskravet er svært strengt. I en sak om tvangsmedisinering vedtatt av Fylkesmannen i Trøndelag, uttaler Sivilombudet at ordlyden «åpenbart» og lovforarbeidene langt på vei indikerer at det må være utvilsomt at samtykkekompetanse ikke foreligger. Det

¹³⁴ Pbrl. § 4-3 første ledd

¹³⁵ HR-2021-1283-A avsnitt 37-39

¹³⁶ HR-2021-1283-A avsnitt 41

¹³⁷ HR-2018-2204-A avsnitt 63, basert på SOM-2018-2018-2278

¹³⁸ HR-2021-1283-A avsnitt 43-45

¹³⁹ HR-2021-1283-A avsnitt 47-56

understrekes at det gjelder en *presumsjon* om samtykkekompetanse, slik at pasienten skal regnes som kompetent ved tvil vedrørende forståelseevnen rundt behandlingsavgjørelsen. Sivilombudet anser lovens strenge beviskrav som en viktig rettssikkerhetsmessig funksjon, da det statuerer en reell skranke mot underkjennelse av selvbestemmelsesretten.¹⁴⁰ Samtidig kan det være vel så alvorlig å feilaktig konstatere samtykkekompetanse. Det kan medføre at personen nekter behandling som hen har rett til – og kanskje behov for også.

Beviskravet hever like fullt terskelen for tvang, og krever grundige farevurderinger som unntaksbegrunnelse for tvangsvedtak ilagt samtykkekompetente personer. Å frata noen rettslig kompetanse innebærer et alvorlig inngrep i personlig integritet og autonomi, i kjernen av legalitetsprinsippet. Østenstad-utvalget omtaler samtykkekriteriets rettssikkerhetsfunksjon som en «portvokter inn til tvangsreglene».¹⁴¹ Funksjonen vil ha liten praktisk verdi dersom vedtakshjemmelen ikke tilfredsstillende nødvendige krav til presisjon og forutberegnelighet.

Befring hevder at slutningen om beviskravet i HR-2021-1263-A kan anses som for snevert sett i sammenheng med helsepersonellens hjelpeplikt når det er «påtrengende nødvendig», og at beslutningens konsekvenser for pasienten også må vurderes.¹⁴² Departementets synspunkt trekker i samme retning: Intensjonen bak tilretteleggingsplikten støtter at det bør gjelde visse unntak når det gjelder å respektere pasientens beslutning om å nekte tilbud om helsehjelp.¹⁴³ Befring mener det må foretas en mer helhetlig vurdering med utgangspunkt i at enhver har rett til nødvendig omsorg og helsehjelp og fremhever viktigheten av det konkrete tiltaket.¹⁴⁴ Dette kan ses i lys av problematiseringen av selvbestemmelsesrettens dikotomiske preg. Det vil si at samtykkekriteriet blir et enten-eller-vilkår, til fordel for en mer helhetlig vurdering av tvangsbehandlingens effekt og belastning i et ikke-diskrimineringsperspektiv. Det kan imidlertid hevdes at pasienten nyter bedre beskyttelse ved helhetsvurderingen i phvl. § 3-3 nr. 7 som selvstendig vilkår, enn gjennom beviskravet. Synspunktet drøftes nærmere i punkt 4.4.3.

En ytterligere innvending mot å innføre samtykkevilkåret var at det kunne resultere i økt bruk av farekriteriet der samfunnsvernet slår inn. Departementet beskrev dette som en utilsiktet sidevirkning av lovendringen, og uttalte at tidligere tilbakeholdenhet med anvendelse av farevilkåret kunne skyldes ønsket om å unngå stigmatisering av pasienten.¹⁴⁵ Da samtykke-

¹⁴⁰ SOM-2018-2018-2278

¹⁴¹ NOU 2019: 14 s. 445

¹⁴² Hpl. § 7

¹⁴³ Prop. 147 L (2015–2016) s. 24

¹⁴⁴ Befring (2022) s. 271

¹⁴⁵ Prop. 147 L (2015–2016) s. 25

vilkåret skjerper kravet for behandlingstvilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a., er det naturlig å anta at bruken av farekriteriet vil tilta der vilkåret aktualiseres. Tall fra Helsedirektoratet underbygger dette, ved at en større andel tvangsinnleggelse hjemles i farevilkåret, fra 20 % i 2016, til 25 % i 2018.¹⁴⁶ Tendensen viser viktigheten av farevurderingens kvalitet og betydning som rettsgrunnlag og unntaksbegrunnelse for tvangsinngrep, og utgjør kjernen i neste punkt.

4.4 Farekriteriet

Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 b. hjemler tvangsinnleggelse der det er «nødvendig for å hindre» at pasienten «på grunn av» den «alvorlig sinnslidelse[n]» «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må påvises årsakssammenheng mellom sinnslidelsen og faremomentet, jf. «på grunn av». Ved siden av behandlingstvilkårets to alternativer,¹⁴⁷ har farekriteriet to separate vilkår med ulik begrunnelse for «fare ved eget eller for andres liv eller helse». Problemstillingen gjelder sistnevnte, begrunnet i samfunnsvernet. Begrepet «nødvendig» indikerer at tvang skal være siste utvei, og eneste måte å forhindre at fare realiseres. Som for tvangsvedtak generelt, er vurderingstemaet om inngrepet er nødvendig, tilstrekkelig og forholdsmessig basert på pasientens behov, samt hvor betydelig inngrepet er for personens integritet og verdighet.¹⁴⁸ Den tvangsinnlagtes frihetstap må stå i et rimelig forhold til gevinsten i form av redusert fare.¹⁴⁹

4.4.1 «Nærliggende og alvorlig fare»

Vilkåret om at personen må utgjøre en «nærliggende og alvorlig fare» tilsier at vedkommende må inneha et kvalifisert farepotensial og hentyder til en konkret vurdering av voldsriskoen. Ordlyden av «alvorlig» er vid og indikerer at bestemmelsen rommer ulike typer farer i varierende alvorlighetsgrad. Hva som ligger i at faren også skal være «nærliggende», er ikke entydig. Det kan forstås som at faren må ha nær sammenheng med sinnslidelsen, men kan også tas til inntekt for at faren må være nært forestående i tid. Sammenliknet med den tidligere loven hvor personen måtte være «til vesentlig fare», ble det i lovforarbeidene fremhevet behov for ytterligere markering av faregrad og utdyping om hva faren egentlig består i. Departementet

¹⁴⁶ Helsedirektoratet (2020) «Tvang i psykisk helsevern» s. 5

¹⁴⁷ Phvl. § 3-3 nr. 3 a.

¹⁴⁸ Befring (2022) s. 370

¹⁴⁹ NOU 2011: 9 punkt 19.2

foreslo derfor å endre ordlyden til å gjelde tilfeller hvor den alvorlige sinnstilstanden utgjør en «nærliggende og alvorlig fare» for omgivelsene, inkludert både fysiske og psykiske skader.¹⁵⁰

Lovforarbeidene utdyper likevel ikke om det er tilknyttet en viss tidshorisont til «nærliggende». At det ikke er «nok at den syke utgjør en viss fare» fremstår som vagt, og underbygger inntrykket av manglende presisering av meningsinnholdet. Mer fremtredende er likevel at «fare for en legemskrenkelse mot andre [må overstige] det rent bagatellmessige [og få] mer håndgripelige følger».¹⁵¹ Det er påfallende at departementet ikke angir noe nærmere om spennvidden mellom «alvorlig» og bagatellmessig farepotensial. Spesielt fordi uttrykket «bagatellmessige» skader etterlater et inntrykk av at det skal forholdsvis lite til før terskelen for farekriteriet overstiges. Ordlyden i § 3-3 nr. 4 kan virke diffus og vidtrekkende isolert sett, og forarbeidene bidrar til en oppfatning av at bestemmelsen har et svært bredt anvendelsesområde. At rettsregelen er et unntak fra hovedregelen styrker kravene til presis utforming, da uklare hjemler kan medføre vilkårlig myndighetsutøvelse og utfordre rettssikkerheten, jf. Grl. §§ 92 og 113.

Sammenliknet med andre tvangshjemler med liknende grad av inngrep i menneskers frihet og autonomi, som forvaring etter strl. § 40 og dom på tvungen psykisk helsevern etter strl. § 62, virker phvl. § 3-3 å gi samfunnet mer omfattende vern. Med en spissformulering kan ordlyden og forarbeidene antyde at det ikke skal mer til enn fare for et slag eller dytt før farepotensialet anses som kvalifisert nok. Departementet understreket behovet for ytterligere utdypning av faregrad og hva faren egentlig må bestå i. Men utover ordlydsendringen med tilhørende beskjedne uttalelser, bidrar rettskilden lite til å styrke forståelsen av farevurderingens konkrete innhold. I lys av legalitetsprinsippets tyngde på rettsområdet, kan det reises spørsmål ved om rettskildene er tilstrekkelig klare og velbegrunnede til å utgjøre hjemmel for et av samfunnets mest inngripende tiltak overfor enkeltindividet. Underbyggende er hjemmelens adressat da helsepersonell ikke forventes å bruke juridisk metode ved lovanvendelsen.

En enstemmig høyesterettsdom fra 2001, hvor en mann begjærte utskrivning, bidro imidlertid til å gi «nærliggende» fare nærmere innhold.¹⁵² Mannen hadde kroniske psykosesykdommer og ble ansett som «alvorlig sinnslidende». Saksforholdet aktualiserte farekriteriet som tilleggs-vilkår. Høyesterett avviser at faren må materialiseres innenfor en klart begrenset tidshorisont,

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 80–81

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 81

¹⁵² Rt. 2001 s. 1481

slik som for behandlingskriteriets «i meget nær fremtid» etter bokstav a. Førstvoterende slutter seg så til lagmannsrettens lovforståelse:

En lang rekke [lovbestemmelser] inneholder begrensningen «nærliggende fare» [...] I samtlige av [lovbestemmelsene] skal begrepet «nærliggende» forstås som [...] at faren skal være reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet. Slik må også innholdet i § 3-3 forstås. Tidsmomentet vil likevel måtte trekkes inn ved [vurderingen] av den konkrete påregnelighet. Desto lengre frem i tid, desto mindre blir sikkerheten for at fare vil oppstå.¹⁵³

På bakgrunn av sakkyndiguttalelser og opplysninger om tidligere voldsepisoder, kom Høyesterett etter en konkret sannsynlighetsvurdering til at mannen ville «utgjøre en reell og konkret fare for andres liv og helse, dersom behandlingen avbrytes og han på ny blir åpent psykotisk».¹⁵⁴ Slutningen om at faren må vurderes som reell, konkretiserbar og påregnelig, forstås som at det stilles krav til risiko og skadeomfang, og at det er en viss sannsynlighet for at skade vil skje. Det forutsetter at farekriteriet vurderes konkret, og at faren er dokumenterbar eller har oppstått tidligere. Dette krever kjennskap til voldshistorikken og kunnskap om trusselen sinnslidelsen innebærer.¹⁵⁵ Innføringen av phvl. § 3-3 a. i 2017 skjerpet da også kravene til dokumentasjonsvurderinger, gjeldende for både samtykkespørsmålet og farekriteriet.¹⁵⁶

Ifølge Helsedirektoratet må pasientens sinnstilstand også sammenliknes med og uten tvungent vern. Årsaken er at pasienten kan få så god tvangsbehandling at faremomentet ikke er til stede. Sentralt er om farekriteriet vil kunne materialiseres *uten* tvungent psykisk helsevern. Her fremhever direktoratet viktigheten av systematiske voldsrisikovurderinger.¹⁵⁷ Eksempelvis ved å benytte verktøyet HCR-20 for å predikere kortsiktig voldsrisiko hvor voldshistorikk, rusmisbruk og psykiske lidelser er sentralt.¹⁵⁸ Verktøyet aktualiserer distinksjonen mellom fare og risiko. Tolkningsspørsmål rundt «fare» er imidlertid lite behandlet av Høyesterett. Og i lys av oppgavens begrensede rekkevidde, vises det til Holsts redegjørelse av risikoprediksjon samt Mindestrømmens doktorgradsprosjekt om «fare» ved særreaksjoner, publisert neste år.¹⁵⁹

¹⁵³ Rt. 2001 s. 1481 s. 1488

¹⁵⁴ Rt. 2001 s. 1481 s. 1489

¹⁵⁵ Befring (2022) s. 386

¹⁵⁶ Lovvedtak 50 (2016–2017) s. 2

¹⁵⁷ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

¹⁵⁸ Helsedirektoratet (2022) IS-1957 s. 51; LE-2018-98244 og LB-2019-125216 er illustrerende for verktøyet

¹⁵⁹ Holst (2020) punkt 1.7.3

4.4.2 Fare for «andres liv eller helse»

At pasienten utgjør en alvorlig og nærliggende «fare for [...] andres liv eller helse», tilsier at vedkommendes sinnslidelse innebærer en prekær eller kritisk trussel for omgivelsene. Ifølge Helsedirektoratets rundskriv omhandler «fare for andres liv» livstruende voldshandlinger mot andre, og «fare for andres helse» omfatter både fysisk og psykisk helse. Sistnevnte gjelder psykiske reaksjoner som resultat av for eksempel trusler eller stalking.¹⁶⁰ At «andres liv eller helse» er beskyttet, men ikke pasientens helse, viser at unntaksbestemmelsen § 3-3 nr. 4 ivaretar samfunnsvernet. Autonomihensynet og samtykkevilkåret må vike for hensynet til andre.

Beskyttelsen av samfunnsvernet på bekostning av selvbestemmelsesretten representerer et avvik fra rettsutviklingen, all den tid autonomien stadig nyter sterkere vern på rettsområdet. Unntaksbestemmelser med markert forskjøvet interesseavveining bør i lys av pasientens rettsikkerhet være grundig og tydelig begrunnet. Legalitetsprinsippet og forutberegnelighets-hensyn krever at rettstilstanden fremgår klart av loven, jf. Grl. § 113. Ved siden av Høyesteretts utbrodering av at faren må vurderes som reell, konkretiserbar og påregnelig, gir phvl. § 3-3 nr. 4 lite veiledning for å vektlegge de motstående hensynene. Det er også problematisk at vedtaksansvarlig må søke utenfor ordlyden og over til lovforarbeider, rettspraksis og rundskriv. Terskelen og hva som skal til for at samfunnsvernet nødvendiggjør et innhogg i autonomien, krever et bredere blikk. Det demonstrerer samtidig at pasientens rettssikkerhet er utsatt.

4.4.3 Helhetsvurderingen etter nr. 7

Ifølge phvl. § 3-3 nr. 7 «kan tvungent psykisk bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende, med mindre [hen] 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». Ordlyden er klar på at hensynet til pasientens beste begrenses når tvangsinngrepet begrunnes i fare for andre. Likhetstrekk ved bestemmelsens ordlyd og § 3-3 nr. 4, underbygget av koherens-hensyn, gjør helhetsvurderingen relevant for å belyse farekriteriet. I Rt. 2001 s. 752 fastslås det at vurderingen skal skje på objektivt grunnlag.¹⁶¹

¹⁶⁰ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

¹⁶¹ Rt. 2001 s. 752 s. 759

En naturlig språklig forståelse av ordlyden kan gi inntrykk av at det ikke skal foretas en helhetsvurdering i disse tilfellene, jf. «med mindre». En antitetisk ordlydstolkning trekker i samme retning, men går lenger i den forstand at helhetsvurderingen kan sløyfes om farekriteriet foreligger. Tolkningsspørsmålet ble berørt i Rt. 2001 s. 1481, nevnt i punkt 4.4.1. Her uttales det at det «etter bestemmelsens ordlyd kan reises spørsmål om den får anvendelse i de tilfellene hvor det er tale om fare for andres liv eller helse».¹⁶² Høyesterett ser til lovforarbeidene der departementet slutter seg til Helsedirektoratets uttalelse om at det ved «vurderingen av hva som er den klart beste løsningen for pasienten kan bli mindre framtredd dersom tvangsinngrepet er begrunnet i fare for andre».¹⁶³ Rettsoppfatningen er ikke blitt utfordret av Høyesterett siden og opprettholdes av Helsedirektoratet senest i 2020.¹⁶⁴

Det er likevel verdt å nevne Høyesteretts kortfattede helhetsvurdering i Rt. 2014 s. 807.¹⁶⁵ Saken gjaldt en mann med schizofren lidelse som enstemmig ikke fikk medhold i utskriving. Tidligere voldsepisoder oppfylte farevilkåret. Ved helhetsvurderingen viste førstvoterende kort til sakkyndigvurderingen om at «det pasienten frykter i størst grad er innleggelse [og at] poliklinisk behandling og medikasjon vil være det beste tiltaket for å hindre dette», samt at avsluttet behandling «vil kunne være katastrofalt for pasienten og samfunnet». Førstvoterende anså ikke tvangsbehandlingen som særlig inngripende og mente «hensynet til samfunnsvernet, men også hensynet til A selv, [samlet sett]» talte mot utskriving.¹⁶⁶ Et interessant aspekt er at de ofte motstående hensynene om pasientens beste og samfunnsvernet, ble ansett å tale for samme utfall. Høyesterett kan imidlertid vanskelig sies å gi mer klarhet i hvordan den beste løsningen for pasienten *generelt* skal vektes opp mot samfunnsvernet.

Førstvoterende i Rt. 2001 s. 1481 fant helhetsvurderingen vanskelig. Pasienten hadde det objektivt sett bedre enn på mange år og ønsket om utskriving ble ansett som forståelig. Faren for at han ville slutte å ta antipsykotika om han begynte å drikke etter utskriving, gjorde likevel at Høyesterett mente det var til hans beste å forlenge tvangen.¹⁶⁷ Voldshistorikken fikk relevans for farevurderingen, men det inkluderes ikke noe om samfunnsvernets betydning i helhetsvurderingen. Lovteksten og lovforarbeidene gir heller ikke nærmere føringer for interesse-

¹⁶² Rt. 2001 s. 1481 s. 1490

¹⁶³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 81

¹⁶⁴ Helsedirektoratet (2020) § 3-3

¹⁶⁵ Rt. 2014 s. 807

¹⁶⁶ Rt. 2014 s. 807 avsnitt 52

¹⁶⁷ Rt. 2001 s. 1481 s. 1490

avveiningen. Formålsbestemmelsen phvl. § 1-1 annet ledd angir riktignok at «pasientens behov og selvbestemmelsesrett» gjelder «så langt som mulig», men er taus vedrørende hvilke hensyn som kan virke begrensende.

På den ene siden fremstår rettskildene som entydige og i samsvar med ordlyden i nr. 7, som eksplisitt overstyrer pasienthensynet når samfunnsvernet aktualiseres. På den annen side er det problematisk at Høyesterett legger til grunn forarbeidsuttalelsene om at det skal foretas en helhetsvurdering *også* der farevilkåret er oppfylt – uten at forarbeidene angir hvilket hensyn som skal få avgjørende vekt. Høyesteretts slutning er lagt til grunn i en rekke lagmannsrettsavgjørelser.¹⁶⁸ Fraværet av begrunnelse bak interesseavveiningen av pasientens behov og samfunnsvernet gir derfor grunn til å reise spørsmål ved om rettstilstanden står seg – særlig i lys av menneskerettsaspektet og folkerettslige forpliktelser.

HR-2018-1461-U, som gjaldt gyldigheten av et vedtak etter phvl. § 3-3, er interessant her.¹⁶⁹ Lagmannsretten mente det ikke var nødvendig å vurdere tilleggsvilkårene når farevilkåret i § 3-3 nr. 4 var oppfylt. Med forankring i høyesterettspraksis og lovforarbeidene viste ankeutvalget til at det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering etter § 3-3 nr. 7 – selv om de øvrige vilkårene er oppfylt. Men fordi lagmannsretten likevel hadde vurdert om tvangsvedtaket var til personens beste etter Grl. § 104, kom utvalget til at lovanvendelsesfeilen ikke fikk betydning for resultatet. Slutningen kan tas til inntekt for at det avgjørende er om det faktisk tas stilling til hva som fremtrer som den klart beste løsningen i tråd med «best practice» etter ØSK artikkel 12, og at direkte forankring i hjemmelsgrunnlaget er av sekundær betydning. På den ene siden virker det betryggende at retten anvendte grunnlovsbestemmelsen for å ivareta hensynet til barnets beste. Samtidig belyser tilfellet at menneskerettighetsbestemmelser sjelden anvendes i rettspraksis om phvl. § 3-3. Lagmannsrettens lovanvendelsesfeil avdekker dessuten manglende lovforståelse, på akkord med rettssikkerhetsprinsippene om forutsigbarhet og likebehandling. I lys av rettsuvissheten ved tvangshjemmelens indre sammenheng, er det diskutabelt om rettssikkerheten og forutberegneligheten blir tilstrekkelig ivaretatt.

På bakgrunn av CRPDs inntog i psykisk helsevern de senere årene, og det med tiltakende styrke, er det relevant å anvende artiklene som tolkningsmomenter.¹⁷⁰ Farekriteriet i § 3-3 nr. 4

¹⁶⁸ Eksempelvis LF-2022-39597; LF-2020-176774; LG-2018-19912; LF-2018-120767

¹⁶⁹ HR-2018-1461-U

¹⁷⁰ HR-2022-350-A avsnitt 38

medfører en villet forskjellsbehandling mellom personer med sinnslidelser som vurderes å utgjøre fare, og personer hvor farekriteriet ikke er til stede. CRPD artikkel 14 stiller krav om at personer med funksjonsnedsettelse «ikke berøves friheten på ulovlig eller vilkårlig måte».¹⁷¹ Formålet med å styrke selvbestemmelsesretten til personer med svikt i funksjonsevnen samsvarer med forbudet mot usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling etter Grl. § 98 og EMK artikkel 14. Konsekvensene farevurderingene får for enkeltindividet er så inngripende at vedtaket bør være klart forankret og forsvarlig begrunnet for at pasienten ikke skal nyte svakere vern enn andre etter menneskerettskonvensjonene. Avgjørelsene fra lagmannsretten illustrerer dessuten hvordan oppfyllelse av farekriteriet fratruk helhetsvurderingen mye av dens rettslige substans, alle i favør av samfunnsvernet på bekostning av pasientautonomien.¹⁷² Vedtakshjemmelens indre sammenheng og anvendelighet utfordres videre av avgjørelsens varierende behandling av samtykkevilkåret når farekriteriet foreligger, fra å kort konstatere samtykkekompetanse, til å foreta en grundig vurdering. Sistnevnte virker mer betryggende da det kan få betydning om kontrollkommissjonen kommer til at farekriteriet *ikke* er oppfylt.

Høyesteretts marginalisering av § 3-3 nr. 7 når farekriteriet foreligger – holdt opp mot den sammensatte hjemmelens betydelige innslag av skjønn – kan tas til inntekt for å medføre risiko for vilkårlige tvangsinnleggelse og uforholdsmessig forskjellsbehandling. Lovverk med svak forutberegnelighet med tanke på samfunnsvernet kan åpne for vilkårlighet og slett rettssikkerhet overfor pasientene. Helsedirektoratet betrakter variasjonene i tvangsvedtak mellom helseforetakene som uakseptable hvis «ulikhetene ikke med sikkerhet kan dokumenteres å være faglig nødvendig og fullt ut forsvarlig i henhold til regelverk». Konsekvensene av feil tvangsbruk er alvorlige. Både grunnet opplevd krenkelse for pasienten og brudd på helseinstitusjoners plikt til å ivareta pasientsikkerheten.¹⁷³ 2017-revisjonens skjerpede krav til dokumentasjonsvurderinger kan bidra til å bøte på problemet, men indikerer samtidig manglende forsvarlighet ved farevurderingene over lang tid. Det leder igjen til bekymringen om risikoen for vilkårlig tvang og uforholdsmessig forskjellsbehandling der tvangen ikke begrunnes tilstrekkelig, jf. Grl. § 113. På tross av å være et enkelttilfelle fra Høyesteretts ankeutvalg, er beslutningens indirekte forankring i HR-2018-1461-U like fullt et illustrerende eksempel. Tvangshjemmelens utforming kan anses som en underliggende årsak, da anvendelse stiller høye krav til helsepersonellens juridiske ferdigheter som forutsetning for å ivareta pasientenes rettssikkerhet.

¹⁷¹ CRPD artikkel 14 nr. 1 b)

¹⁷² LF-2022-39597; LF-2020-176774; LG-2018-19912; LF-2018-120767

¹⁷³ Helsedirektoratet (2022) § 1-1

Så langt har søkelyset vært rettet mot phvl. § 3-3 med tilhørende lovforarbeider og rettspraksis. Gjennomgangen viser at flere ledd gjenspeiler tvangshjemmelens kompleksitet. Samtidig reflekteres helsevesenets sammensatte ansvar for motstående og til dels uforenlige hensyn som autonomi, behandling og samfunnsbeskyttelse. Rettskildebildet gir imidlertid ikke tydelig uttrykk for farevurderingens prioritering av hensyn, ei heller samfunnsvernets konkrete innhold. Begrepet «samfunnsvern» finnes to steder i loven.¹⁷⁴ For å belyse farekriteriet nærmere anses det likevel som mer formålstjenlig og rettskildemessig forsvarlig å se til phvl. § 5-3 om gjennomføring av dom på tvungent psykisk helsevern, jf. strl. § 62.

4.5 Sideblikk til strafferettslig tvungent psykisk helsevern

I lovforarbeidene til phvl. § 3-3 uttaler departementet:

Farlighet hos sinnslidende kan være vanskelig å forutsi, og den faglig ansvarlige vil stå overfor en vanskelig vurdering. Det vises blant annet til [...] NOU 1990: 5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner om det å forutsi farlighet overfor andre. Den vanskelige vurdering kan imidlertid ikke begrunne å fjerne farekriteriet, men gjør det nødvendig med en streng utforming av det. Farekriteriet må i relasjon til fare overfor andre ses i sammenheng med adgangen til å dømme utilregnelige lovovertredere til tvungent psykisk helsevern.¹⁷⁵

Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern er en strafferettslig særreaksjon som kan idømmes utilregnelige lovbrøyttere etter phvl. § 5-3 og strl. § 62. Samfunnsvernet er uttrykkelig nevnt som formål, da særreaksjonen må være «nødvendig for å verne samfunnet», jf. strl. § 62 første ledd. Dette samsvarer med Særreaksjonsutvalgets uttalelse om at det er «hensynet til samfunnsvernet som bærer særreaksjonen».¹⁷⁶ Reglene for dom på tvungent psykisk helsevern rammer lovovertredere som allerede har gjort noe som innebærer fare for omgivelsene, mens farekriteriet i § 3-3 også anvendes for å forhindre at farepotensial realiseres. Det sivilrettslige kravet til årsakssammenheng mellom sinnslidelse og fare er ikke gjeldende for § 62, men begrepsbruken «nærliggende» og «alvorlig» gjenfinnes i både tidsbestemt og tidsubestemt

¹⁷⁴ Phvl. §§ 4A-1 og 5-2b

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 80

¹⁷⁶ NOU 1990: 5 s. 81

særreaksjon, jf. første og annet ledd. I en ny og enstemmig Høyesterettsdom, ble tiltalte idømt overføring til tvungent vern etter strl. § 62 annet ledd, grunnet trusler mot kongen og en politioverbetjent.¹⁷⁷ Høyesterett påpekte at «det sivilrettslige og det strafferettslige regelverket om tvungent psykisk helsevern til en viss grad ivaretar ulike hensyn», og at «et samfunnsvern som er begrunnet i faren for nye lovbrudd av samfunnsskadelig eller særlig plagsom art, [ikke nødvendigvis vil] fanges opp av det sivilrettslige farekriteriet».¹⁷⁸

Lovtekst, lovforarbeider og rettspraksis fremhever alle samfunnets behov for beskyttelse mot fare pasienten kan representere, som hovedformålet bak den strafferettslige særreaksjonen. Samfunnsvernet fremgår uttrykkelig av rettskildene, i motsetning til hva som er tilfelle for de sivilrettslige tvangsreglene. Den strafferettslige formen er hjemlet i en spesiell formålsbestemmelse i phvl. § 5-3 andre ledd, mens den sivilrettslige er forankret i den generelle formålsparagrafen § 1-1 med en rekke siktemål og rettstatelige krav, ekskludert samfunnsvernet. Lovformålenes ulike karakter og den vidtrekkende ordlyden i phvl. § 1-1 åpner for et betydelig spenn i loven, som igjen gjør det problematisk å utlede lovgiverformålet med tvungent psykisk helsevern etter formålsparagrafene isolert sett.¹⁷⁹ Desto mer betenkelig er at vedtaksansvarlig må manøvrere utenfor helselovgivning og over til strafferettens krav til risikokriminalitet i strl. § 62 for å kartlegge samfunnsvernets betydning. Lovverket åpner slik sett for rettsuvisshet om rekkevidden av helsevesenets ansvar for samfunnsvernet, noe som igjen kan svekke ivaretagelsen av pasienters rettssikkerhet ved farevurderingene.

4.5.1 Grenselandet mellom helsesektoren og justissektoren

I den forbindelse er det relevant å nevne at Østenstad-utvalget unnlot å problematisere grenselandet mellom justissektoren og helsesektoren:

Ut fra mandat og sammensetning har utvalget ikke gått dypt inn i spørsmålet om ansvarsfordelingen [sektorene imellom]. I utgangspunktet er intensjonen at dagens grenser skal ligge fast, men det er behov for å framheve viktigheten av økt tydelighet om sporvalget i enkeltsaker – noe som også kan ha betydning for utforming av lovbestemmelsene [...] For innholdet av det faktiske tjenestetilbudet til den enkelte

¹⁷⁷ HR-2022-1110-A

¹⁷⁸ HR-2022-1110-A avsnitt 94

¹⁷⁹ Holst (2020) s. 93

[spiller det i utgangspunktet] liten rolle om hjemmelen for tvang ligger i de sivilrettslige reglene eller i de strafferettslige særreaksjonsreglene. Utover bestemmelser om et innledende institusjonsopphold, er det ikke gitt at et sivilrettslig tvangsregime er mindre strengt enn dom til tvungent psykisk helsevern / tvungen omsorg.¹⁸⁰

At utvalget fastslår at «dagens grenser skal ligge fast», avklarer ikke hvordan grenselandet faktisk er i dag. Av større betydning for problemstillingen, og i lys av statens sikringsplikt, er uvissheten om det er det sivilrettslige eller det strafferettslige lovverket som utgjør statens sentrale virkemiddel ved imøtegåelsen av fare ved sinnslidelser. Mens Østenstad-utvalget omtaler de sivilrettslige tvangsgrunnlagene som «et substitutt» for de strafferettslige, anser derimot Særreaksjonsutvalget og Tilregnelighetsutvalget de strafferettslige grunnlagene som et supplement til de sivilrettslige.¹⁸¹ Felles for reaksjonsformene er formålet om vern mot kriminalitet, men ingen av sektorene kan vanskelig sies å påta seg ansvaret fullt ut.

Østenstad-utvalgets standpunkt om at reaksjonsformene har liten betydning for det faktiske tjenestetilbudet – da det ikke er gitt at det sivilrettslige tvangsregimet er mindre strengt enn det strafferettslige – er diskutabelt i lys av Høyesterettsuttalelsen om at samfunnsvern begrunnet i strl. § 62 annet ledd ikke nødvendigvis vil fanges opp av det sivilrettslige farekriteriet.¹⁸² Østenstad-utvalgets oppfatning underbygger inntrykket av det vide virkeområdet til § 3-3 drøftet i 4.4.1. Det stiller igjen krav til forsvarlig praktisering. Diskrepansen mellom utvalget og Høyesterettsuttalelsen skaper rettsuvisshet om reaksjonsformenes anvendelsesområde, og samsvarer samtidig lite med utvalgets poengtering av viktigheten om økt tydelighet om sporvalget i enkeltsaker. Spesielt fordi det kan ha betydning for utforming av lovbestemmelsene, og dermed pasienters rettssikkerhet.¹⁸³

Grensedragningen mellom helsesektorens og justissektorens ansvarsområder har ikke vært grundig utredet. Sektorene har gjennomgått en utvikling i ulike retninger, uavhengig av hverandre. Der justissektorens rettslige beslutningsgrunnlag for innleggelse i psykisk helsevern øker i antall og omfang, går helsesektorens styrkede vektlegging av behandlingshensyn, pasientautonomi og samtykke i motsatt retning.¹⁸⁴ Overordnet sett kan utviklingstrekket bidra

¹⁸⁰ NOU 2019: 14 s. 323

¹⁸¹ NOU 2019: 14 s. 322; NOU 1990: 5 s. 14 og 75; NOU 2014: 10 s. 305

¹⁸² HR-2022-1110-A avsnitt 94

¹⁸³ NOU 2019: 14 s. 323

¹⁸⁴ OUS (2021) s. 7

til at færre sivilrettslige tvangsinnleggelses kulminerer flere strafferettslige tvangsinnleggelses. Tilbakemeldinger fra psykiatrien underbygger antakelsen, ved at 2017-revisjonen kan vanskeliggjøre behandling av alvorlig syke mennesker. Samtykkekompetente pasienters rett til å nekte behandling kan medføre kortere og hyppigere innleggelses, forverre sykdomstilstanden, og i verste fall så betydelig at de vil kunne utgjøre en fare for seg selv og omgivelsene.¹⁸⁵

At alvorlig sinnslidende pasienter går inn og ut av kortvarige institusjonsopphold, kan også skyldes at samtykkekriteriet har medført *høyere* terskel for innleggelse og *lavere* terskel for utskrivning. Autonomien står sterkt – med mindre samfunnsvernet slår inn. Tendensen er sentral for ekspertutvalgets mandat. De evaluerer utilsiktede endringer i pasientforløp etter 2017-revisjonen, inkludert om lovverket bidrar til å sikre pasienters rett til nødvendig og forsvarlig helsehjelp til rett tid, som igjen kan forhindre feil tvangsbruk.¹⁸⁶ Da ivaretagelsen av samfunnsvern og rettssikkerhet er styrende for evalueringen, er det grunn til å så tvil om dagens phvl. § 3-3 tilfredsstillende legalitetsprinsippets krav til klarhet og forutberegnelighet i tilstrekkelig grad.

Sektorenes ulike tilnærminger til samfunnsvernets betydning kan også anses å gjenspeile politimyndighetenes inntrykk av at helsevesenet i flere tilfeller først vurderer farekriteriet som oppfylt når vedkommende har realisert sitt voldspotensial.¹⁸⁷ Oppfatningen kan videre ses i sammenheng med den markante økningen i antall dommer til overføring til tvungent psykisk helsevern, ved siden av 2020-revisjonen som senket terskelen for idømmelse for å bedre samfunnsvernet.¹⁸⁸ Lovendringene for den sivilrettslige tvangshjemmelen har derimot vektlagt selvbestemmelsesretten i betydelig større grad enn samfunnsvernet.

Ivaretagelsen av enkeltindividets autonomi og statens plikt til å motvirke farefull atferd fra mennesker med psykiske lidelser, berører klarligvis begge sektorer. Presserende spørsmål er hvilken sektor som skal ha ansvar for hvem, og hva som om nødvendig må prioriteres av samfunnsvern, behandlingshensyn og pasientautonomi. Politidirektoratet mener Østenstadutvalgets vurderinger av tvangslovgivningen omfatter forholdet mellom individ og samfunnsvern i for liten grad, og savner en prinsipiell diskusjon av sektorenes ansvarsområder.¹⁸⁹ Behovet for å avklare sektorenes overlappende og tilgrensende ansvarsområder har ledet til et

¹⁸⁵ Trædal (2022) *Aftenposten*

¹⁸⁶ Regjeringen.no (2022) «Ekspertutvalg om tvang»

¹⁸⁷ Trædal (2022) *Aftenposten*

¹⁸⁸ Prop. 154 L (2016–2017) pkt. 5.1.5.3 og 5.1.6.3; OUS (2021) s. 7

¹⁸⁹ HOD (2021) Høringsnotat s. 44

representantforslag som skal være ferdigbehandlet i februar 2023. Her bes regjeringen om å utrede ansvarsfordelingen i saker med kombinasjonen kriminalitet og behov for psykisk helsehjelp.¹⁹⁰ Representantforslaget etterspør bedre ivaretagelse av personer idømt tvungent psykisk helsevern, men initiativet signaliserer like fullt et behov for å styrke rettssikkerheten til dem som grunnet sinnslidelsens farepotensial, også rammes av § 3-3. Særlig relevant er forslaget om at fagansvarliges konsultasjonsplikt overfor påtalemyndigheten etter § 5-3 bør utvides til å omfatte overføring til *andre* institusjoner. Forslaget kan trygge fagansvarliges beslutningsprosess og styrke det juridiske aspektet ved farevurderingene, avgjørende ved beslutninger om permisjon og overføringer, så vel som utskriving etter § 3-3.

Statens ansvar for samfunnsvernet har samtidig utfordret rettssikkerheten over lang tid. Illustrerende er Rt. 2006 s. 1137, hvor en mann ble idømt overføring til tvungent psykisk helsevern grunnet trusler. Flertallet (4–1) konkluderte etter en samlet vurdering av lovbruddene, forhistorien, sykdomsutviklingen og den psykiske funksjonsevnen at det forelå gjentakelsesfare «dersom samfunnet ikke setter inn tiltak slik at han får behandling».¹⁹¹ Ved spørsmålet om det er nødvendig av hensyn til samfunnsvernet å idømme tidsbestemt særreaksjon etter § 62 annet ledd, skal alternative tiltak etter psykisk helsevernloven særlig vektlegges, jf. «andre tiltak har vist seg åpenbart uhensiktsmessige».¹⁹² Ordlyden gjenspeiler «minste inngreps prinsipp», slik som phvl. § 3-3 nr. 1, et selvstendig vilkår som ikke gjelder for tidsbestemt særreaksjon etter § 62 første ledd. Førstvoterende beskrev mannen som en «[tidvis] kasteball mellom strafferettsapparatet og psykiatrien». Lagmannsrettens flertall anså tidligere utskriving fra tvungent psykisk helsevern som en glipp. Ifølge Høyesteretts flertall svekket dette tilliten til at det psykiske helsevern ville make å skape tilstrekkelig samfunnsvern overfor mannen og fant dermed særreaksjonen nødvendig for å verne samfunnet.¹⁹³

Annenvoterende stilte seg derimot bak lagmannsrettens mindretall begrunnet i at truslene måtte ligge helt i nedre ende av bestemmelsens anvendelsesområde, og at overføring til psykisk helsevern samlet sett ikke var tilstrekkelig begrunnet fordi samfunnsvernet ikke var sterkt nok. Mannens respektering av besøksforbud og behandlingseffekten under psykisk helsevern – som ble besluttet basert på behandlingsbehov og ikke grunnet fare – gjorde at mindretallet ikke uten

¹⁹⁰ Dokument 8:15 S (2022–2023)

¹⁹¹ Rt. 2006 s. 1137 avsnitt 24

¹⁹² Prop. 122 L (2014–2015) s. 40; HR-2017-2249-A

¹⁹³ Rt. 2006 s. 1137 avsnitt 26

videre mente det var fare for nye lovbrudd.¹⁹⁴ Dissensen demonstrerer Høyesteretts uenighet om samfunnsvernets betydning. Rettsuvissheten ved avveiningen av samfunnsvern og behandlingshensyn reduserer forutsigbarheten ved det videre behandlingstilbudet, som igjen er egnet til å svekke rettssikkerheten. Den såkalte Bislett-saken i fjor tjener som et nyere eksempel. Statens helsetilsyn mener Oslo universitetssykehus manglet forsvarlige rammer for pasientbehandling og samfunnsvern. Utilstrekkelige risikovurderinger og manglende informasjonsflyt av relevans for ivaretagelsen av samfunnsvernet, var av særlig betydning.¹⁹⁵ Helsetilsynet ga St. Olavs Hospital tilsvarende kritikk etter det mye omtalte drapet på Lademoen i 2019.¹⁹⁶

4.6 Økende forskjeller i den rettslige reguleringen

Analysen har hovedsakelig tatt utgangspunkt i gjeldende rett for phvl. § 3-3 nr. 4. For å styrke forståelsen av farekriteriet anses det som hensiktsmessig å avslutte kapittelet med noen betraktninger om Østenstad-utvalgets forslag til ny tvangslov. Allikevel begrenset til lovutkast departementet støtter, da det øker sjansene for gjennomslagskraft i lovgivningsprosessen videre. En konsekvens av at lovutkastet ikke berører grenselandet mellom justissektoren og helsesektoren, er eksempelvis at:

Skillet mellom vilkår som gjelder for [tvangsbruk] ved fare for personen selv og ved fare for andre vil øke. Utvalget ser ikke dette som problematisk da et skille langs denne akse allerede er nedfelt i lovgivningen i større eller mindre grad. De prosessuelle forbedringene sammenlignet med dagens lovgivning, kommer personer som underkastes tvang ved fare for andre til gode.¹⁹⁷

Det er usikkert hvilke forbedringer utvalget konkret sikter til. Forslaget om ny tvangsbegrensningsnemnd i de mest alvorlige sakene og mer helhetstenkning rundt individet kan virke nærliggende.¹⁹⁸ Særlig sistnevnte, gjennom økt samhandling mellom tjenestene, fremstår som essensielt for å løse utfordringen manglende ansvarsavklaring sektorene imellom representerer. Når det er sagt, er det uklart hvilke skiller utvalget henviser til, og hvorfor disse begrunner økte forskjeller i den rettslige reguleringen. Utvalget manifesterer kompetansemodellens skillelinje. Er samtykkekompetansen intakt, opphører tvangsgrunnlaget ved fare for eget liv. Østenstad-

¹⁹⁴ Rt. 2006 s. 1137 avsnitt 29-41

¹⁹⁵ Helsetilsynet (2022) dokument nr. 38

¹⁹⁶ Kalland (2022)

¹⁹⁷ NOU 2019: 14 s. 59

¹⁹⁸ NOU 2019: 14 punkt 3.3.4 og 3.3.5

utvalget foreslår å fjerne diagnosenære vilkår som erstattes med krav om fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for aktuelt tiltak, unntatt ved fare for andre.¹⁹⁹

Utvalget kan dermed sies å åpne for økt forskjellsbehandling ved å heve terskelen for tvang ved fare for eget liv, men ikke ved fare for andre. Differensieringen begrunnes ikke, men hovedforslaget uttrykker at samfunnsvernet er uavhengig av pasientens ønsker. Tilretteleggingen for økt forskjellsbehandling kan vanskelig sies å samsvare med at det «på mange punkter ikke er intendert en terskelendring sammenliknet med gjeldende rett. Det gjelder særlig for reglene om [tvangsbruk] ved fare for andre».²⁰⁰ Ytterligere betenkelig er uttalelsen om at «selv om mange faktorer er av betydning for bruk av tvang, og lovtekstens ord ofte ikke er den viktigste, vurderer utvalget at lovutkastet med stor sikkerhet vil bidra til markant reduksjon i den faktiske bruken av tvang».²⁰¹ Spesielt grunnet Høyesteretts poengtering av at ordlyden er «den sentrale tolkningsfaktoren [som] danner rammen for regelfortolkningen», som er særlig tungtveiende for helserettens inngrepshjemler.²⁰² Det nevnes flere årsaker til redusert tvang i punkt 3.3.3.2–3.3.3.9 uten at differensieringen av farekriteriet nevnes.

Østenstad-utvalget mener «en ytterligere omdreining ikke er dramatisk og kan vel tvert imot oppfattes som en ønsket motvekt til sammenvevingen mellom sivil psykiatri og strafferettspsykiatri man har sett over tid».²⁰³ Departementet støtter behovet for særregler om tvangsbruk ved fare for omgivelsene og mener inngrepsterskelen bør være lavere her enn ved fare for eget liv. Det støtter derfor at manglende beslutningskompetanse og «sterkt behov» for behandling ikke skal gjelde for samfunnsvernet. Dessuten at tvangsadgangen i disse tilfellene ikke bør gå lenger enn dagens regler tillater slik at videreføring av «alvorlig sinnslidelse» er et rimelig kompromiss ved å rette oppmerksomhet mot behovet for hjelp og redusert beslutningsevne. Departementet nevner at mange opplever diagnosebegrepet som stigmatiserende, men hensynet synes å tillegges begrenset vekt ved samfunnsvernet.²⁰⁴ Behovet for redegjørelser bak farekriteriets hensyn virker igjen fremtredende for å begrunne forskjellsbehandlingen. Forslaget korrelerer heller ikke med CRPDs krav om diagnosenøytrale lovregler som begrunnet 2017-revisjonens skifte fra diagnose til funksjon.²⁰⁵ Det kan paradoksalt nok åpne for diskriminering og stigmatisering og dermed undergrave en av lovforslagets bærebjelker. Sammenholdt med

¹⁹⁹ NOU 2019: 14 s. 31

²⁰⁰ NOU 2019: 14 s. 56

²⁰¹ NOU 2019: 14 s. 57

²⁰² HR-2021-2275 avsnitt 60

²⁰³ NOU 2019: 14 s. 512

²⁰⁴ HOD (2021) Høringsnotat s. 45

²⁰⁵ Prop. L 147 (2015–2016) s. 24

Østenstad-utvalgets nedtoning av lovtekstens betydning, virker lovutkastet lite betryggende for rettssikkerhetsgarantiene om forutberegnelighet og likebehandling etter Grunnloven § 113.

Synspunktet gjenspeiles også i videreføringen av forbudet mot overføring fra frivillig til tvungent vern som ikke gjelder når samfunnsvernet aktualiseres, jf. phvl. § 3-4. Senter for medisinsk etikk (SME) ved UiO utførte en kvalitativ evaluering av 2017-revisjonen. SME fremhever behovet for forenkling av regelverket, og at lovendringen kan ha medført økt bruk av farekriteriet som alternativt tvangsgrunnlag fordi konverteringsforbudet etter § 3-4 oftere blir omgått.²⁰⁶ Satt på spissen kan forbudet utgjøre et smutthull eller gråsoner i loven, som igjen synliggjør nødvendigheten av forsvarlige redegjørelser for samfunnsvernets betydning. Særlig med EMDs strenge krav til begrunnelse for skjønsmessige tvangsinngrep i mente.²⁰⁷ Sett under ett, er det tilsynelatende kun punkt 25.2.7 som gir noe avklaring, om at farekriteriet «[utvilsomt] kan være den bakenforliggende begrunnelsen for at behandling iverksettes», og at det «for omsorgstiltak [vil] være tale om tiltak med blandet formål: andre blir vernet mot fare, samtidig som personen selv blir vernet mot konsekvensene av å utøve krenkelser».²⁰⁸ Sistnevnte gir pasienten vern og uttrykker tvang som omsorg, et hensyn som kan virke underkommunisert og til dels underspilt i lys av Høyesteretts slutning om forholdet mellom § 3-3 nr. 4 og nr. 7.

Til sist reiser departementet spørsmålet om samfunnsvernet er en oppgave for helsetjenesten, eller om den må overlates til politiet. Departementet påpeker dagens skille farekriteriet innebærer og foreslår tydeligere markering av at det er ulike hensyn som begrunner ulike bestemmelser – blant annet gjennom bruk av egne paragrafer.²⁰⁹ Forslaget om todeling av inngrepshjemmelen synes å styrke pasientens rettssikkerhet ved å tilføre lovanvendelsen mer klarhet, presisjon og forutsigbarhet. Den reviderte lovteksten kan samtidig signalisere at dagens phvl. § 3-3 ikke innfrir legalitetsprinsippets krav til utforming for å sikre forsvarlig praktisering. Det er videre et tankekors at todelingen kan betraktes som et ekko av høringsinstansenes forslag fra tusenårsskiftet om å formulere farevilkåret i to selvstendige vilkår.²¹⁰ Paulsrud-utvalget mente også i sin tid at tvangsreglene måtte skille mellom intervensjonene i større grad, og foreslo å regulere samfunnsvernet i en egen paragraf.²¹¹ 20 års diskurs til tross, er det først nå behovet for tydeligere regulering for alvor virker å få gjennomslag.

²⁰⁶ NOU 2019: 14 s. 133

²⁰⁷ *Herczegfalvy mot Østerrike* [J] no. 10533/83 avsnitt 89

²⁰⁸ NOU 2019: 14 s. 546

²⁰⁹ HOD (2021) Høringsnotat s. 117–118

²¹⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) punkt 7.3.3

²¹¹ NOU 2011: 9 s. 151

5 Avsluttende refleksjoner

Oppgaven har undersøkt i hvilken grad phvl. § 3-3 nr. 4 er egnet til å ivareta samfunnsvernet med pasienters rettssikkerhet som målestokk. Den rettsdogmatiske fremstillingen demonstrerer inngrepshjemmelens kompleksitet gjennom flere ledd og kryssende hensyn. Tvangshjemlers natur nødvendiggjør riktignok skjønnsmessige vurderinger, men det bør ikke gå på bekostning av lovverkets tilgjengelighet for pasientene og rettsanvendere. Verken lovbestemmelsen isolert sett, eller tolket i lys av formålsbestemmelsen, lovforarbeidene og rettspraksis, gir imidlertid tydelig uttrykk for vekting av hensynene, ei heller samfunnsvernets konkrete innhold. Faglig ansvarlig må manøvrere utenfor helselovgivningen og over til strafferettens krav om risikokriminalitet for nærmere veiledning av samfunnsvernets betydning.

Formålsparagrafen fastslår at vedtaket skal samsvare med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, hvor forutberegnelighet er nært tilknyttet. Jo mer tilgjengelig og klar rettsregelen er, jo sterkere rettssikkerhet. Krav til inngrepshjemmelens indre forenlighet utfordres av dynamikken mellom § 3-3 nr. 4, nr. 7 og § 1-1, illustrert av rettspraksis siden 2017-revisjonen. Hvorvidt samtykkekriteriet vurderes eller kun kort nevnes når farekriteriet er oppfylt, varierer i lagmannsrettspraksis. Om samtykkekriteriet underlegges en grundig vurdering virker mer betryggende, da det kan få betydning om kontrollkommisjonen kommer til at farekriteriet *ikke* er oppfylt. Forhåpentligvis kan den nye tvangsloven eller Høyesterett bidra til rettsavklaring av forholdet mellom farekriteriet og helhetsvurderingen, og mellom farekriteriet og samtykke-kriteriet. Gjennomgangen viser at loven åpner for rettsuvisshet om rekkevidden av anvendelsesområdet og helsevesenets ansvar for samfunnsvernet, som igjen kan svekke ivaretakelsen av pasienters rettssikkerhet ved farevurderingene. Legalitetsprinsippets tyngde på rettsområdet gir grunn til å så tvil om rettskildene er tilstrekkelig klare og velbegrunnede for et av samfunnets mest inngripende tiltak overfor personer i en allerede sårbar situasjon. Spesielt i lys av spriket mellom fagansvarliges kompetansekrav og juridisk kunnskap om betydningen av forarbeider, rettspraksis, tilgrenset lovgivning og rundskriv som forsvarlig bruk av phvl. § 3-3 forutsetter.

Med utgangspunkt i gjeldende rett og i lys av lovendringens formål om styrket autonomi og rettssikkerhet, har de rettspolitiske vurderingene belyst konsekvenser farevurderingene har for lovanvendelsen i praksis. Analysen har demonstrert spenningen mellom statens negative plikt til å respektere pasientautonomien mot statens positive plikt til å ivareta samfunnsvernet. Pasienten skal kunne forvente at lovverket hindrer vilkårlig maktutøvelse og at inngrep i autonomien er regelstyrt, mens allmennheten skal kunne forvente at lovverket trygger

samfunnet.²¹² Normativt sett kan lovverket vanskelig sies å reflektere sikringspliktens omfang. Den vertikale siden er menneskerettslig forankret og styrket gjennom eksplisitt vern av autonomi i loven. Den horisontale siden nyter derimot svakere vern, tydeliggjort av lovverkets begrensede behandling av samfunnsvernet. Den vage ordlyden i unntaksbestemmelsen åpner dessuten for et bredt anvendelsesområde, uten at rettskildene gir klare føringer for farevurderingen. Svak koherens og balansering av sikringspliktens forankring leder igjen til det gjennomgående spørsmålet om rekkevidden av helsevesenets ansvar for samfunnsvernet.

De rettspolitiske refleksjonene rundt rettsregelens egnethet til å løse tvangsutøvelse som et samfunnsmessig problem, har aktualisert strafferettslig psykisk helsevern som alternativt virkemiddel for overholdelse av statens sikringsplikt. Lovendringen skulle bidra til redusert tvangsbruk og økt selvbestemmelse. Selv om varigheten på innleggelser er redusert, har antall tvangsvedtak økt. Behov for lengre institusjonsopphold kommer i skyggen av kortere og hyppigere innleggelser. Høyere terskel for innleggelse og lavere terskel for utskriving kan resultere i at flere fanges opp av straffeapparatet i stedet. Betydelig økning i dømte til tvungent vern og økt anvendelse av det sivilrettslige farekriteriet, svekker ønsket om å unngå stigmatisering av pasienter og er samtidig et krevende ressursproblem. Det voksende antallet dømte opptar psykiatriens allerede begrensede institusjonsplasser. Tendensen kan legge press på vedtak etter phvl. § 3-3, ved at få sengeposter og økt autonomi vektlegges på bekostning av samfunnsvernet. Urovekkende enkelttilfeller og såkalte svingdørspasienter viser hvordan tidlig utskriving kan forverre sykdomsbildet, til fare for personen selv og omgivelsene. At de sivilrettslige og strafferettslige tvangshjemlene tenderer å omfatte samme personer, forsterker behovet for avklaring mellom sektorene for bedre imøtegåelse av tvangsproblematikken.

Avslutningsvis fremheves det at en tydeligere og mer koherent utforming av phvl. § 3-3 kan bidra til å løse den uklare ansvarsfordelingen mellom helse og justis. Hva gjelder *årsaken* til at samfunnsvernet ikke er mer lettfattelig utformet, støtter undertegnede Holsts utførlige drøftelser av lovforarbeidsprosessens nedtoning av motsetningsforholdet mellom de strafferettslige og sivilrettslige tvangsformene. Sentralt er hvordan vage formålsangivelser kan skjule ulike politiske preferanser eller være kompromissets pris for politisk enighet.²¹³ Representantforslaget om sektoravklaring og styrket ivaretagelse av samfunnsvernet for den strafferettslige tvangshjemmen kan forhåpentligvis skape en smitteeffekt over i sivil-

²¹² *Haidn mot Tyskland* [J] no. 6587/04 avsnitt 79

²¹³ Holst (2020) punkt 6.2–6.3

psykiatrien. Spesielt fordi likhetene i ordlyd og formål kan tilsi tilsvarende farevurderinger, uavhengig av om det er domstolene eller helsevesenet som avgjør. Samfunnets tålegrense for fare tilknyttet alvorlige sinnslidelser kan vanskelig sies å variere etter utskrivning, permisjon og opphør av vern. Statens plikt til å forhindre vilkårlig maktbruk og at psykisk syke realiserer sitt farepotensial – dels for samfunnsbeskyttelse, dels i pasientens egen interesse – likeså.

Oppgavens analyse av lovtekst, lovforarbeider og rettspraksis har påvist flere aspekter som hver for seg står i et problematisk spenningsforhold opp mot lovgivningsidealet om rettssikkerhet, jf. Grl. §§ 92, 113 og phvl. § 1-1. Problemstillingen har eksemplifisert hvordan lovtekst som er lite forutberegnelig vedrørende samfunnsvernet kan åpne for vilkårlighet. Konklusjonen er at tvangslovgivningen samlet sett skaper rettsuvisshet om helsevesenets ansvar for samfunnsvernet, som igjen påvirker ivaretagelsen av pasientenes rettssikkerhet. Hovedformålet med 2017-revisjonen var å øke pasientenes selvbestemmelsesrett og rettssikkerhet som viktige tiltak for redusert og riktigere tvangsbruk. Styrket rettssikkerhet gjennom tydeligere regulering av samfunnsvernet anses som nødvendig for bedre oppfyllelse av formålet om mer ensartet og forsvarlig tvangsutøvelse, også i overensstemmelse med Grl. §§ 92, 94, 98, 102, 113 og det internasjonale menneskerettsvernet. Forslaget om felles tvangslovgivning og todeling av tvangsbestemmelsen betraktes som et viktig steg i riktig retning. Om lovgivningsprosessen videre i tillegg styres etter utredningsinstruksens formålsbestemmelse om å «samordne berørte myndigheter» for å «legge et godt grunnlag for beslutninger om statlige tiltak», er det gode grunner for å anta at pasientenes rettsstilling vil styrkes ytterligere.²¹⁴

²¹⁴ FOR-2016-02-19-184 1-1 Formål

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Aall, Jørgen «Rettsstat og menneskerettigheter 1», 1. utgave, Fagbokforlaget 2022. Kapittel 2.
- Aall, Jørgen «Rettsstat og menneskerettigheter», 5. utgave, Fagbokforlaget, 2018, s. 58–59
- Befring, Anne Kjersti «Helseretten». 1. utgave, Cappelen Damm AS, 2022.
- Drabløs og Trædal «Norsk psykiatri: Én graf peker bratt opp. Én peker bratt ned», *Aftenposten*, 9. mai 2022. Lastet ned 21.09.2022 fra <https://www.aftenposten.no/norge/i/340Xnd/norsk-psykiatri-en-graf-peker-bratt-opp-en-peker-bratt-ned>
- Kalland, Christina «St. Olav får sterk kritikk av Helsetilsynet etter drapet på Lademoen», St. Olav Hospital, 14. januar 2022, Lastet ned 06.12.2022 fra <https://stolav.no/nyheter/2022/st-olav-far-sterk-kritikk-av-helsetilsynet-etter-drapet-pa-lademoen>
- Holst, Øyvind «Samfunnsvernets begrensninger. En kritisk analyse av lovverket for gjennomføring av dom på tvungent psykisk helsevern». Ph.d.-avhandling. Universitetet i Bergen. 2020.
- Høyser og Dalgard Georg Høyser og Odd Steffen Dalgard, «Lærebok i rettspsykiatri», Oslo: Gyldendal 2002.
- Kjønstad, Asbjørn «Helserett», Gyldendal Akademisk 2005.
- Mæhle og Aarli Synne Sæther Mæhle og Ragna Aarli, «Fra lov til rett» 2. utgave, Oslo: Gyldendal 2017.

- Mæhle, Synne Sæther «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» i Jussens Venner. Vol. 39, nr. 5-6 (2004), s. 329–342.
- Syse, Aslak «Psykisk helsevernloven med kommentarer», 3. utgave, Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Trædal, Torkjell J. «Vi vet at det går pasienter ute med høy voldsrisiko som trenger behandling», *Aftenposten*, 27. juli 2022. Lastet ned 3.9.2022 fra <https://www.aftenposten.no/norge/i/Jxjrn8/vi-vet-at-det-gaar-pasienter-ute-med-hoey-voldsrisko-som-trenger-behandling>

6.2 Norske lover og forskrifter

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)
- 1848 Lov om Sindsyges Behandling og Forpleining. Opphevet.
- 1961 Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (psykisk helsevernloven). Opphevet.
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven – sphl.)
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.)
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.)
- 1999 Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)
- 2006 Lov 30. juni 2006 nr. 45 om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv. (endringslov til psykisk helsevernloven mv.)

- 2011 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven – hol.)
- 2011 Forskrift 16. desember 2011 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern § 5
- 2017 Lovvedtak 50 (2016–2017) s. 2

6.3 Traktater, konvensjoner og internasjonale dokumenter

- CRPD Convention on the Right of Persons with Disabilities (CRPD), 13.12.2006 (entered into force 03.05.2008)
- ØSK International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ØSK), 16.12.1966 (entered into force 03.01.1976)
- VCLT Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), Vienna, 23.05.1969 (entered into force 27.01.1980), United Nations
- EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 04.11.1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK).
- Europarådet Resolution 2291, “Ending coercion in mental health: the need for a human rights-based approach”. Parliamentary Assembly. 26.06.2019.
- CRPD-komiteen Committee on the Right of Persons with Disabilities. Concluding observations on the initial report of Norway. CRPD/C/NOR/CO/1, 07.05.2019
- ØSK-komiteen General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11.08.2000

6.4 Norske lovforarbeider, stortingsmeldinger og forhandlinger i Stortinget

- NOU 1990:5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner, Straffelovkommisjonens delutredning IV

Forh. O. (1996–1997)	i Kongeriket Norges 141. Stortingsforhandlinger 1996–1997, s. 260
Ot.prp. nr. 11 (1998–1999)	Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)
Ot.prp. nr. 65 (2005–2006)	Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v, kapittel 3
NOU 2011: 9	Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern
Prop. 106 S. (2011–2012)	Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne
NOU 2014: 10	Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern
Prop. 122 L (2014–2015)	Endringer i straffeloven 2005 mv. (strafferettslige særreaksjoner m.m.)
Prop. 78 L (2015–2016)	Endringer i psykisk helsevernloven, kapittel 8.4
Prop.147 L (2015–2016)	Endringer i psykisk helsevernloven (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)
Prop. 154 L (2016–2017)	Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldvne, samfunnsvern og sakkyndighet)
NOU 2019: 14	Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

6.5 Norsk rettspraksis

Rt. 1993. s. 249

Rt. 1995 s. 530

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 1137
Rt. 2010 s. 612
Rt. 2013 s. 588
Rt. 2014 s. 807
Rt. 2015 s. 913
HR-2016-1286-A
HR-2016-2591-A
HR-2017-2249-A
HR-2018-2204-A
HR-2018-1461-U
HR-2020-1167-A
HR-2021-1263-A
HR-2021-2275-A
HR-2022-350-A
HR-2022-1110-A

LE-2018-98244
LG-2018-19912
LF-2018-120767
LB-2019-125216
LF-2020-176774
LF-2022-39597

6.6 Rettspraksis fra EMD

Case of Golder v. Great Britain, [P] no. 4451/70, 21.02.1975.

Case of Herczegfalvy v. Austria, [J] no. 10533/83, 24.09.1992.

Case of Chassagnou and Others v. France, [GC] no. 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999.

Case of Evans v. Great Britain, [GC] no. 6339/05, 10.04.2007

Case of Haidn v. Germany, [J] no. 6587/04, 13.01.2011

6.7 Rapporter, veiledere, rundskriv og annen offentlig praksis

Dokument 8:15 S (2022–2023), Representantforslag om bedre ivaretagelse av personer som er dømt til tvungent psykisk helsevern, Fra

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=90933>

Lastet ned 12.11.2022.

Dokument nr. 38 i sak 2021/1815, Helsetilsynet 2022. Foreløpig rapport i den såkalte Bislett-saken. Lest 31.10.2022 etter akseptert innsynsbejring over e-post.

«Oppdragsdokument 2022, Helse Sør-Øst RHF». Helse- og omsorgsdepartementet 2022. Fra

<https://www.regjeringen.no/contentassets/bd8a11644b744dec8a8dc452794000e4/oppdragsdokument-2022-hso-endelig-10jan.pdf>

Lastet ned 15.11.2022.

Psykisk helsevernloven med kommentarer, § 1-1 Formål. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 01.06.2022, lest 27.09.2022). Fra

<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer/alminnelige-bestemmelser#paragraf-1-1-formal>

«Ekspertutvalg om tvang», Regjeringen.no, Helse- og omsorgsdepartementet 2022.

Lest 11.06.2022. Fra

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/ekspertutvalg-om-tvang/id2911600/>

IS-1957 «Nasjonale faglige retningslinjer for utredning, behandling og oppfølging av personer med psykoselidelser», Helsedirektoratet, 13.06.2022.

«Hurdalsplattformen», Regjeringen, 2021-2025. Fra

<https://www.regjeringen.no/contentassets/cb0adb6c6fee428caa81bd5b339501b0/no/pdfs/hurdalsplattformen.pdf>

Lastet ned 12.10.2022.

«Høringsnotat om oppfølging av forslagene fra Tvangslovsutvalget», Helse- og omsorgsdepartementet, 06.07.2021. Fra

<https://www.regjeringen.no/contentassets/0ea7eeab31a4475cb0ac7e63b72e7784/horingsnotat>

[-oppfølging-av-forslagene-fra-tvangslovutvalget.pdf](#)

Lastet ned 29.09.2022.

«Kontroll av tvangsbruk 2021», Rapport IS-3055, Helsedirektoratet. Lest 28.11.2022.

«Årlig melding 2021» Oslo Universitetssykehus (OUS), Nasjonal koordineringsenhet for dom til tvungent psykisk helsevern. Fra

<https://oslouniversitetssykehus.no/avdelinger/Documents/%c3%85rlig%20melding%202021%20-%20NK.pdf>

Lastet ned 02.11.2022.

«Nasjonale faglige råd for forebygging av tvang i psykisk helsevern for voksne». Oslo: Helsedirektoratet. (Sist faglig oppdatert 14.12.2021, lest 07.10.2022). Fra

<https://www.helsedirektoratet.no/faglige-rad/tvang-forebygging-av-tvang-i-psykisk-helsevern-for-voksne>

«Riksrevisjonens undersøkelse av psykiske helsetjenester». Riksrevisjonen. Dokument 3:13 (2020-2021), lest 06.12.2022. Fra

<https://www.riksrevisjonen.no/globalassets/rapporter/no-2020-2021/psykiske-helsetjenester.pdf>

§ 3-3. Vilkår for vedtak om tvungent psykisk helsevern. Oslo: Helsedirektoratet. (Sist faglig oppdatert 01.07.2020, lest 20.09. 2022). Fra

<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer/etablering-og-opphor-av-tvungent-psykisk-helsevern/3-3-vilkar-for-vedtak-om-tvungent-psykisk-helsevern>

«Sikkerhetspsykiatri i Norge 2019. En statusrapport». Oslo universitetssykehus (OUS), 09.09.2020. Fra

<https://sifer.no/wp-content/uploads/2020/11/Sikkerhetspsykiatri-i-Norge-2019.-En-statusrapport.-PDF.-ISBN-978-82-692218-0-0-2 -nf.pdf>

Lastet ned 02.11.2022.

«Tvang i psykisk helsevern», Status etter lovendringene i 2017, Rapport IS-2888, Helsedirektoratet. Utgitt februar 2020, lest 28.09.2022. Fra

<https://www.helsedirektoratet.no/rapporter/tvang-i-psykisk-helsevern--status-etter-lovendringene-i-2017>

«Kontroll av tvangsbruk 2020», Rapport IS-3018, Helsedirektoratet. Lest 08.09.2022.

Meld. St. 7 (2019–2020) kapittel 1.2, Regjeringen, Nasjonal helse- og sykehusplan, Fra <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-7-20192020/id2678667/?ch=1>
Lastet ned 04.11.2022.

SOM-2018-2018-2278, Sivilombudet, 22.10.2019, «Tvangsmedisinering – beviskravet for manglende samtykkekompetanse», Fra <https://www.sivilombudet.no/uttalelser/tvangsmedisinering-beviskravet-for-manglende-samtykkekompetanse/>
Lastet ned 26.10.2022.

«Tvangsinnleggelse i psykisk helsevern for voksne», Helsedirektoratet (2018). (sist faglig oppdatert 28. november 2022, lest 28. november 2022). Fra <https://www.helsedirektoratet.no/statistikk/kvalitetsindikatorer/psykisk-helse-for-voksne/tvangsinnleggelse-i-psykisk-helsevern-for-voksne>

§ 2-1. Hovedregelen om samtykke. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 29.11.2017, lest 22.09.2022). Fra <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer/saerlige-samtykkebestemmelser/2-1-hovedregelen-om-samtykke>

FOR-2016-02-19-184, Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen), Finansdepartementet. Ikrafttredelse 01.03.2016. Publisert i 2016 hefte 3.