

Bruk av mekaniske tvangsmidler i psykiatrien

*Gjeldende rett etter phvl. § 4-8, sett i lys av
menneskerettslige forpliktelser*

Kandidatnummer: 59

Antall ord: 14794



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Avgrensninger.....	8
1.3.1 Pasienter over 16 år.....	8
1.3.2 En presisering om bruken av internasjonal rett.....	8
1.4 Oppgaven videre.....	8
2 Rettskilder og metode.....	10
3 Overordnede prinsipper.....	12
3.1 Legalitetsprinsippet.....	12
3.2 Rettssikkerhet som overordnet mål.....	15
3.2.1 Rettssikkerhet.....	15
3.2.2 Vern om personlig integritet.....	16
3.3 Selvbestemmelse mot paternalisme.....	17
4 Menneskerettslige forpliktelser.....	19
4.1 Sentrale menneskerettslige instrumenter.....	19
4.2 Praksis fra EMD.....	22
4.2.1 Saksforholdene.....	22
4.2.2 De prosessuelle kravene og overgangen til de materielle vilkårene.....	24
4.2.3 Materielle vilkår.....	26
4.3 EMD sin tolkningsstandard.....	27
5 Gjeldende rett etter phvl. § 4-8.....	28
5.1 Kort historisk oversikt.....	28
5.2 Innledningsvis om vilkårene i phvl. § 4-8.....	29
5.3 Den personelle og prosessuelle kompetansen.....	30
5.3.1 Personell kompetanse.....	30
5.3.2 Prosessuelle krav.....	31
5.4 Materielle vilkår.....	32
5.4.1 Innledningsvis om de materielle vilkårene i phvl. § 4-8.....	32
5.4.2 Uomgjengelig nødvendig.....	33
5.4.3 Skadevilkåret.....	35
5.4.4 Lempeligere midler.....	36
5.5 Mekaniske tvangsmidler som preventivt tiltak.....	37

5.6	Samtykke som grunnlag for tvang	39
5.7	Mekaniske tvangsmidler som straff	42
5.8	Er det rom for utvidende tolkning?	42
6	Er terskelen i loven for høy?	46
7	Avsluttende refleksjoner	49
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven skal ta for seg bruk av mekaniske tvangsmidler i psykiatrien.

Psykisk helsevernloven¹ (heretter phvl.) er bygget opp slik at reglene om etablering og opphør av tvunget psykisk helsevern fremgår av kapittel 3. Tvunget vern er psykiatrisk behandling mot pasientens vilje, og er inngangen til mange av tvangsinngrepene som følger av kapittel 4.

Hva gjelder reglene om bruk av mekaniske tvangsmidler fremgår disse av phvl. § 4-8.

Bestemmelsen er stedlig avgrenset og gjelder bare for pasienter som er innlagt i institusjon med døgnopphold. Tvangsmidlene kan likevel brukes på pasienter innlagt både på frivillig og tvangsmessig grunnlag. Dersom tvang anvendes på frivillig innlagte pasienter, vil det imidlertid kunne aktualisere en utskrivning, slik at det i praksis som oftest vil være tale om svært kortvarig tvangsbruk.²

Det følger av phvl. § 4-8 at:

”Tvangsmidler skal bare brukes overfor pasienten når dette er uomgjengelig nødvendig for å hindre ham i å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting. Tvangsmidler skal bare brukes når lempeligere midler har vist seg å være åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige”.

Hvilke tvangsmidler som kan anvendes er angitt i annet ledd, og i bokstav a hjemles ”mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientenes bevegelsesfrihet, herunder belter og remmer samt skadeforebyggende spesialklær”.

Mekaniske tvangsmidler er følgelig innretninger som begrenser pasientens mulighet til å bevege armer og/eller bein. Dette kan være belter, sengebelter, håndrem, fotrem, spesialtrøyer, lerretsdress, spesialhansker eller sengehest.

Dette er en hjemmel som er et unntak fra et generelt utgangspunkt om at den enkelte har rett til å bestemme over seg og sitt liv. Prinsippet kommer til uttrykk i phvl. § 2-1, jf. pasient og

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

² Ot. prp. nr. 11, 1998-1999, s. 163

brugerrettighetsloven³ § 4-1 som stadfester at helsehjelp i utgangspunktet skal gis med pasientens samtykke med mindre annen hjemmel foreligger.

Videre illustreres prinsippet også gjennom at uhjemlet tvang kan føre til straffeansvar. I straffeloven⁴ § 251 heter det at:

”med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som ved straffbar eller annen urettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe”.

Vilkåret ”urettmessig atferd” tilsier imidlertid at tvangshjemler vil kunne gjøre ellers straffbare handlinger lovlige hvis inngrepene er innenfor lovens rammer og riktig fremgangsmåte er fulgt, jf. lex-spesialis-prinsippet.⁵ Psykisk helsevernloven § 4-8 kan følgelig utgjøre en slik hjemmel.

Når det oppstår en situasjon som aktualiserer bruk av tvang, står man overfor kontroversielle og etisk vanskelige problemstillinger. Et tvangsinngrep etter phvl. § 4-8 er svært inngripende tiltak, og derfor er det avgjørende at inngrep er hjemlet og at rettsikkerhet er ivaretatt.

Likevel foreligger det publikasjoner og rapporter både nasjonalt og internasjonalt som avdekker forhold som synes å stå i strid med lovens rammer og betingelser. Viktigst av disse i relasjon til denne avhandlingen er VG sin publisering Tvangsloggene⁶ fra våren 2016. VG sine journalister gjennomgikk og digitaliserte over 2500 tvangsprotokoller fra 14 institusjoner som godkjente innsyn. Det ble avdekket flere alvorlige og kritikkverdige forhold.

En annen sentral kilde er rapporter fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhet mot tortur og umenneskelig behandling ved frihetsberøvelse. Disse avdekker variasjon i bruken av tvangsmidler mellom sengeposter innenfor samme institusjon, uten at dette kan rimelig forklares.⁷ Det vises også til at langvarig bruk av mekaniske tvangsmidler er en generell utfordring ved flere sykehus.⁸

³ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient og brukerrettigheter (pasient og brukerrettighetsloven)

⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

⁵ Kjønsstad og Syse, Velferdsrett 1, s. 474.

⁶ Tvangsloggene, database: <http://www.vg.no/spesial/2016/tvangsprotokollene/database/> (sist sjekket 09.12.17)

⁷ Sivilombudsmannen, Besøksrapport Stavanger, s. 17-18

⁸ Sivilombudsmannen, Besøksrapport Stavanger, s. 22

I tillegg har Norge fått kritikk fra internasjonalt hold for bruken av tvang i psykisk helsevern. FNs menneskerettskomité har uttalt bekymring for bruk av overdreven tvang og at kontrollkommisjonenes etterprøving ikke er god nok.⁹

Det er loven som ligger til grunn for alle tvangsvedtak som fattes, og derfor er loven det naturlige og nødvendige utgangspunktet for å diskutere tvangspraksis. Basert på den kritikken som er kommet frem, skal denne avhandlingen ta for seg lovens vilkår for bruk av tvang.

Den overordnede problemstillingen er å drøfte hva som er gjeldende rett for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8, sett i lys av menneskerettslige forpliktelser.

Herunder følger en rettspolitisk drøftelse knyttet til de utfordringer som finnes i forholdet mellom lov og praksis.

1.2 Aktualitet

VGs publisering av Tvangsloggene i fjor fikk mye oppmerksomhet, og har satt psykisk helsevern på dagsordenen. I media har hovedfokusert ligget på de faktiske forhold som har blitt avdekket. Dette har blitt kommentert av jurister, slik at også den rettslige siden har kommet frem. Det er likevel både aktuelt og spennende å ta et dypdykk i vilkårene som ligger til grunn for tvangsvedtakene.

Den 17. juni 2016 oppnevnte regjeringen et lovutvalg som fikk mandat til å foreta en gjennomgang av tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren. De skal avgi sin innstilling innen 1. september 2018.¹⁰ I mandatet som er gitt til tvangslovutvalget fremgår det at:

”I dag er det registrert store geografiske forskjeller i tvangsbruken mellom forskjellige helseforetak og kommunene imellom. Videre er det et mål å redusere bruk av tvang til fordel for alternative frivillige tiltak. Ethvert menneske har rett til frihet og personlig sikkerhet og rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet. Tvungen omsorg og behandling skal bare brukes når omstendighetene gjør dette nødvendig som en siste utvei, og tiltakene er undergitt rettsikkerhetsgarantier. Det er nødvendig å undersøke om dagens tvangsregler støtter opp under disse målsetningene og prinsippene på en tilstrekkelig måte”.¹¹

⁹ Concluding observations of the Human Rights Committee, s. 3

¹⁰ Regjeringen, Tvangslovutvalget: <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/tvangslovutvalget/id2504904/> (sist sjekket 09.12.17)

¹¹ Regjeringen, Mandat for lovutvalg: <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/tvangslovutvalget/mandat-for-lovutvalg-som-skal-utrede-behov-for-endringer-i-tvangslovgivningen-i-helse--og-omsorgssektoren/id2504905/> (sist sjekket 09.12.17)

Ettersom innstillingen ikke skal leveres før september 2018, vil den ikke ha direkte betydning for denne avhandlingen. Likevel viser mandatet at en diskusjon rundt tvangshjemlene er høyst aktuelt og at diskusjonen foregår i flere ledd.

Av særlig interesse for denne avhandlingen er et prosjekt som ble gjennomført på Lovisenberg Sykehus i 2013. Målet med prosjektet var å finne alternative løsninger til bruk mekaniske tvangsmidler. Det ble besluttet å fjerne beltesengene fra avdelingene, slik at sengene måtte fysisk hentes ved bruk. Det ble blant annet også utviklet intervjukjema, foretatt veiledning på aggresjonsforbygging og utviklet prosedyrer for konflikthåndtering. Resultatet av prosjektet var en reduksjon av tvangsbruken på 85 %.¹² Dette prosjektet utgjør en faktabase av betydning for tolkningen av gjeldende rett senere i oppgaven.

Tvang i psykiatrien er også underlagt et generelt menneskerettsfokus. Allerede i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948¹³ ble det fastslått i artikkel 5 at ”ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”. Dette utgangspunktet er gjentatt i de bindende menneskerettighetskonvensjonene som Norge har bundet seg til.¹⁴

Av disse konvensjonene står Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK)¹⁵ i en særstilling, blant annet på grunn av den individuelle klageretten til Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (heretter EMD). Det har i alt vært behandlet mer enn 30 saker for menneskerettighetskommissjonen og EMD med utgangspunkt i psykiatriske pasienters klager over brudd på EMK.¹⁶

Jeg ønsker også å skrive denne oppgaven fordi det dreier seg om en spesielt sårbar gruppe i samfunnet. Disse menneskene har blitt fratatt retten til selvbestemmelse, og det blir gjort sterke inngrep i deres liv. Derfor er det særlig viktig at rettssikkerhet ivaretas og at loven som ligger til grunn for disse vedtakene er godt nok utformet.

¹² Lovisenberg, Reduksjon av tvang: <https://www.lds.no/avdelinger/psykiatrisk-klinikk/reduksjon-av-tvang/> (sist sjekket 09.12.17)

¹³ Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948

¹⁴ se Syse, Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien, s.325

¹⁵ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK), 4. november 1950.

¹⁶ Syse, Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien, s. 339-340

1.3 Avgrensninger

1.3.1 Pasienter over 16 år

Det fremgår av phvl. § 4-8 tredje ledd at det ikke er adgang til å bruke tvangsmidler som nevnt i bokstav a og b for pasienter under 16 år. En eventuell adgang til å bruke belter med hjemmel i nødrett faller utenfor oppgaven. Følgelig vil denne oppgaven dreie seg om bruk av mekaniske tvangsmidler på pasienter over 16 år.

1.3.2 En presisering om bruken av internasjonal rett

I oppgaven vil det vises til EMK og andre konvensjoner som inneholder relevante regler for bruk av tvang på pasienter i psykiatriske institusjoner. Avgjørelser fra EMD vil bli behandlet og brukt som tolkningsbidrag til forståelsen av phvl. § 4-8. Det avgrenses imidlertid mot en inngående behandling av det internasjonale regelverket, på bakgrunn av plasshensyn. Derfor vil det bare kort vises til de relevante bestemmelsene.

1.4 Oppgaven videre

I det videre vil det først gjøres kort rede for de rettskilder som er relevante for avhandlingen, og metoden som vil brukes i fortolkningen av disse. Herunder vil styrker og svakheter ved enkelte kilder belyses, for å sikre et åpent kildegrunnlag.

Videre vil det redegjøres for noen sentrale overordnede prinsipper. Disse er relevante for å løse problemstillingen, både ved å skape en overordnet ramme for resten av oppgaven og ved å være sentrale argumenter i drøftelser underveis i avhandlingen.

Deretter vil det sees hen til de menneskerettslige forpliktelsene som Norge er bundet av. Her vil noen av de mest sentrale regelverkene presenteres. I tillegg vil særlig to avgjørelser fra EMD gjennomgås. Disse vil vise en tolkningsstandard fra EMD i saker om bruk av mekaniske tvangsmidler, hvilket vil ha betydning for handlingsrommet til lovgivere og rettsanvendere av det norske tvangsregelverket.

Så vil phvl. § 4-8 drøftes. Det sentrale vil være å drøfte hvor langt lovteksten rekker og hvordan dette stiller seg opp mot de menneskerettslige forpliktelsene. Videre vil den praksis

som avdekkes gjennom Tvangsloggene og Sivilombudsmannens besøksrapporter danne grunnlag for ytterligere drøftelser av hva som er gjeldende rett og hvilke situasjoner med tvangsbruk som er omfattet av lovteksten.

Til slutt i avhandlingen vil det på bakgrunn av lovens terskel og den praksis som avdekkes gjennom Tvangsloggene og Sivilombudsmannen drøftes de lege ferenda om det bør foretas endringer i loven eller praksis.

2 Rettskilder og metode

Ettersom oppgavens hovedproblemstilling er å drøfte hva som er gjeldende rett etter phvl. § 4-8, vil den rettsdogmatiske metoden benyttes i utredningen av problemstillingen.

Hva gjelder tolkningen av phvl. § 4-8 vil dette bero på alminnelig juridisk metode.

Utgangspunktet vil være lovens ordlyd. Forarbeider og forskrifter vil videre være sentrale rettskilder her. Det finnes ikke høyesterettspraksis eller underrettspraksis direkte rundt vilkårene i phvl. § 4-8 annet ledd bokstav a. Følgelig mangler en autoritativ rettskilde, og de andre rettskildene må derfor tillegges tilsvarende større vekt.

Ved tolkningen av EMK har praksis fra EMD stor betydning. Når det skal tas stilling til den konkrete betydningen av praksis fra EMD, legges det vekt på om sakene bygger på et forhold som faktisk og rettslig er sammenlignbart med saken som er oppe for norske domstoler.¹⁷ I denne avhandlingen skal imidlertid praksis fra EMD ikke brukes for å løse en konkret sak, men for å vise en tolkningspraksis som setter en standard for den nasjonale tvangslovgivingen. I dette arbeidet vil det derfor trekkes ut konkrete uttalelser fra domstolen i to relevante saker som viser en generell forståelse av tvangspraksisen, samt kort vises til hvordan domstolen løste de konkrete tilfellene.

I fremstillingen av den menneskerettslige reguleringen vil også den europeiske konvensjon om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff trekkes inn. I den forbindelse er særlig torturkomitéens (heretter CPT) nye generelle retningslinjer for bruk av tvang i voksenpsykiatri fra 21. mars 2017 relevant. Et særlig spørsmål i den forbindelse er hvilken rettskildemessig vekt disse retningslinjene kan tillegges ved tolkningen av norsk rett.

Som et utgangspunkt er det klart at uttalelser fra CPT ikke er rettslig bindende, og har derfor ikke har den samme rettskildemessige vekten som uttalelser fra for eksempel EMD.

Likevel har EMD i flere avgjørelser vist en økende bruk av CPT-kilder.¹⁸ Dette tilsier at

¹⁷ Uttalt av Høyesterett i Rt. 2000 s. 996, s. 1008-1009, se også Strand, Menneskerettigheter i et nøtteskall, s. 100

¹⁸ Klausen, Den europeiske torturovervåkingsskomitéen – tilsynsmetode og rettslige betydning, særlig kapittel 4 flg.

uttalelsene likevel må tas i betraktning. Uttalelser fra komitéen har også blitt tillagt vekt i lovendringsforslag for straffeprosessloven og i avgjørelser fra Høyesterett.¹⁹

Komitéen springer ut av Europarådet, og må anses som et spesialiseringsorgan på overvåkningssiden som har legitimitet på grunnlag av oppnevningen fra Europarådet.

Samtidig er det uttalt i preamblet til konvensjonen at beskyttelsen av personer som er frihetsberøvet bør styrkes ”by non-judicial means of a preventive character”. Dette gir uttrykk for at uttalelser fra CPT likevel skal regnes mer som veiledende for medlemsstatene.

Følgelig kan det konkluderes med at uttalelser fra CPT formelt sett ikke er bindende, men Norge bør likevel opptre lojalt overfor internasjonale organer som har fått i oppgave å fremme menneskerettighetens stilling. EMD har vist til uttalelser i sine dommer, hvilket tilsier at CPT må tas i betraktning. Uttalelser fra komitéen får derfor en viss rettskildemessig vekt, men vil måtte vike ved motstrid for formelt bindende traktater og lovgivning.

Når det skal vises til den praksis som foregår i institusjonene vil den sentrale kilden være Tvangsloggene. Styrken med denne kilden er at dette er en offentlig publisert database som inneholder informasjon fra 14 forskjellige institusjoner plassert forskjellige steder i landet. Selv om dette ikke gir en fullstendig oversikt over praksis, er det tale om så mange forskjellige institusjoner at jeg anser dette som et representativt utvalg.

Ulempene med denne kilden er at det er vanskelig å føre noen etterkontroll med det arbeidet som er gjort i fremstillingen av databasen. Det foreligger en viss strid om kvaliteten på VG sitt arbeid, da enkelte kontrollkommisjoner mener at det ikke er tatt høyde for at utfyllende informasjon kan ligge i pasientjournalene.

Det vil også bli brukt rapporter fra Sivilombudsmannen. Rapportene vil bli brukt til å belyse praksis sammen med Tvangsloggene. Også disse besøksrapportene er offentlig publiserte, og Sivilombudsmannen er en kjent og pålitelig kilde. Besøkene er likevel bare foretatt i noen institusjoner, og gir heller ikke et helhetlig bilde av praksis. De fem besøkene er likevel spredt utover hele landet, og gir sammen med Tvangsloggene et godt grunnlag for å belyse praksis.

¹⁹ se for eksempel Rt. 1999 s. 1807, s. 1809 hvor det vises til uttalelser fra CPT i en sak om brev- og besøkskontroll for en drapssiktet.

3 Overordnede prinsipper

3.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er en grunnleggende norm i forvaltningsretten. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet ble i 2014 grunnlovsfestet i § 113²⁰ hvor det heter at ”*myndighetens inngrep overfor den enkelte må grunnlag i lov*”. Begrunnelsen bak prinsippet er at når det offentlige griper inn i enkeltes fysiske eller rettslige frihet blir behovet for vern av borgerne og kravet om rettsikkerhet satt på spissen.²¹

Ettersom den praksis som avdekkes i gjennom Tvangsloggene og Sivilombudsmannens besøksrapporter kan være problematisk i forhold til lovens ordlyd, er legalitetsprinsippet særlig relevant for denne oppgaven. Det vil derfor være nødvendig å avklare rekkevidden av prinsippet.

Når det gjelder inngrep etter tvangshjemlene i phvl. § 4-8 er som oftest ikke spørsmålet om det foreligger hjemmel, men om hjemmelen dekker det aktuelle tilfellet. Spørsmålet blir da hvor klar loven må være. I den forbindelse har Høyesterett uttalt i den såkalte Fjordlaksdommen at:

*”Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel, må nyanseres, blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes”.*²²

Følgelig gjelder det et relativt klarhetskrav. Dette innebærer at betenkelighetene ved å forholde seg fritt til ordlyden er større jo mer inngripende tiltak det dreier seg om.²³

Spørsmålet blir da med hvilken styrke legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8.

Det treffes avgjørelser av ulik karakter, og det finnes mange nyanser av inngrep innenfor psykisk helsevern. Legalitetsprinsippet vil derfor gjøre seg gjeldende med ulik styrke, og det må foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle av med hvilken styrke legalitetsprinsippet slår inn.

²⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov

²¹ Bernt og Rasmussen, Frihagens forvaltningsrett, s. 25

²² Rt. 1995 s. 530, s. 537.

²³ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, s. 370

Hva gjelder tiltak etter phvl. § 4-8 vil det likevel ofte treffes vedtak som kan være av en alvorlig art. Det vil også her måtte nyanseres mellom ulike grader av inngrep. For eksempel vil kortvarig fastholdelse etter phvl. § 4-8 annet ledd bokstav d nok representere et mindre tyngende inngrep enn beltelegging etter phvl. § 4-8 annet ledd bokstav a. Dette fordi det etter alt å dømme vil oppleves mer tyngende, og ramme pasienten hardere å bli lagt i belter. Det kan tenktes unntak, for eksempel hvor en pasient har blitt utsatt for fysisk mishandling og reagerer sterkt på holding. Som et generelt utgangspunkt vil likevel belter anses som mer inngripende. Inngrepenes alvorlige art taler dermed for et strengt legalitetsprinsipp.

Samtidig finnes det avgjørelser fra Høyesterett som kan tolkes slik at de gir uttrykk for at legalitetsprinsippet ikke står så sterkt på området for psykisk helsevern.

En slik sak er Rt. 1993 s. 249 som gjaldt en begjæring om utskrivning fra tvunget vern. Pasienten hadde vært tvangsinnlagt 13 ganger og ble i det aktuelle tidsrommet tvangsmedisinert. Høyesterett vurderte blant annet om behandlingsvilkåret som et alternativt tilleggsvilkår for tvunget vern også dekket tilfeller med tilbakefall.

Her uttaler retten at:

*”Muligheten for at det vil inntre et tilbakefall eller en forverring av pasientens tilstand faller ikke umiddelbart inn under en naturlig forståelse av lovens uttrykk ”utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring forspilles”.*²⁴

Spørsmålet var ikke løst i forarbeidene eller rettspraksis, men behandlingskriteriet hadde en tilnærmet lik formulering i dansk rett, som etter forarbeidene var et forbilde for de norske reglene, hvor tilbakefallstilfellene var omfattet.

Høyesterett adresserer så argumentene for og mot med at:

*”På den ene siden kan sterke reelle hensyn tale for at behandlingskriteriet bør kunne anvendes i visse tilfeller hvor det ved en eventuell utskrivning kan forventes en vesentlig forverring av pasientenes tilstand ... Men det er samtidig forbundet med prinsipielle betenkeligheter å anvende behandlingskriteriet utenfor de tilfeller som omfattes direkte av bestemmelsens ordlyd”.*²⁵

Retten konkluderte likevel med at:

”... heller ikke den norske bestemmelsen, kan være slik å forstå at man er generelt

²⁴ Rt. 1993 s. 249, s. 254

²⁵ Rt. 1993 s. 249, s. 255

*avskåret fra å anvende behandlingskriteriet for å hindre en forverring av tilstanden til en pasient som for tiden er bragt opp til sitt optimale nivå”.*²⁶

Følgelig ble de reelle hensynene tillagt avgjørende vekt, hvilket kan tale for at legalitetsprinsippet ikke står så sterkt.

Samtidig presiserer Høyesterett at ”det skal mye til” for at behandlingskriteriet kan nyttes i et slikt spørsmål. Retten mente også at betalingsvilkåret ofte ville falt inn under det nå opphevede overlastvilkåret, slik at ”behandlingskriteriets selvstendige betydning blir begrenset”.²⁷ Dette tilsier derfor at legalitetsprinsippet likevel står sterkt, og det bare i unntakstilfeller kan tenkes tilfeller som svekker prinsippets betydning.

I tillegg kan også Sårstelledommen²⁸ trekkes frem i diskusjonen rundt legalitetsprinsippets styrke. Saken gjaldt et spørsmål om et kommunalt sykehjem kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer mot en pasients vilje.

Høyesterett stadfestet at det ikke fantes uttrykkelig hjemmel i lovtekst, med flertallet (dissens 3-2) fant at flere regler sett i sammenheng utgjorde en tilstrekkelig hjemmel for å anvende tvang mot pasienten. Flertallet bygget blant annet sin begrunnelse på vilkårlæren. Følgelig kan dommen anses som et prejudikat for at legalitetsprinsippet ikke står så sterkt i helse- og omsorgssektoren.

For det første gjelder imidlertid denne saken et svært spesielt tilfelle. Avgjørelsen har også blitt sterkt kritisert for sitt innhold og sin begrunnelse i juridisk teori.²⁹ Det er derfor stor uenighet i prejudikatsverdien til avgjørelsen. På bakgrunn av dette, samt at saken gjelder et helt annet felt enn psykisk helsevern vil jeg ikke gå nærmere inn på denne avgjørelsen og den vil ikke tillegges betydning i spørsmålet her.

Spørsmålet var med hvilken styrke legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8.

²⁶ Rt. 1993 s. 249, s. 255

²⁷ Rt. 1993 s. 249, s. 256

²⁸ Rt. 2010 s. 612

²⁹ Se for eksempel Alice Kjellevoid og Henriette Sindig Aasen sin artikkel *Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt-2010-612* og Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik sin artikkel *”Huleboerdommen” (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?*

Som vist har Høyesterett avsagt avgjørelser som kan tale for at legalitetsprinsippet ikke står så sterkt innenfor psykisk helsevern. Likevel gjelder for det første ingen av sakene bruk av tvangsmidler etter § 4-8, som kan anses som et mer bastant inngrep enn inngrep etter kapittel 3. For det andre har Høyesterett selv avgrenset avgjørelsen i Rt. 1993 s. 249 til å bare gjelde i unntakstilfeller. Sårstelldommen gjelder et svært spesielt saksforhold og er sterkt kritisert. På den bakgrunn kan ikke disse avgjørelsene brukes til å kunne si på generelt grunnlag at legalitetsprinsippet står svakt innenfor psykisk helsevern.

Det avgjørende blir derfor momentene for det relative klarhetskravet som fremsatt i Fjordlaksdommen. Tvang etter phvl. § 4-8 er bastante inngrep av en alvorlig art. Å bli fratatt bevegelsesmuligheten ved å mot sin vilje bli fastspennet med belter på armer og/eller bein vil i de fleste situasjoner ramme hardt og være svært tyngende for pasienten.

For vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 vil følgelig legalitetsprinsippet som utgangspunkt slå inn med stor styrke og stille strenge krav til hjemmelens klarhet på grunn av inngrepets alvorlige art.

3.2 Rettssikkerhet som overordnet mål

3.2.1 Rettssikkerhet

Hensynet til rettssikkerhet er en grunnleggende verdi i hele det norske rettssystemet. I dette ligger det blant annet at borgere skal ha vern mot myndighetenes vilkårlige inngripen i liv og eiendom og at staten bidrar til vern mot borgernes inngrep i hverandres liv og eiendom.³⁰

Et grunnprinsipp som gjelder ved all pasientbehandling er kravet om faglig forsvarlighet. Kravet om faglig forsvarlighet er en rettslig standard som stiller krav til organisering av institusjonen, krav til helsepersonells utførelse og verdighet for pasienten. Rettssikkerheten til pasientene ivaretas når den helsehjelp som ytes er faglig forsvarlig.

I 2017 ble det gjort endringer i phvl. med den hensikt å tilføre økt grad av selvbestemmelse og rettssikkerhet.³¹ Det fremgår av formålsbestemmelsen i §1-1 første ledd at:

³⁰ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, s. 32, avsnitt 16

³¹ Lov 10. februar 2017 nr. 6 om endringer i psykisk helsevernloven

”Formålet med loven her er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med menneskerettighetene og grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper. Det er et formål med reglene å forebygge og begrense bruk av tvang”.

Videre i annet ledd heter det at:

”Helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientenes behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet”.

Endringene innebar at menneskerettighetene ble eksplisitt nevnt i første ledd, og at pasientens fysiske og psykiske integritet og selvbestemmelsesrett ble inntatt i annet ledd. Dette ble gjort for å redusere bruken av tvang.

Målet om å skape rettsikkerhet søkes oppnådd ved at bestemmelsene i phvl. setter vilkår for særlige tiltak, og ved regler om saksbehandling og kontroll.³²

Et særlig poeng hva gjelder bruk av mekaniske tvangsmidler er at man i slike situasjoner står overfor nødrettslikende situasjoner. Hva som ligger i dette skal utdypes senere i oppgaven, men det dreier seg uansett om en situasjon under tidspress. Dette tilsier at det ikke kan stilles samme krav som ellers både til saksbehandlingen og til de materielle vurderingene. Målet må likevel alltid være å oppnå den høyest mulige graden av rettsikkerhet i det enkelte tilfellet.

For å sikre dette har lovgiver blant annet inntatt § 4-2 som omhandler gjennomføringen av psykisk helsevern, og angir noen sentrale prinsipper.

3.2.2 Vern om personlig integritet

Det fremgår av § 4-2 første ledd at restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det ”strengt nødvendige”, og det skal så langt det er mulig ”tas hensyn til pasientens syn på ulike tiltak”. Videre heter det at det kan bare benyttes tiltak som ”gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket”. Er ”mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes”.

Dette gir uttrykk for prinsippene om nødvendighet, medbestemmelse og forholdsmessighet. Som en konsekvens er det ikke fritt fram for å bruke ubegrensede restriksjoner og ubegrenset tvang selv om personen er undergitt tvunget psykisk helsevern. Det må være en

³² Ot. prp. nr. 11, 1998-1999, s. 151

forholdsmessighet mellom tvangen og de behandlingsmessige mål som søkes oppnådd. Videre må integriteten og verdigheten til pasienten respekteres.³³

I relasjon til bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 setter dette overordnede prinsipper som må inngå som en del av vurderingsgrunnlaget når det skal treffes en avgjørelse om bruk av slik tvang.

3.3 Selvbestemmelse mot paternalisme

Den største verdimeslige konflikten ved anvendelse av tvang overfor psykisk syke pasienter er retten til å bestemme over seg selv og sitt liv, mot at andre griper inn i det de mener er den beste hensikt for å beskytte mot fare for skade.

I phvl. § 1-1 heter det som nevnt i punkt 3.2.1 at helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for fysisk og psykisk integritet, og så lagt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet. Det følger av forarbeidene at i respekt for fysisk og psykisk integritet ligger det et krav om at pasientenes kroppslige og psykiske grenser i størst mulig grad skal respekteres, og videre at selvbestemmelsesrett er en markering av frivillighetsprinsippet og av at bruk av tvang alltid skal være en subsidiær løsning.³⁴

Retten til å bestemme over seg selv og sitt liv anerkjennes i utgangspunktet for alle mennesker. Det gjelder ikke noe unntak fra dette selv om det er stilt en medisinsk diagnose der vedkommende vurderes til ikke å være i stand til å ta gode beslutninger.³⁵

Som det er redegjort for innledningsvis i punkt 1.1 utgjør phvl. § 4-8 en hjemmel som kan begrense den individuelle retten til selvbestemmelse. Dette betyr likevel ikke at all mulighet til innflytelse fratras. Selvbestemmelsesretten skal alltid søkes ivaretatt og pasienten skal ha rett til å både uttale seg i forkant av vedtaket, samt evaluere vedtaket i ettertid, jf. phvl. § 4-2.

På den andre siden står imidlertid paternalisme. Det er en tankegang som bygger på at folk ikke alltid vet eller forstår sitt eget beste, og at de ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser.³⁶ Da kan andre gripe inn på grunnlag av individuell eller sosial paternalisme.

³³ Ot. prp. nr. 11, (1998-1999), s. 159

³⁴ Prop. 147 L (2015-2016) s. 48

³⁵ Kjørstad og Syse, Velferdsrett II, s. 279.

Individuell paternalisme innebærer inngrep av hensyn til pasienten selv, mens sosial paternalisme er når vedkommende er til fare for andre.³⁷ Dette kan for eksempel være fare for andre pasienter eller fare for helsepersonell som jobber på avdelingen.

Hensynet til fare for skade på pasienten selv, som for eksempel selvskading, eller fare for skade på andre, som for eksempel medpasienter, taler derfor for en adgang til tvangsbruk i visse tilfeller. Også hensynet til at helsepersonell skal beskyttes mot å utsettes for fare i sitt arbeid, samt at de for eksempel i situasjoner med utagerende pasienter må ha anledning til å få kontroll på pasienten, taler for at de må kunne gripe inn med tvang der vilkårene for dette er oppfylt.

På bakgrunn av de hensyn og prinsipper som er nevnt over, kan det tas til orde for at rettsikkerhet sikres ved at disse hensynene avveies på en forsvarlig måte og i tråd med lovens regler.³⁸

³⁶ Kjørstad og Syse, Velferdsrett I, s. 34

³⁷ Kjørstad og Syse, Velferdsrett I, s. 510

³⁸ Kjørstad og Syse, Velferdsrett I, s. 73

4 Menneskerettslige forpliktelser

4.1 Sentrale menneskerettslige instrumenter

Etter de omtalte endringene i formålsparagrafen ble det i §1-1 første ledd tatt inn en uttrykkelig henvisning til menneskerettighetene. Det var ikke ment å medføre noen vesentlig innholdsmessig endring ettersom de fleste menneskerettighetene allerede er gjort til norsk lov, men skulle være en påminnelse om at menneskerettighetene gir føringer ved tolkningen av lovens bestemmelser.³⁹

Det kan skilles mellom bindende og ikke-bindende instrumenter. Hva gjelder de ikke-bindende instrumentene dreier det seg for eksempel om rekommandasjoner og prinsipper. Disse oppstiller relevante retningslinjer både for lovgivningsprosesser og for forvaltningens og domstolenes rettsanvendelse, men medfører ingen rettslige forpliktelser for myndighetene.⁴⁰

Et ikke-bindende instrument av betydning for denne avhandlingen er den europeiske konvensjon om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.⁴¹ Konvensjonen inneholder ingen materielle rettigheter, men er betydningsfull for pasienter i psykiatriske institusjoner fordi det er opprettet en egen komité, jf. art 1. Komitéens oppgave er å besøke forskjellige institusjoner i medlemslandene hvor mennesker har blitt frihetsberøvet, med mål om å beskytte disse mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Norge har fått besøk av komitéen fem ganger – i 1993, 1997, 1999, 2005 og 2011. Rapporten fra det siste besøket gir mye positiv omtale til Dikemark Sykehus. Det ble likevel funnet et tilfelle hvor en særlig utagerende pasient ble holdt i transportbelter flere timer om dagen i nesten seks måneder. Til det kommenterte komitéen at:

“The Committee encourages the Norwegian authorities to ensure that in hospitals throughout the country, means of mechanical restraint such as “transport belts” are applied

³⁹ Prop. 147 L (2015-2016), s. 48

⁴⁰ Syse, Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien, s. 333-334

⁴¹ European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 26.11.1987

*only for the shortest possible period of time and that alternative solutions for particularly difficult patients are explored”.*⁴²

Komiteén kom også med nye generelle retningslinjer for bruk av tvang i voksenpsykiatri i mars 2017.⁴³

Innledningsvis presiserer komitéen at:

”...the ultimate goal should always be to prevent the use of means of restraint by limiting as far as possible their frequency and duration”

Det anerkjennes likevel at bruk av tvang unntaksvis kan være nødvendig. Da må imidlertid vedtaket være i samsvar med ”principles of legality, proportionality and accountability”. I tillegg må vilkårene for tvangsbruken være “regulated by law”.

Andre viktige uttalelser fra komitéen er at tvang aldri skal ha et terapeutisk formål eller brukes som straff. Videre skal verdigheten til pasienten ivaretas. Tvangsbruken skal være kortest mulig og skal alltid avsluttes så snart den underliggende begrunnelsen for vedtaket opphører.

Av de rettslig bindende instrumentene er FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne⁴⁴ (heretter CRPD) fra 2006 av betydning for tvangsdiskusjonen. Norge ratifiserte konvensjonen i 2013. Konvensjonens har som formål å beskytte menneskerettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, og dette inkluderer mennesker med langvarig mental funksjonsnedsettelse, jf. art. 1.

Konvensjonen vil ikke bli brukt direkte videre i oppgaven, men trekkes frem på grunn av et økende fokus på selvbestemmelsesrett og for ”svake grupper”.⁴⁵ Det gis et sterkt vern for individets rett til selvbestemmelse, blant annet gjennom å fastslå at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal ha rettslig handleevne på lik linje med andre (art. 12). Videre skal retten til høyest oppnåelige helsestandard sikres med like god behandling som gis til andre, herunder ved at behandlingen skal skje på grunnlag av fritt og informert samtykke (art. 25 bokstav d).

⁴² Besøksrapport CPT, s. 35, avsnitt 94

⁴³ Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), 21. mars 2017

⁴⁴ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 3. desember 2006.

⁴⁵ Østenstad, Fråvær av avgjerdskompetanse som mogeleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m, s. 295

De bindende menneskerettighetsreglene med størst selvstendig betydning er inntatt i menneskerettsloven av 1999.⁴⁶ Disse er gjort direkte bindende for Norge, og skal gå foran annen lovgivning ved motstrid, jf. § 3, jf. § 2.

Av disse konvensjonene har EMK en særlig stilling. Til forskjell fra de andre konvensjonene har EMK et sterkt gjennomføringssystem. Som presentert i punkt 1.2 er dette på grunn av EMD sin omfattende praksis i individuelle klagesaker. Dette gjennomføringssystemet har gitt EMK et konkret og forpliktende innhold og har lagt grunnlaget for en dynamisk rettsutvikling.⁴⁷

For det første stiller også EMK, i likhet med det norske legalitetsprinsippet, opp et lovkrav. EMD har i den forbindelse uttalt at loven må være ”adequately accessible” og formulert med ”sufficient precision”.⁴⁸

Videre inneholder konvensjonen en rekke bestemmelser som verner blant annet retten til liv, beskyttelse mot nedverdiggende og umenneskelig behandling, retten til personlig frihet og sikkerhet og beskyttelse av retten til privatliv og familieliv.⁴⁹

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen kan prøve alle bestemmelsene i konvensjonen, men særlig de overnevnte rettighetene har en karakter som tilsier en inngående prøving.⁵⁰ Spesielt relevant for bruken av mekaniske tvangsmidler er art. 3, 5 og 8. Av disse vil i det følgende art. 3 kort omtales. Dette fordi det i neste kapittel skal trekkes frem to dommer fra EMD som begge har sitt grunnlag i denne bestemmelsen.

Av art. 3 følger det at ”ingen må blir utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”. Mens de fleste andre rettigheter i EMK åpner for inngrep, unntak og begrensninger, forbyr artikkel 3 reservasjonsløst dette.⁵¹ Spørsmålet i saker som omhandler art. 3 blir om inngrepet bygger på akseptable grunner. Hvis det kan

⁴⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁴⁷ Østenstad, Fråvær av avgjerdskompetanse som mogeleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m, s. 298

⁴⁸ Case of Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, avsnitt 49

⁴⁹ EMK art. 2, 3, 5 og 8

⁵⁰ Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, s. 115, også M.S. v. Croatia, avsnitt 139.

⁵¹ Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, s. 186

svares bekreftende på dette kan en sak som isolert sett må karakteriseres som umenneskelig likevel passere.⁵²

Hva gjelder mekaniske tvangsmidler vil som oftest spørsmålet være om pasienten er utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Hva som ligger i dette har blitt utdypet gjennom EMD sin praksis:

*”The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. In respect of a person deprived of his liberty, recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3”.*⁵³

Det avgjørende er dermed om behandlingen er egnet til å skape frykt, engstelse eller en følelse av underlegenhet som bryter med vedkommendes fysiske eller psykiske motstandskraft.⁵⁴

I det videre skal det trekkes frem to avgjørelser som begge gjaldt bruk av mekaniske tvangsmidler. Avgjørelsene skal brukes for å studere EMD sin forståelse av tvangspraksisen ved å trekke frem konkrete uttalelser fra domstolen.

4.2 Praksis fra EMD

4.2.1 Saksforholdene

Den første avgjørelsen er Bureš mot Tsjekkia fra 2013.⁵⁵ Saken gjaldt en påstand om konvensjonsstridig behandling i en avrusningsklinikk og urettmessig tilbakeholdelse i en psykiatrisk institusjon. Den fornærmede i saken var diagnostisert med en psykosisal personlighetsforstyrrelse. Mannen hadde tidligere vært behandlet frivillig i italienske psykiatriske institusjoner. I tiden saksforholdet gjelder brukte han den beroligende medisinen Akineton.

⁵² Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, s. 188

⁵³ Case of Labita v. Italy, 26772/95, 06. april 2000, avsnitt 120

⁵⁴ Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, s. 187

⁵⁵ Case of Bureš v. The Czech Republic, 37679/08, 18. januar 2013

I februar 2007 tok mannen uforvarende en overdose av medisinen. Påvirket av medisinen gikk han ut for å kjøpe mat. Mannen hadde imidlertid bare på seg en genser, og ingen bukse eller undertøy. Han ble stoppet av en politipatrulje som trodde han var narkoman, og de sendte han til en psykiatrisk institusjon. Han ble undersøkt av en lege, som ikke fant noen skader, og ble så sendt til en avrusingsavdeling. På avdelingen ble han lagt i belter flere ganger i løpet av natten. Beltene var stramme, hvilket førte til sår på hals, håndledd og ankler, samt pusteproblemer.

Noen dager senere ble mannen undersøkt av en nevrolog som konkluderte med at bruken av belter hadde ført til alvorlig muskelsvekkelse på venstre arm og moderat til alvorlig svekkelse på høyre arm. Mannen ble også tilbakeholdt på sykehuset i to måneder med tvang. EMD vurderte brudd på art. 3 for bruken av belter på avrusingsavdelingen. Her var det fremsatt krav om brudd både på de materielle vilkårene og de prosessuelle kravene i art. 3. Det var også fremsatt en påstand om brudd på art 5, men denne kunne ikke behandles av domstolen.

Den andre avgjørelsen er M.S. mot Kroatia fra 2015.⁵⁶ Saksforholdet her var at en kvinnelig pasient opprinnelig oppsøkte lege for smerter i ryggen. Etter å ha blitt undersøkt av flere spesialister på forskjellige områder ble det konstatert at kvinnen hadde en akutt psykisk lidelse, og hun ble umiddelbart innlagt på en psykiatrisk institusjon. Hun ankom avdelingen fastbundet i belteseng og hun viste tydelig motstand. Hun ble tvangsmedisinert og holdt i belter natten igjennom med sterke smerter. Videre ble kvinnen isolert på et lite rom med konstant videoovervåkning. Det ble så besluttet at kvinnen skulle holdes under psykiatrisk behandling med tvang i en måned.

EMD vurderte om dette representerte et brudd på artikkel 3 og artikkel 5 om retten til personlig frihet og sikkerhet.

I vurderingen av brudd på art. 5 dreide dette seg om hvorvidt pasienten hadde blitt ulovlig tilbakeholdt på sykehuset. Her kom EMD til at det forelå brudd på art. 5 fordi kroatisk myndigheter ikke hadde fulgt de prosessuelle kravene som var nødvendig for å holde kvinnen tilbake med tvang. Blant annet hadde ikke kvinnen fått tilstrekkelig juridisk bistand og hun hadde ikke fått mulighet til å uttale seg i saken som førte til at hun ble tvangsinnlagt. Den mest interessante vurderingen for denne oppgaven knytter seg imidlertid til spørsmålet om

⁵⁶ Case of M.S. v. Croatia, 75450/12, 19. mai 2015

brudd på art. 3 for den langvarige beltebruken. Det er derfor dette som skal behandles i det følgende.

I begge sakene ble det fremsatt krav om brudd både på de prosessuelle kravene og på de materielle vilkårene i art. 3. I det videre skal EMD sine uttalelser om de prosessuelle kravene først behandles, herunder særlig om sammenhengen mellom prosessuelle og materielle krav, før uttalelsene knyttet til de materielle vilkårene skal behandles.

4.2.2 De prosessuelle kravene og overgangen til de materielle vilkårene

I Bureš mot Tsjekkia vurderte EMD om de prosessuelle kravene i art. 3 var brutt på bakgrunn av at mannen mente at hans klage til avrusingsavdelingen ikke hadde blitt effektivt etterforsket. EMD konkluderte med at etterforskningen ikke var effektiv. Hovedgrunnen til at etterforskningen ble avsluttet var at myndighetene mente at det ikke var begått en kriminell handling. Dette var imidlertid en konklusjon som ikke var forenelig med den plikten staten hadde til å sørge for en effektiv beskyttelse av de rettighetene som følger av art. 3, særlig på grunn av at belteleggingen var en forsettlig handling som innebærer umenneskelig og nedverdiggende behandling. I tillegg hadde ikke tsjekkiske myndigheter gjort en god nok jobb med å bevise de påstandene som lå til grunn for vedtaket om beltebruk. Dermed forelå det brudd på de prosessuelle rettighetene etter art. 3.

I M.S. mot Kroatia gjaldt det prosessuelle spørsmålet et håndskrevet klagebrev som kvinnen og hennes søster hadde sendt til sykehuset. EMD uttaler at når det reises en sak om brudd på art. 3:

*“...the notion of an effective remedy entails, on the part of the State, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible”.*⁵⁷

Dette innebærer at:

“ The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident...”, hvilket er de fakta som *“... are important for establishing the circumstances of the use of force and to determine whether official responsibility is engaged”.*⁵⁸

⁵⁷ M.S. mot Kroatia, avsnitt 75

⁵⁸ M.S. mot Kroatia, avsnitt 77

I brevet ble det påstått at kvinnen hadde blitt lagt i belter uten grunn og at dette var et brudd på hennes rett til verdighet, at ingen hadde tatt hensyn til hennes ryggsmarter, ingen hadde forklart henne prosedyren og at innleggelsen var i strid med nasjonal lovgivning. Påstandene om ryggsmarter kunne underbygges av medisinsk dokumentasjon. Kvinnens klage ble imidlertid aldri behandlet av nasjonale domstoler og heller ikke videresendt til en kompetent myndighet for videre etterforskning. På denne bakgrunn hadde kroatiske myndigheter opptrådt passivt når de mottok klagen fra kvinnen, og dette representerte et brudd på de prosessuelle kravene etter art 3.

Deretter gikk EMD over til å vurdere om de materielle vilkårene i bestemmelsen var overholdt. I den vurderingen kommer sammenhengen mellom de prosessuelle og materielle vilkårene frem gjennom kravet til begrunnelse. Herunder uttaler EMD at:

*”...the use of such measures must be commensurate with adequate safeguards from any abuse, providing sufficient procedural protection, and capable of demonstrating sufficient justification that the requirements of ultimate necessity and proportionality have been complied with and that all other reasonable options failed to satisfactorily contain the risk of harm to the patient or others. It must also be shown that the coercive measure at issue was not prolonged beyond the period which was strictly necessary for that purpose”.*⁵⁹

En glidende overgang mellom prosessuelle og materielle vilkår kommer her til uttrykk gjennom kravet til begrunnelse, ved at den skal være egnet til å vise ”sufficient justification” for at de materielle vilkårene er oppfylt. I utgangspunktet er kravet til begrunnelse et prosessuelt krav. Begrunnelsen kan likevel bli avgjørende for å belyse om de materielle vilkårene er oppfylt i den konkrete saken. Det vil ofte være manglende kunnskap rundt de materielle vilkårene på grunn av sakens nødrettslikende karakter. Selve vedtaket treffes før tvangshandlingen iverksettes, men det meste av saksbehandlingen vil i praksis skje i ettertid. I slike tilfeller kan derfor begrunnelsen bli avgjørende fordi den vil utgjøre det vesentlige beviset for om de materielle kravene var tilfredsstillt på inngrepstidspunktet.

Denne sammenhengen kommer også til uttrykk i Bureš mot Tsjekkia ved at EMD uttrykker at:

”... the Court finds the record kept about the use of restraints against the applicant very rudimentary. It does not contain any information on when the restraints were first applied, merely stating that the applicant was released at 10 p.m., and that the restraints were again applied at 4.30 a.m., but not when they were removed ... The record contains no explicit

⁵⁹ M.S. mot Kroatia, avsnitt 105.

*reason for applying the restraints...There is no information about when checks were carried out”.*⁶⁰

Ettersom journalene inneholdt en så svak begrunnelse kunne ikke tsjekkiske myndigheter vise til at tvangsbruken var nødvendig og proporsjonal. Begrunnelsen ble dermed avgjørende for at staten ikke kunne bevise at de materielle vilkårene var oppfylt.

4.2.3 Materielle vilkår

I Bureš mot Tsjekkia anerkjenner EMD art. 3 som en av de mest fundamentale rettighetene, og at psykiatriske pasienter er særlig sårbare. Retten påpeker at:

*”recourse to physical force which has not been made strictly necessary by their own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention”.*⁶¹

Videre uttaler de at:

*“aggressive behaviour on the part of an intoxicated individual may require recourse to the use of restraining belts, provided of course that checks are periodically carried out on the welfare of the immobilised individual. The application of such restraints must, however, be necessary under the circumstances and its length must not be excessive”.*⁶²

Når det gjelder pasienter i psykiatriske institusjoner uttales det at det må kreves en særlig årvåkenhet i vurderingen av om konvensjonen overholdes og retten må være overbevist om at tiltaket er medisinsk nødvendig. Det avgjørende er at:

*“physical restraints can be used only exceptionally, as a matter of last resort and when their application is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others”.*⁶³

Det samme sitatet er gjengitt i M.S. mot Kroatia i avsnitt 104. Sitatet i punkt. 4.2.2 som viser en glidende overgang mellom det prosessuelle og det materielle, viser også at EMD stiller strenge krav for de materielle vilkårene. Her kommer det frem at det kreves absolutt nødvendighet, proporsjonalitet og at bruken av slik tvang skal være den siste utvei og den eneste løsningen på situasjonen. I tillegg skal ikke tidsperioden for tvangsbruken strekkes lengre enn det som er absolutt nødvendig.

⁶⁰ Bures mot Tsjekkia, avsnitt 104

⁶¹ Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 86.

⁶² Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 86.

⁶³ Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 95.

I begge sakene konkluderte EMD med at det forelå brudd også på de materielle vilkårene i art. 3. I Bureš mot Tsjekkia kunne ikke tsjekkiske myndigheter vise til at tvangsbruken var nødvendig og proporsjonal, mindre inngripende midler var ikke forsøkt og det kunne ikke bevises at pasienten hadde utgjort en fare for seg selv eller andre i en slik grad at det rettferdiggjorde beltleggingen. Følgelig forelå det brudd på de materielle vilkårene i art. 3.

I M.S. mot Kroatia fant EMD også at myndighetene ikke kunne bevise at tvangsbruken var nødvendig og proporsjonal. Heller ikke her var det vist til at lempeligere midler ble forsøkt, slik at tvangsbruken ikke fremsto som en siste utvei. Det var også knyttet usikkerhet til rundt hvorvidt pasienten utgjorde en nærliggende fare for seg selv eller andre. I tillegg tok ikke personalet på sykehuset tilstrekkelig hensyn til ryggsmertene kvinnen fortalte om. Domstolen konkluderte med at det ikke var grunnlag for å holde kvinnen i belter over den lange tidsperioden, og derfor forelå det også brudd på de materielle vilkårene i art. 3.

4.3 EMD sin tolkningsstandard

På bakgrunn av to de omtalte avgjørelsene kommer det frem at EMD stiller strenge krav til nødvendighet og proporsjonalitet. Tvang skal bare brukes unntaksvis, som en siste utvei og når det er det eneste middelet som kan avverge en umiddelbar eller nærliggende fare for skade på pasienten eller andre.

I begge sakene ble det konstatert krenkelse på art. 3 i konvensjonen fordi statene ikke kunne begrunne bruken av tvang i tilstrekkelig grad. Dette viser at det er en glidende overgang mellom materielle og prosessuelle krav.

Domstolen har likevel anerkjent at bruk av belter i visse tilfeller kan være nødvendig, jf. avsnitt 86 i Bureš mot Tsjekkia som sitert over. Derfor skal det en viss alvorlighetsgrad til for å nå opp til terskelen for brudd på art. 3. EMD har likevel i begge disse sakene vurdert at middelet som ble brukt ikke sto i forhold til det målet som søktes oppnådd, hvilket taler for en streng standard. Dette setter rammene for tolkningen av det norske regelverket, på den måten at det innsnevrer handlingsrommet for lovgiver og rettsanvendere i tolkningen av phvl. § 4-8.

5 Gjeldende rett etter phvl. § 4-8

5.1 Kort historisk oversikt

For å få en bedre forståelse av hvorfor dagens tvangsregler er utformet som de er, er det relevant å se kort på den historiske utviklingen til psykisk helsevernloven.

I 1848 kom den første loven som inneholdt en egen regulering av tvangsvernet, basert på et utkast fra legen Hermann Wedel Major. Loven av 17. august 1848 om Sindsyges Behandling og Forpleining, er en viktig merkestein i norsk sosialhistorie på grunn av sine moderne og humane prinsipper.⁶⁴

Det ble innført en egen bestemmelse om human behandling, hvilket innebar at isolasjon og bruk av mekaniske tvangsmidler bare skulle brukes i kortere perioder og når dette var uunngåelig nødvendig.⁶⁵

Kontrollkommisjoner ble også opprettet. Det ble påkrevd at det skulle føres en behandlingsprotokoll, hvor bruk av isolasjon og mekaniske tvangsmidler skulle nedtegnes sammen med grunnen til anvendelsen av tiltaket. Dette innebar en styrking av pasientenes rettssikkerhet ettersom det nå skulle føres tilsyn med bruken av tvang.

Sinnsykeloven av 1848 var en framsynt lov som oppstilte visse rettssikkerhetsgarantier for pasienten.⁶⁶ Med noen endringer var loven gjeldende frem til lov om psykisk helsevern kom i 1961.⁶⁷

Det nye med loven av 1961 i relasjon til mekaniske tvangsmidler var at det ble innført klarere tvangshjemler angående bruken av – og begrensninger i bruken av – tvangsmidler.⁶⁸ Dermed ble rettssikkerheten noe mer styrket med innføringen av denne loven. Reglene for bruk av tvangsmidler var ikke direkte inntatt i loven, men ble regulert i en forskrift fra 1977.

⁶⁴ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 20

⁶⁵ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 20

⁶⁶ Kjønstad og Syse, Velferdsrett I, s. 496

⁶⁷ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 20.

⁶⁸ Kjønstad og Syse, Velferdsrett I, s. 496

Den gjeldende loven for regulering av pasienter i psykiatrien er lov om psykisk helsevern fra 1999. Den nye loven ble gjort mer omfattende og detaljert, blant annet ved at adgangen til å bruke tvangsmidler ble tatt direkte inn i loven.⁶⁹

Loven gjennomgikk en lovrevisjon i 2006 som resulterte i en nærmest full nyredigering av loven, men uten å innføre nye materielle bestemmelser. Før revisjonen fantes det 12 forskrifter til loven, men disse ble samlet i én forskrift – psykisk helsevernforskriften. Forskriften inneholder nå bestemmelser for tvangsmidler i §§ 24-26.

Pasientens rett til selvbestemmelse og rettsikkerhet har stadig blitt mer fremtredende, og i 2011 fremla et lovutvalg forslag til endringer i *NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern*. Mandatet la opp til en gjennomgang av etiske, faglige og rettslige sider av alle deler av psykisk helsevernloven og praksis.⁷⁰ En av de endringene som har betydning i relasjon til bruk av mekaniske tvangsmidler er at det i 2017 ble innført et krav om ettersamtale i § 4-2. Det heter nå i bestemmelsens tredje ledd at pasienten skal tilbys minst én samtale om hvordan vedkommende opplevde tvangsbruken.

Den historiske utviklingen til lovverket viser at etter den første reguleringen av tvangsvernet i sinnssykeloven fra 1848, har det i de senere lovene gradvis blitt innført klarere og strengere tvangshjemler. Følgelig har rettsikkerhet og retten til selvbestemmelse også gradvis blitt styrket gjennom endringer i lovverket.

5.2 Innledningsvis om vilkårene i phvl. § 4-8

Hva gjelder vilkårene for bruk av tvang etter phvl. § 4-8 kan det skilles mellom personelle, materielle og prosessuelle vilkår. Tradisjonelt ville vilkårene blitt drøftet i den rekkefølgen. I denne avhandlingen ønsker imidlertid jeg å legge hovedtyngden på de materielle vilkårene. Derfor vil de personelle og prosessuelle vilkårene først redegjøres for i punkt 5.3, før de materielle vilkårene vil drøftes inngående i punkt 5.4.

⁶⁹ NOU 2011:9, s. 83

⁷⁰ NOU 2011:9, s. 12

5.3 Den personelle og prosessuelle kompetansen

5.3.1 Personell kompetanse

Personell kompetanse handler om hvem som har rett til å utøve myndighet. Den personelle kompetansen etter phvl. § 4-8 fremgår av bestemmelsens femte ledd. Her heter det at vedtak må fattes av den ”faglig ansvarlige”, dersom ikke annet er fastsatt i forskrift.

Hvem som er den ”faglig ansvarlige” er legaldefinert i phvl. § 1-4. Her fremgår det at dette er en lege med spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning som fastsatt i forskrift. Den ansvarlige vil i praksis som oftest være avdelingsoverlegen. Ved bruk av tvangsmedisinering skal vedtaket treffes av lege.

For bruk av mekaniske tvangsmidler i form av belter og remmer er det et unntak fra denne hovedregelen i psykisk helsevernloven § 25. Her heter det at dersom en ”akutt nødsituasjon” gjør at umiddelbar kontakt med den faglige ansvarlige ”ikke er mulig”, kan den ansvarshavende ved avdelingen fatte vedtak om bruk av mekaniske tvangsmidler. Da skal den faglige ansvarlige ”så snart som mulig” underrettes.

I Sivilombudsmannens besøksrapport fra Universitetssykehuset Nord-Norge⁷¹, ble det avdekket et tilfelle hvor en pasient hadde vært beltelagt i tilsammen 25,5 timer. Vedtaket ble først fattet dagen etter belteleggingen. I rapporten påpekes det at ”det vekker sterk bekymring at en pasient beltelegges uten at vedtak om tvangsbruk fattes, og ytterligere bekymring at ansvarlig lege utsetter vurderingen og dermed forlenger ulovlig bruk av tvangsmidler”.⁷²

Unntaket fra hovedregelen om personell kompetanse er altså at dersom det oppstår en situasjon hvor den faglig ansvarlige ikke er til stede, kan det likevel treffes vedtak. Da skal imidlertid den faglige ansvarlige underrettes uten ugrunnet opphold. Dette er for å ivareta den personelle kompetansen og for at institusjonen skal ha oversikt over tvangsbruken, men også for at den faglige ansvarlige kan nedtegne et vedtak slik at saksbehandlingskrav og pasientens klagerett ivaretas. Dermed har dette også en side til de prosessuelle kravene.

⁷¹ Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, 26-28 april 2016

⁷² Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, s. 25

5.3.2 Prosessuelle krav

De prosessuelle kravene omhandler regler for hvordan, eller etter hvilken fremgangsmåte, man kan bruke den rettslige kompetansen. Dette omfatter regler om saksbehandling og kontroll. Klageadgangen er en sentral del av disse reglene.

Vedtak skal nedtegnes uten opphold, jf. phvl. § 4-8 femte ledd andre setning. Klager på vedtak skal fremsettes av pasienten selv eller hans eller hennes nærmeste pårørende til kontrollkommissjonen, jf. phvl. § 4-8 femte ledd tredje setning. Kontrollkommissjonen behandler så klagen, jf. phvl. § 6-1, med særlig saksbehandlingsregler i phvl. § 6-4. Adgangen til domstolsprøving følger av phvl. § 7-1.

Av den siste rapporten fra Helsedirektoratet fremgår det at kontrollkommissjonene behandler få klager på bruk av skjerming og mekaniske tvangsmidler. I 2015 ble det behandlet 71 klager på bruk av mekaniske tvangsmidler, og av disse fikk 10 medhold.⁷³ Videre fremgår det av rapporten at antall klager på bruk av mekaniske tvangsmidler har siden 2008 vært enda lavere, med unntak av 2009 hvor antall klager var betydelig høyere enn andre år. Bortsett fra 2009 har antall klager siden 2008 vært mellom 37 og 71.⁷⁴

At det fremsettes så få klager på bruk av mekaniske tvangsmidler viser at det foreligger lite ekstern kontroll. Selv om det finnes en formell klageadgang, synes den ikke å ha stor betydning i praksis. Dette kan være med på å svekke rettssikkerheten til pasientene dersom dette medfører at tvangsbruken ikke kontrolleres. Spørsmålet blir så hva som er årsaken til mangelen på klager. Hvis det er mangel på informasjon og kunnskap om klagerettigheter, eller at pasienter føler at det ikke er vits i å klage, utgjør dette en stor trussel for rettssikkerheten.⁷⁵

I VG sin fremstilling av Tvangsloggene, ble det vist at i 2014 ble pasienter lagt i belter 3789 ganger, men bare 2802 av disse ble rapportert til helsemyndighetene.⁷⁶ Det vil si at nesten hver fjerde gang mekaniske tvangsmidler ble bruk ble dette ikke rapportert inn. På St. Olavs

⁷³ Helsedirektoratet, Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern i 2015, s. 6

⁷⁴ Se tabell i Helsedirektoratet, Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern i 2015, s. 30

⁷⁵ Se også M.S. mot Kroatia avsnitt 76 hvor det uttales at "the authorities must take into account the particular vulnerable situation of victims and the fact that people who have been subjected to serious ill-treatment will often be less ready or willing to make a complaint".

⁷⁶ Tvangsloggene, Vet ikke hvor mange som legges i belter: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/vet-ikke-hvor-mange-som-legges-i-belter/a/23665230/> (sist sjekket 09.12.17)

hospital i Trondheim ble ni av ti vedtak aldri rapportert.⁷⁷ Videre ble det avdekket at i 97 av de gjennomgåtte protokollene fremkom det ikke når belteleggingen opphørte og i 69 tilfeller var det ikke nedtegnet noen forklaring på hvorfor belter ble brukt.

Også i besøksrapportene fra Sivilombudsmannen ble det avdekket mangler i tvangsprotokollene. I rapporten fra Diakonhjemmet⁷⁸ fra 2015 ble det funnet at ”tvangsprotokollene fremstod i hovedsak som ryddige, men ... noen innlegg manglet opplysninger”.⁷⁹ I rapporten fra Sykehuset Telemark⁸⁰ ble det også funnet ufullstendige og lite konkrete opplysninger i protokollene.⁸¹

I besøksrapporten fra Universitetssykehuset Nord-Norge ble det vist til at ”kontrollkommisjonen har påpekt at sykehuset så ut til å mangle trygge rutiner ved føring i tvangsprotokoll”.⁸² Det ble funnet løse ark i protokollen og at protokollene manglet signatur. Noen av vedtakene ble ikke ført i protokollene, kun i det elektriske journalsystemet (DIPS). Dermed måtte kontrollkommisjonen sjekke både protokollene og DIPS for å sikre seg en oversikt over vedtakene.

Disse funnene viser mangler i de prosessuelle kravene. Lite fullstendig nedtegning av vedtak og manglende opplysninger svekker etterprøvbareheten av vedtakene og vanskeliggjør klagemuligheten for pasienten.

Dette markerer også sammenhengen mellom prosessuelle og materielle vilkår, som redegjort for i punkt 4.2, særlig punkt 4.2.2. De ufullstendige og manglene opplysningene i tvangsprotokoller som både VG og Sivilombudsmannen har avdekket, kan føre til at også materielle vilkår ikke kan bevises oppfylt.

5.4 Materielle vilkår

5.4.1 Innledningsvis om de materielle vilkårene i phvl. § 4-8

⁷⁷ Tvangsloggene, vet ikke hvor mange som legges i belter: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/vet-ikke-hvor-mange-som-legges-i-belter/a/23665230/> (sist sjekket 09.12.17)

⁷⁸ Besøksrapport Diakonhjemmet Sykehus, 24-27 februar 2015

⁷⁹ Besøksrapport Diakonhjemmet, s. 14

⁸⁰ Besøksrapport Sykehuset Telemark, 8-10 april 2015

⁸¹ Besøksrapport Sykehuset Telemark, s. 18

⁸² Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, s. 29

Det heter i § 4-8 at tvangsmidler bare kan brukes når dette er ”uomgjengelig nødvendig” for å “hindre ham i å skade seg selv eller andre”, eller for å ”avverge betydelig skade” på bygninger, klær, inventar eller andre ting. Tvangsmidler skal bare brukes når lempeligere midler har vist seg å være ”åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige”.

De overordnede spørsmålene knyttet til de materielle vilkårene i phvl. § 4-8 er hvilken terskel lovteksten stiller og i hvilke situasjoner tvangsmidler kan benyttes.

5.4.2 Uomgjengelig nødvendig

Det første spørsmålet blir hvor langt terskelen i vilkåret ”uomgjengelig nødvendig” rekker.

Ordlyden av ”uomgjengelig nødvendig” tilsier en høy terskel og at det ikke må finnes noen vei utenom å anvende tvangsbruken.

Det følger av forarbeidene til loven at det må dreie seg om ”nødrettsliknende tilfeller” der pasienten har en utagerende og ukontrollert atferd.⁸³

Spørsmålet blir så hva som utgjør et ”nødrettsliknende tilfelle”.

Nødrett er i utgangspunktet en straffrihetsgrunn som reguleres av straffeloven § 17. Vilkaaret er da at det en ellers straffbar handling er lovlig hvis den blir gjort for å ”redde liv, helse, eiendom eller annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte” og der ”denne skaderisikoen er langt større en skaderisikoen ved handlingen”. Som nevnt innledningsvis i oppgaven i punkt 1.2 kan nødrett i seg selv utgjøre en hjemmel for tvangsbruk, men dette faller utenfor oppgaven.

Hva som er nødrettsliknende kan da forstås på forskjellige måter. En nødrettsliknende situasjon tolkes som en situasjon som ikke er omfattet av nødrettshjemmelen, men som er av en sammenliknende art. Da kan det oppstå spørsmål om terskelen for å anvende tvangsmidler etter phvl. § 4-8 er lavere enn for å anvende nødrett etter strl. § 17.

Jeg tolker imidlertid bestemmelsen i phvl. § 4-8 som en omskrivning av prinsippet om nødrett, slik at terskelen blir tilsvarende høy. Dette fordi vilkårene for å anvende nødrett etter strl. § 17 og tvang etter phvl. § 4-8 i stor grad er sammenfallende. Formålet med begge

⁸³ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 163

reglene er å beskytte liv, helse eller eiendom fra skade. For begge bestemmelsene kreves det også at situasjonen ikke kan løses på andre måter og at handlingen er proporsjonal.

Situasjonen der belter blir brukt blir også omtalt som en ”emergency situation”⁸⁴ av Torturkomitéen, hvilket ytterligere taler for at tvangsreglene er en omskriving av nødrettsreglene.

En høy terskel er i samsvar med den standard som følger av menneskerettighetene. Det er gjengitt både i Bureš mot Tsjekkia og M.S. mot Kroatia at tvangs bare skal anvendes ”...as a matter of last resort”.⁸⁵ Det presiseres også av EMD at ”the requirements of ultimate necessity and proportionality”⁸⁶ må sikres. En streng tolkning av vilkåret er også i samsvar med de nye retningslinjene til Torturkomitéen hvor de uttaler at det overordnede målet alltid skal være å unngå tvangsbruk, både i omfang og tidsbruk.⁸⁷

Også hensynet til pasientens personlige integritet taler for en streng tolkning. Som det følger av § 4-2 skal tvang innskrenkes til det ”strengt nødvendige”. Et tvangsinngrep med mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 er et sterkt inngrep mot personer i en sårbar situasjon, og skal dermed bare benyttes når det er forholdsmessig og nødvendig. I juridisk teori omtales bruk av mekaniske tvangsmidler som ”ekstraordinære tiltak”.⁸⁸

Likevel skal ikke terskelen tolkes så høyt at den i praksis ikke blir anvendbar. Det anerkjennes at i noen tilfeller kan tvang være omsorg, og nødvendig for å takle en ellers uhåndterbar situasjon.⁸⁹ En paternalistisk tankegang med beskyttelse av pasienten selv, andre pasienter eller helsepersonell tilsier at terskelen ikke kan være for høy. Det avgjørende blir uansett at hvis tvang skal benyttes gjør minste inngreps prinsipp seg gjeldende.

Følgelig blir svaret at terskelen i vilkåret ”uomgjengelig nødvendig” skal forstås strengt. Det skal være tale om et unntakstilfelle hvor det ikke finnes andre muligheter enn å anvende tvang.

⁸⁴ Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), 21. mars 2017, punkt 1.4.

⁸⁵ M.S mot Kroatia, avsnitt 104 og Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 95

⁸⁶ M.S mot Kroatia, avsnitt 105

⁸⁷ Se presis gjengivelse i punkt 4.1

⁸⁸ Syse, Psykisk helsevernloven med kommentarer, s. 220

⁸⁹ Se Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 86

5.4.3 Skadevilkåret

Det neste spørsmålet blir så hva som ligger i vilkårene ”hindre ham i å skade seg selv eller andre” og å ”avverge en betydelig skade” på bygninger, klær, inventar eller andre ting.

En viktig bemerkning er at loven benytter begrepene ”hindre” og ”avverge”, hvilket gir uttrykk for at bruk av tvangsmidler også er berettiget i situasjoner hvor det foreligger fare for skade. Det er ikke meningen at iverksettelsen av tvangstiltak må utsettes til noen eller noe blir skadet.⁹⁰

Ordlyden av ”skade seg selv eller andre” tilsier at pasienten fysisk må forsøke å utføre en handling med en negativ medisinsk konsekvens for seg selv eller andre.

Det må likevel være en viss terskel her, slik at dersom pasienten for eksempel svakt dytter til en ansatt, vil ikke dette kunne anses for å være en vesentlig fare for skade som berettiger tvangsbruk. Hvis pasienten derimot går til angrep på en ansatt ved å slå og sparke aggressivt, vil dette kunne representere en situasjon som når opp til terskelen. Det er likevel ingen standard på hvilke situasjoner som er alvorlig nok, og dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Videre kan også ”betydelig skade” på materielle gjenstander berettige bruk av tvangsmidler.

Ordlyden av ”betydelig skade” tilsier en høyere terskel, jf. ”betydelig”. Det skal dermed mer til for å begrunne tvangsbruk ved skade på materielle ting enn for personskader. Dette fordi konsekvensene ved skade på person kan bli mye alvorligere enn ved materielle skader.

Følgelig avgrenses det mot skader av en mer bagatellmessig art. Dersom pasienten for eksempel river ned bøker fra en bokhylle eller dytter til et bord så det faller over ende, vil nok ikke dette nå opp til terskelen i ”betydelig”. Hvis pasienten imidlertid prøver å rive ned en vask eller prøver å knuse et vindu kan dette kanskje være ”betydelig” skade. Også her må det vurderes konkret i hver sak om det er fare for en skade som er så alvorlig at den rekker opp til terskelen.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

5.4.4 Lempeligere midler

Til slutt er det også et krav at mekaniske tvangsmidler bare kan anvendes der lempeligere midler har vist seg å være ”åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige”.

Spørsmålet blir hva som utgjør et ”åpenbart forgjeves eller utilstrekkelig” forsøk.

Ordlyden av ”åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige” tilsier at det må foreligge ingen eller svært liten tvil om at mindre inngripende tiltak ikke kan løse situasjonen. Terskelen er høy, jf. ”åpenbart”. Vilkåret krever at mindre inngripende midler har vært prøvd eller vurdert, uten å klare å løse situasjonen.

I forarbeidene blir det vist til at skjerming i phvl. § 4-3 regnes som et mindre inngripende tiltak enn tvangsmidler etter phvl. § 4-8.⁹¹ Også kortvarig fastholding etter phvl. § 4-8 annet ledd bokstav d kan etter omstendighetene benyttes som et lempeligere middel enn bruk av mekaniske tvangsmidler etter bokstav a.

I prosjektet fra Lovisenberg sykehus, som introdusert i punkt 1.2, var kortvarig fastholdelse ett av tiltakene som ble iverksatt for å unngå bruk av mekaniske tvangsmidler. Under fastholdingen forsøkte personalet å ha en løsningsorientert dialog med pasienten. Sykehuset viser til at i gjennomsnitt varte fastholdingen åtte minutter for kvinner og 13 minutter for menn. Det blir så vist til en tidligere foretatt undersøkelse som viser at medianen for liggetid i belter er 5,6 timer.⁹² Bruk av kortvarig fastholding var følgelig en av faktorene som bidro til en reduksjon av tvangen på 85% for Lovisenberg, og illustrer betydningen og den mulige effekten av å forsøke et lempeligere middel.

Kravet om at lempeligere midler skal forsøkes presiseres også av EMD i begge de to dommene som ble gjennomgått i punkt 4.2.

Kombinasjonen med å bruke terskelen uomgjengelig nødvendig og ved å kreve at lempeligere midler skal ha vært forsøkt, viser at bruk av mekaniske tvangsmidler er forbeholdt helt ekstreme og på andre måter uhåndterlige situasjoner for å beskytte mot skade.⁹³

⁹¹ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

⁹² Sykepleien, Bruker mindre tvang: <https://sykepleien.no/forskning/2016/03/reduksjon-av-tvangsmidler> (sist sjekket 09.12.17)

⁹³ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

Gjennom Tvangsloggene avslørte imidlertid VG at 13 protokoller viste at pasienter ble beltelagt som et preventivt tiltak. Rene preventive tiltak hvor man ikke har noen indikatorer på at pasienten kan utagere i nærmeste fremtid er klart ikke tiltatt etter loven da man ikke står overfor en situasjon med fare for skade. For eksempel ble det også i Tvangsloggene vist til at transportbelter noen ganger ble brukt under lufting fordi de ansatte var redd for at pasienten skulle rømme. Dette er det heller ikke hjemmel for i loven ettersom en generell redsel for rømming ikke representerer noen aktiv faresituasjon.

Spørsmålet om belter kan brukes forebyggende kommer imidlertid på spissen der pasienten oppfattes til å ha en truende adferd som kan være et forvarsel om at noe mer alvorlig er under utvikling.

5.5 Mekaniske tvangsmidler som preventivt tiltak

Mer presist er spørsmålet hvilke situasjoner som er av en slik art at det blir nødvendig å bruke mekaniske tvangsmidler for å hindre eller avverge skade – altså hvor nærliggende må faren være.

Som vist i punkt 5.4.3 er det et vilkår i loven at tvangsbruken skal ”hindre” eller ”avverge” skade. Det kreves ikke at man venter til skaden har skjedd, men det må være tale om en situasjon hvor skaden er påbegynt eller nært forestående.

I utgangspunktet må det en fysisk handling til før det er tale om fare for skade. En verbal ytring isolert sett kan ikke føre til skade. En verbal ytring i kombinasjon med en påbegynnende fysisk handling kan imidlertid føre til skade. Hvis en pasient for eksempel skriker til en ansatt at han eller hun skal drepe vedkommende i kombinasjon med at pasienten ser ut til å ville storme mot den ansatte kan dette være en situasjon som indikerer at skade kan oppstå.

En av utfordringene i en situasjon hvor skadebegrepet ikke klart er innfridd er at personalets opplevelse av hva som er en trussel ofte vil være subjektivt. Noen vil føle seg truet av verbale ytringer fra pasienten, mens andre ikke føler seg truet før pasienten går til fysisk angrep. Vurderingen av om det foreligger en fare som berettiger bruk av tvangsmidler må imidlertid

være objektiv.⁹⁴ Det må dermed foretas en konkret vurdering av om situasjonen er av en slik karakter at man på et mer generelt grunnlag kan si at det foreligger en reell fare.⁹⁵

I vilkåret “uomgjengelig nødvendig” ligger det som vist over at det må dreie seg om en nødrettslignende situasjon. Dette tilsier at situasjonen må ha utviklet seg langt før mekaniske tvangsmidler kan tas i bruk. Også i kombinasjon med at lempeligere midler må forsøkes, tilsier dette at adgangen til å bruke belter og remmer som et preventivt tiltak er svært snever.

De menneskerettslige forpliktelsene trekker også i samme retning. Som vist setter EMDs tolkning en streng standard for bruk av tvang, hvilket taler for at det må være klare indikasjoner på at pasienten er i ferd med å utføre skade før mekaniske tvangsmidler kan benyttes.

Et særlig spørsmål kan likevel oppstå for eksempel i et tilfelle hvor personalet kjenner en pasient og kan lese når en alvorlig situasjon er under utvikling. Spørsmålet blir om det i en slik situasjon kan være grunnlag for å gripe inn på et tidligere tidspunkt.

Slike situasjoner med repeterende atferd er en kjent problemstilling i behandling av psykisk utviklingshemmede etter helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9. I et rundskriv om rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming fra 2015 har Helsedirektoratet uttalt at:

*”Enkelte personer har atferdsmønstre som for eksempel innledes med intens rastløshet som går over i verbal utagering, for å ende med selvskading eller fysisk angrep på andre. Slike mønstre kan gjøre det mulig for tjenesteyterne å forutse at fare vil oppstå. Ofte kan slike forløp avbrytes med relativt milde metoder før faresituasjonen blir akutt. Når akutt fare har oppstått, er det vanskeligere å ha kontroll på graden av inngrep, og det må ofte brukes mer inngripende tiltak enn om intervensjonen kom tidligere i hendelsesforløpet. Utviser tjenestemottakeren atferd som tjenesteyterne av erfaring vet at raskt leder til situasjoner med fare for vesentlig skade, vil dette i seg selv kunne anses som en nødsituasjon”.*⁹⁶

Denne uttalelsen viser at det under omstendighetene kan være grunnlag for å gripe inn på et tidligere tidspunkt i situasjoner hvor personalet har kjennskap til en pasient med psykisk utviklingshemming. Dette har overføringsverdi til behandling i psykiatrien da de samme hensyn gjør seg gjeldende. Som det fremgår av phvl. § 1-1 er formålet med reglene å begrense bruken av tvang. Hvis personalet har kjennskap til en pasient og på den måten kan gripe inn

⁹⁴ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

⁹⁵ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

⁹⁶ Helsedirektoratet, Rundskriv IS-10/2015, s. 85

før situasjonen når et kritisk punkt, kan dette medføre et lempeligere midler enn hva som ellers hadde blitt nødvendig kan benyttes. Dermed kan dette være i tråd med minste inngreps prinsipp, samt gi et bedre vern for pasientens personlige integritet.

Likevel må det kreves konkrete holdepunkter for at en situasjon kan eskalere før det kan gripes inn tidligere på grunnlag av kjennskap til pasienten. Videre er bruk av mekaniske tvangsmidler generelt sett å anse som et svært inngripende tvangsmiddel. Hvis formålet med å gripe inn på et tidligere tidspunkt er å begrense bruken av tvang, kan for eksempel kortvarig fastholdelse være et mer praktisk eksempel på et tvangsmiddel som kan benyttes i en slik situasjon. Det kan likevel tenkes at mekaniske tvangsmidler kan være aktuelt, for eksempel hvor kortvarig fastholdelse vil være mer traumatisk for en pasient på grunn av tidligere misbruk, eller hvor det basert på konkret kunnskap er åpenbart at lempeligere midler ikke vil løse krisen som er under utvikling.

Svaret blir dermed at det kan være grunnlag for å gripe inn på et tidligere tidspunkt i en situasjon hvor personalet har særlig kjennskap til en pasient, men terskelen er fortsatt streng for å unngå unødig bruk av tvang.

Det kan ikke trekkes noen klar grense mellom hvilke situasjoner som er under en slik utvikling at mekaniske tvangsmidler kan berettiges og de som ikke er det. Slik som lovteksten er utformet må det likevel kunne sies å være en svært snever adgang til å bruke mekaniske tvangsmidler som forebyggende tiltak. Adgangen må være snever fordi unødig preventiv tvangsbruk vil innebære at tvang kan bli anvendt i en situasjon som aldri eskalerer, slik at tvangsbruken kunne vært unngått. I særlige situasjoner, som for eksempel hvor personalet kjenner en pasient og vedkommendes handlingsmønster, kan det under omstendighetene være grunnlag for å gripe inn på et tidligere tidspunkt.

5.6 Samtykke som grunnlag for tvang

VG publiserte også protokoller som viste at 20 pasienter ble lagt i belter fordi de ønsket det selv. I saken fra Sivilombudsmannens rapport fra Universitetssykehuset Nord-Norge som er omtalt i punkt 5.3.1, fremgikk det av pasientjournalen at belteleggingen ble iverksatt etter at

pasienten fikk tilbud om dette. Sivilombudsmannen påpeker at det gir ”grunn til bekymring at det ble funnet flere tilfeller av beltelegginger som var bestemt på forhånd”.⁹⁷

Spørsmålet er om samtykke fra pasienten kan tjene som grunnlag for bruk av mekaniske tvangsmidler.

Lovens ordlyd taler mot et slikt grunnlag fordi man ved samtykke ikke står overfor en nødsituasjon hvor bruk av tvang er nødvendig for å hindre skade. Dette får støtte av jurist Marius Storvik i kommentarer til Tvangsloggene hvor det uttales ”at en pasient selv ønsker å ligge i belteseng er ikke en nødrettslig god nok begrunnelse”.⁹⁸ Lovteksten forbeholder dermed bruken av tvang med hjemmel i loven til nødsituasjoner med fare for skade.

Spørsmålet blir så om loven er uttømmende, eller om samtykke kan benyttes som et alternativt grunnlag for tvang.

En forutsetning for behandling av spørsmålet er naturligvis at vedkommende er samtykkekompetent. Dette forutsettes i det videre.

I utgangspunktet følger det av legalitetsprinsippet at inngrep krever hjemmel i lov.

Tradisjonelt sett er bruk av mekaniske tvangsmidler ansett som inngrep, men ved samtykke fra pasienten kan det være mulig å anse dette om frivillig bruk av tvang og følgelig heller ikke et inngrep. Da vil ikke skrankene som følger av legalitetsprinsippet gjøre seg gjeldende.

Forarbeidene tar ikke opp spørsmålet, og det er uenighet i juridiske publikasjoner om hvorvidt samtykke kan tjene som grunnlag.

Torturkomitéen uttalte i de reviderte retningslinjene for tvang i voksenpsykiatrien at:

*”Patients may sometimes ask to be subjected to means of restraint. In most cases, such requests for “care” suggest that the patients’ needs are not being met and that other therapeutic measures should be explored. If a patient is nevertheless subjected to any form of restraint at his/her own request, the restraint measure should be terminated as soon as the patient asks to be released”.*⁹⁹

Her synes Torturkomitéen å åpne for at tvang på bakgrunn av samtykke kan godtas. Som drøftet i kapittel 2 er disse uttalelsene ikke formelt rettslig bindende, og må vike i tilfelle

⁹⁷ Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, s. 25

⁹⁸ Tvangsloggene, Protokollene, under kategori ”frivillig”:

<https://www.vg.no/spesial/2016/tvangsprotokollene/database/> (sist sjekket 06.12.17)

⁹⁹ Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), punkt 5.

motstrid med annen bindende lovgiving. Uttalelsene skal likevel ha en viss vekt i vurderingen.

Videre har Aslak Syse i kommentarer til phvl. om beltebruk på bakgrunn av samtykke uttalt at:

*”Så lenge det er klargjort at vedkommende når som helst, etter egen begjæring, kan løses fra disse, vil det være mulig å se dette som frivillig bruk av tvangsmiddel, og derved ikke regulert av psykisk helsevernloven. Dersom imidlertid ansatte anmoder vedkommende om å avfinne seg med reimbruk på grunn av urolighet, er dette utvilsomt tvangsbruk selv om vedkommende samtykker i dette”.*¹⁰⁰

På den andre siden har helsedirektoratet nylig uttalt i en lovfortolkning at:

*”Tvangsmidler kan **ikke** iverksettes på grunnlag av pasientens samtykke alene, for eksempel fordi pasienten er redd for at han/hun vil utagere: Vilkårene i psykisk helsevernloven § 4-8 må alltid være oppfylt og det må alltid fattes formelt vedtak selv om pasienten ber om eller ”samtykker” til at mekaniske tvangsmidler tas i bruk”* (Helsedirektoratets egen utheving).¹⁰¹

Hensynet til pasientens rett til selvbestemmelse kan i utgangspunktet tale for at samtykke kan godtas når det er et uttrykk for pasientens frie vilje. Også i formålsbestemmelsen til phvl. er det uttrykt at behandlingen skal tilrettelegges i tråd med pasientens selvbestemmelse.

Likevel er en slik forståelse nok utenfor kjerneinnholdet av selvbestemmelsesretten. I forarbeidene er det presisert at selvbestemmelsesretten er en markering av frivillighetsprinsippet og at bruk av tvang alltid skal være en subsidiær løsning.¹⁰² Mekaniske tvangsmidler er ment som et inngripende middel som bare skal benyttes i nødsituasjoner. Hensynet bak lovgivningen og at loven skal få en slik virkning som tilsiktet taler derfor mot samtykke som grunnlag.

Ved at loven gir en uttømmende regulering av adgangen til å bruke tvang, sikres det en helhetlig regulering som også minsker sjansen for misbruk.

Spørsmålet om hvorvidt samtykke kan tjene som alternativt grunnlag er uavklart, men gode grunner taler for at loven bør anses som å uttømmende regulere adgangen til å benytte slike

¹⁰⁰ Syse, Psykisk helsevernloven med kommentarer, s. 220-221

¹⁰¹ Helsedirektoratet, Psykisk helsevernloven § 4-8 – bruk av mekaniske tvangsmidler – Gjennomføring og kontroll, s. 2

¹⁰² Se punkt 3.3

tvangsmidler. Hensynet bak en uttømmende regulering tilser dermed at samtykke ikke kan brukes som et alternativt grunnlag for tvang.

5.7 Mekaniske tvangsmidler som straff

Videre fremgår det av Tvangsloggene at 137 beltelegginger ble utført som en reaksjon på at pasienten hadde forsøkt å rømme. I besøksrapporten fra Universitetssykehuset Nord-Norge fant også Sivilombudsmannen at ”flere pasienter fortalte om beltelegginger som opplevdes som straff for atferd eller utsagn som miljøpersonalet eller vakthavende lege ikke likte”.¹⁰³

Spørsmålet blir om det er adgang til å bruke mekaniske tvangsmidler som en reaksjon på en gitt oppførsel fra pasientene.

Lovens ordlyd taler igjen mot en slik forståelse. Når belter blir brukt som et etterfølgende tiltak er det ikke lengre for å ”hindre” eller ”avverge” en fare for skade.

Dette har støtte i de menneskerettslige forpliktelsene. I Torturkomitéens reviderte retningslinjer fremkommer det tydelig at ”means of restraint should never be used as punishment”.¹⁰⁴ Videre uttalte også EMD i Bureš mot Tsjekkia at “it is unacceptable to use restraints as a punishment”.¹⁰⁵

Følgelig er det klart at mekaniske tvangsmidler ikke kan brukes som en reaksjon på oppførsel. Dette fordi det vil da i realiteten bli brukt som straff, og ikke for å avverge skade i en nødsituasjon.

5.8 Er det rom for utvidende tolkning?

Det følger av psykisk helsevernloven § 26 at bruken av tvangsmidler skal gjøres så kortvarig som mulig. Dersom mekaniske tvangsmidler benyttes ut over åtte timer, skal det sørges for at pasienten får friere forpleining i korte eller lengre tid dersom dette er mulig. Tvangsmiddelbruken skal vurderes fortløpende og straks avsluttes dersom virkningene ikke blir som forutsatt eller uforutsette negative konsekvenser oppstår.

¹⁰³ Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, s. 25

¹⁰⁴ Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), punkt 1.6

¹⁰⁵ Bureš mot Tsjekkia, avsnitt 98

Det er også presisert av Torturkomiteen at ”restraints should always be used for the shortest possible time”¹⁰⁶, og av EMD at ” it must also be shown that the coercive measure at issues was not prolonged beyond the period which was strictly necessary for that purpose”.¹⁰⁷

På tross av dette fremgår det av Tvangsloggene at i 172 tilfeller ble pasienter holdt i belter etter at de hadde sovet, samt 54 protokoller som viste at beltene ikke ble løsnet selv etter pasienten roet seg. I noen av disse sakene ble pasienter holdt i belter over en lengre tidsperiode, noen i over 24 timer.

Også flere av sakene som er omtalt i Sivilombudsmannens rapporter omhandler slike tilfeller. Et eksempel er en sak fra Sørlandet Sykehus¹⁰⁸ som dreide seg om en eldre pasient med demens som ble lagt i transportbelter i seks timer. Vedkommende hatt også fått korttidsvirkende legemiddel og hadde blitt holdt fast i 45 minutter på grunn av sterk forvirring og utagerende adferd. Hva gjelder bruken av transportbelter roet pasienten seg raskt etter at beltene ble festet. Det ble likevel ikke gjort noen forsøk på å løsne beltene. Pasienten sovnet med beltene på, og det ble notert i journalen at pasienten hadde sovet godt med beltene på, og at de derfor hadde valgt å ikke løsne beltene. Beltene ble heller ikke løsnet da pasienten våket og fikk ytterligere medisiner før vedkommende igjen sovnet. Tvangsprotokollen manglet en tydelig beregning av varigheten på holding og beltelegging.

Sivilombudsmannen uttaler at ”saken reiser etiske spørsmål om bruk av tvang i demensomsorg. Det understrekes også her at tvangsmiddelbruk skal opphøre så snart faren for skade ikke lenger er tilstede”.¹⁰⁹

Kravet etter loven er altså at det må foreligge en fare for skade som ikke kan avverges på annen måte for at tvangsmidler kan anvendes. Denne tvangsbruken skal avsluttes med en gang den ikke lenger er absolutt nødvendig. Når en pasient sover eller er rolig kan det vanskelig sies å foreligge en nødsituasjon som nødvendiggjør tvangsbruk. På tross av dette viser Tvangsloggene og Sivilombudsmannens rapporter at tvang benyttes i en viss utstrekning i slike situasjoner.

¹⁰⁶ Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), punkt 1.4

¹⁰⁷ M.S. mot Kroatia, avsnitt 105.

¹⁰⁸ Besøksrapport Sørlandet sykehus, Kristiansand, 7-9 september 2015

¹⁰⁹ Besøksrapport Sørlandet sykehus, s.15

Hvis dette er tale om situasjoner hvor helsepersonell finner det nødvendig å holde en pasient i belter til tross for at det er i strid med lovens ordlyd, kan det stilles spørsmål om det i noen tilfeller kan være grunnlag for å foreta en utvidende tolkning av lovteksten for å tilpasse seg en prekær situasjon i praksis.

En utvidende tolkning betegner en situasjon der rettsregelens virkeområde strekker seg utover lovtekstens ordgrense.¹¹⁰

Som vist i punkt 3.1 og 4.1 gjelder det et legalitetsprinsipp på forvaltningsrettens område. Dette innebærer at inngrep må ha hjemmel i lov. Som videre redegjort for har legalitetsprinsippet et relativt klarhetskrav, og det gjelder et strengt legalitetsprinsipp for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 på grunn av inngrepets alvorlige art.

Det vil likevel utgjøre en forskjell om en utvidende tolkning har forankring i autoritative kilder eller ikke. Dersom utvidende tolkning av lovtekst har eksplisitt og klar forankring i forarbeidsuttalelser eller i lovformål, er betenkelighetene mindre enn om forankringen er å finne i reelle hensyn.¹¹¹ En hovedregel er at det på legalitetsprinsippets område ikke er rom for utvidende fortolkning med forankring i reelle hensyn.¹¹²

Spørsmålet blir da om en utvidende tolkning av phvl. § 4-8 har forankring i forarbeidene og lovformålet.

Forarbeidene til phvl. § 4-8 har fremhevet at vilkårene i bestemmelsen må forstås strengt, og at tvang bare skal brukes når det ikke er noen vei utenom, samt at det må dreie seg om en nødrettsliknende situasjon der pasienten har en utagerende og ukontrollert atferd.¹¹³ Det er også uttalt at kombinasjonen med at tiltaket må være uomgjengelig nødvendig og at lempeligere midler skal ha vært forsøkt, betyr at bestemmelsen er forbeholdt helt ekstreme og på andre måter uhåndterlige situasjoner.¹¹⁴ Dette viser at forarbeidene trekker i retning av at lovteksten ikke kan tolkes utvidende.

I formålsbestemmelsen i § 1-1 er det fremhevet at det er et formål å forebygge og begrense bruk av tvang, jf. første ledd andre setning. Dette trekker ytterligere i retning av at en

¹¹⁰ Monsen, Innføring i juridisk metode, s. 117

¹¹¹ Monsen, Innføring i juridisk metode, s. 142

¹¹² Monsen, Innføring i juridisk metode, s. 143

¹¹³ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 163

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 11 (1998-1999), s. 120

utvidende tolkning, som vil føre til en lavere terskel for bruk av tvang, ikke er forenelig med formålet til loven.

På denne bakgrunn konkluderes det med at en utvidende tolkning av phvl. §4-8 ikke har forankring i forarbeidene eller lovformålet. Dermed vil en utvidende tolkning være i strid med legalitetsprinsippet, da en utvidende tolkning vil føre til at vedtaket ikke har hjemmel i lov. Pasientens rettsikkerhet styrkes ved at det ikke er rom for å foreta utvidende tolkninger gjennom et strengt legalitetsprinsipp.

Konklusjonen er at loven ikke kan tolkes utvidende for å tilpasse seg praksis.

6 Er terskelen i loven for høy?

Så langt i oppgaven har jeg drøftet de lege lata – hva som er gjeldende rett for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8. Det er en høy terskel for å anvende tvang i form av belter og remmer.

Til tross for dette viser Tvangsloggene og Sivilombudsmannens rapporter at tvang anvendes ut over hva lovens vilkår tillater. Spørsmålet blir da om dette skyldes et behov for å anvende tvang fra helsepersonellens side som lovteksten ikke beskytter, eller om spenningsforholdet mellom lov og praksis kan løses ved å endre holdninger og iverksette tiltak i praksis.

I det følgende vil jeg derfor drøfte de lege ferenda om terskelen for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 er for streng.

På den ene siden utgjør hensynet til beskyttelse av pasientens selv, andre pasienter og helsepersonellens rett til beskyttelse mot skade, samt deres behov for å kontrollere en utagerende pasient tungtveiende hensyn. For at denne muligheten skal være reell, kan ikke loven stille urimelig strenge krav til når tvang kan anvendes. At det kommer frem flere hundre saker der tvang blir brukt ut over lovens grenser, kan være et signal om at terskelen i loven er for høy for det behovet som finnes i praksis.

Samtidig kommer hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelsesrett inn med stor vekt. Selvbestemmelsesretten står sterkt både i det nasjonale lovverket og i de menneskerettslige forpliktelsene, særlig gjennom CRPD. Bruk av mekaniske tvangsmidler er et svært inngripende tiltak, og skal alltid være den siste og eneste løsningen på situasjonen. Dette taler for en streng terskel i loven, fordi pasientene trenger beskyttelsen den høye terskelen gir.

Det kreves også at mindre inngripende tiltak skal forsøkes før det fattes vedtak om bruk av belter eller remmer. Dette trekker sterkt i retning av at en høy terskel for bruk av mekaniske tvangsmidler kan forsvares, fordi det ofte finnes andre midler som kan løse en situasjon uten at et så inngripende virkemiddel som belter og remmer tas i bruk.

Det avgjørende argumentet for at lovens terskel ikke er for høy er resultatet av det nevnte prosjektet fra Lovisenberg sykehus. Som introdusert i punkt 1.2 klarte sykehuset å redusere bruken av mekaniske tvangsmidler med 85% ved å iverksette konkrete tiltak.

Av sykehusets egne hjemmesider følger det at:

”Inntaksposten ved psykiatrisk akuttavdeling, Lovisenberg Sykehus, påbegynte i 2013 et prosjekt med hensikt å bidra til modernisering av norsk akuttpsykiatri ved bla. å redusere generell bruk av tvangsmidler. Prosjektet er forankret i leder- og personalgruppen, og har utviklet rutiner til bruk i avdelingen på bakgrunn av klinisk erfaring og forskningslitteratur. Utviklingen omfatter miljøterapeutiske intervensjoner, egenutviklede intervju skjema, veiledning på aggresjonsforebygging, deeskalerende teknikker, prosedyrer for konflikthåndtering, m.m. Prosjektet har så langt hatt hovedfokus på alternative løsninger til mekaniske tvangsmidler for håndtering av aggressiv og selvskadende atferd. I prosjektperioden er denne type tvangsbruk redusert med 85%”.¹¹⁵

Prosjektet viser at ved å ha en bevisst holdning til bruken av tvang, trene personalet i å finne alternative løsninger og iverksette tiltak som å fjerne beltesenger fra avdelingene, så kan omfanget av tvangsbruken gå ned betraktelig.

Tiltakene som ble iverksatt på Lovisenberg burde også være gjennomførbare andre steder. En av de som var ansvarlig for prosjektet på Lovisenberg har selv uttalt at ”jeg tror mange sykehus har mulighet til å redusere beltebruken enda mer enn oss”.¹¹⁶

Dette kan tale for at den overdrevne tvangsbruken som kommer frem i Tvangsloggene og Sivilombudsmannens rapporter ikke skyldes et behov hos helsepersonell, men en manglende bevisstgjøring og holdninger i praksis.

Det overordnede målet er å sikre rettsikkerhet. Det sikres gjennom faglig forsvarlighet og respekt for fysisk og psykisk integritet gjennom de vilkår som stilles i loven. Som oppgaven har drøftet, skal vilkårene i phvl. § 4-8 tolkes strengt og tillater bare mekaniske tvangsmidler i gitte nødsituasjoner for å avverge skade.

Denne terskelen kan forsvares ut i fra at pasientens rettsikkerhet ivaretas når et så inngripende virkemiddel som mekaniske tvangsmidler skal begrenses til det absolutt nødvendige. Dette underbygges av de resultater som fremkommer av Lovisenberg Sykehus, som gir uttrykk for

¹¹⁵ Lovisenberg, Reduksjon av tvang: <https://www.lds.no/avdelinger/psykiatrisk-klinikk/reduksjon-av-tvang/> (sist sjekket 09.12.17)

¹¹⁶ Tvangsloggene, Lovisenberg kuttet fire av fem beltevedtak: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/lovisenberg-kuttet-fire-av-fem-beltevedtak/a/23852477/> (sist sjekket 09.12.17)

at det først og fremst er i praksisen i institusjonene at det må iverksettes tiltak og bevisstgjøring rundt det inngrepet bruk av mekaniske tvangsmidler representer.

Følgelig blir konklusjonen at terskelen for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8 ikke er for streng.

7 Avsluttende refleksjoner

Oppgavens overordnede problemstilling var å drøfte hva som er gjeldende rett for bruk av mekaniske tvangsmidler etter phvl. § 4-8, sett i lys av menneskerettslige forpliktelser. Herunder med en rettspolitisk drøftelse knyttet til de utfordringer som avdekkes i forholdet mellom lov og praksis.

Oppsummeringsvis er resultatet av denne drøftelsen av phvl. § 4-8 at det generelt sett er en høy terskel for å kunne anvende belter og remmer som tvangsmiddel. Dette er i samsvar med den tolkningsstandard som er satt av EMD. Hva gjelder mekaniske tvangsmidler som preventivt tiltak er det en svært liten adgang til dette, men i gitte tilfeller kan det under omstendighetene være en viss adgang. I så tilfelle må det dreie seg om en situasjon som er et forvarsel om at noe mer alvorlig er under utvikling og skaden må være nærliggende. Spørsmålet om hvorvidt samtykke alene kan tjene som grunnlag for tvang er uavklart, men gode grunner taler mot en slik forståelse. Det er videre klart at mekaniske tvangsmidler ikke kan brukes som en straffereaksjon. Til slutt er det heller ikke adgang til å foreta utvidende tolkninger av lovteksten, da legalitetsprinsippet slår inn med stor styrke for denne bestemmelsen.

Hensynet til rettsikkerhet må ivaretas ved at pasientens rett til selvbestemmelse, integritet og verdighet veies opp mot behovet for å gripe inn for å beskytte mot skade. Det er ikke alltid i pasientens beste interesse å unngå bruk av tvangsmidler. I noen tilfeller er det nødvendig og riktig å iverksette slike tiltak.

Likevel fremstår det i de sakene som er presentert fra Tvangsloggene og Sivilombudsmannen som at belter og remmer blir brukt vilkårlig og unødvendig. Oppgaven har vist at det kan avdekkes mangler hva gjelder både personell, prosessuell og materiell kompetanse. Dette gir et faresignal om at rettsikkerheten til pasientene ikke er tilstrekkelig ivaretatt i norsk psykiatri i dag.

En streng terskel i loven bør opprettholdes fordi mekaniske tvangsmidler er et av de mest inngripende tiltakene som kan iverksettes mot noens vilje. Da må det sikres at slik tvangsbruk ikke blir brukt ut over det absolutt nødvendige, hvilket også kreves av de menneskerettslige forpliktelsene Norge er bundet av.

For å bedre situasjonen med overdreven tvangsbruk, må det gjøres noe med måten praksis utøves på. Det krever en større bevissthet rundt slik tvangsbruk og hvilket inngrep det er i et individs liv. Ledelsen og de ansatte på psykiatriske institusjoner må aktivt gå inn for å få ned tvangsbruken ved å iverksette tiltak. Dette betyr ikke at det må innføres en nullvisjon, men det er beviselig mulig å få ned tvangsbruken ved å sette fokus dette, iverksette tiltak og trene personell i å bruke andre virkemidler som representerer et mindre inngrep.

Litteraturliste

Bøker:

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 4. utgave 2015. Fagbokforlaget

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf. *Frihagens forvaltningsrett*. 2. utgave 2010. Fagbokforlaget

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 10. utgave 2014. Universitetsforlaget

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett I*. 5. utgave 2015. Gyldendal

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak. *Velferdsrett II*. 4. utgave 2012. Gyldendal

Monsen, Erik. *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*. Cappelen Damm 2012

Strand, Vibeke Blaker og Larsen, Kjetil Mujezinovic. *Menneskerettigheter i et nøtteskall*. Gyldendal 2015

Syse, Aslak. *Psykisk helsevernloven med kommentarer*. 3. utgave. Gyldendal 2016

Artikler:

Andersen, Njål Wang og Wallevik, Karl. O. *Huleboerdommen (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?* (2011)

Kjellehold, Alice og Aasen, Henriette Sindig. *Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612*. (2011)

Klausen, Marianne. Den europeiske torturovervåkingskomitéen – tilsynsmetode og rettslig betydning. *Tidsskrift for strafferett*. 01/2007, s. 16-37.

Syse, Aslak. Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien. *Det nordiske tidsskrift for menneskerettigheter* 23:4 (2006)

Østenstad, Bjørn Henning. 17.06.2011. Fåvær av avgjerdskompetanse som mogeleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

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

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

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 10. februar 2017 nr. 6 om endringer i psykisk helsevernloven

Forarbeider:

Ot. prp. nr. 11, 1998-1999. 13.11.1998. Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

NOU 2011:9. 17. 06. 2011. Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.

Prop. 147 L (2015-2016). 16. 06. 2016. Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet)

Forskrifter:

Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften), Forskrift 16.12.2011 1258

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1993, s. 249

Rt. 1995, s. 530

Rt. 1999, s. 1807

Rt. 2000, s. 996

Rt. 2010, s. 612

Konvensjoner/erklæringer:

FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheter, Universal Declaration of Human rights, 10. desember 1948

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK), Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950.

Den europeiske konvensjon om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 26. november.1987

FNs konvensjon for rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, Convention on the rights of persons with disabilities (CRPD), 13. desember 2006

Torturkomitéen:

Besøksrapport CPT, 21. desember 2011: <https://rm.coe.int/1680697887>

Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT standards), 21. mars 2017: <https://rm.coe.int/16807001c3>

Avgjørelser fra EMD:

Case of Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74. 26. april 1979

Case of Labita v. Italy, 2677/95, 06. april 2000

Case of Bureš v. The Czech Republic, 37679/08, 18. januar 2013

Case of M.S. v. Croatia, 75450/12, 19. mai 2015

Uttalelser fra FNs menneskerettskomité:

Concluding observations of the Human Rights Committee, 18. november 2011:
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fNOR%2fCO%2f6&Lang=en

Tvangsloggene:

Tvangsloggene, Database, sist sjekket 09.12.17:

<http://www.vg.no/spesial/2016/tvangsprotokollene/database/>

Tvangsloggene, Vet ikke hvor mange som legges i belter, sist sjekket 09.12.17:

<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/vet-ikke-hvor-mange-som-legges-i-belter/a/23665230/>

Tvangsloggene, Lovisenberg kuttet fire av fem beltevedtak, sist sjekket 09.12.17:

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/lovisenberg-kuttet-fire-av-fem-beltevedtak/a/23852477/>

Sivilombudsmannen:

Alle besøksrapporter er hentet fra denne siden:

https://www.sivilombudsmannen.no/besoksrapporter/?type_institusjon=psykisk-helsevern&period=

Besøksrapport Stavanger universitetssykehus, spesialavdeling for voksne 9-12 januar 2017

Besøksrapport Diakonhjemmet Sykehus, 24-27 februar 2015

Besøksrapport Sykehuset Telemark, 8-10 april 2015

Besøksrapport Universitetssykehuset Nord-Norge, 26-28 april 2016

Besøksrapport Sørlandet sykehus, Kristiansand, 7-9 september 2015

Helsedirektoratet:

Helsedirektoratet, Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern i 2015:

https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/1251/Kontroll_av_tvang_2015_I_S-2452-2015.pdf

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-10/2015, Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming:

<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/977/Rettssikkerhet%20ved%20br>

[uk%20av%20tvang%20og%20makt%20overfor%20enkelte%20personer%20med%20psykisk%20utviklingshemming.pdf](#)

Helsedirektoratet, Psykisk helsevernloven § 4-8 – bruk av mekaniske tvangsmidler –

Gjennomføring og kontroll:

<https://helsedirektoratet.no/Documents/Lovfortolkninger/Psykisk%20helsevernloven/Presiseri%20nger%20av%20§%204-8%20-%20Bruk%20av%20mekaniske%20tvangsmidler.pdf>

Andre kilder:

Regjeringen, Tvangslovutvalget, sist sjekket 09.12.17:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/tvangslovutvalget/id2504904/>

Regjeringen, Mandat for lovutvalg, sist sjekket 09.12.17:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/tvangslovutvalget/mandat-for-lovutvalg-som-skal-utrede-behov-for-endringer-i-tvangslovgivningen-i-helse--og-omsorgssektoren/id2504905/>

Lovisenberg, Reduksjon av tvang, sist sjekket 09.12.17:

<https://www.lds.no/avdelinger/psykiatrisk-klinikk/reduksjon-av-tvang/>

Sykepleien, Bruker mindre tvang, sist sjekket 09.12.17:

<https://sykepleien.no/forskning/2016/03/reduksjon-av-tvangsmidler>