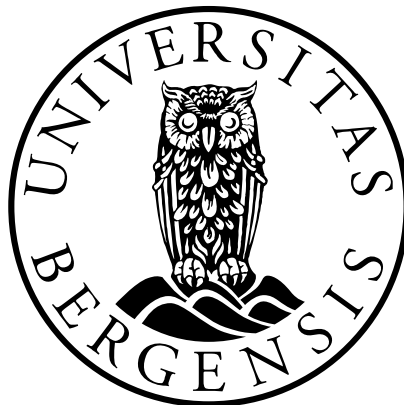


**”Klart beste løsning”
som vilkår for tvungent psykisk helsevern**

En analyse av phvl. § 3-3 første ledd nr. 6

Kandidatnummer: 133

Antall ord: 14659



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	3
1 Innledning.....	5
1.1 Tema og problemstilling	5
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Historisk perspektiv.....	7
1.4 Avgrensning av oppgaven.....	8
1.5 Fremstillingen videre.....	8
2 Metode.....	9
2.1 Generelt om fremgangsmåten	9
2.2 Menneskerettighetene og Grunnloven.....	9
2.3 Lov	10
2.4 Lovens forarbeider	11
2.5 Rettspraksis	11
2.6 Juridisk litteratur.....	12
2.7 Reelle hensyn	12
2.7.1 Formålsbetraktninger.....	13
2.7.2 Likhets hensyn.....	14
2.7.3 Forutberegnelighet.....	14
3 Innledende bemerkninger om forholdsmessighetsvurderingen.....	15
3.1 Begrepet forholdsmessighetsvurdering	15
3.2 Legitimitetsgrunnlag og funksjon	16
3.3 Forholdsmessighetskravet etter nr. 6 og det forvaltningsrettslige kravet.....	17
3.4 Forholdsmessighetskrav i tilgrensede tvangslover.....	17
4 Vurderingsmomenter i helhetsvurderingen	18
4.1 Kort om vurderingstemaene i nr. 6 og forholdet mellom dem.....	18
4.2 Objektiv eller subjektiv helhetsvurdering	19
4.3 Betydningen av fare for andre	22
4.4 Forverringsalternativet	24
4.5 Belastning for pasienten	26
4.6 Hensyn til samfunnet eller pasienten selv	28
4.7 Frivillighet som moment i nr. 6.....	31

4.8	Sykdomsinnsikt	32
4.9	Fare for tilbakefall	35
4.10	Tidsfaktoren.....	37
4.11	Grad av tvang	39
4.12	Tvangsvern med eller uten døgnopphold i institusjon	41
4.13	Medisinbivirkninger	42
4.14	Rusmiddelmissbruk	45
4.15	Korte helhetsvurderinger	46
5	Avsluttende kommentarer	49
6	Litteratur.....	51
6.1	Lover	51
6.1.1	Norsk lovgivning.....	51
6.1.2	Internasjonal lovgivning.....	51
6.2	Lovforarbeider.....	52
6.3	Bøker	52
6.4	Tidsskrifter, artikler og nettdokumenter.....	53
6.5	Rundskriv og rapporter.....	53
6.6	Domsregister	53
6.6.1	Høyesterettsdommer.....	53
6.6.2	Lagmannsrettsdommer	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for masteroppgaven er forholdsmessighetsvurderinger som foretas ved tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 6¹. Bestemmelsen lyder slik:

”Selv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende, med mindre han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.”

Hovedproblemstillingen er hvordan innholdet i phvl. § 3-3 nr. 6 skal klarlegges. Det sentrale vilkåret i bestemmelsen er vilkåret *”klart beste løsning”* som vi vil se innebærer en forholdsmessighetsvurdering. Lovens vilkår åpner for en skjønnsmessig vurdering, jf. ordlyden *”kan”*. Det blir dermed viktig å analysere rammene for skjønnsutøvelsen satt av lovgiver og se på hvilke momenter domstolene i praksis anser som legitime å vektlegge i en forholdsmessighetsvurdering. Dette vil være viktig med tanke på rettssikkerheten til pasientene. Forholdsmessighetsbegrepet vil bli videre behandlet under kapittel 3.

Psykisk helsevern etter loven gjelder kun spesialisthelsetjenestens tilbud og tiltak² for personer med psykiske lidelser, jf. phvl. § 1-2 første ledd. Det følger av psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd at *”[p]sykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, med mindre annet følger av loven her”*. Hovedregelen er altså krav om samtykke etter phvl. § 2-1, jf. pbrl. § 4-1 første ledd.

Etter pbrl. § 4-3 andre ledd kan samtykkekompetansen bortfalle helt eller delvis, blant annet for pasienter med alvorlige psykiske lidelser. Etter femte ledd kan undersøkelse og behandling av slike pasienter kun skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3. Den aktuelle tvangshjemmelen for oppgaven er som nevnt phvl. § 3-3. Det vil bli aktuelt for den faglig ansvarlige å måtte vurdere, på vegne av pasienten, hva som er den *”klart beste løsning”* for vedkommende, jf. phvl. § 3-3 nr. 6.

¹ Omtales videre som § 3-3 nr. 6.

² Syse, s. 21.

Utgangspunktet er altså at pasienten må samtykke til det psykiske helsevernet, men i visse tilfeller åpner lovgiver opp for bruk av tvang.

For at en pasient kan settes under tvungent vern, må en rekke vilkår være oppfylt etter phvl. § 3-3. De materielle vilkårene er krav om minste inngreps prinsipp etter nr.1, hovedvilkåret ”*alvorlig sinnslidelse*” og tilleggsvilkårene behandlingskriteriet eller farekriteriet, etter nr. 3. Selv om øvrige vilkår er oppfylt, må den faglig ansvarlige likevel foreta en helhetsvurdering til slutt av om tvangsinngrepet er forholdsmessig.³ Det forutsettes at de øvrige vilkårene er oppfylt for at forholdsmessighetsvurderingen skal foretas.

Når en pasient ikke er enig i et tvangsvedtak, enten etablering eller forlengelse av et tvangsvern⁴, har pasienten mulighet til å klage til kontrollkommisjonen, jf. phvl. § 3-3 tredje ledd. Dersom pasienten får avslag, kan vedkommende klage inn kommisjonsvedtaket for domstolene etter phvl. § 7-1 og domstolen skal prøve alle sider av saken, jf. tvisteloven § 36-5 (3). Det er altså ikke en gyldighetsprøve, men en ny behandling av alle vilkårene. Et slikt nytt syn på saken er vesentlig for å kunne ivareta rettssikkerheten til pasientene. Rettspraksis som er behandlet i oppgaven gjelder kun begjæring på utskriving og dermed tvangsvedtak om forlengelse av et tvangsvern.

1.2 Aktualitet

Temaet er aktuelt ettersom phvl. § 3-3 er den mest brukte tvangsregelen i velferdsretten.⁵ I 2015 var det omkring 3900 vedtak om tvungent psykisk helsevern på landsbasis.⁶ Samme år ble over 2500 vedtak om etablering og opprettholdelse av tvungent vern påklaget ifølge Helsedirektoratets rapport.⁷ Slike saker hvor phvl. § 3-3 vurderes er oppe for domstolene jevnlig. Av nyere dato kan det vises til Høyesterettsdommene Rt. 2014 s. 807 og Rt. 2015 s. 913 (Mariadommen). Videre ble en nylig anke av lagmannsrettsdommen LB-2015-13924 (Gaustaddommen)⁸ avvist av Høyesteretts ankeutvalg⁹, og dette er i ettertid blitt kritisert i juridisk teori, herunder Arnfinn Bårdsen¹⁰. Gaustaddommen omhandlet en 31 år gammel

³ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 155. Videreført i Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 22.

⁴ Phvl. § 3-3 nr. 6 og § 3-8 tredje ledd. Begrepet ”*tvangsvern*” vil videre bli brukt om tvungent psykisk helsevern.

⁵ Søvig, s. 293.

⁶ IS-2452/2015, s. 15.

⁷ IS-2452/2015, s. 6 og 25.

⁸ LB-2015-13924 vil i det videre omtales som Gaustaddommen.

⁹ HR-2015-01091-U.

¹⁰ Bårdsen, pkt. 24-26.

kvinne med blant annet Aspergers syndrom og en livstruende anoreksi. Fra 2006 til 2015 hadde kvinnen vært tvangsinnlagt med døgnopphold, og det siste året var hun beltelagt og overvåket døgnet rundt. Dette fant retten å være den klart beste løsningen for pasienten. Lagmannsrettsdommen vil bli nærmere behandlet i kapittel 4. Sammen med nyere forarbeider¹¹ og lovendringer¹² tyder dette på at tematikken tvungen psykisk helsevern er høyst aktuell.

Ettersom bestemmelsen er mye brukt, vil det være svært viktig å kontrollere at rettssikkerheten til pasientene ivaretas. Særlig med tanke på at dette gjelder tvangsinngrep overfor en sårbar gruppe mennesker.

Situasjoner hvor problemstillingen gjør seg gjeldende, er når den faglig ansvarlige foretar en vurdering av om en pasient skal settes under tvangsvern, når kontrollkommisjonen skal vurdere om vilkårene for tvunget psykisk helsevern er oppfylt eller når domstolene behandler saker om krav om utskriving fra tvunget psykisk helsevern. Domstolspraksis har en viktig betydning for forvaltningen på den måten at når domstolene håndterer tvangsvedtak etter phvl. § 3-3 nr. 6 vil det gi føringer på hvordan forvaltningen skal foreta helhetsvurderingen i ettertid.

1.3 Historisk perspektiv

Temaet har vært i utvikling siden den gamle sinnsykeloven fra 1848 og videre til Lov 28.april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern. Helhetsvurderingen var allerede på plass fra rettspraksis etter 1961-loven hvor § 5 inneholdt en kan-regel som hovedsakelig ble videreført til 1999-loven. De nye lovene som har kommet på området har hovedsakelig kodifisert gjeldende rett og oppdatert lovspråket. De store innholdsmessige endringene har kommet gjennom lovendringer under de virkende lovene.¹³

De eldste dommene som behandler forholdsmessighetsvurderingen er Rt. 1981 s. 770 og Rt. 1988 s. 634 (Huleboerdommen).¹⁴ Begge dommene ble avsagt etter et rimelighetskjønn etter den tidligere 1961-loven. Dommene har liten relevans for dagens situasjon per 2017 da det i

¹¹ Prop. 147 L (2015-2016).

¹² Lov 10. februar 2017 om endringer i psykisk helsevernloven.

¹³ Syse, s. 27-28 og Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), s. 155.

¹⁴ Syse, s. 146.

ettertid har kommet nyere rettspraksis og lovendringer som oppklarer rettstilstanden. De har likevel vært med på utviklingen av helhetsvurderingen. Samtidig viser de at forholdsmessighetsvurderingen også har vært viktig før 1999-loven. I dag er problemstillingen regulert i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 6. Det eksisterer litt Høyesterettspraksis og en del lagmannsrettspraksis på området. Temaet er også omtalt i juridisk teori.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil avgrenses mot å vurdere de øvrige materielle vilkårene og de prosessuelle vilkårene i phvl. § 3-3. Av praktiske grunner, ordgrense og tidsramme, vil det fokuseres på én del av paragrafen. Jeg har valgt å ta for meg forholdsmessighetsvurderingen etter nr. 6 da vilkåret uansett må vurderes uavhengig av om de øvrige materielle vilkårene er oppfylt. I sammenheng med bestemmelsen vil både frivillighetsvilkåret etter nr. 1 og de alternative vilkårene i nr. 3 bokstav a og b bli behandlet der det er naturlig og nødvendig.

1.5 Fremstillingen videre

I kapittel 2 skal jeg se på metoden for oppgaven. Deretter vil forholdsmessighetsvurderingen generelt behandles i kapittel 3. I kapittel 4 er hovedtyngden av oppgaven plassert hvor jeg forsøker å presisere innholdet i phvl. § 3-3 nr. 6. Til sist i kapittel 5 vil jeg komme med noen avsluttende kommentarer.

2 Metode

2.1 Generelt om fremgangsmåten

Utgangspunktet for fremgangsmåten i oppgaven vil være den juridiske metode¹⁵ i rettsdogmatikken for å analysere problemstillingene som reises i oppgaven. Hovedhensikten er å få frem gjeldende rett etter phvl. § 3-3 nr. 6 ved å tolke lovteksten og supplere med andre rettskilder for å få en komplett oversikt over rettskildebildet.

De rettskildene som har mest betydning for fastleggingen av innholdet i bestemmelsen er lovteksten, lovens forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn. Der temaet er behandlet i juridisk litteratur vil disse også bli nevnt. Samtidig har også internasjonale rettskilder en viss betydning ettersom Norge har menneskerettslige forpliktelser på dette området.¹⁶ Disse ulike rettskildene og betydningen av dem skal behandles videre i kapittel to. Forskriftene gir ikke veiledning om denne tematikken og vil derfor ikke bli behandlet.

2.2 Menneskerettighetene og Grunnloven

Reglene i velferdsretten bygger for det meste på nasjonale rettskilder¹⁷. Det følger av menneskerettighetsloven (mrl.) § 2 nr. 1 at visse protokoller i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) ”skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge”. Også Grunnloven (Grl.) uttrykker at staten har en plikt til å praktisere reglene om tvangsinngrep i samsvar med menneskerettighetene i både Grunnloven og i bindende traktater, jf. § 92.

Etter Grl. § 102 og EMK art. 8. har alle rett til respekt for privatlivet sitt. Inngrep i individers personlige integritet må ha ”hjemmel i lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig”¹⁸. Begge disse bestemmelsene uttrykker et forholdsmessighetsvilkår som likner på helhetsvurderingen i phvl. § 3-3 nr. 6.

I forarbeidene står det at nødvendighetskravet i EMK art. 8 nr. 3 ”som i praksis er tolket som et forholdsmessighetskrav” vil være det sentrale vilkåret ved vurderingen av et tvangsinngrep

¹⁵ Andenæs, s. 3.

¹⁶ Kjønsstad/Syse, s. 496.

¹⁷ Kjønsstad/Syse, s. 87.

¹⁸ Prop.147 L (2015-2016), pkt. 3.1, s. 12.

og rettmessigheten av det. Til slutt oppsummeres det at de norske myndighetene synes å ”bli tilkjent et nokså vidt spillerom når det gjelder de materielle skrankene for inngrep overfor pasienter i det psykiske helsevernet.”¹⁹

I HR-2016-01286-A viste lagmannsretten i avsnitt 30 til forarbeidene²⁰ hvor det i sammenheng med ratifisering av CRPD-konvensjonen stod at det ”[ble] ikke [] funnet nødvendig å endre tvangsbestemmelsene i psykisk helsevernloven § 3-2, § 3-3 og § 4-4.”.

På den ene siden er pasientene beskyttet gjennom menneskerettighetene i EMK og CRPD-konvensjonen som nevnt ovenfor, men på den andre siden er overprøvingen liten i praksis og rommet for tvangsinngrep er relativt vidt²¹. Det synes som at domstolene legger til grunn at så lenge tvangsvedtaket følger de norske lovsatte vilkårene, vil tvangsvedtaket ikke være konvensjonsstridig, slik Høyesterett tilsynelatende behandler temaet i Mariadommen avsnitt 29.

Aslak Syse har også tatt til orde for det samme synspunktet: ” *I utgangspunktet har lovgivningen om psykisk helsevern her i landet blitt oppfattet å være i overenstemmelse med våre forpliktelser nedfelt i bindende menneskerettsinstrumenter.* ”²² Dette synes å være rimelig ettersom vilkårene er ganske like og det kreves tilsynelatende like mye for å kunne foreta et tvangsinngrep.

Ut fra dette synes de materielle skrankene for pasienten etter phvl. § 3-3 nr. 6 å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser etter EMK art. 8 nr. 3. Menneskerettighetene vil derfor ikke vurderes som rettskilde videre i oppgaven ettersom det legges til grunn at forholdsmessighetskravet i disse to bestemmelsene er like strenge.

2.3 Lov

Den viktigste loven for oppgavens tematikk er psykisk helsevernloven og dette er også den viktigste sivile tvangsloven i helseretten²³. Psykisk utviklingshemmede har også rettigheter hjemlet i pasient- og brukerrettighetsloven, jf. phvl. § 1-5. Ettersom psykisk helsevernloven er

¹⁹ NOU 2011: 9, s. 64.

²⁰ Prop. 106 S (2011-2012), s. 16.

²¹ Syse, s. 452.

²² Syse, s. 477.

²³ Syse, s. 26.

lex specialis, vil loven gjelde fremfor de generelle reglene i pasient- og brukerrettighetsloven²⁴.

Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep overfor borgerne krever hjemmel i lov, jf. GrL. § 113. Dette er særlig viktig på et område hvor tvangsinngrepene utgjør alvorlige integritetskrenkelser. Ut fra legalitetsprinsippet kreves det at regelen i phvl. § 3-3 nr. 6 skal være klar og utvetydig. I tillegg vil legalitetsprinsippet fungere som en *”skranke mot utvidende tolkning av bestemmelser om tvang”*.²⁵ Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden vil være utgangspunktet for tolkning av tvangsregelen, og formålsbestemmelsen vil også få betydning for tolkningen.

2.4 Lovens forarbeider

Lovforarbeider kan gi veiledning på hvordan psykisk helsevernloven skal forstås når lovteksten ikke er klar. Hvor mye vekt forarbeidene kan tillegges, bør ifølge Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse bero på hvor grundige de er.²⁶ Lovforarbeidene som er mest aktuelle for oppgaven er Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) og Prop. 147 L (2015-2016). Når lovens forarbeider heller ikke gir nok veiledning ved lovtolkningen, vil det være hensiktsmessig å se videre til rettspraksis.

2.5 Rettspraksis

Rettspraksis er en tungtveiende rettskilde i norsk rett. Dette fordi Høyesterett sine lovtolkninger vil som utgangspunkt fungere som prejudikat, altså bli lagt til grunn i neste tilsvarende sak hos domstolene.²⁷ Siden bestemmelsen beror på en skjønnsmessig vurdering, vil Høyesterett sine vurderinger kunne gi mye veiledning til tolkning av bestemmelsen. Jeg har valgt å analysere dommene som vurderer temaet etter 1990-loven og frem til og med 2016.

Ettersom det er begrenset med Høyesterettsdommer på området, vil en stor av rettspraksisen være lagmannsrettsdommer. Når det ikke eksisterer nok prejudikater, vil lagmannsrettsdommer kunne tillegges en viss vekt gjennom sin *”argumentasjonsverdi”*.

²⁴ Syse, s. 33.

²⁵ Kjønstad/Syse, s. 482.

²⁶ Kjønstad/Syse, s. 94-95.

²⁷ Kjønstad/Syse, s. 98 og Andenæs, s.81.

Dommene har en viss presedens, men Høyesterett er på ingen måte bundet av lagmannsrettenes avgjørelser.²⁸ På grunn av tidsrammen på oppgaven, vil det trekkes ut et utvalg årganger av lagmannsrettsdommer. Jeg har valgt å behandle alle lagmannsrettsdommene fra 2016 og 2015 som tar opp forholdsmessighetsvurderingen etter nr. 6; totalt tolv dommer. Disse vil ikke være helt representativ ettersom kun et utvalg publiseres på Lovdata²⁹. Det vil likevel være representativ i den forstand at det er de nyeste av de publiserte dommene som behandles. Disse dommene kan illustrere hvordan forholdsmessighetsvurderingen håndteres i praksis der høyesterettspraksis ikke gir nok veiledning. Rettspraksis vil behandles utførlig i kapittel fire.

2.6 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur, slik som lærebøker, lovkommentarer og monografier, kan ha en betydelig argumentasjonsverdi ved at en dommer trekker det inn som sine egne synspunkter. Foruten om dette har juridisk litteratur *“ikke noen selvstendig rettskildemessig betydning”*.³⁰ I oppgaven vil bøkene *“Psykisk helsevernloven med kommentarer”* av Aslak Syse og *“Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten”* av Karl Harald Søvig bli mest behandlet. Juridisk litteratur vil videre også omtales som faglitteratur.

2.7 Reelle hensyn

Når de tungtveiende rettskildefaktorene slik som lovtekst, lovforarbeider og rettspraksis ikke gir nok veiledning til forholdsmessighetsvurderingen, kan reelle hensyn utgjøre en viktig rettskildefaktor.³¹ Reelle hensyn er en *“samlekategori som omfatter mange ulike vurderinger”*³². Ulike reelle hensyn som gjør seg gjeldende i sammenheng med tvungent psykisk helsevern er formålsbetraktninger, likhetshensyn og hensynet til et enkelt og forståelig regelverk (forutberegnelighet).³³ Det at en dommer begrunner et tolkningsresultat med en type reelle hensyn anses som legitimt ettersom rettssanvendelsen kan bli for formalistisk ved kun objektive tolkningsfaktorer. Reelle hensyn får ofte størst betydning ved

²⁸ Andenæs, s. 96-98.

²⁹ Andenæs, s. 96 og Lovdata, Rettskilder- Dommer.

³⁰ Andenæs, omtalt som ”rettslitteratur”, s. 117-119.

³¹ Kjønstad/Syse, s. 105.

³² Andenæs, s. 55.

³³ Kjønstad/Syse, s. 105 og Andenæs, s. 55.

tolkningstil. ³⁴ Etter phvl. § 3-3 nr. 6 skal det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering og dette åpner for en vurdering av relevante reelle hensyn.

2.7.1 Formålsbetraktninger

Ifølge formålsparagrafen phvl. § 1-1 skal loven påse at psykisk helsevern ”*skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper*”. Videre skal tiltak etter loven ta utgangspunkt i ”*pasientens behov og respekten for menneskeverdet*”. Det er derimot begrenset hvor stor selvstendig betydning formålsbestemmelsen får. ³⁵

Velferdslovgivningens formålsparagrafer uttrykker overordnede mål og gir ikke konkrete rettigheter til enkeltindivider eller pålegger ikke rettslige plikter for offentlige myndigheter. ³⁶

I forarbeidene Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) på side 12 omtales begrepet rettssikkerhet slik at borgeren skal være ”*beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, at vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.*”. Dette sikres blant annet gjennom materielle vilkår for inngrep slik som nr. 6. I nyere forarbeider, herunder Prop. 147 L (2015-2016) på side 16-17, står det at begrepet ”*grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp*” omfatter blant annet minste inngreps prinsipp, uttrykket i § 3-3 nr. 1, og proporsjonalitetsprinsippet, forholdet mellom middel og mål.

Ved bruk av bestemmelsen vil det føre til en alvorlig integritetskrenkelse for pasienten. Dette vil ofte være mennesker med ”*begrenset innsikt i egen situasjon*”³⁷ og dermed være mer utsatt for maktmisbruk enn andre. Det vil være desto viktigere at formålsbetraktningene følges opp i praksis.

Formålsparagrafen fastsetter altså implisitt et forholdsmessighetsprinsipp, men det vil ikke få stor selvstendig betydning for forholdsmessighetsvurderingen ettersom nr. 6 gir konkrete rettigheter til pasientene i motsetning til formålsparagrafen. I forarbeidene uttrykker departementet at formålsbestemmelsen vil fungere som en påminnelse for ansatte i psykisk helsevern og kontrollinstansene om viktigheten av menneskerettighetene ved praktiseringen av tvangsbestemmelsene. ³⁸

³⁴ Andenæs, s. 56-57.

³⁵ Syse, s. 93.

³⁶ Kjønstad/Syse, s. 49.

³⁷ Søvig, s. 313.

³⁸ Prop. 147 L (2015-2016), s. 16.

2.7.2 Likhets hensyn

Prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt følger av Grl. § 98 som sier at ”[a]lle er like for loven.”. Dette innebærer at det ikke skal skje usaklig forskjellsbehandling av like tilfeller.³⁹ En pasient som settes under tvangsvedtak etter § 3-3 nr. 6 skal vurderes på samme måte som en annen pasient. Et eksempel er LG-2015-191565 hvor lagmannsretten uttrykte seg slik:

“ Foranlediget av advokat Andas vektlegging av Rt-2001-752 bemerker lagmannsretten at de faktiske forskjellene mellom den saken og As sak er betydelige. Avgjørelsen har derfor begrenset overføringsverdi.”.

Lagmannsretten fant at sakens faktum var for ulik mellom de to sakene til at likebehandlingsprinsippet kunne gjøre seg gjeldende her. Det er likevel åpent for individuelle tilpasninger ettersom tilfellene må konkretiseres ut fra det aktuelle faktum.

2.7.3 Forutberegnelighet

Dette hensynet går ut på at borgerne skal kunne forutse sin rettsstilling. Hensynet er synlig i blant annet Grl. § 97 om forbud mot retroaktive lover.⁴⁰ Prinsippet er også nevnt i forarbeidene, herunder Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 12. Det utgjør en del av rettsikkerhetsprinsippet. Forvaltningen kan kun foreta inngrep som borgerne kan forvente ut fra gjeldende rett. For å dette skal være mulig må regelen være så klar og presis som mulig slik at pasientene kan forutse sin rettsstilling.⁴¹ Ettersom forholdsmessighetskravet fungerer som en avgrensning av tvangshjemmelen, vil det innebære en skjønnsmessig vurdering som kan føre til mer uforutsigbarhet enn et objektivt lovsatt vilkår. Likevel bør tvangsinngrep etter bestemmelsen være så forutsigbar for pasientene som mulig med tanke på at det gjelder alvorlige integritetsinngrep. En måte å gjøre dette på er å vektlegge momenter i forholdsmessighetsvurderingen som anses rimelige for allmennheten og dermed ofte vil være forutberegnelige i stor grad.

³⁹ Skaug, s. 18.

⁴⁰ Kjønstad/Syse, s. 84.

⁴¹ Skaug, s. 19.

3 Innledende bemerkninger om forholdsmessighetsvurderingen

3.1 Begrepet forholdsmessighetsvurdering

Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 6 sier ikke uttrykkelig at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, men en *”helhetsvurdering”* med ulike momenter. Bakgrunnen for at helhetsvurderingen omtales som en forholdsmessighetsvurdering er at det i praksis er en vurdering av forholdsmessigheten av tvangsvedtaket. Forholdsmessighetsvurderinger innebærer at det skal foretas *”en avveining av tiltakets målsetting opp mot middelet som brukes”*⁴², altså at det er samsvar mellom mål og middel. Begrepet brukes ikke konsekvent og andre begrep som brukes om den samme vurderingen er *”helhetsvurdering”*⁴³, *”skjønnsmessig helhetsvurdering”*⁴⁴ eller *”hensiktsmessighets- og rimelighetsvurdering”*.⁴⁵

I nyere forarbeider uttrykkes helhetsvurderingen på en enkel måte: *”Fordelen med inngrepet må []klart oppveie ulempene ved inngrepet”*.⁴⁶ Tvangsinngrepet kan kun utføres dersom det er den *”klart beste løsning”* for pasienten. Forholdsmessighetsprinsippet går ut på at det skal være et rimelig forhold mellom målet med inngrepet og selve inngrepet.⁴⁷

Også i rettspraksis brukes begrepet *”forholdsmessighet”* om helhetsvurderingen. Blant annet i HR-2016-01286-A (avsnitt 43) hvor førstvoterende sier at *”vedtak om tvang kan bare treffes dersom (...) tvang samlet sett også er forholdsmessig, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 6, sammenholdt med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8”*. Det skal nevnes at formuleringen ikke er tatt i bruk i de øvrige behandlede Høyesterettsdommene, noe som kan tyde på at det er ny praksis i Høyesterett å ta i bruk denne formuleringen.

⁴² Søvig, s. 292.

⁴³ Phvl. § 3-3 nr. 6.

⁴⁴ Syse, s. 146-147.

⁴⁵ Rundskriv 2012, s. 40.

⁴⁶ NOU 2011: 9, s. 39.

⁴⁷ Prop. 147 L (2015-2016), s. 17.

Juridiske forfattere tar også i bruk den samme betegnelsen i nyere juridisk teori, blant annet Søvig: *”Psykisk helsevernloven er et illustrerende eksempel på at ulike deler av forholdsmessighetsvurderingen er gjort til eksplisitte lovvilkår.(...)”*.⁴⁸

I det videre vil begrepene *”helhetsvurdering”* og *”forholdsmessighetsvurdering”* bli brukt om en annen med den samme betydningen; altså vurderingen etter phvl. § 3-3 nr. 6.

3.2 Legitimitetsgrunnlag og funksjon

Det eksisterer to regelsett som kan legitimere integritetskrenkende tiltak, slik som tvungent psykisk helsevern. Det første er pasientens samtykke og det andre er lovhjemler som åpner for bruk av tvang⁴⁹. I denne oppgaven er det tvangshjemmelen psykisk helsevernloven § 3-3 som er aktuell. Tvangsinngrepet veies opp mot formålet etter loven som enten vil være vern av pasienten eller vern av andre sine interesser.⁵⁰ Tanken om at staten *”vet best”* for pasienten omtales gjerne som *”velferdspaternalisme”*⁵¹ eller *”individuell paternalisme”*⁵². Ifølge blant annet Bjørn Henning Østenstad er det her en spenning mellom grunnposisjonene paternalisme og autonomi.⁵³

Søvig skriver om at hovedfunksjonen til forholdsmessighetsvurderinger generelt er å bidra til forsvarlige skjønnsmessige avgjørelser i forvaltningen, men at en annen funksjon er å sikre domstolsprøvingen gjennom domstolens kontroll av forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser, slik som forholdsmessighetsvurderinger.⁵⁴

Videre forteller han hvordan tvangsvedtak er en framtidsvurdering ettersom den faglig ansvarlige vurderer sannsynligheten av fordelene ved tvangsvedtaket mot belastningen av tvangsvedtaket for fremtiden.⁵⁵ Ettersom tvangsvedtaket blir vedtatt ut fra en vurdering om fremtiden, og et tvangsinngrep er et stort inngrep i et individs integritet og autonomi, er det særdeles viktig at det stilles strenge krav til forholdsmessighetsvurderingen etter § 3-3 nr. 6.

⁴⁸ Søvig, s. 315.

⁴⁹ Kjønsstad/Syse, s. 474.

⁵⁰ Søvig, s. 13 og s. 291.

⁵¹ Østenstad, s. 345.

⁵² Syse, s. 140.

⁵³ Østenstad, s. 344-346.

⁵⁴ Søvig, s. 335.

⁵⁵ Søvig, s. 317.

Phvl. § 3-3 er en tvangshjemmel og forholdsmessighetskravet i nr.6 fungerer som en avgrensning av tvangshjemmelen. Ved å ha et forholdsmessighetskrav etter at de generelle lovvilråene i § 3-3 er oppfylt, settes det en høyere terskel for tvangsinngrepet enn om det ikke var krav om en slik avsluttende helhetsvurdering. Dette tilsier at forholdsmessighetskravet er med på å heve terskelen for etablering og forlengelse av tvangvern, og samtidig sikrer pasientens rettsikkerhet ytterligere.

3.3 Forholdsmessighetskravet etter nr. 6 og det forvaltningsrettslige kravet

Forholdsmessighetskravet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 6 kan sammenlignes med det alminnelige forvaltningsrettslige forholdsmessighetskravet. I Rt. 2011 s. 304 uttalte Høyesterett i avsnitt 56:

”...domstolene på enkelte særlige forvaltningsområder er gitt kompetanse til å underkjenne forvaltningsvedtak dersom det ikke er forholdsmessig. Det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak, jf. Rt-2008-560 avsnitt 48.”

Det er altså ikke et generelt forholdsmessighetskrav for forvaltningsvedtakenes innhold. Ettersom det eksisterer en et generelt forholdsmessighetskrav ved tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 6, oppstilles det en høyere terskel for vedtakene etter denne loven enn etter andre forvaltningsvedtak. Dette virker rimelig ettersom slike tvangsinngrep på helserettens område synes å være mer inngripende enn forvaltningsvedtak slik som eksempelvis odelsrett som den nevnte dommen omhandlet.

3.4 Forholdsmessighetskrav i tilgrensede tvangslover

I tilgrensede tvangslover finner man den samme formuleringen ”*helhetsvurdering*” om den skjønnsmessige vurderingen, blant annet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3, barnevernloven § 4-29 og smittevernloven § 5-3. En annen formulering som også uttrykker forholdsmessighetskravet ser vi i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 andre ledd hvor det står at ”*Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas.*”.

4 Vurderingsmomenter i helhetsvurderingen

4.1 Kort om vurderingstemaene i nr. 6 og forholdet mellom dem

Ordlyden i første del av bestemmelsen tilsier at det skal skje en helhetsvurdering etter at de øvrige vilkårene⁵⁶ i loven er oppfylt, jf. første setning ”*selv om lovens vilkår ellers er oppfylt*”. Det forutsettes altså at de øvrige vilkårene i bestemmelsen § 3-3 er oppfylt før en eventuell helhetsvurdering skal foretas.

Ved ”*helhetsvurdering[en]*” etter nr. 6 er det ulike momenter som vurderes. Noen står eksplisitt i lovteksten, mens andre følger av forarbeider og rettspraksis.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”*klart beste løsning*” for vedkommende pasient, tilsier at løsningen må være til det beste for den aktuelle pasienten. Det vil ikke være en generell vurdering, men en konkret vurdering i det aktuelle tilfellet. Videre kan det ut fra ordlyden ”*klart*” forstås slik at det kreves en særlig terskel. Det er ikke tilstrekkelig at tvangen er den beste løsningen, den må også være den ”*klart*” beste løsningen. Søvig omtaler vilkåret ”*klart*” som et ”*kvalifiserende element*” og at den har ”*en form for terskelverdi*”.⁵⁷

Som en del av helhetsvurderingen må beslutningstakeren først finne ut hva tvangsinngrepet skal begrunnes med, enten vern av pasienten eller vern av andre. På denne måten settes det en terskel for den videre vurderingen. Deretter må beslutningstakeren foreta en forholdsmessighetsvurdering ved å trekke inn vurderingsmomenter som er av betydning for den aktuelle saken. Herunder må det lovfestede momentet om inngrepets ”*belastning*” for pasienten trekkes inn, jf. siste punktum i nr. 6. Som vi vil se nærmere på i kapittel 4 er det en rekke ulike momenter fra tidligere rettpraksis som kan være av betydning for denne forholdsmessighetsvurderingen. Som nevnt i kapittel 2.7.1 må tvangsinngrepet være forholdsmessig vurdert opp mot tvangsinngrepets formål.

⁵⁶ Som nevnt i kapittel 1.1.

⁵⁷ Søvig, s. 312.

I § 3-3 nr. 6 første punktum kan det ut fra ordlyden tolkes slik at dersom pasienten utgjør en *”nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse”*, skal det ikke foretas en helhetsvurdering. Som vi skal komme tilbake til i kapittel 4.3 har Høyesterett klarlagt at dette ikke er tilfelle og at det også her skal foretas en forholdsmessighetsvurdering.

I det følgende vil det stilles en rekke underproblemstillinger som vil besvares gjennom en analyse av dagens rettskildebilde med hovedvekt på domstolspraksis.

4.2 Objektiv eller subjektiv helhetsvurdering

Første underproblemstilling er om helhetsvurderingen etter phvl. § 3-3 nr. 6 skal være objektiv eller subjektiv.

Lovens ordlyd uttrykker ikke eksplisitt om helhetsvurderingen skal foretas ut fra et objektivt eller subjektivt ståsted. Den peker likevel i retning av en objektiv vurdering ut fra ordlyden *”framtrer”* som den klart beste løsning. Ordlyden indikerer at utgangspunktet ikke er hva pasienten selv føler er best, men hva som utad og objektivt sett synes å være den klart beste løsning for pasienten.

Ut fra ordlyden synes utgangspunktet dermed å være objektiv, men spørsmålet er om og i hvilken grad subjektive elementer blir trukket inn.

Forarbeidene sier ikke noe om problemstillingen. Det sees derfor videre til rettspraksis.

Spørsmålet i Rt. 2001 s. 752 (Psykisk helsevern I) var om en pasient i 60-årene skulle utskrives fra tvungent psykisk helsevern. Høyesterett uttalte på side 759: *”Det er på det rene at vurderingen av hva som er best for A i utgangspunktet må være objektiv”*. Høyesterett la avgjørende vekt på forutsetninger i forarbeidene om at pasienten *”nå bør få ”prøve seg for å se hvordan det går””* (s. 759). Han ble utskrevet etter en helhetsvurdering selv om øvrige vilkår var oppfylt.

Dommen inneholder en prinsipiell tolkning av helhetsvurderingen skal som utgangspunkt være *”objektiv”*. I tillegg nevnte Høyesterett at det nå i loven er *”gjort til et selvstendig og krevende vurderingsvilkår”*. Dette tilsier at helhetsvurderingen må foretas konkret. Samtidig

vektla Høyesterett pasientens subjektive ønske om å få prøve seg ute i friheten og det faktum at pasienten hadde vært underlagt tvang over lang tid.

Rt. 2001 s. 1481 (Psykisk helsevern II) gjaldt en mann i 50-årene med alkohol- og voldsproblemer. Nederst på side 1490 uttalte retten: *”Det fremgår av det jeg har uttalt foran at A objektivt sett har det bedre enn han har hatt det på mange år. Hans ønske om å bli utskrevet fra tvungent psykisk helsevern er forståelig.”*. Også i denne dommen foretok altså Høyesterett en objektiv helhetsvurdering og trakk samtidig frem pasientens subjektive mening. Til forskjell fra Psykisk helsevern I hvor tvangen var begrunnet med forverringvilkåret, var tvangen her begrunnet i fare for andre og dette ble lagt avgjørende vekt på, i tillegg til faren for medisinsponering, ved forlengelsen av tvangsvernet.

I Rt. 2014 s. 807 i avsnitt 50 henviste førstvoterende til den objektive vurderingen i Psykisk helsevern II. I de øvrige Høyesterettsdommene, Psykisk helsevern I, Mariadommen og HR-2016-01286-A, ble det foretatt en kort vurdering eller ingen prøving av dette vilkåret på grunn av konkrete problemstillinger i sakene.

Samlet sett ser vi fra forarbeidene og nyere Høyesterettspraksis at helhetsvurderingen i hovedsak er objektiv og samtidig konkret.

Problemstillingen er også behandlet i lagmannsrettspraksis. LG-2015-38865 gjaldt en mann som siden 1985 hadde hatt lange perioder med tvungent vern. På grunn av stor sjanse for tilbakefall og beskjeden tvang, anså retten fortsatt tvungent psykisk helsevern som den klart beste løsningen. Retten la til grunn en *”objektiv helhetsvurdering av hva som [var] rimelig og hensiktsmessig”*. I den sammenheng så retten også på pasientens subjektive mening om behandlingen. I domspremissene står det:

”A har et meget sterkt ønske om å slippe tvungen behandling, og hensynet til hans ønske om frihet, selvbestemmelse og opphør av tvangsmedisinering, må holdes opp mot at hans bedrede tilstand med stor grad av sannsynlighet vil bli borte etter kort tid, slik at det blir nødvendig med mer inngripende behandlingstiltak.”

Her vektlegger retten både den objektive situasjonen og pasientens subjektive meninger om tvangsinngrepet. Etter en vurdering av begge sidene fant retten at den klart beste løsningen for A ville være å fortsette med tvungent vern. Retten la avgjørende vekt på at dagens tvang var av beskjeden karakter og at det var stor sannsynlighet for en ny periode med innleggelse med døgnopphold og dette ville oppleves svært belastende for pasienten.

I alle de tolv lagmannsrettsdommene som er behandlet foretar retten en objektiv vurdering som det klare utgangspunktet og hvor dette ble vektet tyngst, enten implisitt eller eksplisitt.

Kun i én av dommene, LF-2015-109019, fant retten at selvbestemmelsesretten og den subjektive delen måtte tillegges mer vekt enn den objektive delen. Lagmannsrettsdommen gjaldt en mann i 30 årene med psykiske problemer. Retten uttalte her: *”Det skal i utgangspunktet foretas en objektiv vurdering av hva som er best for A, men det må også ses hen til hans rett til selvbestemmelse”*.⁵⁸ I forholdsmessighetsvurderingen fant retten at det var sannsynlig at A kunne finne tilbake til et funksjonsnivå som var bedre enn dagens funksjonsnivå uten tvungent vern. Det ble også lagt vekt på at retten var i tvil om tilleggsvilkåret, forverringsalternativet, var oppfylt. Pasienten ble dermed skrevet ut.

Domsanalysene kan samlet sett tas til inntekt for at helhetsvurderingen i utgangspunktet er objektiv og at hver sak vurderes konkret ettersom det er mange andre vurderingsmomenter som kan påvirke den objektive vurderingen. Subjektive meninger skal som nevnt tas i betraktning ifølge forarbeidene⁵⁹ og rettspraksis⁶⁰.

Utgangspunktet om objektiv vurdering er også lagt til grunn i juridisk teori, eksempelvis av Syse i lovkommentarer⁶¹ og Søvig i sin bok om forholdsmessighetsvurderinger⁶².

Med hensyn til helhet og system i lovverket kan det sees til andre relaterte bestemmelser. I phvl. § 3-9 uttrykkes pasientens rett til å uttale seg om saken, og i annet ledd står det at *”det skal legges vekt på uttalelser om tidligere erfaring med bruk av tvang”*. Dette indikerer at pasientens subjektive mening om tvangsbruken skal tillegges vekt. Dette betyr ikke at pasientens syn er bindende for vurderingen.⁶³ Det at pasienten skal bli hørt er med på å sikre rettssikkerheten til pasienten.

Samlet sett ser vi at det er det objektive som er det klare utgangspunktet for helhetsvurderingen etter phvl. § 3-3 nr. 6, noe som er med å ivareta forutberegneligheten for pasienten. Selv om subjektive elementer trekkes inn i stor grad, tillegges de ofte mindre vekt enn den objektive vurderingen.

⁵⁸ LF-2015-109019.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006), s. 69.

⁶⁰ Blant annet LF-2015-109019.

⁶¹ Syse, s. 146-147.

⁶² Søvig, s. 313.

⁶³ Ot.prp. nr. 65 (2005-2006), s. 69.

4.3 Betydningen av fare for andre

Underproblemstillingen er hvilken betydning det får for forholdsmessighetsvurderingen at tvangsvedtaket er begrunnet i fare for andre.

Etter ordlyden i phvl. § 3-3 nr. 6 første punktum skal det ved *"nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse"* ikke foretas en helhetsvurdering. Dette vilkåret viser til tilleggsvilkåret, farealternativet i nr. 3 bokstav b. Det synes slik at lovgiver har satt et unntak fra utgangspunktet om at helhetsvurdering skal foretas, jf. *"med mindre"*. Unntaket kom som et innspill fra Helsedirektoratet under en høringsrunde. Departementet sa seg enig i innspillet og foreslo at dette skulle inntas i bestemmelsen, slik vi ser at den er blitt i dag etter 1999-loven. Innspillet til Helsedirektoratet lød slik: *"...hva som er den klart beste løsningen for pasienten kan bli mindre framtredd dersom tvangsinnngrepet er begrunnet i fare for andre."*⁶⁴

Ut ifra forarbeidene var formålet tilsynelatende ikke å fastsette et unntak slik lovteksten synes å gi uttrykk for. Formålet synes heller å være at vurderingen om *"klart beste løsning"* får mindre vekt dersom tvangen er begrunnet med fare for andre. Dermed blir den klart beste løsning-vurderingen av størst betydning ved behandlingsalternativet og fare for seg selv. Helhetsvurderingen vil altså være ulik ut fra hvilket tilleggsvilkår som er aktuelt.

Først kan Rt. 2014 s.801 nevnes for å vise hvordan tilleggsvilkårene omtales i rettspraksis. I avsnitt 27 uttalte retten:

"I tillegg til grunnvilkåret må ett av tre tilleggsvilkår være oppfylt for at tvangsmessig tilbakeholdelse kan opprettholdes. Disse omtales gjerne som "forbedringsvilkåret", "forverringsvilkåret" og "farevilkåret". Som fellesbetegnelse på forverrings- og forbedringsvilkåret brukes ofte "behandlingsvilkåret"."

I Psykisk helsevern II var det farealternativet i § 3-3 nr. 3 bokstav b som var aktuell. Etter en helhetsvurdering fant Høyesterett at A ikke kunne utskrives, blant annet på grunn av pasientens ønske om å slutte på medikamenter som lindret symptomene. Høyesterett presiserte i denne dommen at ved tilfeller hvor tvangsvedtaket er begrunnet i fare for andre, skal helhetsvurderingen også foretas til tross for hva lovens ordlyd synes å tilsi. Om dette sa retten på side 1490:

⁶⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), s. 81.

” Etter bestemmelsens ordlyd kan det reises spørsmål om den får anvendelse i de tilfeller hvor det er tale om fare for andres liv eller helse. Det fremgår imidlertid av Ot.prp.nr.11 at det er forutsatt at det skal foretas en helhetsvurdering også i disse tilfellene ... ”

Retten viste deretter til at vektingen vil være ulik for de ulike begrunnelsene. Dommen gir en viktig presisering av ordlyden samt forarbeidene og dette er blitt fulgt opp i nyere rettspraksis⁶⁵.

Av de utvalgte lagmannsrettsdommene er det to saker som omhandler fare for andre.

Saken i LG-2015-15220 gjaldt en mann med psykisk lidelse og alkoholproblemer. Under helhetsvurderingen uttalte retten: *”Hensynet til hva som er den klart beste løsningen for A, blir mindre fremtredende når tvangsinngrepet (blant annet) er begrunnet i at han representerer en fare for andre”* med henvisning til Psykisk helsevern II og forarbeidene. Liknende uttalelse og henvisning til Høyesterettsdommen ser vi også i LG-2015-191565.

Etter presiseringen av at vurderingen av klart beste løsning for pasienten skulle få mindre vekt ved fare for andres liv og helse, foretok retten i begge dommene en forholdsmessighetsvurdering som ender opp i fortsatt tvangsvern.

Det kan være grunn til å stille seg noe kritisk til lagmannsrettens håndtering av problematikken i LB-2015-126448. Saken gjaldt en yngre mann med diagnosen paranoid schizofreni som hadde vært under langvarig tvangsbehandling og som utgjorde en forhøyet voldsrisiko uten medisiner. I et avsnitt sa retten at *”mye taler for at også farevilkåret er oppfylt i saken, men retten finner det ikke nødvendig å konkludere på dette punktet”*. Videre uttalte de at det var tilstrekkelig at behandlingvilkåret var oppfylt. Selv om voldshistorikken ble behandlet i dommen blir den ikke tatt med i helhetsvurderingen. Det er riktig at det etter loven kun kreves at ett av tilleggsvilkårene er oppfylt. Når det derimot i dette tilfellet er mye som taler for at farevilkåret (herunder fare for andre) også er oppfylt, kunne dette rimeligvis vært nevnt i helhetsvurderingen ettersom det er med på å sette terskelen for forholdsmessigheten av hva som er den klart beste løsningen. Nå ville det ikke hatt så mye å si for utfallet av saken ettersom ett tilleggsvilkår allerede var oppfylt, men det kunne stilt seg annerledes i en sak hvor pasienten var til fare for andre og hadde blitt utskrevet. Bakgrunnen for at retten ikke fant det nødvendig å trekke momentet inn i helhetsvurderingen kan trolig være domstolsøkonomiske hensyn og hensynet til effektivitet i rettssystemet.

⁶⁵ Rt. 2014 s. 807 (avsnitt 50), LG-2015-15220, LG-2015-191565.

Syse uttaler at det er *”hensynet til samfunnsvernet som begrunner at faren for andres liv eller helse kan medføre grunnlag for tvangsinnleggelse av pasienten”*.⁶⁶ I relasjonen mellom hovedvilkår og sidevilkår viser Syse til en uttalelse fra Østenstad om at: *”Jo klarere sidevilkår(ene) er oppfylt, jo klarere vil det ofte være at (fortsatt) tvangsvern framstår som den ”klart beste løsning”*.⁶⁷

Ut ifra rettskildene kan det konkluderes med at det settes en terskel for forholdsmessighetsvurderingen ut fra om tvangsinngrepet er begrunnet i fare for andre eller seg selv og eventuelt forverringsalternativet. Hvilken begrunnelse som er lagt til grunn vil altså gjøre utslag på helhetsvurderingen i hvordan retten vektlegger hensynene, enten hensynet til pasienten eller hensynet til samfunnsvernet. Ved fare for andre vil hensynet til samfunnsvernet være aktuelt. Ut fra de nevnte dommene har pasientene ikke blitt utskrevet etter at det har vært konstatert fare for andre.

4.4 Forverringsalternativet

Neste underproblemstilling er hvilken betydning forverringsalternativet, phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a, får for forholdsmessighetsvurderingen.

Behandlingsalternativet omfatter både forbedringsalternativet og forverringsalternativet. Den sistnevnte skal vurderes her ettersom den er mest behandlet i rettspraksis. Årsaken er at ved begjæring om utskrivelse er det mest aktuelt med forverringsalternativet, mens det ved vurdering av innleggesesgrunnen er mest aktuelt med forbedringsalternativet,⁶⁸ og de aktuelle dommene gjelder begjæring om utskrivelse. I tillegg vil alternativet fare for eget liv etter bokstav b, som også gjelder hensynet til pasienten selv⁶⁹, ikke nærmere behandles. Dette fordi den kun var aktuell i én av de behandlede dommene, Mariadommen, og helhetsvurderingen var kort i denne saken på grunn av den konkrete problemstillingen.

I forarbeidene Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) på side 80, står det at den helhetlige rimelighetsvurderingen *”vil komme sterkt inn i tilfeller der anvendelse av*

⁶⁶ Syse, s. 341.

⁶⁷ Syse, viser til formulering fra Østenstad etter kommentering av et kapittelutkast, s. 348.

⁶⁸ Syse, s. 140.

⁶⁹ Syse, s. 140.

forverringsalternativet er aktuelt". Disse forarbeidene er det også henvist til i rettsprakis, eksempelvis i Psykisk helsevern I.

I Psykisk helsevern I (side 759) sa retten at det var *"stor sannynlighet for at [pasienten] vil bli dårligere når han slutter å ta medikamenter"*. Retten fant at det var *"liten fare for et svekket funksjonsivå"*. Høyesterett vektet verdien av å få prøve seg i frihet tyngre enn en eventuell reinnleggelse, og forverringsalternativet ble dermed tillagt mindre vekt.

Rt. 2014 s. 801 gjaldt forverringsalternativet, men dette ble kun vurdert som tilleggsvilkår. Retten foretok aldri en helhetsvurdering i denne saken. Samme var situasjonen i HR-2016-1286-A.

I Gaustaddommen var blant annet forverringsvilkåret oppfylt. Saken gjaldt et alvorlig tilfelle av anoreksia og pasienten var underlagt et ekstremt tvangsregime (beltelag i over ett år). Lagmannsretten uttalte: *"As tilstand [vil] meget raskt [] bli forverret dersom hun nå skrives ut"*. Det ble vist til to mulige hendelsesforløp; hun ville bli mye dårligere etter utskrivning med behov for reinnleggelse eller hun ville lykkes i å ta sitt eget liv. Selv om det var for tidlig å si om det nye behandlingsopplegget ville kunne gi en positiv effekt, fant retten at fortsatt opphold i sykehuset måtte anses som den klarte beste løsningen for pasienten. Retten vektet altså tyngst forverringsfaren og de mulige positive fremtidsutsiktene ved videre behandling under tvungent vern.

LG-2016-110895 gjaldt en mann med paranoid psykose og rusmiddelproblem. Retten sa at en utskrivning ville føre til at A i løpet av kort tid vil *"...måtte re-innlegges til sykehusavdeling, i vesentlig dårligere forfatning enn det han er i dag. Det vil ta lang tid å bringe A tilbake til dagens funksjonsnivå."* Retten vektla altså forverringsmomentet i helhetsvurderingen og pasienten ble ikke utskrevet.

I de øvrige lagmannsrettsdommene⁷⁰ er forverringsalternativet oppfylt og pasienten utskrives ikke. Det vektlegges at pasienten vil få en vesentlig forverret tilstand eller svekket funksjonsnivå dersom de avslutter medisinerer eller psykisk behandling.

Tre av fem Høyesterettsdommer og ti av tolv lagmannsrettsdommer gjelder forverringsalternativet. Ut fra rettskildebildet kan en se at det i hovedsak er fokus på sannsynligheten av en reinnleggelse på grunn av avslutning av medisinerer, og svekket

⁷⁰ LB-2016-40945, LG-2015-38865, LG-2015-46654, LG-2015-15220, LG-2015-68880, LG-2015-126114, LH-2015-109956, LB-2015-126448, LG-2015-191565.

funksjonsnivået i fremtiden ved forverringsalternativet. Det er hensynet til pasienten selv som vektes tyngst her.

Det eneste unntaket er LF-2015-109019 hvor retten uttalte at det:

”... ikke uten videre konstateres at A i dag har det bedre enn slik han hadde det lange perioder i tiden han ikke har vært under tvunget vern. Det finnes derfor sannsynlig at det beste for A nå, er at han får prøve seg uten tvungent psykisk helsevern for å finne tilbake til det funksjonsnivå han hadde fra 2005 til 2010.”

Syse har uttalt at *”[f]orverringsalternativet er aktuelt i tilfeller der pasienten behandlingmessig er brakt opp til et optimalt nivå, mens det samtidig foreligger en fare for et nokså umiddelbart og alvorlig tilbakefall ved opphør av tvangsbehandling.”*⁷¹

Både forverrings- og forbedringsalternativet er begrunnet i hensynet til pasienten selv; *”individuell paternalisme”*.⁷² Bruk av forverringsalternativet forutsetter en hypotetisk vurdering av fremtiden og en fare for misbruk av tvang. Selv om vurderingen ofte vil være tatt på bakgrunn av tidligere sykdomshistorikk hos pasienten, vil forutberegneligheten til pasienten være svekket ettersom fremtidsvurderinger ikke er sikre. På den andre siden vektes hensynet til pasienten tungt når formålet med tvangsinngrepet er oppnådd.

4.5 Belastning for pasienten

Ifølge phvl. § 3-3 nr. 6 andre punktum skal det ved helhetsvurderingen legges *”særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre”* for pasienten. Ordlyden av *”særlig vekt”* tilsier at dette momentet skal vektlegges mer enn øvrige skjønnsmessige momenter som kan trekkes inn, men som ikke er nevnt i bestemmelsen. Spørsmålet er hvordan denne belastning for pasient- vurderingen foretas som del av forholdsmessighetsvurderingen.

Som nevnt ovenfor skal forholdsmessighetsvurderingen være objektiv og det skal gjøres konkret for hver enkelt pasient.⁷³ Det må derfor sees på hvordan belastningen er for den aktuelle pasienten. I Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) står det ingenting spesifikt om denne

⁷¹ Syse, s. 141.

⁷² Syse, s. 140.

⁷³ Blant annet Psykisk helsevern II (s. 1490) og NOU 2011: 9, s. 39-40.

vurderingen. I Ot.prp. nr. 65 (2005-2006), er vilkåret nærmere behandlet. Under punkt 3.2.3 i proposisjonen står det at ved belastningsmomentet skal pasientens ”...tidligere uttrykte ønsker [] tas i betraktning.”.

Først skal det sees på Høyesterettspraksis etter 1999-loven. I Psykisk helsevern I vektla retten at den langvarige sammenhengende tvangen (tyve år) var belastende for vedkommende. Dommen resulterte i at pasienten ble utskrevet. Belastningen for pasienten veide tyngre enn sannsynligheten for reinnleggelse ved utskriving i denne saken.

I Psykisk helsevern II hvor fare for andre-kriteriet var oppfylt, la retten til grunn at pasienten ønsket å ha opphold på frivillig grunnlag. Tvangen var belastende for pasienten ved at pasienten ”opplever tvangsvedtaket som en hemske for sin utvikling av selvrespekt og verdighet ...”. Belastningen av tvangen og hensynet til pasientens ønske ble dermed lite vektlagt, antakeligvis ettersom sannsynligheten for de negative konsekvensene ved utskriving var for store, herunder alkoholproblem og seponering av antipsykotiske medikamenter.

Saken i Rt. 2014 s. 807 omhandlet en mann med schizofreni som oppfylte farevilkåret og etter en helhetsvurdering ikke ble skrevet ut. Tvangen ble ansett ikke spesielt inngripende og dermed også i liten grad belastende for pasienten. A hadde uttrykket frykt for innleggelse i psykisk helsevern, og overlegen mente dette ville kunne forhindres ved fortsatt poliklinisk behandling og medikasjon (avsnitt 51). Det ble lagt betydelig vekt på de negative følgende av utskrivingen mer enn pasientens belastning av tvangen og uttrykte ønske om utskriving.

I Mariadommen ble momentet behandlet svært kort i sammenheng med helhetsvurderingen i avsnitt 57. Ettersom situasjonen var så prekær og livstruende vurderte ikke retten hva som var pasientens ønske eller belastning ved tvangen.

I Gaustaddommen hadde pasienten et ønske om å få dø; et ønske som var ”klart og utvetydig uttrykt”. Etter rettens forståelse var tvangsregimet ekstremt, men alternativet var verre. De store negative belastningene av døgnlig beltelegging ble mindre vektlagt enn hensynet til selve livet til pasienten.

I de øvrige lagmannsrettsdommene er det gjennomgående de samme punktene som vurderes under belastningsmomentet. Lagmannsretten ser hen til belastningen for alle pasientene, og i alle dommene utenom én (LF-2015-109019, hvor pasienten ble utskrevet) vektlegger retten

tyngst momenter som at pasienten vil bli vesentlig dårligere og måtte reinnlegges⁷⁴ eller at belastningen er begrenset⁷⁵.

Ifølge Syse skal det også foretas en objektiv vurdering ved belastningsmomentet. I tillegg kan ulike momenter spille inn slik som pasientens konkret uvilje, motstand mot tvangsoppholdet, tvangens varighet, forventet forverring på grunn av tvangen og medisinvirkninger.⁷⁶ Også Riedl og Elde viser til ulike momenter av betydning i denne sammenheng: muligheten for frivillig opphold og tidligere erfaringer med tvang og psykisk helsevern.⁷⁷

Momentet om belastning for pasienten synes å være sammensatt og en viktig del av forholdsmessighetsvurderingen for å ivareta rettssikkerheten til pasienten. Når det sees på belastningen for den konkrete pasienten vil særlig minste inngreps prinsippet ivaretas ettersom rettsanvenderen prøver å finne det minst belastende alternativet for vedkommende. Momentet er lovsatt og må vektlegges i sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen, noe som følges i rettpraksis, og særlig i de tilfellene hvor kun forverringsalternativet er aktuelt⁷⁸. Dette synes å være rimelig ettersom det ved forverringsalternativet i større grad enn ved farealternativet vil være naturlig å vektlegge hva pasienten selv opplever og ønsker. Hensynet til menneskeverdet etter formålsbetraktningene tillegges altså stor vekt her.

4.6 Hensyn til samfunnet eller pasienten selv

Underproblemstillingen er hvordan hensynet til samfunnet og pasienten vektet i forholdsmessighetsvurderingen.

Ordlyden i § 3-3 nr. 6 uttrykker at både hensynet til pasienten selv, jf. *”klart beste løsning for vedkommende”*, og hensynet til samfunnet, jf. *”fare for andres liv eller helse”*, er momenter som kan vektlegges i helhetsvurderingen.

Det følger også av formålsparagrafen § 1-1 at det skal tas hensyn til pasienten selv. Videre omtales det i NOU 2011: 9 s. 37 under henvisning til samme ordlyd i nr. 3:

⁷⁴ LG-2015-68880, LB-2015-126448, LG-2015-15220, LG-2015-38865, LG-2015-191565, LG-2016-110895.

⁷⁵ LG-2015-46654, LG-2015-126114, LH-2015-109956, LB-2016-40945.

⁷⁶ Syse, s. 147.

⁷⁷ Riedl/Elde, s. 106.

⁷⁸ Psykisk helsevern I.

”Behandlingsvilkåret er begrunnet ut fra hensynet til pasienten selv (...) Også farevilkåret har to alternativer; fare for eget liv eller helse (pasientvern) og fare for andres liv eller helse(samfunnsvern).”

Av Høyesterettspraksis ser vi i Psykisk helsevern I at det behandlingsvilkåret som var aktuell og dermed kun hensynet til pasienten selv som ble vurdert. Motsatt var det i Psykisk helsevern II hvor farevilkåret var oppfylt. Det skulle da ut fra vurderingen over være samfunnshensynet som måtte vektlegges. Det fremkommer derimot ikke noe om dette i helhetsvurderingen i dommen. Det er tilsynelatende kun hensynet til pasienten og hans alkoholproblem som vurderes i helhetsvurderingen i denne dommen. Muligens kan grunnen være at voldshistorikken og fare for andre allerede var vurdert utførlig i avsnitt om farevilkåret. Likevel virker det som et viktig punkt å ha med i helhetsvurderingen hvilke hensyn som gjør seg gjeldende.

I Rt. 2014 s. 807 ble grunnvilkåret og farevilkåret ansett oppfylt. Under helhetsvurderingen viste retten til overlegens vurdering om at det ville være katastrofalt for pasienten og samfunnet om pasienten mistet den strukturen han hadde. Etter et sitat av overlegens vurdering i avsnitt 51 gikk Høyesterett tilsynelatende rett over i en konklusjon i neste avsnitt uten å foreta en analyse av selve vilkåret.. Førstvoterende sa i avsnitt 52: *”hensynet til samfunnsvernet, men også hensynet til A selv, tilsier at han ikke utskrives fra tvungen psykisk helsevern nå.”*. Det kan virke som at Høyesterett fant det så klart i dette tilfellet at det ikke var nødvendig å foreta en inngående helhetsvurdering

Med hensynet til A selv, så henviser retten trolig til momentet om at avslutning av poliklinisk behandling kan føre til raskt tilbakefall fra situasjon med bolig og aktivitet og arbeid. Når det gjelder hensynet til samfunnsvernet, refereres det til voldshistorikken til A og risikoen for at A kan falle tilbake og utviklet psykotiske trekk som kan utløse vold (avsnitt 49-52). Ut fra denne dommen kan en trekke ut at samfunnsvern og hensyn til pasienten selv er viktige momenter som kan få avgjørende betydning i en helhetsvurdering. Ut fra den konkrete saken hvor tvangsvedtaket var begrunnet i fare for andre, la Høyesterett mest vekt på hensynet til samfunnet, noe som virker hensiktsmessig i denne situasjonen (avsnitt 49 og 51).

Vi går så videre over til lagmannsrettspraksis.

I LG-2015-15220 uttalte retten at pasienten ville *“representere en fare for sine omgivelser og for seg selv ...”*. Denne saken omhandlet en mann med tidligere utagering mot helsepersonell

over en årrekke og pasienten ble *“økende aggressiv i perioder uten anitpsykotika ...”*. Retten vektla dette sammen med hensynet til pasienten selv om at hans helse ville bli betydelig satt tilbake ved en eventuell utskriving.

En annen dom hvor farevilkåret også var oppfylt, var LG-2015-191565 hvor retten uttalte at det forelå stor voldsrisiko i tillegg til stor grad av sannynlighet for alvorlig forverring. Det uttales derimot ikke eksplisitt at hensynet til samfunnet ble vektlagt, selv om det ut fra konklusjonen syntes slik.

Saken i LH-2015-109956 omhandlet behandlingvilkåret. Likevel nevnes det i helhetsvurderingen at *“I perioder med oppblomstring av vrangforestillinger representerer hun en betydelig psykisk belastning for sønnen på 16 år ...”*. Til tross for denne potensielle faren for helseskade som vil kunne omfattes av helhetsvurderingen under *“fare for andres liv og helse”* ble ikke farevilkåret vurdert ettersom behandlingvilkåret var oppfylt. Helhetsvurderingen er en måte å samle alle mulige momenter som kan være avgjørende for å vurdere den klart beste løsningen for pasienten, og dette momentet må rimeligvis kunne trekkes inn i vurderingen selv om farevilkåret ikke er oppfylt, slik lagmannsretten her gjorde.

I de øvrige ni behandlede dommene ble kun forverringsalternativet vurdert og hensynet til pasienten ble vektlagt. Ettersom alle pasientene, forutenom i to av sakene⁷⁹, fikk fortsatt tvungent vern, taler det for at den paternalistiske tankegangen og hensynet til pasienten selv har blitt vektlagt mer enn hensynet til samfunnet.

Når retten foretar en forholdsmessighetsvurdering skal det ifølge faglitteraturen foretas en vektning av ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Når det gjelder fare for andre er det hensynet til samfunnsvernet som står sentralt. Når det gjelder behandlingvilkåret og fare for seg selv er det hensynet til pasienten selv som er aktuell.⁸⁰

Hvilket tilleggsvilkår som er oppfylt i § 3-3 nr. 3 synes dermed å ha innvirkning på rettsanvenderens vurdering av hvilke hensyn som skal vektes. Samtidig kan momentet trekkes inn uavhengig av om det aktuelle tilleggsvilkåret er oppfylt, slik som nevnt i LH-2015-109956.

⁷⁹ Psykisk helsevern I og LF-2015-109019.

⁸⁰ Syse, s. 341.

4.7 Frivillighet som moment i nr. 6

Underproblemstillingen er hvordan frivillighet behandles som et moment i forholdsmessighetsvurderingen phvl. § 3-3 nr. 6.

Hjemmelen for at frivillighetsvilkåret skal være utpøvd kan man finne i § 3-3 første ledd nr. 1. Frivillighetsvilkåret uttrykker det ”*minste inngreps prinsipp*”. På samme måte som forholdsmessighetsvurderingen skal frivillighet være forsøkt uavhengig av om de øvrige vilkårene er oppfylt. Unntaksvis kan det anses som åpenbart formålsløst å forsøke frivillig innleggelse, og da skal frivillighet ikke vurderes under nr. 1.⁸¹

Det følger ikke av selve lovbestemmelsen i nr. 6, men av forarbeidene at ved spørsmål om opprettholdelse av tvangsvern vil ”*frivillighet være et ledd i den helhetsvurdering som skal foretas etter § 3-3 første ledd nr. 6.*”⁸² Ut fra forarbeidene skal altså frivilligheten også kunne trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen.

I Psykisk helsevern II ble frivillighetsmomentet ikke vurdert i helhetsvurderingen. Trolig ettersom pasienten ikke ønsket frivillig opphold og ville utskrives. I Psykisk helsevern II sa Høyesterett på side 1490:

”... spørsmålet om pasienten på nytt skal få prøve seg med et frivillig behandlings- og omsorgstilbud gjennom utskriving, må bli å vurdere som et ledd i den helhetsvurderingen som § 3-3 tredje ledd⁸³ påbyr.”

Ut fra sitatet vil frivillighetsmomentet også kunne vurderes i helhetsvurderingen. På side 1490 under helhetsvurderingen sa retten at de vektla pasienten sitt ønske om et frivillig opphold og at ønsket var forståelig, men at faren for avslutning av medikamenter var for stor til at han kunne utskrives da.

I Rt. 2014 s. 807 sa retten i avsnitt 51 at det er ”*åpenbart formålsløst å forsøke frivillig psykisk helsevern ...*” ettersom pasienten ikke ønsket kontakt med psykiatrien. I Mariadommen (avsnitt 56) syntes argumentet mot frivillig behandling å være begrunnet med

⁸¹ Syse, s. 137.

⁸² NOU 2011: 9 s. 39.

⁸³ Nå § 3-3 nr. 6.

pasientens mangel på sykdomsinnsikt, med henvisning til pasientens sykehistorie og sakkyndiges uttalelser.

Ut fra Høyesterettspraksis syntes det å være et mønster at retten vurderer frivillighetsvilkåret rett før eller i helhetsvurderingen. Ettersom det er lite med Høyesterettspraksis sees det videre om frivillighetsmomentet i lagmannsrettspraksis.

Av lagmannsrettspraksis ser man at tiltak enten anses som forsøkt og ikke ført frem⁸⁴ eller som åpenbart formålsløst eller utilstrekkelig⁸⁵. Det gjennomgående har vært at dette har blitt vurdert som del av helhetsvurderingen eller rett før selve helhetsvurderingen, men med betydning for forholdsmessighetsvurderingen likevel.

Både Syse⁸⁶ og Riedl og Elde⁸⁷ nevner også poenget om at spørsmålet om frivillig behandlingstilbud til pasienten ved krav om utskrivelse er en del av helhetsvurderingen etter phvl. § 3-3 nr. 6.

Samlet sett er det klart at frivillighetsmomentet også utgjør et moment i helhetsvurderingen etter nr.6 ifølge forarbeider, rettspraksis og teori. Vektleggingen av momentet er med på å synliggjøre hva som er det minst inngripende for pasienten i det aktuelle tilfellet. Videre kan det også trekkes ut fra rettspraksis at frivillighetsmomentet generelt blir vektlagt, men at momentet ikke tillegges øvgjørende vekt i noen av sakene. Dette kan trolig forklares med at det i de fleste slike utskrivningssaker har pasienten lite sykdomsinnsikt eller mangel på det, slik at frivillig behandling eller opphold ikke er mulig og dermed blir momentet lite problematisk. Dette bringer oss videre på momentet sykdomsinnsikt.

4.8 Sykdomsinnsikt

Problemstillingen er hvilken betydning pasientens sykdomsinnsikt har for vurderingen av forholdsmessighetsvurderingen.

⁸⁴ Gaustaddommen, LG-2015-68880, LF-2015-109019, LG-2015-191565.

⁸⁵ LG-2015-38865, LG-2015-46654, LG-2015-15220, LG-2015-126114, LB-2015-126448, LH-2015-109956, LG-2016-110895, LB-2016-40945.

⁸⁶ Syse, s. 344.

⁸⁷ Riedl/Elde, s. 94.

Å kunne samtykke til en behandling begrunnes i et individs rett til å bestemme over seg selv (autonomi). Når pasienter mangler sykdomsinnsikt og blir satt under tvungent vern mot sin vilje, mangler det samtykke fra pasienten⁸⁸.

Problemstillingen om sykdomsinnsikt har også en side til samtykkekompetansen⁸⁹, men dette vil ikke vurderes mer inngående, forutenom under avsnitt om faglitteraturen.

Lovteksten sier ingenting om pasientens sykdomsinnsikt som et moment under helhetsvurderingen. I forarbeidene NOU 2011: 9 omtales sykdomsinnsikt flere steder. På side 301 under kapittel 5.2 om *"formål med tvangsheimlane- og førearbeid"* står det at en tolkning av grunnvilkåret *"alvorlig sinnslidelse"* kobles opp mot *"det medisinske psykoseomgrepet"*:

"I faglitteraturen er psykoser vanligvis forklart som sinnslidelser hvor det har utviklet seg en svekkelse av psykiske funksjoner av en slik art at det griper sterkt inn i personens sykdomsinnsikt, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten."

Dette tilsier at sykdomsinnsikten indirekte vil være en del av hovedvilkåret i § 3-3 og dermed også en del av forholdsmessighetsvurderingen i nr. 6. Pasienter vil ha ulik grad av sykdomsinnsikt, og dette må nødvendigvis kunne vektlegges i helhetsvurderingen.

I Psykisk helsevern I på side 758 la retten til grunn den sakkyndige overlege sin uttalelse om pasientens diagnose: *"Han har ingen sykdomsinnsikt, men en viss sykdomsfølelse som gjelder kroppslige funksjoner."* Pasienten ble ikke ansett å ha noe sykdomsinnsikt, men dette ble likevel ikke vektlagt i helhetsvurderingen. Trolig fordi retten la mest vekt på pasientens behov for å prøve seg i det fri.

Høyesterett fant i Psykisk helsevern II på side 1489 at pasienten hadde en viss grad av sykdomsinnsikt, men ikke tilstrekkelig til at A ville kunne kontrollere alkoholproblemet sitt. Dette momentet trakk retten inn i sammenheng med oppfyllelsen av farevilkåret (tilleggsvilkåret) og ikke i helhetsvurderingen. Likevel kan en se på side 1490 under forholdsmessighetsvurderingen at retten tar opp alkoholproblemet i sammenheng med en hypotetisk utskrivning. Implisitt vektlegger da retten pasientens mangelfulle sykdomsinnsikt og vektet dette tyngre enn A sitt ønske om utskrivning.

I Rt. 2014 s. 807 ble ikke sykdomsinnsikt nevnt i helhetsvurderingen, men det fremkommer under vurdering av farevilkåret i avsnitt 46, at retten la til grunn tingrettens vurdering:

⁸⁸ Syse, s. 361.

⁸⁹ Forslag om samtykke som hovedregel (kompetansebasert modell), Innst. 147 L (2016-2017) s. 7.

”Retten beskrev tiltalte som ’ fullstendig blottet for innsikt i den fare han har utsatt andre for ’’. Videre ble ikke sykdomsinnsikt nevnt.

Retten i Mariadommen la vekt på pasientens mangel på sykdomsinnsikt, noe som syntes å virke avgjørende for saken. I avsnitt 57 under den korte helhetsvurderingen sa retten at fortsatt tvungent psykisk helsevern var den klart beste løsning for A. *”Det er tilstrekkelig her å peke på at uten behandling er sykdommen livstruende for henne, og at hun nå mangler evne til realistisk vurdering av sykdommen og dens konsekvenser”.* Ettersom retten vektla at pasienten manglet reell sykdomsinnsikt kom hennes ønske om utskrivelse i bakgrunnen.

I Gaustaddommen sa retten indirekte under helhetsvurderingen at pasienten manglet sykdomsinnsikt. I et avsnitt vurderte retten det faktum at A ønsker å dø. De omtalte temaet som rasjonelt for henne, men ikke som et rasjonelt ønske ut fra andres syn.

Lagmannsretten i LH-2015-10956 viste til at pasienten ikke gav inntrykk av sykdomsinnsikt, og fant at ulempene ville bli større dersom pasienten sluttet med medisineringsen.

I LG-2015-38865 sa retten innledningsvis i premissene at pasienten hadde *”manglende sykdomsforståelse”*. I denne sammenheng konkluderte retten med at frivillig psykisk helsevern ville være formålsløst. Momentet ble altså vurdert i sammenheng med frivillighetskriteriet. Liknende vurderte retten sykdomsinnsikten i LG-2015-46654 og LB-2015-126448.

Momentet ble trolig ikke tatt opp i LF-2015-109019 ettersom retten var i tvil om forverringsalternativet var oppfylt. Pasienten ble utskrevet.

I LG-2015-126114 synes det implisitt gjennom henvisning til datterens brev og overlegens uttalelser at pasienten anses å mangle sykdomsinnsikt.

I de øvrige fem dommene⁹⁰ tok retten opp mangel på sykdomsinnsikt eller sykdomsforståelse i sammenheng med vurderingen av tilleggsvilkårene (enten behandlingskriteriet eller farekriteriet). I disse dommene vektla retten dette momentet i helhetsvurderingen gjennom å si at det var stor sjanse for reinnleggelse. Dette som følge av pasientenes ønske om å slutte med medisineringsen.

Søvig skriver at borgere som utsettes for tiltak etter bestemmelsen ofte har *”begrenset innsikt i egen situasjon”* og samtidig at helhetsvurderingen som utgangspunkt skal være objektiv og

⁹⁰ LG-2015-15220, LG-2015-68880, LG-2015-191565, LB-2016-40945, LG-2016-110895.

at individuelle preferanser kan vektlegges.⁹¹ Dette tilsier at en person med ingen innsikt i egen sykdomssituasjon vil få tillagt mindre vekt hva gjelder individuelle opplevelser tilknyttet tvangen.

Syse diskuterer relasjonen mellom samtykke og tvang. Når det ikke er aktuelt å innhente samtykke, er det tvangsreglene i psykisk helsevernloven kapittel 3 som kun brukes som lovhjemmel for tvangsinnleggelse.⁹² Nye lovendringer som ikke er trådt i kraft enda, vil føre til manglende samtykkekompetanse som hovedregel for tvangsvedtak⁹³.

Ut fra behandlet rettspraksis er det et klart mønster at retten bruker sykdomsinnsikt som argumentasjon i andre vurderinger enn i helhetsvurderingen. Kun i Mariadommen er det synlig at retten tar dette momentet direkte inn i helhetsvurderingen. I alle de øvrige dommene, med unntak av LF-2015-109019 (utskrivelse), blir pasientens sykdomsinnsikt eller sykdomsforståelse behandlet i hovedsak under vurderingen av tilleggsvilkårene, men implisitt trukket inn gjennom vektlegging av konsekvensene av sykdomsinnsiktsgraden. Vektingen av sykdomsinnsikt som moment viser at hensynet til pasienten er med i vurderingen, herunder hensynet til pasientens menneskeverd.

4.9 Fare for tilbakefall

Det neste spørsmålet er hvilken rolle fare for tilbakefall har for helhetsvurderingen.

Ettersom momentet ikke står eksplisitt i lovteksten eller forarbeidene vil rettspraksis videre vurderes.

I Psykisk helsevern I sa Høyesterett at selv om utskrivningen med *”stor sannsynlighet fører til reinnleggelse, antar de sakkyndige at det er liten fare for et svekket funksjonsnivå senere.”* (side 759). Her ble faren for tilbakefall vektlagt i forholdsmessighetsvurderingen, men ble tillagt mindre vekt enn hensynet til at pasienten måtte få prøve seg ute i friheten.

Annerledes var utfallet i Psykisk helsevern II. Retten uttalte: *”Med den fare det er for at han vil slutte å ta antipsykotiske medikamenter dersom han begynner å drikke etter en utskrivning,*

⁹¹ Søvig, s. 313.

⁹² Syse, s. 114-115.

⁹³ Innst. 147 L (2016-2017) s. 7.

finner jeg at det for tiden er til As beste at han forblir under tvungen psykiatrisk omsorg ... ” (side 1490 og 1491). Pasienten hadde et alvorlig alkoholproblem, og det var dermed en stor sjanse for tilbakefall ved en eventuell utskrivning. Pasienten ble ikke utskrevet.

I Rt. 2014 s. 807 viste Høyesterett til overlegens uttalelse i helhetsvurderingen (avsnitt 51): *”Uten behandling kan pasienten raskt falle ut av den strukturen han i dag har hva gjelder bolig og aktivitet.”* Selv om dommen gjaldt farekriteriet, herunder fare for andre, ble faren for tilbakefall trukket med også i forholdsmessighetsvurderingen.

Mariadommen omhandlet en kvinne med alvorlig spiseforstyrrelser og Høyesterett foretok en vurdering av om hennes tilstand kunne karakteriseres som en alvorlig sinnslidelse.

Grunnvilkåret ble grundig behandlet før retten foretok en kort vurdering av hva som var den klart beste løsning for pasienten. Retten sa: *”... uten behandling er sykdommen livstruende for henne ... ”* (avsnitt 57). Det forelå altså klart fare for pasienten selv her etter tilleggsvilkåret nr. 3 bokstav b , noe som veide tungt. I avsnitt 56 uttalte retten:

”Dersom A overføres til frivillig behandling, må jeg ut fra hennes sykehistorie og de sakkyndiges uttalelser legge til grunn at hun, som tidligere, nærmest umiddelbart vil redusere næringsinntaket og raskt gå ytterligere ned i vekt.”

Uttalelsen tilsier at faren for tilbakefall var erfaringsmessig stor, og dette ble lagt tyngre vekt på enn pasientens ønske om utskrivelse i forholdsmessighetsvurderingen.

Rt. 2014 s. 801 og HR-2016-01286-A gir ikke noe til vurderingen her ettersom Høyesterett i begge dommene hadde kun fokus på forverringsalternativet og vurderingen av denne.

I Gaustaddommen var både forverringsalternativet etter bokstav a og fare for seg selv-alternativet etter bokstav b oppfylt. I forholdsmessighetsvurderingen uttrykte retten seg slik: *”Lagmannsretten ser det slik at selv et håp om en viss bedring må være klart bedre for A enn alternativet, som er omgående gjeninnleggelse på sykehus eller snarlig død.”* Her var det fare for et alvorlig tilbakefall på grunn av et livstruende sår i buken som kunne medføre alvorlige infeksjoner. Faren for tilbakefall fikk stor vekt i saken ettersom det stod mellom liv og død. Dette førte til fortsatt tvungent vern.

I de øvrige lagmannsrettsdommene hvor forverringsalternativet var aktuelt, vektet faren for tilbakefall enten ikke⁹⁴, eller det nevnes at reinnleggelse innen kort tid er sannsynlig eller vil

⁹⁴ LG-2015-38865, LG-2015-46654.

få store negative konsekvenser⁹⁵. Den eneste dommen av de utvalgte lagmannsrettsdommene hvor faren for tilbakefall ikke ble ansett sannsynlig nok, var LF-2015-109019. Retten viste til at pasienten hadde hatt et bra funksjonsnivå i en periode fra 2005 til 2010 hvor han ikke var under tvungent vern. Pasienten ble således utskrevet.

Jeg kan ikke se at det er skrevet om denne problematikken i faglitteraturen. Reelle hensyn som gjør seg gjeldende her er igjen den individuelle paternalistiske tankegangen, at staten vet hva som er best for pasienten. Pasientens autonomi kommer dermed i bakgrunnen, mens pasientens beskyttelse kommer i forgrunnen. Videre tas det også hensyn til pasientenes rettssikkerheten ettersom vurderingen går ut på å finne det minst inngripende tiltaket. Det er altså et spenningsforhold mellom rettssikkerhetsprinsippene og pasientens integritet. Statens ansvar for pasientens helse og liv dominerer i disse vurderingene av tilbakefall, og dette er i tråd med formålsbetraktningene i § 1-1, jf. "*pasientens behov*".

Ut fra rettskildebildet vil momentet om fare for tilbakefall kunne trekkes inn uavhengig av om det er forverringsalternativet eller farealternativet som er aktuelt.

4.10 Tidsfaktoren

Underproblemstillingen er hvilken betydning tidsfaktoren har for helhetsvurderingen.

Med tidsfaktoren siktes det her til hvor lang tid pasienten har vært under tvang. Tidsmomentet er ikke eksplisitt uttrykket i § 3-3 nr. 6. Etter det jeg kan se står det heller ikke nevnt i forarbeidene. Jeg går derfor over til å analysere rettspraksis hvor tidsmomentet blir særlig tatt opp.

I Psykisk helsevern I hadde pasienten vært innlagt i psykiatrien i over tyve år. Retten sa på side 759 at det i en slik situasjon skal "*atskillig til for å nekte ham mulighet til selv å erfare hvordan tilværelsen vil være utenfor institusjon.*". Dette var også i samsvar med lovgivers vilje om pasientens mulighet til å "*prøve seg*"⁹⁶. Pasienten ble utskrevet med vekt på dette og tidsmomentet.

⁹⁵ LG-2015-15220, LG-2015-68880, LG-2015-126114, LB-2015-126448, LG-2015-191565, LB-2016-40945, LG-2016-110895, LH-2015-109956.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), s. 80.

I Psykisk helsevern II hadde pasienten vært innlagt en rekke ganger over ett tiår (1986-1996). Etter dette og frem til dommen i 2001, fikk A bo i en egen bolig på institusjonen. Pasienten hadde altså vært under tvangsvedtak over en lengre periode. Selv om A mente at andre hadde *”bestemt over ham lenge nok”*⁹⁷ kunne ikke tiden med tvang vektlegges tyngre enn farekriteriet og faren for alkoholmisbruk.

Disse to dommene viser at det vil bero på den konkrete situasjonen hvor mye tidsmomentet kan vektes i en sak om tvangsvedtak.

Videre kan Gaustaddommen nevnes. Pasienten var underlagt ekstremt tvangsregime i over ett år. En periode på ett års tid er i seg selv ikke mer enn normalt når man sammenligner med de øvrige dommene for tvungent vern. Det er typen tvangsbruk, beltelegging og døgnovervåkning, som i dette tilfellet gjør at ett år er en lang periode. I denne saken var både forverringskriteriet og fare for seg selv-kriteriet oppfylt. Tidsmomentet ble vektlagt implisitt gjennom beskrivelsen av beltebruken, men det var faren for at A den store faren for død ved utskrivning som veide tyngst. Dette førte til at begjæring om utskrivning ikke kunne tas til følge.

I LG-2015-38865 sa retten at *” A har i lange perioder siden 1985 vært under tvungent psykisk helsevern, både i og utenfor døgnopphold”*. Pasienten hadde *kun* vært under sammenhengede tvang siden april 2014 og i januar 2015 ble pasienten skrevet ut til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. Retten fant at de måtte legge tyngst vekt på at det var beskjeden tvang ettersom tvangsvern med døgnopphold ikke lenger forelå.

I LB-2015-126448 sa lagmannsretten at de hadde *”forståelse for at gjentatt og langvarig tvangsbehandling i seg selv kan være en stor belastning.”* Her la retten vekt på at pasienten trolig ville slutte på medisinene og heller selvmedisinere seg med amfetamin. I LB-2016-40945 uttrykket retten den samme forståelsen for gjentatt tvangsbehandling, men vektla her at et nytt tvangsvedtak ville være sannsynlig og belastningen av den ville da være enda mer belastende.

Samlet nevnes tidsmomentet i helhetsvurderingen eksplisitt i kun tre av de tolv lagmannsrettsdommene.

Jeg kan ikke se at problemstillingen er behandlet i juridisk litteratur.

⁹⁷ Psykisk helsevern II, s. 1490.

Samlet sett synes rettspraksis å vise at tidsmomentet kan være av betydning i noen forholdsmessighetsvurderinger, noe som er viktig for grad av tvang overfor pasientene. Dette skal vi se nærmere på i neste kapittel. Retten vektlegger tidsmomentet i de fleste nevnte dommene slik at de anerkjenner problemet, men at de ikke kan ta mest hensyn til dette, med unntak av Psykisk helsevern I. Det at over halvparten av de analyserte lagmannsrettsdommene ikke nevner tidsmomentet kan skyldes at pasientene ikke har vært under langvarig tvang eller at tidsmomentet uansett ikke ville hatt utslagsgivende effekt på forholdsmessighetsvurderingen.

4.11 Grad av tvang

Problemstillingen er hvordan grad av tvang vurderes under forholdsmessighetsvurderingen.

Med grad av tvang siktes det til hvor inngripende det tvungne vernet er. Grad av tvang som et moment under helhetsvurderingen er ikke nevnt i verken lovteksten eller i forarbeidene. Det må derfor sees til rettspraksis på området.

I Psykisk helsevern I hadde pasienten hatt tvungen medisinerings sammenhengende fra 1984. Retten syntes å vurdere tvangen som uforholdsmessig ettersom tvangen innebar medisinerings over lang tid og vedkommende ville trolig ikke få et svekket funksjonsnivå ved avslutning av medisinene og en eventuell reinnleggelse. Pasienten ble skrevet ut.

På den andre siden ble pasienten i Psykisk helsevern II ikke utskrevet. Her nevnes ikke grad av tvang i helhetsvurderingen, men det nevnes tidligere i dommen at pasienten har *”stor frihet i det daglige, med en strukturert og tett oppfølging.”* (side 1485). I helhetsvurderingen kan det tenkes at dette er vektlagt implisitt, men at det ikke nevnes ettersom hovedargumentet var at vedkommende hadde en alvorlig voldshistorikk samt et alkoholproblem.

I Rt. 2014 s. 807 ble tvangen omtalt slik i helhetsvurderingen i avsnitt 51: *”Tvangen som utføres per i dag er ikke spesielt inngripende. A har bolig, arbeider på W og fungerer noenlunde godt.”*. Grad av tvang ble ansett lite omfattende og retten fant tvangen forholdsmessig sett sammen med formålet.

I lagmannsrettsdommen Gaustaddommen var det høy grad av tvang. Pasienten var her beltelagt i over ett år og det ble omtalt som *”omfattende overvåkning og bruk av belter ...”*. Til tross for høy grad av tvang vektet retten tyngst det faktum at pasienten kunne skade seg så mye at hun ville dø dersom hun ble utskrevet. Den ekstreme tvangen ble dermed ansett forholdsmessig i dette konkrete tilfellet.

Et annet tilfelle av ganske høy grad av tvang var i LB-2015-126448 hvor pasienten var underlagt tvungent vern i insituasjon med døgnopphold og medisinerer.

I flere andre lagmannsrettsdommer fant retten at det var beskjeden grad eller liten grad av tvang. I LG-2015-38865 ble tvangen begrenset til *”å ta tabletter og til å møte opp ved psykiatrisk poliklinikk for depotinjeksjoner en gang hver fjerde uke”*. I LG-2015-46654 sa retten at *”A også under tvang har frihet og mulighet til å dyrke sine interesser. Tvangen mot ham er objektivt sett heller ikke betydelig ...”*. Liknende var det i LH-2015-109956 hvor det var *”medisinering utenfor institusjon hver fjerde uke”* var moderate ulemper sammenlignet med en innleggelse. Liknende liten grad av tvang var det i de øvrige dommene⁹⁸.

I LF-2015-109019 hvor pasienten ble utskrevet ble det vist til at han var under medisinerer og utenfor institusjon, men at det ikke kunne konstateres en bedre periode med tvungent vern enn uten. Pasienten ble derfor utskrevet.

Søvig uttaler at grad av tvang vil stå sentralt i helhetsvurderingen av belastningen for pasienten. Han kobler dette opp mot grad av motstand fra pasienten, om pasienten forholder seg passiv eller stritter imot.⁹⁹

Pasientens integritet ivaretas i en viss grad ved at rettsanvenderen ser på pasientens uttalelser om grad av tvang og viser forståelse for at pasienten motsetter seg tvangen. I tillegg vil hensynet til det minst inngripende ivaretas i stor grad ved at det sees på om tvangen er mer inngripende enn det formålet med tvangsinngrepet tilsier. Momentet kan sees i sammenheng med momentet om belastning for pasienten.

Retten tar opp momentet om grad av tvang i nesten alle dommene. Vurderingene er litt ulike ut fra hvert konkrete tilfelle, men det gjennomgående er at retten ser på grad av medisinerer og om personen har mye fritid som kan disponeres fritt. Grad av tvang synes dermed å være et

⁹⁸ LH-2015-15220, LG-2015-68880, LG-2015-126114, LG-2015-191565, LB-2016-40945, LG-2016-110895 (i sistnevnte dom var det planlagt en begrenset tvang).

⁹⁹ Søvig, s. 314.

moment som er nødvendig å ta med i helhetsvurderingen for å kunne fastslå om tvangen er forholdsmessig eller ikke med tanke på formålet med tvangen.

4.12 Tvangsvern med eller uten døgnopphold i institusjon

Videre skal det sees på hva det har å si for forholdsmessighetsvurderingen om pasienten er underlagt tvungent psykisk helsevern med eller uten døgnopphold i institusjon.

Etter ordlyden i phvl. § 3-5 første og tredje ledd synes døgnopphold i og utenfor institusjonen å være likestilte alternativer. Dette er har også vært lovgivers intensjon ifølge forarbeidene Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) punkt 2.1. Lovhjemmelen for å trekke inn momentet i forholdsmessighetsvurderingen følger implisitt av phvl. § 3-3 nr. 6 om den skjønnsmessige helhetsvurderingen, jf. *"klart beste løsning"*.

Videre skal det sees på rettspraksis for eksempler på denne tematikken.

I Psykisk helsevern I hadde pasienten hatt døgnopphold på institusjon fra 1984 til 2000. Denne lange perioden med institusjonsopphold fikk stor betydning for helhetsvurderingen ettersom pasienten ble utskrevet. Høyesterett vektla dette som et belastende moment for pasienten og i sammenheng med å få prøve seg i frihet.

I Psykisk helsevern II hadde pasienten bodd på institusjonen siden 1997 og frem til dommen i 2000. I forholdsmessighetsvurderingen fant Høyesterett at det var best for pasienten å fortsette institusjonsoppholdet, og at tilsynslegen skulle søke om en egnet institusjon for pasienten.

I Rt. 2014 s. 807 hadde pasienten vært under tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold siden november 2012. I helhetsvurderingen i avsnitt 51 viste retten til overlegens uttalelse om at pasienten fryktet innleggelse og tiltak for å unngå dette vil være poliklinisk behandling og medikasjon, og dermed fortsette det tvungne vernet. Retten tillå momentet om at pasienten hadde bolig (og dermed ikke bodde på institusjon) i sammenheng med at tvangen ikke var spesielt inngripende.

Pasienten i Mariadommen var innlagt ved en spesialinstitusjon for spiseforstyrrelser. Som tidligere nevnt var dette en prekær situasjon hvor pasienten hadde en livstruende sykdom slik at pasienten kunne ikke utskrives. Opphold på institusjon var forholdsmessig i dette tilfelle.

I all lagmannsrettspraksis trekkes momentet om døgnopphold i eller utenfor institusjon med inn i helhetsvurderingen og dermed synes momentet å være av viktig betydning. I elleve av de tolv dommene er fortsatt tvungent psykisk helsevern som allerede etablert ønskelig å fortsette med. I den siste dommen, LF-2015-109019, ble pasienten utskrevet på grunn av mulighet for bedre funksjonsnivå uten tvungent vern. Av de elleve dommene som fortsatte med tvungent vern, var åtte av pasientene under tvangsvern utenfor institusjon. Kun tre pasienter hadde døgnopphold i institusjon.

Temaet om insitusjonsopphold eller ikke som moment i helhetsvurderingen synes ikke å være behandlet i faglitteraturen.

Momentet sin konsekvent *faste* plass i dommenes helhetsvurdering taler for at dette er et viktig moment. Dette er med på å oppnå en klart best løsning for pasienten ettersom inngrepet blir mest mulig forholdsmessig sett opp mot formålet og behovet i den enkelte sak. Det at over halvparten av pasientene har fortsatt med det minst mulige inngripende alternativet tyder det på at prinsippet om minste inngrep er ivaretatt for denne pasientgruppen. Pasientenes autonomi synes således å være godt ivaretatt ved denne vurderingen. Som vi ser har temaet også nær sammenheng med momentene belastning for pasienten og grad av tvang.

4.13 Medisinbivirkninger

Underproblemstillingen er på hvilken måte medisinbivirkninger trekkes inn i helhetsvurderingen.

Momentet er ikke nevnt i lovteksten og er tilsynelatende ikke nevnt i forarbeidene. Det skal derfor videre sees på rettspraksis.

I Psykisk helsevern I anførte pasienten at han ble plaget av bivirkningene av medisinene, og i helhetsvurderingen sa retten at de hadde tatt i betraktning at medisinbivirkningene ikke nødvendigvis kom til å forsvinne etter utskriving, og at de til og med kunne bli forsterket i en periode (side 759). Pasienten ble utskrevet og avsluttet dermed medisineren.

I Psykisk helsevern II nevnes innledningvis under førstvoterendes syn på saken at pasienten ”*plages noe av bivirkninger*”. I selve helhetsvurderingen ble ikke dette tatt opp ettersom fokuset var på alkoholproblemet.

Medisinbivirkninger som moment i helhetsvurderingen ble ikke tatt opp i Mariadommen og i HR-2016-1286-A trolig på grunn av dommenes konkrete problemstillinger.

I noen av dommene ble det slått fast at det var få eller ingen bivirkninger¹⁰⁰ eller momentet ble ikke nevnt¹⁰¹.

Dommen inntatt i LG-2016-110895 bør fremheves her. Momentet medisinbivirkninger ble ikke behandlet i helhetsvurderingen eller i premissene generelt. Dette til tross for at A anførte at han opplevde bivirkninger av medisinene som gjorde ham dårligere. Det kan stilles spørsmål ved hvorfor retten ikke tok dette opp i helhetsvurderingen ettersom det var anført. Retten fant at ved en eventuell utskriving:

“... må det påregnes at As rusmisbruk umiddelbart tiltar, medisinene autoseponeres og at symptomtrykket øker og dominerer hans tilværelse(...) Det vil ta lang tid å bringe A tilbake til dagens funksjonsnivå.”.

Det var tilsynelatende klart i denne saken at medisineren måtte fortsette for at A sin tilstand ikke skulle forverres.

I en annen dom, LG-2015-38865, så retten hen til at det eksisterte “*alternative preparater som kan tenkes å redusere de bivirkningene A opplever (...) i større utstrekning enn det preparatet A får i dag gjør.*” Dette skulle videre følges opp av sakkyndige og vurderes for pasienten. Dette med andre mulige alternativer er ikke blitt nevnt i de øvrige dommene, muligens fordi det ikke har eksistert lignende alternativer eller at pasientene allerede gikk på den ideelle medisineren. Rettssikkerheten til pasienten angående medisineren anses ivaretatt ettersom uttalelsen til pasienten om medisinbivirkninger ble tatt til følge.

I LG-2015-46654 fant retten dette momentet litt vanskeligere enn de øvrige dommene. For det første hadde pasienten klaget på bivirkninger i form av hjertesmerter. Dette var blitt undersøkt av hjertespesialister som kom frem til at det ble ”*registrert ganske få ekstraslag i hjerterytmen,*

¹⁰⁰ Rt. 2014 s. 807, LF-2015-109019, LG-2015-191565.

¹⁰¹ Gaustaddommen, LG-2016-40945, LG-2016-110985.

som ikke foranlediget behandling eller som ga grunn til å endre medisinbruken.” Videre fant retten at:

” Flere av de andre bivirkningene A har beskrevet har det heller ikke vært mulig å konstatere objektivt. (...)På den annen side er det ikke tvil om at medisinene kan ha bivirkninger, og at A har en subjektiv opplevelse av at disse er svært store. Slik lagmannsretten ser det, er det likevel klart best for ham fortsatt å være under tvang, da dette vil sikre medisinsk faglig kontakt, oppfølging og medisinerings.”

Retten vurderte dermed alle bivirkningene, men fant samlet sett at fortsatt tvang var den klart beste løsningen.

I LG-2015-15220 ønsket pasienten å slutte på medisinene på grunn av *”en rekke plagsomme bivirkninger”*. Dette kom i bakgrunnen ettersom retten så på pasientens behandlingshistorie og fant at: *”A raskt vil bli vesentlig dårligere uten inntak av nødvendige medisiner i tilstrekkelig dose. Hans behandlingshistorie inneholder flere eksempler på at dette er en sikker konsekvens av redusert medisininntak.”*. Her hadde retten sikre holdepunkter for at de positive virkningene av medisinene var større enn bivirkningene og således forholdsmessig.

I flere dommer¹⁰² fant retten at det forelå bivirkninger som måtte anses som belastende, men ikke belastende nok til at medisineringsen kunne stanses.

Jeg kan ikke se noe i faglitteraturen om dette temaet.

Samlet sett ser vi at medisinbivirkningene er et moment som ofte kommer opp i helhetsvurderingen og i de fleste tilfellene hvor temaet var aktuelt, to av tre Høyesterettsdommer og åtte av ni lagmannsrettsdommer, kom retten frem til at medisineringsen var forholdsmessig. Her synes det rimelig at den individuell paternalismen går foran selvbestemmelsesretten ettersom pasienten mangler sykdomsinnsikt og dermed ikke er i stand til å vite hva som er best for den selv. Likevel er det et viktig rettssikkerhetsaspekt at domstolen tar pasientens uttalelser om medisinbivirkninger med og vektet det i den skjønnsmessige helhetsvurderingen.

¹⁰² LG-2015-126114, LB-2015-126448, LH-2015-109956.

4.14 Rusmiddelmissbruk

Problemstillingen er hvordan rusmiddelmissbruk trekkes inn i helhetsvurderingen.

Slik jeg ser det er momentet kun tatt opp i rettspraksis. I Psykisk helsevern II gjaldt saken en mann i 50 årene som hadde hatt alkoholproblemer siden 18 års alderen. Under vurderingen av tilleggsvilkåret fant retten at *”...selv om A i dag har innsikt i at han bør avholde seg fra bruk av alkohol, makter han ikke å gjennomføre dette i praksis.”*. I helhetsvurderingen uttalte retten: *”slik jeg ser det, forutsetter imidlertid en utskrivning av A at han over en viss periode viser at han mestrer sitt alkoholproblem.”* Rusmiddelmissbruket i form av overdreven alkoholkonsum var altså utslagsgivende for utfallet i denne saken.

I Rt. 2014 s. 807 var situasjonen at pasienten hadde hatt et rusproblem i flere år. Under farevilkåret vises det til overlegens uttalelse i avsnitt 48:

”Pasienten har i tillegg flere risikofaktorer inklusive rusmisbruk(...) Pasienten har i dag flere beskyttende faktorer som stabil bolig og jobb, samt rusfrihet. Vår frykt er at disse faktorene raskt forsvinner dersom pasientens sykdom ikke behandles.”

Rusproblemet nevnes ikke i selve helhetsvurderingen, men på bakgrunn av omfattende vurdering om temaet tidligere i domspremissene, er det rimelig klart at dette momentet også ble vektlagt gjennom helhetsvurderingen med tanke på at hensynet til samfunnsvernet nevnes.

I LG-2015-68880 gjaldt saken en mann som påstod at amfetaminbruken fikk ham til å føle seg bedre enn det medisinene gjorde. Videre i helhetsvurderingen sa retten at det ved utskrivning må *”påregnes at As rusmisbruk tiltar og at hans symptomtrykk øker. I løpet av kort tid må han påregnes å måtte re-innlegges til sykehusavdeling, i vesentlig dårligere forfatning enn det han er i dag.”*. Her var det klart at vedkommende ville få dårligere helsetilstand på grunn av en forventet bruk av rus ved utskrivning og seponering av medisinene. Pasienten ble ikke utskrevet.

I LF-2015-109019 ble utfallet annerledes. Her var forverringsalternativet aktuell. Til forskjell fra den forrige saken la retten i helhetsvurderingen vekt på at de var *”i tvil om det strenge tidskravet i behandlingalternativets forverringsalternativ [var] oppfylt”*. Selv om overlegen samme år hadde uttalt i et journalnotat at pasienten har hatt *”rusproblem som i perioder har vært omfattende”*. Ettersom retten ikke var sikker på om tilleggsvilkåret var oppfylt, ble pasienten utskrevet og tvangen opphørte.

I de øvrige ti lagmannsrettsdommene som ikke er nevnt her var rusmiddelmisbruk ikke aktuelt. Det synes ikke å være noe juridisk litteratur om temaet.

Ut fra de tre førstnevnte dommene har retten vektlagt rusmisbruk i sammenheng med seponering av medisiner og avslutning av behandling ved en eventuell utskrivning. I de få sakene hvor pasienten hadde misbrukt rusmidler, var det utslagsgivende for forholdsmessighetsvurderingen med tanke på pasientenes fremtidige funksjonsnivå. Dermed ble hensynet til pasienten selv vektlagt tyngst og pasientene ble ikke utskrevet.

4.15 Korte helhetsvurderinger

Problemstillingen er hvorfor Høyesterett ofte foretar korte helhetsvurderinger.

I Mariadommen foretok retten en kort helhetsvurdering i avsnitt 57:

” Det er heller ingen tvil om at fortsatt tvungent psykisk helsevern er den klart beste løsning for A, jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr.6. Det er tilstrekkelig her å peke på at uten behandling er sykdommen livstruende for henne, og at hun nå mangler evne til realistisk vurdering av sykdommen og dens konsekvenser. ”

Det kan argumenteres for at det kunne vært foretatt en mer inngående helhetsvurdering av Høyesterett i denne saken, ettersom helhetsvurderingen er det som kan være avgjørende for sakens utfall. Likevel var det sentrale spørsmålet for Høyesterett å finne ut om den alvorlige anoreksialidelsen kunne oppfylle grunnvilkåret. Høyesterett brukte da en rekke avsnitt på å gjennomgå rettskildene tilknyttet dette, og avsluttet med et lite avsnitt om forholdsmessighetsvurderingen. Det som kan trekkes ut av dommen til andre saker er at hvor situasjonen er så spesiell og alvorlig som her, så vil det ikke være behov for en inngående helhetsvurdering ettersom situasjonen var ganske klar.

I Psykisk helsevern II på side 1490 innledet førstvoterende helhetsvurderingen ved å si: *”Jeg finner vurderingen etter tredje ledd vanskelig.”*. Også her ble forholdsmessighetsvurderingen gjort forholdsvis kort. Pasientens fare for andre ble ikke nevnt for eksempel, til tross for at vedkommende hadde en alvorlig voldshistorikk. Det kan virke som at alkoholproblemet var klart nok for stort til at pasienten kunne utskrives og at dommeren derfor ikke nevnte fareproblemet i tillegg.

I HR-2016-01286-A ble det aldri foretatt en helhetsvurdering. Etter å ha vurdert tilleggsvilkåret, uttrykte førstvoterende seg slik i avsnitt 46: ” *Slik saken er skåret til for Høyesterett, er det ikke lagt opp til noen inngående prøving av de øvrige vilkår for å opprettholde tvang.* ”.

Mangel på en selvstendig helhetsvurdering her kan forklares med at dette var en konkret dom hvor hovedproblemstillingen var hvordan ulike generasjoner av antipsykotika i depot skulle vurderes under forverringsalternativet.

I Psykisk helsevern I foretok retten en større helhetsvurdering og veide ulike momenter; grad av tvang, subjektive meninger, funksjonsnivå og fremtidig funksjonsnivå, medisinbivirkninger og muligheten til å få prøve seg i frihet. Også i Rt. 2014 s. 807 i avsnitt 51 og 52 ble helhetsvurderingen mer utførlig behandlet enn i de øvrige nevnte dommene. Førstvoterende kom inn på tvangens karakter, dagens situasjon, fremtiden og hensynet til samfunnsvernet og til pasienten selv helhetsvurderingen.

Hvis man ser på de fem behandlede Høyesterettsdommene, ser man at Høyesterett i tre av fem dommer foretar relativt korte skjønsmessige helhetsvurderinger. Ofte er det behandlet på et kort avsnitt. Bakgrunnen for dette synes å være at det kun er de prinsipielle spørsmålene Høyesterett behandler. Fokuset er derfor rettet mot det gjeldende spørsmålet i den aktuelle saken.

For å få et mer utfyllende bilde av dette mønsteret skal det sees videre på lagmannsrettspraksis.

I Gaustaddommen ble forholdsmessigheten av tvangen vurdert utførlig. Retten så på effekten av behandlingen, subjektiv følelse og fremtidig funksjonsnivå.

I LG-2015-38865 foretok retten helhetsvurderingen på fem avsnitt. I de fleste av de behandlede lagmannsrettsdommene utføres helhetsvurderingen på flere avsnitt og vurderes inngående. Kun i den ene dommen foretas en relativt kort helhetsvurdering. I LG-2015-46654 viser dommeren til den tidligere vurdering av pasientens sykdomsinnsikt og planer om å slutte med medisinene. Her ble det trolig gjort en kort helhetsvurdering liknende som i Mariadommen, ettersom retten fant det klart at det ikke var mulig med utskriving.

Når det gjelder juridisk litteratur har blant andre Syse skrevet om denne tematikken. På side 347-348 uttaler han seg om dommene Rt. 2014 s. 807 og Mariadommen om at helhetsvurderingen gjøres raskt eller kortfattet. Syse konkluderer til slutt med å si: *”Når faren er alvorlig og nærliggende som i Rt. 2014 s. 807, brukes ikke mye krefter på helhetsvurderingen”*. Videre uttaler han seg om Mariadommen hvor det var snakk om en livstruende undervekt og at det *”da åpnes det heller ikke for stor skjønnsfrihet ved helhetsvurderingen”*.

En totalvurdering av analysen i dette kapitlet tilsier at de utførlige helhetsvurderingene foretas av lagmannsrettene, mens Høyesterett som prejudikatdomstol i hovedsak vurderer de prinsipielle spørsmålene og foretar dermed i utgangspunktet ikke en utførlig forholdsmessighetsvurdering.

5 Avsluttende kommentarer

Oppgaven har behandlet gjeldende rett angående forholdsmessighetsvurderinger ved tvangsvedtak etter phvl. § 3-3 nr. 6. Ut fra rettskildebildet som er behandlet kan en se at forholdsmessighetsvurderinger er skjønsmessige, komplekse og kan bestå av mange elementer avhengig av det konkrete tilfelle.

Gjennom oppgaven har jeg forsøkt å presisere lovens vilkår ”*klart beste løsning*”.

Rettskildematerialet viser at dette i praksis innebærer en forholdsmessighetsvurdering hvor pasientens autonomi og paternalismen står opp mot hverandre. På den ene vektskålen ligger hensynet til pasienten, og på den andre vektskålen ligger hensynet til andre sine interesser.¹⁰³

Vi har sett fra dommen Psykisk helsevern I at ”*vurderingen av hva som er best for [pasienten] i utgangspunktet må være objektiv.*” (side 759). Dette er fulgt opp i senere rettspraksis og anses som gjeldende rett.

Videre må momentet om belastningen for pasienten trekkes inn. Her kan mer subjektive momenter få betydning, slik som pasientens uvilje, grad av tvang, medisinsbivirkninger og tvang med eller uten døgnopphold i institusjon. Disse momentene tillegges mest vekt når tvangsinngrepet er begrunnet med hensyn til pasienten selv. Dette følger av forarbeidene Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 81 og er ført videre i rettspraksis, blant annet Psykisk helsevern II. Vektleggingen av belastningen er viktig for å kunne velge det minst inngripende alternativet.

Rettsikkerheten til de aktuelle pasientene synes å bli ivaretatt på en god måte gjennom et objektivt utgangspunkt og samtidig en konkret vurdering. At det i rettspraksis er åpnet opp for en rekke subjektive momenter som kan påvirke sakens utfall, er med på å individualisere og tilpasse hver forholdsmessighetsvurdering til den enkelte pasient.

Samtidig går det på akkord med forutberegneligheten at det er så mange mulige momenter som kan trekkes inn i den skjønsmessige helhetsvurderingen. Det kan stilles spørsmål ved

¹⁰³ Søvig, s. 13 og s. 291.

om bestemmelsen kunne inneholdt en mer oppramsende, men ikke uttømmende, liste over relevante momenter for å styrke forutberegneligheten til pasientene.

En annen mulig forbedring av lovbestemmelsen er, etter min mening, å tydeliggjøre lovens ordlyd når det gjelder det som fremstår som et unntak: ”... *med mindre han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse.*”, jf. phvl. § 3-3 nr. 6. Denne uklarheten er oppklart i rettspraksis, men det vil styrke pasienters rettssikkerhet og forutberegnelighet om lovbestemmelsen blir mer tydelig.

Samlet sett har det behandlede rettskildematerialet bidratt til å presisere innholdet av vilkåret ”*klart beste løsning*”, altså forholdsmessighetsvurderingen, i phvl. § 3-3 nr. 6. Rettspraksis har generelt vist oss at det ofte er den paternalistiske tankegangen, at staten vet hva som er best for å beskytte pasienten, som slår sterkest igjennom. Det kan vi særlig se i Gaustaddommen hvor det ekstreme tvangsregimet ble ansett forholdsmessig. Av den behandlede rettspraksisen førte kun én¹⁰⁴ av fem Høyesterettssaker og én¹⁰⁵ av tolv lagmannsrettssaker til utskrivning fra tvungent psykisk helsevern.

I sammenheng med de nye lovendringene til psykisk helsevernloven vil det blant annet legges til en ny bestemmelse; § 3-3 a, som trår i kraft 1. september 2017. Bestemmelsen stiller en rekke kriterier til hva et tvangsvedtak må inneholde. Kriteriene angår den faglig ansvarlige sin begrunnelse av tvangsvedtaket. At tvangsvedtaket må inneholde subjektive momenter som ”*pasientens holdning til og erfaringer med bruk av tvang*”, kan gi et mer fullstendig grunnlag som er viktig for en forsvarlig domstolsbehandling. Lovendringene omfatter også formålsparagrafen. Etter den nye § 1 første ledd andre punktum er målet å forebygge og begrense tvangsbruken. Etter den nye § 3-3 første ledd nr. 4 vil det som hovedregel være krav om manglende samtykkekompetanse for å kunne settes under tvangsvern etter bestemmelsen.¹⁰⁶ Det vil bli spennende å se om de nye lovendringene kan bidra til å styrke rettssikkerheten til disse pasientene ytterligere.

¹⁰⁴ Psykisk helsevern I.

¹⁰⁵ LF-2015-109019.

¹⁰⁶ Lov 10. februar 2017 om endringer i psykisk helsevernloven.

6 Litteratur

6.1 Lover

6.1.1 Norsk lovgivning

Lov 17. mai 1814 Grunnloven (Grl.)

Lov 17. august 1848 om Sindsyges Behandling og Forpleining ("gamle sinnsykeloven"-opphevet)

Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphevet)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven- pbrl.)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

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

Lov 10. februar 2017 nr. 6 om endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestmmelse og rettssikkerhet. (Trår i kraft 1. juli og 1. september 2017.)

6.1.2 Internasjonal lovgivning

Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)

FN-konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne av 13. desember 2006 (CRPD)

6.2 Lovforarbeider

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.

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

Prop. 147 L (2015-2016) Proposisjon til Stortinget: Endringer i psykisk helsevernloven mv. (Økt selvbestemmelsesrett og rettssikkerhet)

Innst. 147 L (2016-2017) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelsesrett og rettssikkerhet)

6.3 Bøker

Andenæs- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009)

Kjønstad/Syse - Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. utgave (Oslo 2012)

Riedl/Elde - Riedl, Tore Roald og Elde, Wenche Dahl, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave (Oslo 2014)

Skaug - Skaug, Lasse, *Juss og psykiatri i forvaltningen*, (Oslo 2002)

Syse - Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2016)

Søvig - Søvig, Karl Harald (red.) , *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten* (Bergen 2015)

6.4 Tidsskrifter, artikler og nettdokumenter

Bårdsen - Bårdsen, Arnfinn, ”Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet”, *Advokatforeningens menneskerettsseminar*, Oslo 13.april 2016

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/norges-hoyesterett-og-psykiatrien.pdf> (nedlastet 18.01.2017)

Østenstad - Østenstad, Bjørn Henning, ”Grunnverdier og grunnomgrep i debatten om bruk av tvang mot utviklingshemma og demente”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* (2006) s.343-361 .

Lovdata – www.lovdata.no, <https://lovdata.no/register/dommer> (sjekket 29.05.2017)

6.5 Rundskriv og rapporter

Rundskriv 2012 - Helsedirektoratet (2012) Rundskriv. Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer, IS-09/2012

IS- 2452/2015 - Helsedirektoratet (2015) Rapport. Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern 2015, IS-2452-2015

6.6 Domsregister

6.6.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1981.770

Rt. 1988.634 (Huleboerdommen)

Rt. 2001.752 (Psykisk helsevern I)

Rt. 2001.1481 (Psykisk helsevern II)

Rt. 2011 s. 304

Rt. 2014.801

Rt. 2014.807

Rt. 2015.913 (Mariadommen)

HR-2015-01091-U (Ankeutvalg)

HR-2016-01286-A

6.6.2 Lagmannsrettsdommer

LB-2015-13924 (Gaustaddommen)

LG-2015-38865

LG-2015-46654

LG-2015-15220

LG-2015-68880

LG-2015-126114

LH-2015-109956

LB-2015-126448

LF-2015-109019

LG-2015-191565

LB-2016-40945

LG-2016-110895