

Rettslig grunnlag for bruk av tvang i etableringsfasen for tvungent psykisk helsevern

*Hvilken adgang gir psykisk helsevernloven til bruk av tvang i
perioden før det er fattet vedtak om tvungent psykisk helsevern
etter phvl. § 3-3 a?*

Kandidatnummer:

160

Antall ord:

14936



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1. Problemstilling og aktualitet.....	2
1.2. Presisering og avgrensninger.....	3
1.3. Rettskildebildet.....	4
1.4. Oversikt over vilkårene for tvungent psykisk helsevern	5
1.5. Veien videre.....	6
2. Sentrale hensyn ved bruk av tvang innen psykisk helsevern	7
3. Hvilke krav stilles til lovhjemmel ved bruk av tvang innen psykisk helsevern?	9
3.1. Overordnet om legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113	9
3.2. Særlig om legalitetsprinsippet på helserettens område	10
3.3. Hvilke krav til hjemmel stiller EMK ved inngrep i menneskerettighetene?	13
3.3.1. Overordnet om de menneskerettslige krav	13
3.3.2. Særlig om lovkravet i EMK.....	14
4. Hjemmel for bruk av tvang i de ulike fasene ved etablering av tvungent psykisk helsevern.....	16
4.1. Problemstillingen.....	16
4.2. Fase 1 – Vedtak om tvungen ekstern legeundersøkelse	17
4.2.1. Introduksjon til fase 1	17
4.2.2. Kreves det motstand for at vilkåret «unndrar seg» skal være oppfylt?.....	17
4.2.3. Hva kreves for at det skal være «behov» for tvungen legeundersøkelse?	20
4.2.4. De personelle kravene ved tvungen ekstern legeundersøkelse	21
4.2.5. De prosessuelle kravene ved tvungen ekstern legeundersøkelse	23
4.3. Fase 2 – Gjennomføring av tvungen ekstern legeundersøkelse	24
4.3.1. Introduksjon til fase 2	24
4.3.2. De materielle kravene til gjennomføring av ekstern legeundersøkelse	24
4.3.3. Hvem kan være gjenstand for en tvungen ekstern legeundersøkelse?.....	26
4.3.4. Tvangsmidler og -utøvelse ved ekstern legeundersøkelse	26
4.4. Fase 3 – Transport til institusjon	30
4.4.1. Introduksjon til fase 3	30
4.4.2. Foreligger det et rettslig grunnlag for bruk av tvang ved transport til institusjon?	30
4.4.3. Hvilke pasienter kan utsettes for tvang ved transport?	31
4.4.4. Hvem kan utøve tvang under transport til institusjon?	31
4.5. Fase 4 – De første 24 timene på institusjon.....	33
4.5.1. Introduksjon til fase 4	33
4.5.2. Foreligger det et rettslig grunnlag for bruk av tvang de første 24 timene på institusjon?	33
4.5.3. Kan det oppstilles et sammensatt rettsgrunnlag?	36
5. Avsluttende bemerkninger.....	39
6. Kilderegister	41

1. Innledning

1.1. Problemstilling og aktualitet

Alle mennesker har en rett til frihet og en rett til et privatliv. I norsk rett følger dette av Grunnloven §§ 94 og 102, og av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 5 og artikkel 8.¹ Likevel vil staten i visse tilfeller ha behov for å begrense disse rettighetene. Begrensningene vil på bakgrunn av rettighetenes betydning, oppleves som svært inngripende overfor individet. Legalitetsprinsippet vil derfor komme inn som en viktig sikkerhet for å sikre at individets rettsikkerhet blir ivaretatt. Inngrep i menneskerettighetene bør kun skje som en siste utvei, innenfor kontrollerte rammer og med tydelige vilkår. Psykisk helsevernloven gir en særskilt tillatelse til å gjøre inngrep i individets frihet og privatliv i de tilfeller hvor formålet er å gi vedkommende nødvendig helsehjelp.² Loven stiller imidlertid mange og strenge vilkår for når inngrep uten samtykke kan foretas.

Oppgavens hovedproblemstilling er hvilken adgang psykisk helsevernloven gir til å bruke tvang i tidsperioden før det er fattet vedtak om tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 a. Med «tvang» menes i denne sammenheng helsehjelp som gis «uten at det er gitt samtykke», jf. definisjonen i phvl. § 1-2 tredje ledd. Begrepet omfatter følgelig både fysisk og psykisk tvang. For å besvare problemstillingen vil jeg foreta en rettsdogmatisk analyse av vilkårene for bruk av tvang i de relevante bestemmelsene i psykisk helsevernloven kapittel 3. Kapitlet regulerer etablering og opphør av tvungent psykisk helsevern, og enkelte av disse bestemmelsene vil derfor ha betydning for oppgavens problemstilling.

Oppgaven befinner seg på et rettsområde som for tiden er under utvikling. De siste årene har det særlig vært fokus på å øke vernet av borgernes rettsikkerhet innen tvungent psykisk helsevern.³ Bruk av tvang i perioden før pasienten formelt er innlagt på institusjon er videre i liten grad omtalt i forarbeider og juridisk litteratur. Oppgavens problemstilling er derfor aktuell som følge av at rekkevidden av disse tvangshjemplene delvis er uklare.

¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.) og Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl.) § 2.

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

³ Se NOU 2011: 9 (Paulsrud-utvalget) og det etterfølgende lovforslaget til en ny tvangsbegrensningslov i NOU 2019: 14. Utvalgets mandat var å «foreta en samlet gjennomgang og utrede behov for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren» s. 49–50.

For å skape en oversiktlig struktur i framstillingen vil etableringsprosessen for tvungent psykisk helsevern deles i fire faser. Disse fasene utgjør en tidsakse som vil danne strukturen i oppgavens hoveddel. Hva de ulike fasene innebærer kan best illustreres med et praktisk eksempel.

1.2. Presisering og avgrensninger

Vi kan tenke oss Peder Ås som viser symptomer på en psykisk lidelse. Dette bekymrer hans familie og Peders pårørende melder inn en bekymringsmelding til Peders fastlege. Fastlegen ber Peder møte til undersøkelse, men Peder mener selv han ikke er syk og sier han ikke vil la seg undersøke. Fastlegen vurderer, etter opplysningene fra Peders pårørende, at det er «behov» for en tvungen legeundersøkelse og tar kontakt med kommunelegen for å få fattet slikt vedtak, jf. phvl. § 3-1. Dette utgjør fase 1 ved etableringen. Når vedtak om tvungen undersøkelse foreligger kan Peder, hvis nødvendig, «avhentes og undersøkes med tvang», jf. § 3-1 andre ledd. Fase 2 omfatter selve gjennomføringen av denne tvungne eksterne legeundersøkelsen.

I de tilfeller hvor den eksterne legen etter undersøkelsen anser det som sannsynlig at vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern etter phvl. §§ 3-2 eller 3-3 er oppfylt, skal Peder henvises videre til psykiatrisk institusjon eller sykehus. Etter phvl. § 3-6 kan offentlig myndighet «om nødvendig anvende tvang» for å frakte Peder til institusjonen. Transport til institusjonen vil utgjøre fase 3 av etableringen. På institusjonen skal den faglig ansvarlige ta endelig stilling til om vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Vurderingen må skje «snarest og innen 24 timer» etter at Peder har ankommet institusjonen, jf. § 3-3 a. Fase 4 omfatter legeundersøkelsen på institusjonen.

Som siste steg i etableringsfasen skal den faglig ansvarlige fatte vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, eller vedtak om utskrivning fra institusjonen dersom verken vilkårene i §§ 3-2 eller 3-3 er oppfylt. Dette kan betegnes som en femte fase, men faller utenfor temaet for denne oppgaven. Oppgaven vil videre være rettet mot de tilfeller hvor pasienten mangler samtykkekompetanse eller hvor pasienten gjør motstand i en slik grad at det foreligger fare for pasientens eller andres liv og helse. Oppgaven avgrenses følgelig mot tilfeller av frivillig psykisk helsevern.

1.3. Rettskildebildet

Oppgavens mest sentrale rettskilde er psykisk helsevernloven av 1999. I tråd med alminnelig juridisk metodelære vil jeg ta utgangspunkt i lovens ordlyd ved drøftelsen av oppgavens problemstillinger. Forarbeidene fra lovens vedtakelse i 1999 gir uttrykk for lovgivers tolkning av de ulike reglene, samt hvilke sentrale hensyn som ligger bak reglene.⁴ I 2006 ble loven endret ved endringslov til psykisk helsevernloven.⁵ Lovendringen medførte visse materielle endringer og presiseringer av bestemmelsene i den gjeldende lov, samt forslag til et mer oversiktlig og tilgjengelig regelverk.⁶ Forarbeidene fra 2006 vil derfor også utgjøre en relevant kilde for oppgaven. Psykisk helsevernloven ble også gjenstand for noen få endringer i 2017 etter Paulsrud-utvalgets rapport.⁷ Forarbeidene til denne endringsloven, samt Paulsrud-utvalgets utredning vil derfor være relevante kilder for oppgaven.⁸

Psykisk helsevernforskriften fra 2011 utfyller og utdyper psykisk helsevernlovens regler og er slik en sentral kilde ved tolkning av lovteksten.⁹ Videre har Helsedirektoratet utarbeidet rundskriv med utfyllende kommentarer til både psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften.¹⁰ Rundskrivene fra Helsedirektoratet vil ikke ha tung rettskildemessig vekt, men vil likevel gi et innblikk i hvordan loven og forskriften forstås i praksis.¹¹ Jeg vil også se hen til NOU 2019: 14 for utvalgets syn på dagens regelverk.¹² På de punkt hvor lovteksten er uklar slik at det oppstår tolkningskonflikter eller hvor det etter lovbestemmelsene skal utøves skjønn, vil sentrale hensyn i helseretten og de hensyn som kommer til uttrykk i lovens formålsbestemmelse kunne tillegges rettskildemessig vekt.¹³ Hvilke hensyn dette er vil presenteres i kapittel 2.

Menneskerettighetene i Grunnloven og EMK vil ha stor betydning ettersom de gir uttrykk for de grunnleggende rettighetene som psykisk helsevernloven gjør unntak fra. Etter Grunnloven § 92 er staten forpliktet til å sikre og respektere menneskerettighetene som følger av

⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).

⁵ Lov 30. juni 2006 nr. 45 om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

⁶ Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v s. 10.

⁷ Lov 10. februar 2017 om endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) og NOU 2011: 9 (Paulsrud-utvalget).

⁸ Prop. 147 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

⁹ Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften).

¹⁰ Rundskriv fra Helsedirektoratet IS-1/2017.

¹¹ Se Kjønstad (2017) s. 105–106.

¹² NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.

¹³ Kjønstad (2017) s. 45.

Grunnloven og andre bindende traktater som gjelder som norsk lov. Dette gjelder blant annet EMK, jf. mrl. § 2. EMK og de øvrige konvensjonene er videre gitt forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning, jf. mrl. § 3. Dette viser at menneskerettighetene er bindende i norsk rett og må behandles deretter. Videre befinner oppgavens problemstilling seg i kjernen av legalitetsprinsippets område. EMK-systemet oppstiller også krav til hjemmel ved inngrep i menneskerettighetene. Legalitetsprinsippet og EMKs lovkrav vil bidra til å sette en ramme rundt lovtolkningene. Dette vil presenteres nærmere i kapittel 3. Jeg vil i tråd med alminnelig rettskildelære også vektlegge rettsoppfatninger fra juridisk litteratur og rettspraksis der dette er aktuelt. Oppgavens tematikk er imidlertid i liten grad omtalt i juridisk litteratur, og så vidt meg bekjent er ikke etableringsfasen tidligere omtalt i sammenheng slik denne oppgaven tar sikte på.

For å skape en kontekst for oppgaven, samt å plassere oppgavens tema i en større sammenheng, vil jeg foreta en kort gjennomgang av vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern, jf. phvl. § 3-3. Det vil i oppgavens hoveddel henvises til disse vilkårene og en innledende oversikt vil derfor være hensiktsmessig. Av hensyn til omfanget vil oppgaven imidlertid avgrenses mot den konkrete vurderingen av vilkårene.

1.4. Oversikt over vilkårene for tvungent psykisk helsevern

Vilkårene for tvungent psykisk helsevern følger av phvl. § 3-3. Med kun ett unntak, er disse vilkårene sammenfallende med kravene som stilles for etableringen av tvungen observasjon etter § 3-2. Bestemmelsene inneholder begge syv kumulative vilkår. Dette omfatter både materielle, personelle og prosessuelle krav til vedtaket. Den som foretar vurderingen av om disse syv vilkårene er oppfylt, betegnes som den «faglig ansvarlige». Dette vil enten være en lege med relevant spesialistgodkjenning eller en klinisk psykolog, jf. phvl. § 1-4.

I § 3-3 nr. 1 stilles det krav om at «frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt», med mindre det vil være «åpenbart formålsløst» å forsøke dette. Et eksempel på en situasjon hvor frivillig helsehjelp kan være formålsløst, er de situasjoner hvor pasienten mangler samtykkekompetanse. De er blant annet i disse situasjonene oppgavens problemstilling er aktuell.

Videre kreves det etter § 3-3 nr. 2 at vedkommende er undersøkt av «to leger», hvor den ene legen er «uavhengig fra den ansvarlige institusjon». I praksis vil den første eksterne legeundersøkelsen foretas enten av fastlege, kommunelege eller lege på legevakten, og den andre undersøkelsen foretas av en lege på den ansvarlige institusjon. Legen på institusjonen

kan også være faglig ansvarlig for pasienten, men dette er ikke et krav. I de tilfeller hvor den faglig ansvarlige er en klinisk psykolog, vil undersøkelse fra faglig ansvarlig komme i tillegg til undersøkelse fra lege.¹⁴ Hvilke krav som stilles til gjennomføringen av disse legeundersøkelsene vil behandles nærmere under punkt 4.3 og 4.5.

Det tredje vilkåret som oppstilles i § 3-3 er at vedkommende må ha en «alvorlig sinnslidelse». Dette vilkåret anses som grunnvilkåret for innleggelse under tvang. På dette punkt skiller vilkårene for tvungent psykisk helsevern og tvungen observasjon seg fra hverandre ved at det kun kreves at det er «overveiende sannsynlig» at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse» for å bli underlagt tvungen observasjon, jf. § 3-2 nr. 4. I tillegg til grunnvilkåret, må behandlingskriteriet eller det alternative farekriteriet også være oppfylt, jf. § 3-3 nr. 3 a eller b.

Bestemmelsens punkt nr. 4 krever at pasienten enten «mangler samtykkekompetanse» eller at det er en «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Punkt nr. 5 innebærer at den aktuelle institusjonen må være i stand til å tilby pasienten en «tilfredsstillende behandling og omsorg» og at institusjonen er godkjent etter phvl. § 3-5. Punkt nr. 6 oppstiller en rett for vedkommende til å «uttale seg» før vedtak om tvang fattes. Retten til å uttale seg er nærmere regulert i phvl. § 3-9.

Det syvende vilkåret innebærer en skjønnsmessig helhetsvurdering av om vedtaket bør fattes. Vilkaåret gir den faglig ansvarlige frihet til å ikke fatte vedtak om tvang, selv om alle de øvrige vilkårene er oppfylt. Forutsetningen for dette er at det fremstår som «den klart beste løsning» i situasjonen og at vedkommende ikke utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse», jf. § 3-3 nr. 7.

1.5. Veien videre

I det følgende vil jeg begynne med å gi en kort presentasjon av de relevante hensyn som psykisk helsevernloven bygger på. Videre må innholdet i vilkårene for bruk av tvang i etableringsfasen besvares innenfor rammene av hvilke krav som stilles til en tvangshjemmel i norsk rett. I oppgavens punkt 3 vil det derfor redegjøres for hvilke krav legalitetsprinsippet og EMKs lovkrav stiller til en inngrepshjemmel, samt hvor strenge disse kravene er på helserettens område. I punkt 4 behandles oppgavens hovedproblemstilling. Her vil jeg i lys av redegjørelsen i punkt 3 se nærmere på de ulike hjemlene for bruk av tvang i de ulike fasene

¹⁴ Syse (2017) s. 147.

frem til den faglig ansvarlige har fattet sitt vedtak. Hva som er de rettslig interessante spørsmålene i de ulike fasene vil variere på bakgrunn av at hjemmelsituasjonen vil være forskjellig. I punkt 5 vil jeg gi noen avsluttende bemerkninger knyttet til oppgavens tema og problemstilling.

2. Sentrale hensyn ved bruk av tvang innen psykisk helsevern

Noe av det som gjør helselovgivningen kompleks er at den preges av sterke motstridende hensyn. Ved tolkningen av uklare eller skjønnsmessige vilkår, vil disse hensynene kunne vektlegges og avveies mot hverandre som et ledd i tolkningen av vilkårets innhold. Jeg vil i det følgende gi en kort presentasjon av de relevante hensynene ved tolkningen av psykisk helsevernloven.

Hensynet til borgerens rettssikkerhet er alltid et sentralt hensyn ved inngrep på legalitetsprinsippets område. I noen av etableringsfasene er lovhjemmelen for bruk av tvang uklar. På disse punktene vil legalitetsprinsippet og rettssikkerhetshensyn særlig stå sentralt. Begrepet rettssikkerhet benyttes både som et krav til at det skal fattes rettsriktige avgjørelser og som et krav til at borgeren skal sikres visse grunnleggende rettigheter gjennom rettssystemet.¹⁵ Borgerens rettssikkerhet kan ivaretas både gjennom krav til forsvarlig saksbehandling (prosessuelle krav), regler som stiller krav til innholdet i rettsreglene eller de avgjørelser som fattes (materielle krav) og regler om hvem som har kompetanse til å fatte beslutninger eller vedtak om disse rettighetene (personelle krav). I denne oppgaven vil fokuset hovedsakelig være på de materielle kravene i bestemmelsene. Dette vil særlig være de materielle vilkårene som må være oppfylt for at tvang skal kunne anvendes. De materielle kravene er imidlertid nært knyttet til de prosessuelle og personelle kravene, og oppgaven kommer derfor ikke helt utenom disse.

Rettssikkerhetshensyn må videre avveies mot hensynet til effektiv ressursutnyttelse. Selv om det er viktig at helselovgivningen ivaretar pasientens integritet, er det også viktig at tvangsreglene ikke er for kompliserte og kan gjennomføres på en effektiv måte. Dersom det fokuseres for mye på rettssikkerhetshensyn, kan det føre til regler som i praksis blir uhåndterbare og som gir et for lite rom for helsepersonell til å gi nødvendig helsehjelp. En overordnet målsetning ved psykisk helsevernloven vil derfor være å finne en balanse mellom disse hensynene.

¹⁵ Kjøenstad (2017) s. 115. Se mer om rettssikkerhetsbegrepet i Mæhle og Aarli (2017) s. 154 –157.

Av psykisk helsevernlovens formålsbestemmelse fremgår det blant annet at helsehjelpen så langt som mulig skal være i overenstemmelse med pasientens «selvbestemmelsesrett», jf. § 1-1. Menneskets rett til å bestemme over egen fysiske og psykiske integritet fremgår også indirekte av det menneskerettslige vernet av frihet og til privatliv, jf. EMK art. 5 og art. 8. Selvbestemmelsesretten får dermed støtte fra menneskerettighetsbestemmelsene i både Grunnloven og EMK og utgjør slik et tungtveiende hensyn i helseretten. Tvangsbruk som griper inn i pasientens selvbestemmelsesrett må med andre ord ha hjemmel i lov, selv om tvangsbruken skjer i vedkommendes egeninteresse.¹⁶

Begrunnelsen for at inngrep i borgernes grunnleggende rettigheter i visse tilfeller bør tillates, kan på helserettens område utledes fra hensynet til hva som er det beste for pasienten. Dette hensynet omtales som paternalismen. Paternalisme betyr «faderlighet» og brukes i denne sammenheng som en betegnelse på legens eller annet helsepersonells holdning overfor pasienten, ut fra tanken om at de «vet» hva som er best for pasienten.¹⁷ Mer spesifikt kan dette betegnes som individuell paternalisme fordi det offentlige griper inn av hensyn til hva som er best for ett enkeltindivid. Hvor det offentlige griper inn av hensyn til andre eller samfunnet som helhet, kalles det for sosial paternalisme.¹⁸ Begge disse sidene av paternalismen er relevante begrunnelser for de tvangsregler som eksisterer i helselovgivningen i dag. Ved fare for andres eller eget liv, må hensynet til selvbestemmelsesretten alltid vike.¹⁹ Denne avveiningen avspeiles blant annet i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 hvor det gis hjemmel til å etablere tvungent psykisk helsevern for samtykkekompetente pasienter dersom de utgjør en «nærliggende og alvorlig fare» for eget liv eller andres liv og helse. Mer problematisk er avveiningen i de tilfeller hvor selvbestemmelsesretten står mot den individuelle paternalismen. Hvor grensen bør gå mellom hvilke uheldige beslutninger man kan ta om egen helse før det offentlige kan gripe inn er vanskeligere å identifisere.

¹⁶ Kjøenstad (2017) s. 461.

¹⁷ Se Østenstad (2011) s. 96 og Syse (1996) s. 35.

¹⁸ Se Kjøenstad (2017) s. 461.

¹⁹ Se NOU 2011: 9 s. 199.

3. Hvilke krav stilles til lovhjemmel ved bruk av tvang innen psykisk helsevern?

3.1. Overordnet om legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113

Legalitetsprinsippet stiller krav til hjemmel i lov for at det offentlige skal kunne gjøre inngrep i individets rettigheter. Prinsippet er nedfelt i Grl. § 113, og formulert til at «myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». At legalitetsprinsippet har grunnlovsrang innebærer at prinsippet ikke kan endres eller oppheves uten en grunnlovsendring. Unntak fra legalitetsprinsippet kan heller ikke hjemles i alminnelig lov eller prejudikat.²⁰

Legalitetsprinsippet er ment å sikre individets rettssikkerhet, gjøre rettssystemet forutberegnelig og hindre maktmisbruk fra det offentlige.²¹

Høyesterett har etter kodifiseringen uttalt at ordlyden i Grl. § 113 vil stå sentralt ved tolkningen av legalitetsprinsippetets innhold.²² Det følger av bestemmelsen at det er «inngrep» som må ha «grunnlag i lov». Med «inngrep» menes kvalifiserte forhold som rammer den enkelte.²³ Et «inngrep» kan skje både i form av vedtak eller faktiske handlinger.²⁴ I denne oppgaven vil både inngrep i form av vedtak etter phvl. §§ 3-1 og 3-3 a, samt inngrep i form av faktiske tvangshandlinger behandles.

Med vilkåret «grunnlag i lov» menes formell lov som er vedtatt av Stortinget, jf. Grl. § 76 flg. Det er sikker rett at også forskrifter, som har hjemmel i lov, omfattes. Psykisk helsevernforskriften vil derfor være aktuell som rettslig grunnlag i denne sammenheng. Ulovfestet rett, avtale eller reelle hensyn vil som utgangspunkt ikke være tilstrekkelig hjemmel for inngrep på legalitetsprinsippetets område.²⁵

Et sentralt spørsmål ved legalitetsprinsippet er hvor klar lovhjemmelen må være for at inngrepet kan sies å ha grunnlag i lov. Høyesterett har gitt retningslinjer for hvordan rettsgrunnlaget skal tolkes og hvilke krav som stilles til lovhjemmelen. I Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaksdommen), uttalte Høyesterett at:

²⁰ Monsen (2013) s. 421.

²¹ Se mer detaljert om legalitetsprinsippetets begrunnelse og innhold i Graver (2019) s. 80–84.

²² Se bla. Rt. 2014 s. 1281 avsnitt 48 og HR-2016-2017-A avsnitt 58.

²³ Dokument 16 (2011–2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Lønningutvalget) s. 247.

²⁴ Høyesterett legger til grunn den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet i Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

²⁵ Samtykke vil kunne utgjøre tilstrekkelig hjemmel for inngrep, men oppgaven er avgrenset mot frivillig psykisk helsevern, se oppgavens punkt 1.2.

«Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn».²⁶

Uttalelsen viser at hvilke krav som skal stilles til lovhjemmelens klarhet vil variere fra rettsområde til rettsområde, og også påvirkes av det konkrete tilfellet man står overfor. Det vil være tale om en avveining mellom de hensyn som tilsier at inngrepet bør gjennomføres og hensynet til den som rammes.²⁷ For inngrep i individets frihet og integritet stiller legalitetsprinsippet generelt strenge krav ettersom slike inngrep er alvorlige og rammer individet hardt. Tvangsinngrep innen helsesektoren vil på bakgrunn av dette i utgangspunktet være et område hvor legalitetsprinsippet står sterkt. I det følgende punkt vil jeg derfor se nærmere på legalitetsprinsippets styrke på helserettens område.

3.2. Særlig om legalitetsprinsippet på helserettens område

Innen helsesektoren er retten til selvbestemmelse og vernet av individets integritet sentrale hensyn. Dette fremgår blant annet av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd som viser at det kreves lovhjemmel for alle former for helsehjelp som innebærer faktiske handlinger.²⁸ Legeundersøkelser, innleggelse og lignende tiltak som skjer i strid med individets egen vilje anses derfor generelt som tyngende inngrep. Som nevnt, stiller legalitetsprinsippet strengere krav til lovhjemmelen etter hvor alvorlig og tyngende inngrepet er. Likevel er det flere mot hensyn som spiller inn og nyanserer kravet til lovhjemmelen. Hensynet til å beskytte individets og andres helse, effektiv ressursutnyttelse og hensynet til å gi praktiske og gjennomførbare regler kan tale for at mer skjønnsmessige lovhjemler er å foretrekke også på dette området. Reglene skal være anvendbare i mange svært ulike situasjoner, hvilket gjør det vanskelig å gi presise regler uten at noen tilfeller utelukkes.

Nøyaktig hvor strengt legalitetsprinsippet skal forstås innen helseretten er ansett som et krevende spørsmål. Spørsmålet har vært tema for Høyesterett ved flere anledninger uten at det er gitt et entydig svar.

²⁶ Rt. 1995 s. 530 på s. 537, uttalelsen er gjentatt av Høyesterett i en rekke senere avgjørelser bla. Rt. 2001 s. 382.

²⁷ For videre lesning om innholdet av momentene i Fjordlaks-dommen se Graver (2018) s. 86–87.

²⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.).

I Rt. 1993 s. 249 var spørsmålet om hvorvidt pasient A skulle utskrives fra tvungent psykisk helsevern. I løpet av de siste 16 årene hadde A vært innlagt 13 ganger på psykiatrisk sykehus. En av problemstillingene for Høyesterett var om behandlingskriteriet i psykisk helsevernloven fra 1961 kunne tolkes utvidende.²⁹ Etter ordlyden ga behandlingskriteriet hjemmel til å benytte tvang i de tilfeller hvor pasientens «utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring forspilles», jf. § 5. Pasient A ble ansett for å være behandlet til sitt «optimale nivå», men tidligere erfaringer hadde vist at A med stor sannsynlighet ville få et tilbakefall så snart han ble utskrevet og behandlingen opphørte. Høyesterett uttalte at «sterke reelle hensyn» talte for at behandlingskriteriet burde kunne anvendes i tilfeller hvor det ved utskriving kunne forventes en vesentlig forverring av pasientens tilstand.³⁰ Videre påpekte Høyesterett at det har sine «prinsipielle betenkeligheter» å anvende behandlingskriteriet utenfor de tilfeller som fulgte av ordlyden og at disse betenkelighetene «har særlig stor tyngde» fordi det var snakk om en tidsubestemt frihetsberøvelse.³¹

Dommen indikerer at selv om legalitetsprinsippet står sterkt på området, så er ikke prinsippet nødvendigvis et absolutt hinder for å foreta inngrep uten en klar hjemmel i lov. Dette strider med den tradisjonelle oppfatningen av at legalitetsprinsippet alltid krever en klar lovhjemmel for alvorlige inngrep mot individet. Høyesteretts utvidende tolkning av behandlingskriteriet er hovedsakelig begrunnet i «sterke reelle hensyn», uten at det spesifiseres nærmere hvilke hensyn som menes.³² Det er derfor uklart hvilke hensyn Høyesterett mener er tungtveiende nok til å begrense legalitetsprinsippets rekkevidde.

En mulig forklaring er at det er hensynet til pasientens rettssikkerhet og pasientens helse som Høyesterett har i tankene med formuleringen «sterke reelle hensyn». Der de relevante reelle hensyn er sammenfallende med de hensyn som begrunner legalitetsprinsippet, vil legalitetsprinsippetets kjerne kunne anses for å være ivaretatt selv om inngrepet forankres i en utvidende tolkning av lovbestemmelsen.³³ Et annet argument for at en utvidende tolkning av behandlingskriteriet ikke er i strid med legalitetsprinsippet, kan baseres på de personelle og prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene som omgir tvangsinngrepet.³⁴ Dersom det tas hensyn til de øvrige rettssikkerhetsgarantiene som ivaretar pasienten ved avgjørelsen og gjennomføringen av tvangsinnleggelsen, kan pasientens rettssikkerhet anses for å være

²⁹ Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphøvet).

³⁰ Rt. 1993 s. 249 på s. 255.

³¹ Ibid. på s. 256.

³² Se Østenstad (2011) s. 307 hvor Rt. 1993 s. 249 analyseres.

³³ Se Monsen (2013) s. 422.

³⁴ Se Østenstad (2011) s. 308.

tilstrekkelig ivaretatt til tross for en uklar lovhjemmel. Det er likevel problematisk at Høyesterett ikke kommenterer hvordan den utvidende lovtolkningen står seg mot legalitetsprinsippet.

Høyesterett tar igjen stilling til hjemmelskravet innen helsesektoren i den omdiskuterte Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen). Her kom Høyesterett til at et kommunalt sykehjem kunne bruke tvang for å skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer på en beboer uten at det forelå hjemmel i formell lov for denne tvangsbruken. Høyesteretts flertall vurderte rettslig grunnlag for tvangsbruken til å være sammensatt av blant annet vilkårlæren, nødrettsvurderinger, sykehjemsforskriften, hensynet til forsvarlig helsehjelp og hensynet til et forsvarlig arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljøloven § 4-4, jf. § 4-1.³⁵ Flertallets vurdering av at det ikke gjaldt et krav om lovhjemmel i saken og den etterfølgende konstruksjonen av et sammensatt ulovfestet hjemmelsgrunnlag har blitt både kritisert og diskutert i juridisk teori.³⁶ Det ser derimot ut til å være enighet om at Sårstelldommen knytter seg til et særlig spesielt og vanskelig tilfelle, og at den derfor ikke vil ha en tungtveiende prejudikatverdi.³⁷

Sårstelldommen er i likhet med Rt. 1993 s. 249 et eksempel på at tvangsinngrep innen helsesektoren har blitt utført uten en klar lovhjemmel. Sammenlignet med Rt. 1993 s. 249, kan Sårstelldommen sies å gå enda lenger da rettsgrunnlaget for inngrepet er utledet fra ulovfestet rett, og ikke basert på tolkning av lovbestemmelsen slik avgjørelsen i Rt. 1993 s. 249 var. Sett i sammenheng, indikerer disse avgjørelsene at legalitetsprinsippet ikke står like sterkt innen helsesektoren som inngrepenes karakter og alvorlighet i utgangspunktet tilsier. Dommene tyder på at Høyesterett har vektlagt paternalismehensyn tyngre enn konsekvensene for individet som rammes. En slik slutning må imidlertid nyanseres med at begge dommene gjelder spesielle tilfeller og bærer preg av et forsøk på å finne den beste løsningen i en vanskelig situasjon. I Rt. 1993 s. 249 ser det ut til at hovedgrunnen til at hjemmelen ble tolket utvidende var på bakgrunn av hva som ville være den beste løsningen for pasientens helse på lang sikt. Sårstelldommen på sin side, anses for å være et meget vanskelig tilfelle hvor flertallets argumentasjon indikerer at hovedmålet var å finne den beste løsningen for alle involverte. Dissensen 3-2 i Sårstelldommen gir i tillegg avgjørelsen mindre vekt.

³⁵ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 32 til 36.

³⁶ Se blant annet Kjellevold og Aasen (2011), Andersen og Wallevik (2011), Syse (2011), Monsen (2013) og Østenstad (2014).

³⁷ Syse (2011), Andersen og Wallevik (2011) og Østenstad (2014) gir alle uttrykk for at dommen er et særegent tilfelle med liten overføringsverdi.

De nevnte høyesterettsdommene viser at det fortsatt er utfordrende å si noe generelt om *hvor* klar lovhjemmel som kreves og for *hvilke inngrep* legalitetsprinsippet krever en slik klar lovhjemmel. Selv om legalitetsprinsippet i utgangspunktet står sterkt innen helseretten, viser de nevnte dommene at det kan oppstå situasjoner hvor hensynet til å beskytte pasienten og effektivitetshensyn vil veie tyngre enn pasientens rett til selvbestemmelse og rettssikkerhetshensyn.³⁸ Fastsettelsen av legalitetsprinsippet rekkevidde må dermed skje på bakgrunn av en sammensatt vurdering og avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende.³⁹ I disse tilfellene ser det ut til å være rom for at også tvangsinngrep kan basere seg på utvidende tolkninger av lovtekst eller et sammensatt rettsgrunnlag, hvis dette har gode nok grunner for seg. Det må i en slik vurdering særlig tas i betraktning de grunnleggende hensyn som legalitetsprinsippet bygger på, hvilke hovedsakelig er rettssikkerhet, forutberegnelighet og vern mot vilkårlig maktmisbruk. Hvis disse hensynene på andre måter er ivarettatt, vil det være mindre betenkelig at inngrepet gjennomføres uten en klar lovhjemmel.

Tvangsinngrep i forbindelse med psykisk helsevern kan innebære inngrep i Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser. Høyesterett har uttalt at disse bestemmelsene skal tolkes i lys av de parallelle EMK-rettighetene.⁴⁰ Det må derfor klargjøres hvilke krav EMK stiller for at denne typen inngrep lovlige skal kunne foretas.

3.3. Hvilke krav til hjemmel stiller EMK ved inngrep i menneskerettighetene?

3.3.1. Overordnet om de menneskerettslige krav

Bruk av tvang ved etablering av tvungent psykisk helsevern kan innebære inngrep i både retten til privatliv etter EMK art. 8, retten til frihet etter EMK art. 5 og vernet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling etter EMK art. 3. EMK art. 3 gir uttrykk for et absolutt vern hvor inngrep ikke under noen omstendigheter tillates og er for øvrig i liten grad aktuell for de situasjoner oppgaven gjelder. Ved spørsmål om staten kan foreta inngrep i en vernet menneskerettighet, må den aktuelle lovhjemmelen tilfredsstillende kravene til inngrep som følger av EMK.⁴¹ Fokuset i den videre fremstillingen vil derfor være på hvilke krav som stilles for at offentlig myndighet lovlige skal kunne foreta inngrep i vernet mot frihetsberøvelse og retten til privatliv etter EMK art. 5 og 8.

³⁸ Se Kjøenstad (2017) s. 461 hvor det formuleres et strengt hjemmelkrav i helseretten.

³⁹ Monsen (2013) s. 428.

⁴⁰ Se blant annet Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30.

⁴¹ Se mer om dette i Aall (2018) s. 115 flg.

I motsetning til Grunnloven, har ikke EMK en egen bestemmelse som inneholder et generelt legalitetsprinsipp. I EMK fremgår lovkravet gjennom de konkrete rettighetsbestemmelsene. De øvrige vilkårene for inngrep etter EMK-retten kan betegnes som et formålsskrav og et forholdsmessighetskrav.⁴²

Formålsskravet innebærer at inngrepet må være begrunnet i et legitimt formål. Hensyn til andres liv og helse vil kunne være et legitimt formål som kan begrunne inngrep både i art. 5 og i art. 8.⁴³ Vilåret vil derfor ikke være særlig problematisk i sammenheng med oppgavens problemstilling. Kravet om forholdsmessighet innebærer en avveining mellom mål og middel.⁴⁴ I denne sammenhengen innebærer dette en avveining av myndighetenes behov for å foreta inngrepet mot konsekvensene dette får for borgeren. Tvangsinngrep på helserettens område vil oppfylle forholdsmessighetskravet så lenge inngrepet kan begrunnes i et legitimt formål, det minst inngripende tiltaket benyttes og tiltaket for øvrig fremstår som rimelig. Vilåret vil derfor heller ikke vært sentralt i denne oppgaven.

Hvilke krav EMKs lovkrav stiller til den aktuelle inngrepshjemmelen vil derimot være særlig relevant for denne oppgaven grunnet at noen av tvangsinngrepene i etableringsfasen har svak lovforankring. Det vil i det følgende redegjøres nærmere for hva som ligger i lovkravet i EMK-retten. Fokuset ved denne redegjørelsen vil være rettet mot lovhjemler for bruk av tvang innen helse- og omsorgssektoren.

3.3.2. Særlig om lovkravet i EMK

Lovkravet er uttrykt i konvensjonen gjennom krav om at inngrep må være «lawful», «in accordance with a procedure prescribed by law», «in accordance with law» eller «prescribed by law», jf. EMK art. 2, 4, 5, og 8–11. Til tross for disse ulike formuleringene har EMD slått fast at disse uttrykkene i utgangspunktet skal tolkes likt.⁴⁵

I *Sunday Times mot Storbritannia* uttaler EMD hva som ligger i vilåret «prescribed by law» i art. 10.⁴⁶ Tolkningen vil også gjelde for lovkravet i art. 5 og 8 som er relevant for denne oppgaven. Det fremgår av EMDs tolkning at lovkravet innebærer at inngrepet må kunne forankres i en rettsregel som den aktuelle konvensjonsstaten anerkjenner som «law». I norsk

⁴² Se blant annet Aall (2018) s. 150.

⁴³ Dette følger av EMK art. 8 nr. 2, se også NOU 2019: 14 s. 176.

⁴⁴ Aall (2018) s. 151.

⁴⁵ *Malone mot Storbritannia* [J] 1984 no. 8691/79 og omtale av denne i Aall (2018) s. 115.

⁴⁶ *Sunday Times mot Storbritannia* [J] 1979 no. 6538/74, avsnitt 46 flg.

rett anses kun formell lov, herunder forskrift, som «lov».⁴⁷ EMKs lovkrav krever dermed hjemmel i formell lov for inngrep fra norske myndigheter, på lik linje med legalitetsprinsippet i GrL. § 113.

Videre uttaler EMD at lovhjemmelen skal være «adequately accessible» og formulert med «sufficient precision».⁴⁸ Uttalelsen viser at det stilles krav til kvaliteten av den nasjonale lovhjemmelen. Disse samme kvalitetskravene har blitt lagt til grunn av Høyesterett ved tolkning av de parallelle grunnlovsbestemmelsene.⁴⁹

Kravet om at lovhjemmelen må være «adequately accessible» innebærer at rettsreglene må være tilgjengelige for borgerne i en slik grad at borgeren kan forutse sin rettsstilling.⁵⁰ Tilgjengelighetskravet er ikke problematisk i relasjon til oppgavens tematikk. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

EMDs formulering «sufficient precision» innebærer et krav om at lovteksten må være klar nok til at individet kan innrette sin atferd etter de gjeldende rettsregler og slik forutse konsekvensene av sine handlinger.⁵¹ Formuleringen «sufficient» tilsier at det ikke kreves en absolutt presisjon for at lovkravet skal være oppfylt. Det kan tenkes tilfeller hvor en vagere formulert lovhjemmel vil være den beste løsning for at bestemmelsens formål og funksjon skal oppfylles. Målet er at lovteksten skal være presis nok til å ivareta individets behov for forutberegnelighet, men vid nok til å kunne oppfylle sin funksjon.

I relasjon til tvungent psykisk helsevern er det sannsynlig at individet ikke vil være i stand til å forutse sin egen rettsstilling på bakgrunn av sin psykiske lidelse. Forutberegnelighet som målestokk for om lovhjemmelen er tilstrekkelig presis, vil i disse situasjonene kunne være lite hensiktsmessig. Alternativet blir da å fokusere på lovkravets overordnede formål om å hindre vilkårlige inngrep.⁵² Dette gjør EMD blant annet i *Herczegfalvy mot Østerrike* som gjaldt spørsmål om bruk av tvang mot en sinnslidende.⁵³ Under vurderingen av lovkravet la EMD avgjørende vekt på om lovens formulering ga individet et tilstrekkelig vern mot vilkårlige

⁴⁷ Se Aall (2018) s. 116.

⁴⁸ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

⁴⁹ Se blant annet Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30.

⁵⁰ *Sunday Times mot Storbritannia* avsnitt 49.

⁵¹ Ibid.

⁵² Se Østenstad (2011) s. 559–661 om presisjonskravet i regler rettet mot psykisk utviklingshemmede og demente og EMD i *Malone mot Storbritannia* [J] 1984 no. 8691/79 avsnitt 67.

⁵³ *Herczegfalvy mot Østerrike* [J] 1992 no. 8691/79.

inngrep i en bredere forstand. Lovtekstens evne til å la vedkommende forutse sin rettsstilling var av liten betydning når vedkommende manglet evnen til å ta vare på seg selv.⁵⁴

Innen helse- og omsorgssektoren kan situasjonene hvor det er behov for bruk av tvang og hvilke tiltak som kreves være svært varierende. Dette fører til at hvilke lovformuleringer som behøves for å regulere tvangsbruken også vil variere i vidt omfang. EMD har derfor sett behovet for å legge vekt på saksbehandlingsregler og kontrollordninger som spiller inn og ivaretar individets rettssikkerhet på dette området.⁵⁵ EMD har åpnet for en bredere vurdering av lovkravet hvor det i tillegg til lovtekstens presisjon, også legges vekt på øvrige rettssikkerhetsgarantier og de overordnede formål bak lovbestemmelsen. Dette medfører at i de tilfeller hvor det er tvil om lovteksten er tilstrekkelig presis, kan lovkravet likevel være oppfylt dersom øvrige rettssikkerhetsgarantier kan sies å ivareta individets interesser i tilstrekkelig grad.

Oppsummert gir EMK-rettens lovkrav rom for en bredere vurdering enn det som følger av det tradisjonelle norske legalitetsprinsipp. Ved vurderingen av lovkravet ser EMD blant annet på loven som en helhet, ikke bare på om de enkelte vilkår i lovhjemmelen er oppfylt. EMKs lovkrav har dermed karakter av å være en mer overordnet helhetsvurdering av den aktuelle inngrepshjemmel, enn det som følger av legalitetsprinsippet. Det gjelder likevel et minstekrav til tvangshjemlenes materielle presisjonsnivå.⁵⁶

I lys av redegjørelsen ovenfor, skal jeg i det følgende se nærmere på de ulike fasene ved etableringen av tvungent psykisk helsevern.

4. Hjemmel for bruk av tvang i de ulike fasene ved etablering av tvungent psykisk helsevern

4.1. Problemstillingen

I denne delen av oppgaven skal jeg se nærmere på hvilken adgang psykisk helsevernloven gir til bruk av tvang i de ulike fasene før et vedtak om innleggelse eller utskrivelse blir fattet. Sentrale spørsmål vil blant annet være *hvilke pasienter* tvangsinngrep kan rettes mot, *hvem* som kan utføre tvangsinngrepet og på *hvilken måte* tvangsinngrepet kan gjennomføres. Det henvises til oversikten over de ulike fasene under punkt 1.2.

⁵⁴ Ibid. avsnitt 86 og 13.

⁵⁵ NOU 2019: 14 s. 174 og Østenstad (2011) s. 559–561.

⁵⁶ Østenstad (2011) s. 567.

4.2. Fase 1 – Vedtak om tvungen ekstern legeundersøkelse

4.2.1. Introduksjon til fase 1

Det følger av psykisk helsevernloven § 3-1 første ledd at «tvungent psykisk helsevern» ikke kan etableres uten at «en lege personlig har undersøkt vedkommende». Utgangspunktet er at den eksterne legeundersøkelsen skal skje på frivillig grunnlag basert på pasientens samtykke.⁵⁷ Formålet med vilkåret er å gi pasienten en ytterligere rettssikkerhetsgaranti.⁵⁸ Regelen gir et større vern mot vilkårlige inngrep når vilkårene må vurderes av to leger før vedtak om tvungent psykisk helsevern kan fattes. En ekstern legeundersøkelse vil ut fra dette kravet alltid være første steg i prosessen mot en tvangsinnleggelse.

Psykisk helsevernloven § 3-1 andre ledd regulerer når den eksterne legeundersøkelsen kan gjennomføres ved tvang. Det følger av § 3-1 andre ledd at dersom det «[f]oreligger *behov* for legeundersøkelse som nevnt i første ledd, men vedkommende *unndrar seg* slik undersøkelse, *kan kommunelegen etter eget tiltak eller etter begjæring fra annen offentlig myndighet eller fra vedkommendes nærmeste pårørende, vedta at det skal foretas en slik legeundersøkelse*» (mine kursiveringer). Bestemmelsen oppstiller altså to materielle krav, samt krav til personell kompetanse og prosessuelle krav til saksbehandlingen. I det følgende foretas en nærmere analyse av innholdet i disse vilkårene.

4.2.2. Kreves det motstand for at vilkåret «unndrar seg» skal være oppfylt?

Som nevnt, kreves det at vedkommende «unndrar seg» for at det skal kunne fattes vedtak om tvungen ekstern legeundersøkelse, jf. phvl. § 3-1. En alminnelig språklig forståelse av «unndrar seg» tilsier å trekke seg unna. I NOU 2019: 14 er innholdet av «unndrar seg» forklart med at vedkommende i ord eller handling motsetter seg undersøkelsen.⁵⁹ Denne formuleringen benyttes også av Helsedirektoratet i deres kommentar til psykisk helsevernloven § 3-1.⁶⁰ Dette tilsier at pasienten må utvise fysisk eller verbal motstand mot undersøkelsen for at vilkåret skal være oppfylt. Tilfeller hvor pasienten forholder seg taus eller inntar en passiv holdning vil etter denne tolkningen falle utenfor ordlyden. Etter forarbeidene er regelen om vedtak om tvungen ekstern legeundersøkelse begrunnet i at de

⁵⁷ Ekstern legeundersøkelse er også et vilkår for etablering av tvungen observasjon etter phvl. § 3-2 og ved konvertering fra frivillig psykisk helsevern til tvangsinnleggelse, jf. phvl. § 3-4.

⁵⁸ Se NOU 2019: 14 s. 659 om utvalgets syn på behovet for en uavhengig legeundersøkelse.

⁵⁹ NOU 2019: 14 s. 87.

⁶⁰ Rundskriv IS-1/2017 s. 27.

alvorlig sinnslidende ofte mangler sykdomsinnsikt.⁶¹ Uten en forståelse av egen sykdom, vil legeundersøkelse kunne fremstå som unødvendig for den antatt syke og vedkommende «unndrar seg» derfor undersøkelsen. Hva som konkret skal til for å oppfylle vilkåret «unndrar seg» kommenteres imidlertid ikke i lovens forarbeider.⁶² I lys av ordlyden kan det derfor reises spørsmål om det kreves fysisk eller verbal motstand for at vilkåret «unndrar seg» skal være oppfylt. Dette vil i det følgende drøftes nærmere.

Etter hensynet til sammenheng i loven, vil også øvrige bestemmelser i psykisk helsevernloven ha betydning for hvordan vilkåret skal forstås. Hva som utgjør «tvungent psykisk helsevern» er definert i § 1-2. Etter definisjonen er «tvungent psykisk helsevern» undersøkelse, behandling pleie og omsorg som gis «uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasient og brukerrettighetsloven kapittel 4». Henvisningen til pasient og brukerrettighetsloven kapittel 4 er ment som en presisering av at psykisk helsevern skal være frivillig og baseres på eget samtykke.⁶³ Motsatt, vil tvungent psykisk helsevern være all helsehjelp som gis uten at vedkommende har samtykket til handlingen.

Det kan argumenteres for at de situasjoner som oppfyller vilkåret «unndrar seg», bør være sammenfallende med definisjonen av den overordnede kategorien tvungent psykisk helsevern, ut fra hensynet til sammenheng i regelverket. Dersom fravær av samtykke er nok til at reglene om tvungent psykisk helsevern kommer til anvendelse, kan det tale for at det samme bør være tilstrekkelig til å oppfylle kravet for når en tvungen legeundersøkelse kan foretas.

Definisjonen i § 1-2 taler for at de tilfeller hvor vedkommende har utvist en passiv eller likegyldig holdning bør omfattes av «unndrar seg», og at det dermed kreves vedtak for tvungen legeundersøkelse av også disse pasientene. En slik forståelse vil imidlertid innebære en utvidende tolkning av ordlyden, hvilket i utgangspunktet ikke lar seg forene med legalitetsprinsippet. Hensynet til pasientens rettssikkerhet vil derimot være bedre ivaretatt dersom det kreves vedtak for undersøkelsen. Uten vedtak vil ikke pasienten ha en reell mulighet til å klage over den tvungne legeundersøkelsen i ettertid. At en utvidende tolkning i bedre grad vil ivareta pasientens rettigheter, taler for at legalitetsprinsippet ikke vil yte stor motstand mot tolkningen.

⁶¹ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 157.

⁶² Verken i Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) eller i Ot.prp. nr. 65 (2005–2006).

⁶³ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 85.

Selv om en utvidende tolkning ville vært til pasientens fordel, ser det ut til at det i forarbeidene og i praksis fra Helsedirektoratet er enighet om at «unndrar seg» krever noe mer enn kun fravær av samtykke.⁶⁴ Lovgivers valg av å benytte en annen formulering i § 3-1 kan også tilsi at hensikten var å skape en annen terskel for disse tilfellene. På bakgrunn av dette konkluderes det med at det er de pasienter som med ord eller handling motsetter seg undersøkelsen som det etter § 3-1 kreves vedtak for å undersøke. De likegyldige eller passive pasientene omfattes følgelig ikke av vilkåret «unndrar seg». Konsekvensene av dette vil drøftes nærmere i kapittelet om fase 2.

Paulsrud-utvalget tar i sin rapport til orde for en endring av § 3-1 andre ledd slik at det for alle tilfeller, ikke bare de tilfeller hvor pasienten «unndrar seg», kreves vedtak for tvungen legeundersøkelse.⁶⁵ Praksis har vist at vedtak ofte ikke fattes, selv om det er påkrevd.⁶⁶ Dersom pasienten godtar undersøkelsen, til tross for verbal motstand, blir pasienten ofte ikke ansett for å ha unndratt seg undersøkelsen. En slik oppførsel fra pasienten kan heller ikke anses som et frivillig avgitt samtykke. Når undersøkelser gjennomføres i slike tilfeller uten gyldig avgitt samtykke, og uten at det er fattet vedtak om tvang, gjennomføres undersøkelsen uten et gyldig rettslig grunnlag.⁶⁷ Utvalget peker på at en omformulering av loven vil kunne sikre at vedtak i større grad fattes, som igjen vil gi pasienten bedre rettssikkerhet ved at pasienten gis en reell mulighet til å klage på avgjørelsen om tvungen legeundersøkelse.⁶⁸ Ulempen med endringen vil imidlertid være mer arbeid for kommunelegen og et mindre effektivt system.

Ved den etterfølgende endringsloven i 2017 valgte departementet å ikke innta utvalgets forslag til endringer av § 3-1. Departementet uttalte at forslaget knyttet til å utvide plikten til vedtak om legeundersøkelse burde vurderes i en større sammenheng av lovutvalget som på tidspunktet var satt til å revidere reglene om bruk av tvang i helse- og omsorgsretten.⁶⁹ Lovutvalget avga sin rapport i 2019 og formulerte vilkåret for vedtak om uavhengig legeundersøkelse til de tilfeller hvor pasienten «motsetter seg» undersøkelsen.⁷⁰ Dette innebærer en videreføring av dagens ordning for psykisk helsevern, men med en

⁶⁴ NOU 2019: 14 s. 87–88 og Rundskriv IS-1/2017 s. 27.

⁶⁵ Se NOU 2011: 9 s. 190 og departementets omtale av forslaget i Prop. 147 L (2015–2016) s. 31.

⁶⁶ NOU 2011: 9 s. 189.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid. s. 240.

⁶⁹ Prop. 147 L (2015–2016) s. 32.

⁷⁰ Se § 9-8 i NOU 2019: 14 s. 767.

omformulering fra «unndrar seg» til «motsetter seg». Lovutvalget har altså ikke sluttet seg til Paulsrud-utvalgets forslag fra 2011, men har inntatt et overordnet synspunkt om at «tvang» skal omdefineres som motstand fra pasienten.⁷¹ Dette vil føre til at rettssikkerhetsgarantiene blir konsentrert rundt de mest alvorlige inngrepene. Formuleringen «motsetter seg» vil også være et mer treffende uttrykk for det innhold som vilkåret «unndrar seg» har i dag.

4.2.3. Hva kreves for at det skal være «behov» for tvungen legeundersøkelse?

Videre gjennomføres tvungen ekstern legeundersøkelse i de tilfeller legen mener det foreligger et «behov» for slik undersøkelse, jf. phvl. § 3-1 andre ledd. Ordlyden «behov» tilsier at det må foreligge en berettiget grunn for å gjøre noe. Det følger av forarbeidene at «behov» innebærer at legen må ha opplysninger som gir «grunn til å tro» at vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er oppfylt.⁷² Som nevnt i punkt 1.4, er det sentrale vilkåret for tvungent psykisk helsevern at vedkommende har en «alvorlig sinnslidelse». Dette tilsier at det vil være et «behov» for tvungen legeundersøkelse *hvis* legen har informasjon som gir han *grunn til å tro* at vedkommende har en «alvorlig sinnslidelse». Lovens forarbeider gir dermed uttrykk for en presiserende tolkning av vilkåret ettersom denne forståelsen er mer spesifikk enn det som kan leses ut fra ordlyden «behov». Som utgangspunkt skal vilkårets innhold fremgå så klart som mulig av lovteksten på legalitetsprinsippets område. Forarbeidene gir imidlertid også uttrykk for lovgivers vilje og det kan derfor aksepteres at loven suppleres på denne måten. Legalitetsprinsippets styrke vil likevel tale for at hva som kan gi «behov» for tvang burde fremgått klarere av lovteksten.

Legalitetsprinsippet yter imidlertid ikke like stor motstand mot presiserende tolkninger som ved utvidende tolkninger av lovtekst. Hensikten med legalitetsprinsippet på helserettens område er som nevnt å hindre vilkårlig maktbruk fra myndighetene. Selv om ordlyden «behov» i seg selv gjør det vanskelig for borgeren å forutse når tvungen legeundersøkelse kan være aktuelt, vil borgerens rettssikkerhet samtidig være bedre ivaretatt når det foreligger retningslinjer for tolkningen av vilkåret. En presiserende tolkning av vilkåret vil gi rettsanvenderen mindre handlingsrom og slik også redusere faren for vilkårlig bruk av tvang. Lovhjemmelen ville imidlertid vært enda mer i tråd med legalitetsprinsippet om formuleringen «grunn til å tro» hadde vært inntatt i lovteksten.

⁷¹ Se definisjonen av «tvang» i § 1-3 i lovutkastet til NOU 2019: 14 s. 753.

⁷² Se Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 157 og Rundskriv IS-1/2017 s. 27–28.

Videre kan det reises spørsmål om hvor sterk legens mistanke må være for at han skal ha «grunn til å tro» at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse». Hensynet til pasientens liv og helse gjør motstand mot at det skal stilles strenge krav til når den første legeundersøkelsen kan foretas. Legen må gis en mulighet til å tilegne seg sikre opplysninger om pasientens helse slik at han kan oppfylle sin plikt til å gi nødvendig helsehjelp.⁷³ Det vil være verre om vedkommende ikke får hjelpen han trenger, enn at han blir utsatt for én legeundersøkelse for mye. Legeundersøkelsen vil i de fleste tilfeller bestå av samtale og observasjon av vedkommendes atferd og utsagn. Fysiske undersøkelser foretas ikke uten samtykke på dette tidspunkt.⁷⁴ Dette indikerer at den faktiske legeundersøkelsen ikke vil være særlig inngrepene, hvilket medfører at legalitetsprinsippet vil yte liten motstand mot et lavt sannsynlighetskrav. I lys av dette kan det etter mitt syn ikke kreves en særlig høy grad av sannsynlighet før legen kan konkludere med at det er «grunn til å tro» at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse», og derfor et «behov» for å foreta en tvungen legeundersøkelse.

Psykisk helsevernloven § 3-1 andre ledd stiller videre personelle krav til hvem som kan begjære tvungen legeundersøkelse og hvem som kan fatte vedtaket. Det vil i det følgende ses nærmere på de personelle krav som stilles i relasjon til vedtaket om tvungen ekstern legeundersøkelse.

4.2.4. De personelle kravene ved tvungen ekstern legeundersøkelse

En tvungen legeundersøkelse kan bare foretas hvis «kommunelegen» etter eget tiltak fatter vedtak eller hvis det foreligger begjæring om tvungen undersøkelse fra «annen offentlig myndighet» eller fra «vedkommendes nærmeste pårørende», jf. § 3-1 andre ledd.

Det er kommunelegen som må vurdere om det foreligger «behov» for legeundersøkelse.

Dersom kommunelegen mener det er grunn til å tro at vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, «kan» vedtaket fattes og legeundersøkelsen gjennomføres.

Formuleringen «kan» i lovteksten viser at legen har et hensiktsmessighetskjønn knyttet til om vedtak skal fattes. Av § 3-1 fjerde ledd følger det at Kongen kan gi forskrifter om delegering av kommunelegens kompetanse. Dette er gjort ved psykisk helsevernforskriften § 9. Her angis det at kommunelegen kan delegerer sin kompetanse til annen lege. Dette

⁷³ For spesialisthelsetjenesten følger denne plikten av pbrl. § 2-1 b.

⁷⁴ Personlig meddelelse i samtale med overlege Kent Jensen, Tvangsforskningsnettverket, 30.04.2020.

begrunnes i at kommunelegen personlig ikke alltid vil være tilgjengelig.⁷⁵ Det mest praktiske vil være at kompetansen delegeres på generelt grunnlag til vakthavende lege ved den aktuelle legevakten.⁷⁶

Dersom kommunelegen fatter vedtak om tvungen undersøkelse, «bør» selve undersøkelsen utføres av en annen lege, jf. psykisk helsevernloven § 9 tredje ledd. Dette uttrykkes også i forarbeidene til psykisk helsevernloven hvor det fremgår at undersøkende lege «skal» være en annen enn kommunelegen selv.⁷⁷ Formålet må antas å være å gi pasienten bedre vern ved å fjerne usikkerhet knyttet til at legen kan være forutinntatt før undersøkelsen. Pasientens rettssikkerhet vil være bedre ivaretatt ved at flere fagpersoner involveres i beslutningen. Dette må for øvrig balanseres mot hva som er praktisk mulig å gjennomføre. Det kan tenkes situasjoner i små kommuner, særlig på helligdager eller i ferier, hvor det vil være utfordrende å få tak i en ny lege til å foreta selve undersøkelsen.⁷⁸ I slike tilfeller kan eneste mulighet være at den samme legen både fatter vedtaket og foretar undersøkelsen.⁷⁹ Hensynet til at pasienten skal få nødvendig helsehjelp innen rimelig tid vil i slike situasjoner veie tyngre enn det konkrete inngrepet i pasientens rettssikkerhet. Forskriftens formulering «bør» og Helsedirektoratets kommentarer til bestemmelsen tilsier at undersøkelse av en annen lege ikke skal anses som et rettskrav.⁸⁰

Vedtaket om tvungen legeundersøkelse kan også fattes etter begjæring fra «annen offentlig myndighet» eller «vedkommendes nærmeste pårørende», jf. § 3-1 andre ledd første setning. Hvem som utgjør «annen offentlig myndighet» er definert i phvl. § 1-3. Slike begjæringer vil typisk komme fra ansatte i sosialtjenesten som har regelmessig kontakt med vedkommende eller fra politiet. Offentlig myndighets adgang til å begjære en person undersøkt av lege kan knyttes til bistands- og varslingsplikten som offentlig myndighet har etter phvl. § 3-6. Her følger det en plikt for offentlig myndighet til å bidra til at syke personer får nødvendig helsehjelp. Vilkåret «nærmeste pårørende» er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Dette vil være de som vedkommende selv har oppgitt som sine nærmeste pårørende, eller hvis ingen er oppgitt, den som «i størst utstrekning har hatt varig og løpende kontakt med pasienten», jf. pbrl. § 1-3 bokstav b. Dette vil være de menneskene som kjenner

⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 157.

⁷⁶ Se Rundskriv IS-1/2017 s. 115.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 157.

⁷⁸ Syse (2017) s. 121 flg.

⁷⁹ Se Rundskriv IS-1/2017 s. 115.

⁸⁰ Se legevaktshåndboken, www.lvh.no, hvor det presiseres at undersøkelse av annen lege ikke er et «absolutt krav» (sist besøkt 27.05.2021).

pasienten best, og de vil derfor ofte også ha innsikt i om vedkommende har behov for helsehjelp. Det er på dette grunnlag viktig at denne gruppen har en lovfestet rett til å bli hørt med sin bekymring for pasienten. Rettigheten bidrar til å sikre at hensynet til pasientens beste blir ivaretatt.

4.2.5. De prosessuelle kravene ved tvungen ekstern legeundersøkelse

I relasjon til kommunelegens vedtak om tvungen legeundersøkelse, er det i lov nedfelt prosessuelle krav til vedtaket. Disse kravene er ment til å bidra til å sikre pasientens rettssikkerhet og hindre vilkårlig maktutøvelse.

Det følger av § 3-1 tredje ledd at vedtaket om tvungen legeundersøkelse «straks» skal «nedtegnes skriftlig». Det skriftlige vedtaket bør etter lovens system foreligge før tvungen legeundersøkelse kan gjennomføres. Forvaltningslovens generelle regler om begrunnelse for vedtak gjelder også her, jf. § 24, jf. § 25.⁸¹ Psykisk helsevernforskriften § 9 supplerer videre med krav om at det må følge av vedtaket hvem som har fremsatt begjæringen og hvem som har gitt uttalelse i saken.

Videre kan vedtaket om tvungen legeundersøkelse påklages til statsforvalteren «uten oppsettende virkning», jf. § 3-1 tredje ledd. Dette innebærer at klagen ikke vil hindre en tvungen undersøkelse fra å gjennomføres. Lovverket gir dermed ikke borgeren noen reell mulighet til å unnsnippe en ufrivillig legeundersøkelse.⁸² Regelen ville imidlertid mistet sin funksjon hvis undersøkelse ikke kunne gjennomføres før klagen var behandlet. Slike undersøkelser gjelder ofte akutte situasjoner, og i løpet av den tiden det tar å behandle en klage kan vedkommendes helsetilstand ha blitt betydelig forverret, eller vedkommende kan ha reist fra området slik at undersøkelsen ikke kan gjennomføres. Dersom vedtak om tvungen legeundersøkelse skal ha en funksjon, må behovet for at disse undersøkelsene gjennomføres veie tyngre enn individets rettssikkerhet. Selv om klagebehandling må skje i ettertid av inngrepet, vil klagen fortsatt ha en verdi ved at det kan gi vedkommende en følelse av rettferdighet og eventuelt erstatning hvis vilkårene er oppfylt. En klage kan også bidra til at helsetjenesten unngår lignende feil i fremtiden. Undersøkelser har imidlertid vist at det fremmes svært få klager etter denne bestemmelsen.⁸³ Dette indikerer at klagemuligheten i realiteten ikke gir borgerne noen bedre rettssikkerhet ettersom den ikke benyttes i praksis.

⁸¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.).

⁸² Dette er en motsetning til vedtak som omfattes av fvl. § 42 om utsatt iverksetting av vedtak.

⁸³ Se NOU 2011: 9 s. 105.

Videre er vedtak om tvungen legeundersøkelse verken nevnt i phvl. § 7-1 om domstolsprøving eller i § 1-7 over saker som det gis fri rettshjelp til. Sammenlignet med øvrige vedtak etter loven, er pasientens rettssikkerhet på dette punkt dårligere ivaretatt ved at mulighetene for overprøving er mindre. De manglende prosessuelle garantiene i relasjon til disse vedtakene, vil etter EMKs lovkrav telle negativt.

Pasienten skal også gis en mulighet til å uttale seg før vedtaket treffes, jf. § 3-9, med mindre dette kan forhindre undersøkelsen. Regelen er et utslag av retten til kontradiksjon, men i møte med hensynet til pasientens helse må retten til kontradiksjon vike. Retten til å uttale seg om forhold som rammer en selv er likevel en viktig prosessuell rettssikkerhetsgaranti som også kan knyttes til selvbestemmelsesretten.

Gjennomgangen viser at § 3-1 inneholder flere personelle og prosessuelle krav som i ulik grad bidrar til å ivareta pasientens rettssikkerhet ved vedtak om tvungen legeundersøkelse. Ved å skape et bedre vern for pasientens rettssikkerhet bidrar også disse kravene til at hjemmelen for tvungen legeundersøkelse i større grad samsvarer med EMKs lovkrav. I det følgende vil jeg se nærmere på utformingen av tvangshjemmelen for *gjennomføringen* av tvungen legeundersøkelse.

4.3. Fase 2 – Gjennomføring av tvungen ekstern legeundersøkelse

4.3.1. Introduksjon til fase 2

Fase 2 er nært knyttet til fase 1 både tidsmessig og gjennom at denne fasen også reguleres av phvl. § 3-1. Jeg har likevel valgt å anse dette som to faser, fordi det er ulike spørsmål som reiser seg. I det følgende skal jeg se nærmere på *hvilke materielle krav* som stilles til gjennomføringen av tvungen ekstern legeundersøkelse, *hvilke pasienter* som kan utsettes for legeundersøkelsen, *hvilke tvangsmidler* som lovlig kan benyttes og *hvem* som kan utøve tvang ved ekstern legeundersøkelse.

4.3.2. De materielle kravene til gjennomføring av ekstern legeundersøkelse

Det følger av § 3-1 første ledd at den eksterne legeundersøkelsen skal «bringe på det rene» om «lovens vilkår for slikt vern er oppfylt». Formuleringen «slikt vern» viser tilbake til «tvungent psykisk helsevern» i bestemmelsens første setning. Vilkårene for tvungent psykisk helsevern følger av phvl. § 3-3 og er presentert i oppgavens punkt 1.4. Det er disse vilkårene den eksterne undersøkende legen ved sin undersøkelse skal vurdere om er oppfylt.

Den undersøkende legen vil først forsøke å finne ut av er om årsaken til pasientens psykiske plager er en «alvorlig sinnslidelse», jf. § 3-3. Dersom symptomene skyldes somatisk sykdom eller rus, kreves det en annen behandling enn hvis det foreligger en psykisk lidelse.⁸⁴ I de tilfeller hvor pasienten ikke har samtykkekompetanse, og symptomene skyldes en somatisk sykdom skal bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A anvendes, ikke psykisk helsevernloven. Etter dagens lovverk stilles det noe ulike krav for bruk av tvang etter psykisk helsevernloven, pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven.⁸⁵ Hvilket regelverk som skal anvendes ved den videre behandlingen av pasienten vil derfor være viktig å få avklart så tidlig som mulig.

Formuleringen «bringe på det rene» tilsier at den undersøkende legen skal søke å avklare om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Formuleringen innebærer imidlertid ikke et krav om at legen skal ta endelig stilling til om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. I praksis er vilkåret forstått som at det vil være tilstrekkelig dersom legen anser det som overveiende sannsynlig at vilkårene er oppfylt.⁸⁶ Hvis det er tilfellet, vil det være tilstrekkelig til at pasienten kan henvises videre til institusjon. At det stilles lavere krav til den eksterne legeundersøkelsen enn til undersøkelsen fra den faglig ansvarlige, kan begrunnes i at den eksterne legen vil ha begrenset med tid og informasjon til å gjennomføre sin vurdering. Den eksterne legen vil ofte være en allmennlege og derfor ha et svakere faglig grunnlag enn den faglige ansvarlige som vil være en spesialist i psykiatri. Det kan derfor ikke stilles like høye krav til grundighet ved denne undersøkelsen som ved den faglig ansvarlige legens senere undersøkelse på institusjonen.⁸⁷ Likevel kan det ikke stilles for lave krav til den eksterne legeundersøkelsen. En feilvurdering her kan medføre unødvendig tvangsbruk mot pasienten. Vilket aktualiserer dermed en avveining mellom pasientens rettssikkerhet, som taler for at legen bør være så grundig som mulig i sin undersøkelse, mot effektivitetshensyn som tilsier at det er tilstrekkelig at legen mener det er *grunn til å tro* at vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt.

Det følger videre av § 3-1 andre ledd at om «nødvendig» kan vedkommende «undersøkes med tvang». Det foreligger dermed en lovhjemmel for å benytte «tvang» ved gjennomføring av selve legeundersøkelsen. Bestemmelsen gir ingen ytterligere veiledning til hva «tvang» i

⁸⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 156.

⁸⁵ Se NOU 2019: 14 kapittel 5.5–5.8, samt tabell på s.124–131 som gir en oversikt over likheter og ulikheter i regelssettene.

⁸⁶ Rundskriv IS-1/2017 s. 27.

⁸⁷ Ibid.

denne sammenheng innebærer, og den vide definisjonen fra § 1-2 blir derfor utgangspunktet. Jeg vil i det følgende se nærmere på *hvilke pasienter* som kan utsettes for en tvungen ekstern legeundersøkelse.

4.3.3. Hvem kan være gjenstand for en tvungen ekstern legeundersøkelse?

Etter drøftelsen av vilkåret «unndrar seg» i punkt 4.2.2 ovenfor, vil tvungen legeundersøkelse bare kunne rettes mot de pasienter som med ord eller handling motsetter seg undersøkelsen. Pasienter som er likegyldige til legeundersøkelsen faller utenfor den gruppen som det etter § 3-1 kan fattes vedtak om å undersøke med tvang.

En særlig problemstilling som kan tenkes er hvis pasienten ikke lenger «unndrar seg» undersøkelsen etter at vedtaket om tvungen legeundersøkelse er blitt fattet, jf. § 3-1.

Vedkommende har for eksempel resignert eller avfunnet seg med undersøkelsen på bakgrunn av at vedtaket ble fattet. Det kan i disse tilfellene reises spørsmål om vedkommende fortsatt kan undersøkes med tvang, eller om grunnlaget for å foreta en tvungen legeundersøkelse er bortfalt. Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp vil som utgangspunkt ikke yte motstand så lenge lovens vilkår er oppfylt. Derimot, hvis pasienten aksepterer eller avfinner seg med undersøkelsen, vil det trolig ikke lenger være et «behov» for å benytte tvang slik som det vil være mot de pasienter som fortsatt motsetter seg. Etter lovens formål skal det minst inngripende tiltak alltid velges, og bruk av tvang i tilfeller hvor det ikke er nødvendig vil ikke kunne forsvares ut fra denne overordnede målsetningen. Dersom man i en tenkt situasjon kan begrunne et behov for tvang, selv om vedkommende har oppgitt sin motstand, vil man etter lovens formål kunne bruke tvang i den grad som er nødvendig og forholdsmessig.

I den videre drøftelsen legges det til grunn at tvungen ekstern legeundersøkelse kan gjennomføres så lenge vilkårene er oppfylt på tidspunktet vedtaket fattes, og bruk av tvang kan forsvares etter lovens formål på tidspunktet for gjennomføringen. For drøftelsen nedenfor forutsettes det at det foreligger motstand på gjennomføringstidspunktet.

4.3.4. Tvangsmidler og -utøvelse ved ekstern legeundersøkelse

Psykisk helsevernloven inneholder ingen egen bestemmelse om hvilke tvangsmidler som kan benyttes i perioden før pasienten har ankommet institusjonen. Loven gir likevel hjemmel til å benytte «tvang» ved legeundersøkelsen som foretas i denne perioden, jf. § 3-1 andre ledd. Ordlyden «tvang» er vid og åpner isolert sett for bruk av både fysisk og psykisk tvang. Kravet om hjemmel i lov vil imidlertid sette grenser for hvor vidtrekkende vilkåret kan forstås.

Lovens formål om å «begrense bruk av tvang», samt lovens øvrige formuleringer om bruk av tvang kan gi bidrag til å foreta en presiserende tolkning av vilkåret.

Utgangspunktet er at tvangsbruken må være «nødvendig», jf. § 3-1 andre ledd. Hva som er «nødvendig» er et skjønnsmessig vilkår som legen selv må vurdere om er oppfylt.

Vurderingen er et eksempel på hvor hensynet til pasientens selvbestemmelse må avveies mot hensynet til pasientens beste. Vilkåret kan også forstås som en henvisning til det minste inngreps prinsipp som er lovfestet i phvl. § 4-2. Den minst inngripende formen for tvang som kan oppfylle formålet skal alltid velges. Hvilke tvangsmidler som vil være «nødvendig» i den konkrete situasjonen vil påvirkes av legens mål om å «bringe på det rene» om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. På dette stadiet vil hensikten med undersøkelsen hovedsakelig være å avdekke om det er sannsynlig at vedkommende har en «alvorlig sinnslidelse», jf. §§ 3-2 eller 3-3.⁸⁸ Dette kan gi noen retningslinjer for hvordan undersøkelsen kan gjennomføres.

For å avdekke om vedkommende har en «alvorlig sinnslidelse» vil legens undersøkelse hovedsakelig bestå av samtale med den antatt syke og observasjon av vedkommendes atferd og utsagn. Fysiske undersøkelser under tvang blir i praksis ikke ansett for å være forholdsmessig på dette stadiet.⁸⁹ Det er de tilfeller hvor vedkommende motsetter seg på en slik måte at legen ikke kan gjennomføre samtale eller tilstrekkelig observasjoner at bruk av tvang kan bli «nødvendig».

I de tilfeller hvor pasienten i stor grad motsetter seg undersøkelsen ved utagerende eller aggressiv oppførsel, kan det tenkes at legen kun på bakgrunn av observasjon anser det som overveiende sannsynlig at vedkommende har en «alvorlig sinnslidelse». At vedkommende på dette grunnlag fraktes til en psykiatrisk institusjon kan være et mindre inngrep enn at tvangsmidler benyttes for å få gjennomført ytterligere undersøkelser av pasienten. På den andre siden kan det være særlig utfordrende for legen å avgjøre på bakgrunn av observasjon om pasientens oppførsel skyldes rus eller om vedkommende har en alvorlig sinnslidelse. Vilkåret om ekstern legeundersøkelse er videre et absolutt vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern eller tvungen observasjon, jf. §§ 3-3 og 3-2. Å gjennomføre en mindre grundig legeundersøkelse, eventuelt ingen undersøkelse, vil svekke pasientens rettssikkerhet og på sikt kunne innebære et større inngrep enn bruk av tvangsmidler. Dette vil særlig være

⁸⁸ Ot.prp.nr. 11 (1998–1999) s. 156.

⁸⁹ Personlig meddelelse i samtale med overlege Kent Jensen, Tvangsforskningsnettverket, 30.04.2021.

aktuelt i de tilfeller hvor vedkommende etter undersøkelsen viser seg å ikke oppfylle vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Legalitetsprinsippet vil yte motstand mot en slik løsning.

Psykisk helsevernloven § 4-8 inneholder regler om hvilke tvangsmidler som kan benyttes «i institusjon for døgnopphold». Det kan reises spørsmål om de samme tvangsmidlene kan være aktuelle ved den eksterne legeundersøkelsen. Etter § 4-8 første ledd kan tvangsmidlene kun benyttes når det er «uomgjengelig nødvendig» for å hindre pasienten i å «skade seg selv eller andre» eller for å avverge «betydelig skade» på materielle gjenstander. Bestemmelsens tittel uttrykker eksplisitt at tvangsmidlene bare kan brukes på «institusjon». I tillegg er formålet med bestemmelsen å avhjelpe nødsituasjoner, ikke å bidra til gjennomføring av legeundersøkelse.⁹⁰ Bruk av tvangsmidler kan derfor anses som så alvorlige og inngripende tiltak at legalitetsprinsippet vil gjøre sterk motstand mot en utvidende eller analogisk anvendelse av § 4-8. Bestemmelsen kan følgelig ikke anvendes direkte for den eksterne legeundersøkelsen.

Selv om § 4-8 ikke kommer til anvendelse, sier bestemmelsen likevel noe om hvilke fysiske tvangsmidler som finnes. Det kan tenkes at tvang i form av «kortvarig fastholdning» er det mest hensiktsmessige tvangsmiddelet for at legen skal kunne gjennomføre sin undersøkelse, jf. § 4-8 andre ledd bokstav d. Bruk av «mekaniske tvangsmidler» eller enkeltstående bruk av beroligende legemidler, jf. bokstav a og c kan også tenkes «nødvendig» i akutte situasjoner hvor pasienten er svært aggressiv eller utagerende. Paragraf 4-8 nevner imidlertid ikke psykiske tvangsmidler. Dette kan omfatte både milde former for overtalelser og trusler om bruk av de fysiske tvangsmidlene. Psykisk tvang kan slik være like eller mer inngripende enn fysisk tvang.⁹¹ Disse tvangsmidlene kan også være aktuelle for å få gjennomført den eksterne legeundersøkelsen.

Videre kan det reises spørsmål om *hvem* som skal utføre tvangsinngrep ved legeundersøkelsen. Formuleringen «undersøkes med tvang» i § 3-1 andre ledd kan tyde på at det er den undersøkende legen som også skal foreta den nødvendige tvangsbruken. Psykisk helsevernloven § 3-6 gir imidlertid veiledning til gjennomføringen av legeundersøkelsen. Det følger av bestemmelsen at offentlig myndighet har en plikt til å gi «nødvendig bistand» til at antatt psykisk syke personer blir «undersøkt av lege». Forarbeidene presiserer at bistand fra

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 164 hvor formålet med § 4-8 fremgår.

⁹¹ Se NOU 2019: 14 s. 466.

politiet blant annet vil være «nødvendig» dersom det er behov for bruk av fysisk maktutøvelse utenfor institusjon.⁹² Forarbeidene kan forstås slik at politiet skal tilkalles for bistand i alle tilfeller hvor det er behov for fysisk tvang. Dette vil si at den undersøkende lege, eller annet helsepersonell ikke selv skal utøve fysisk tvang ved undersøkelsen, med mindre situasjonen oppfyller vilkårene til bruk av nødrett, jf. straffeloven § 17 eller det foreligger behov for øyeblikkelig helsehjelp, jf. helsepersonelloven § 7.⁹³ En slik forståelse samsvarer også med forsvarslighetskravet i helsepersonelloven § 4 som blant annet innebærer at helsepersonell skal «innhente bistand» når det er «nødvendig og mulig». Forarbeidene er imidlertid taus angående utøvelse av psykisk tvang. Presiseringen fysisk tvang kan tilsi at helsepersonell er ment til å ha hjemmel etter § 3-1 andre ledd til å benytte milde former for psykisk tvang, typisk overtalelser, for å få pasienten til å gjennomføre undersøkelsen.

Rekkevidden av politiets bistandsplikt er nærmere beskrevet i rundskriv utarbeidet i felleskap mellom Helsedirektoratet og Politidirektoratet.⁹⁴ Selv om den rettskildemessige vekten av rundskriv i utgangspunktet er lav, vil det kunne tillegges en viss vekt i de tilfeller hvor det gir uttrykk for en langvarig og utbredt praksis som bygger på lovtekst og forarbeider.⁹⁵ Det fremgår av rundskrivet at det er helsetjenesten selv som i den konkrete situasjon skal vurdere om bistand fra politiet er nødvendig.⁹⁶ Før helsetjenesten ber om bistand, skal helsepersonell så langt som mulig forsøke å få til et samarbeid med den antatt syke.⁹⁷ Dersom helsepersonellet anser det som «nødvendig», skal politiet tilkalles for bistand til gjennomføringen av det aktuelle tvangsinngrepet. Forarbeidene til § 3-6 sett i sammenheng med rundskrivet tilsier at det som hovedregel er politiet som skal utøve fysisk tvang i alle tilfeller utenfor institusjon. Dette indikerer at det er politiet som vil ha hovedansvaret for vurderingen av hvilke tvangsmidler som er «nødvendig» ved gjennomføringen av den eksterne legeundersøkelsen. Konklusjonen blir dermed at det eneste fysiske tvangsmiddelet som kan benyttes for å gjennomføre den eksterne legeundersøkelsen er fysisk makt utøvd av politiet.

⁹² Se Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 89–90.

⁹³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) og lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven), se Rundskriv IS-1/2017 s. 75.

⁹⁴ Rundskriv IS-5/2012, *Helsetjenestens og politiets ansvar for psykisk syke – oppgaver og samarbeid*.

⁹⁵ Kjøenstad (2017) s. 106.

⁹⁶ IS-5/2012 s. 4.

⁹⁷ Ibid. s. 4–5.

4.4. Fase 3 – Transport til institusjon

4.4.1. Introduksjon til fase 3

Dersom den eksterne legen kommer til at det foreligger grunnlag for tvungent psykisk helsevern, skal den antatt syke henvises til psykiatrisk sykehus eller institusjon for en ny legeundersøkelse. Også her kan det reises spørsmål om *hvilke pasienter* som kan fraktes under tvang til institusjonen, og *hvem* som skal utføre denne transporten. Dette utgjør fase 3 av etableringsprosessen. Jeg vil først se nærmere på om det foreligger hjemmel i lov for bruk av tvang ved transporten til institusjon.

4.4.2. Foreligger det et rettslig grunnlag for bruk av tvang ved transport til institusjon?

Psykisk helsevernloven inneholder ingen egen bestemmelse om hvordan transport til institusjonen skal foregå. Bestemmelsen i § 3-6 om offentlig myndighets bistandsplikt gir imidlertid noe veiledning. Det følger av § 3-6 første ledd at «offentlig myndighet» har plikt til å gi «bistand» til at personer som «må antas å fylle vilkårene for tvungent psykisk helsevern» og som «ikke selv søker behandling», blir «undersøkt av lege». Formuleringen «undersøkt av lege» kan etter ordlyden forstås både som en henvisning til legeundersøkelse etter § 3-1 og til undersøkelse av den faglig ansvarlige lege etter § 3-2 eller § 3-3. Dette tilsier at bistandsplikten vil gjelde i tilknytning til gjennomføringen av begge legeundersøkelsene.

I § 3-6 andre ledd spesifiseres det nærmere hva bistandsplikten innebærer. Det følger av bestemmelsen at «offentlig myndighet» skal gi «nødvendig bistand» for å «få vedkommende til» tvungen legeundersøkelse, tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Det presiseres videre i bestemmelsen at bistanden skal gis i forbindelse med «avhenting» eller «tilbakehenting» etter «bestemmelsene i loven her». Denne formuleringen indikerer at andre ledd særlig er rettet mot bistand ved forflytning av pasienten. Transport av pasienten til institusjon vil dermed være omfattet av vilkåret om «bistand».

Av bestemmelsens siste setning følger det at «offentlig myndighet kan om nødvendig anvende tvang». Formuleringene i § 3-6 første og andre ledd sett i sammenheng kan forstås som en hjemmel til at «offentlig myndighet», hvis «nødvendig» kan transportere den antatt syke ved bruk av «tvang» til institusjonen slik at vedkommende kan bli «undersøkt av lege». Også her må «tvang» forstås som en henvisning til definisjonen i § 1-2. Legalitetsprinsippet og EMKs lovkrav stiller imidlertid krav til presisjonen i lovtekst som innebærer inngrep i individets frihet og privatliv. I lys av legalitetsprinsippet og EMKs krav, vil det være særlig viktig at

loven er klar på *hvilke pasienter* som kan transporteres med tvang og *hvem* som har hjemmel til å utøve tvang under transporten.

4.4.3. Hvilke pasienter kan utsettes for tvang ved transport?

Det følger av psykisk helsevernloven § 3-6 at formålet med bistanden er å få «personer som må antas å fylle vilkårene for tvungent psykisk helsevern» og som «ikke selv søker behandling» undersøkt av lege. Vurderingen av hvem som «må antas» å oppfylle vilkårene foretas av personellet i disse ulike offentlige instansene.⁹⁸ Disse vil være uten særskilt kompetanse på feltet, og det kan derfor ikke stilles strenge krav til hvor terskelen bør ligge.⁹⁹ Vilkåret vil dermed kunne romme en stor gruppe pasienter.

Ordlyden av «ikke selv søker behandling» omfatter både de pasienter som motsetter seg og de som er likegyldige til å motta helsehjelp. Dette samsvarer med den pasientgruppen som etter definisjonen i § 1-2 kan utsettes for «tvungent psykisk helsevern». Formuleringen i § 3-6 sett i lys av lovens definisjon av tvang, innebærer at også de passive og likegyldige pasientene kan transporteres til institusjon under tvang. Paragraf 3-6 favner slik om en større gruppe enn de som etter § 3-1 kunne utsettes for tvungen legeundersøkelse. Bestemmelsene sett i sammenheng medfører at en likegyldig pasient ikke vil kunne utsettes for tvungen legeundersøkelse, men vil kunne fraktes mot sin vilje til institusjon dersom det «må antas» at vedkommende fyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Sett i lys av at fagkompetansen vil være større og fasilitetene på institusjonen vil være bedre ved behov for bruk av tvang, kan pasientens rettssikkerhet anses for å være ivaretatt med denne løsningen. Lovteksten i § 3-6 er følgelig klar på hvilke pasienter som kan transporteres med tvang og løsningen anses for å være i samsvar med lovens formål, samt legalitetsprinsippets klarhetskrav.

4.4.4. Hvem kan utøve tvang under transport til institusjon?

Hvem som regnes for «offentlig myndighet» følger av phvl. § 1-3. Begrepet omfatter «kommunelegen», «den kommunale helse-og omsorgstjenesten», «sosialtjenesten», «politiet» og «kriminalomsorgen». Hovedkriteriet for at det skal foreligge en bistandsplikt for en av disse er at bistand må være «nødvendig», jf. § 3-6. Ordlyden «nødvendig» tilsier at det må foreligge behov for den aktuelle offentlige myndighets kompetanse i den konkrete

⁹⁸ Se NOU 2019: 14 s. 88.

⁹⁹ Syse (2016) s. 163.

situasjonen. Vurderingen av om bistand fra en av de nevnte instansene er «nødvendig» bør foretas av ansvarshavende helsepersonell.¹⁰⁰

I tilfeller hvor den antatt syke motsetter seg eller ikke samtykker til transporten vil politiet være den relevante offentlige myndighet å kontakte. Dette begrunnes i at det er politiet som har det sivile maktmonopol utenfor institusjon eller sykehus.¹⁰¹ Forarbeidene gir videre uttrykk for en begrensning av politiets bistandsplikt ved at det «vil ikke være i samsvar med loven dersom politiet benyttes som ren transporttjeneste i forbindelse med transport av pasienter til og fra institusjon».¹⁰² Dette tilsier at helsepersonell selv må foreta transporten dersom det ikke foreligger et behov for bruk av fysisk tvang.¹⁰³ Et eksempel på et slikt tilfelle kan være ved transport av de likegyldige eller passive pasientene. Om det er nødvendig med politiets bistand må med andre ord vurderes konkret i den enkelte sak. Hensynet til hva som er mest skånsomt for pasienten, samt lovens overordnede formål om å begrense bruk av tvang der det lar seg gjøre, taler for at helsepersonell i størst mulig grad bør håndtere transport av pasienten på egen hånd.

En særlig utfordring er at det kan være vanskelig å vite på forhånd om det vil være behov for bruk av fysisk tvang under transporten.¹⁰⁴ I en tenkt situasjon hvor politiet ikke er til stede og pasienten stikker av fra helsepersonellet, vil ikke helsepersonell ha hjemmel i lov til å fysisk stoppe vedkommende, med mindre det er fare for pasienten eller andres liv og helse. Det vil imidlertid være dårlig bruk av politiets ressurser om politiet alltid skal være med som en ekstra sikkerhet. Polititransport kan også oppleves som et større inngrep for pasienten og hans pårørende. Ut fra hensynet til pasienten beste og helsepersonellens sikkerhet, vil det derimot være bedre at politiet bistår i én situasjon for mye, enn én gang for lite. Undersøkelser viser at de fleste av politiets psykiatrioppdrag løses ved dialog.¹⁰⁵ Dette indikerer at en stor andel av politiets oppdrag burde vært håndtert av helsepersonell alene.

Dersom politiet tilkalles for bistand, vil det være opp til politiet å avgjøre om og i hvilken grad tvang skal benyttes mot pasienten, jf. phvl. § 3-6 og politiloven § 6. Etter politiinstruksen § 13-5 avgjør politiet selv på hvilken måte og med hvilke midler bistandsoppdraget skal

¹⁰⁰ Rundskriv IS-5/2012 s. 5.

¹⁰¹ Se lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven) § 6 (4).

¹⁰² Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 89.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 155 gir også uttrykk for en slik forståelse.

¹⁰⁴ Rundskriv IS-1/2017 s. 47.

¹⁰⁵ Se statistikk i NOU 2011: 9 s. 99–100.

gjennomføres.¹⁰⁶ Etter hensynet til pasientens rettssikkerhet kan det anses som betenkelig at det er politiet, og ikke helsepersonell som fatter avgjørelser om hvilke tvangstiltak som skal iverksettes mot en psykisk syk pasient. Politiet har en annen faglig bakgrunn enn helsepersonell, og kan derfor tenkes å vurdere situasjonen og behovet for tvang annerledes enn hva helsepersonell ville gjort. At pasientens rettssikkerhet kunne vært bedre ivaretatt, tilsier at dagens lovregulering i større grad kunne vært i samsvar med legalitetsprinsippet.

4.5. Fase 4 – De første 24 timene på institusjon

4.5.1. Introduksjon til fase 4

Når den antatt syke ankommer institusjonen eller sykehuset, skal den faglige ansvarlige innen 24 timer ha fattet vedtak om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt eller ikke, jf. § 3-3 a. Dette vedtaket skal fattes på bakgrunn av den skriftlige uttalelsen fra den eksterne legeundersøkelsen og den faglig ansvarliges personlige undersøkelse av vedkommende, jf. § 3-3 a første ledd.¹⁰⁷ Det er disse første 24 timene på institusjon som kan betegnes som fase 4 i etableringsprosessen.

Etter både §§ 3-2 og 3-3 stilles det krav til gjennomføring av en legeundersøkelse på institusjonen før vedtak kan fattes. Det kan tenkes tilfeller hvor pasienten motsetter seg eller ikke samtykker til denne undersøkelsen. Psykisk helsevernloven inneholder ikke én enkelt bestemmelse som gir hjemmel til bruk av tvang på dette stadiet. På bakgrunn av dette kan det reises spørsmål om det foreligger et rettslig grunnlag for å benytte tvang ved gjennomføringen av legeundersøkelsen på institusjon. For å besvare spørsmålet vil jeg i det følgende undersøke de relevante bestemmelser i psykisk helsevernloven kapittel 3.

4.5.2. Foreligger det et rettslig grunnlag for bruk av tvang de første 24 timene på institusjon?

Psykisk helsevernloven § 3-3 a er i utgangspunktet en saksbehandlingsregel som stiller personelle og prosessuelle krav til vedtaket om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Det følger av bestemmelsens første og andre ledd at «[v]edtaket skal treffes snarest og senest innen 24 timer etter at pasienten er kommet til institusjonen» og at dette vedtaket skal fattes på bakgrunn av den faglige ansvarliges «egen undersøkelse av pasienten». Legeundersøkelsen må følgelig foretas i løpet av de første 24 timene. Sett i lys av at vedtaket

¹⁰⁶ Forskrift 22. juni 1990 nr. 3963 alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen).

¹⁰⁷ For enkelhetens skyld forutsetter jeg i det følgende at den faglige ansvarlige er en lege.

skal gi svar på om vilkårene for tvangsinnleggelse er oppfylt, så kan ordlyden i § 3-3 a sies å forutsette en hjemmel til å holde pasienten tilbake på institusjonen i disse 24 timene. Bestemmelsen er imidlertid taus om tvang kan brukes ved selve gjennomføringen av legeundersøkelsen.

Som nevnt under punkt 4.3, følger det av phvl. § 3-1 andre ledd at den antatt syke «kan (...) undersøkes med tvang». Bestemmelsen har tittelen «legeundersøkelse», hvilket indikerer at bestemmelsen regulerer både legeundersøkelsen foretatt av kommunelegen og den senere legeundersøkelsen som foretas av institusjonslegen. Dette avkreftes imidlertid av lovens forarbeider hvor det fremgår tydelig at § 3-1 «regulerer legeundersøkelse utenfor institusjon».¹⁰⁸ Med denne begrunnelsen kommer § 3-1 dermed ikke direkte til anvendelse for legeundersøkelsen på institusjon.

Likevel foreligger det tydelige likheter mellom disse undersøkelsenes karakter og formål. Hensikten med begge undersøkelsene er å finne ut om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Begrunnelsen for at det skal foretas to undersøkelser, er å sikre en faglig enighet i vurderingen av tvangsvilkårene. Dette bidrar til å i større grad ivareta pasientens rettssikkerhet. Grundige undersøkelser i forkant av en eventuell etablering av tvungent vern, vil også bidra til å sikre at tvang ikke benyttes uten at det er nødvendig. Analogibetraktninger taler dermed for at tvang også bør kunne benyttes ved institusjonslegens undersøkelse.

En analogisk anvendelse av § 3-1 vil imidlertid ikke være forenelig med legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet setter som utgangspunkt klare skranker for analogisk anvendelse av lovregler innen legalitetsprinsippets område.¹⁰⁹ Selv om likehetshensyn og hensyn til sammenheng innad i loven kan tilsi at en analogisk anvendelse av § 3-1 ville gitt en god regel, vil dette bryte med legalitetsprinsippet grunnleggende krav til klar lovhjemmel. Bestemmelsen kan dermed ikke anvendes analogisk som rettslig grunnlag i denne fasen.

Som nevnt i relasjon til gjennomføring av den eksterne legeundersøkelsen (punkt 4.3.4), regulerer phvl. § 4-8 hvilke tvangsmidler som kan benyttes «i institusjon for døgnopphold». Bestemmelsen er plassert i phvl. kapittel 4 som har tittelen «gjennomføring av psykisk helsevern». Kapitteloverskriften kan indikere at de følgende bestemmelsene vil få anvendelse fra det tidspunkt psykisk helsevern er etablert, med andre ord *etter* at vedtak er fattet. En slik

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 87, samt Rundskriv IS-1/2017 s. 31 hvor den samme forståelsen presiseres.

¹⁰⁹ Monsen (2012) s. 141.

forståelse tilsier at kapittelets bestemmelser ikke kan anvendes de første 24 timene, ettersom vedkommende på dette tidspunkt formelt sett ikke er underlagt «psykisk helsevern».

Ordlyden i § 4-8 tilsier imidlertid at bestemmelsen gjelder så lenge pasienten befinner seg på en «godkjent» institusjon for døgnopphold, jf. § 3-5 første ledd.¹¹⁰ Lovteksten inneholder ikke et eksplisitt krav om at vedtak om tvungen psykisk helsevern må være fattet i forkant av anvendelsen. En isolert tolkning av ordlyden indikerer dermed at bestemmelsen kan utgjøre rettslig grunnlag for bruk av tvang fra det tidspunkt pasienten har ankommet den godkjente institusjonen. Dette vil også kunne omfatte bruk av fysisk tvang ved legeundersøkelsen som skal foretas i løpet av de første 24 timene. Selv om bestemmelsens plassering i kapittel 4 kan skape en viss usikkerhet knyttet til regelens virkeområde, bør det som fremgår av ordlyden tillegges større vekt enn bestemmelsens plassering. En slik tolkning vil samsvare best med legalitetsprinsippets målsetning om presise lovhjemler.

Videre følger det av bestemmelsen at bruk av tvangsmidler må være «uomgjengelig nødvendig» for å hindre pasienten i å «skade seg selv eller andre» eller for å «avverge betydelig skade», jf. § 4-8 første ledd. Formuleringen «uomgjengelig nødvendig» er ment til å understreke at tvangsmidlene kun skal benyttes i helt ekstreme og på andre måter u håndterlige situasjoner.¹¹¹ Forarbeidene bemerker at bestemmelsens tvangsmidler er av en svært inngrepende karakter, og bruk av disse bør kun skje i nødsituasjoner.¹¹² Formålet med § 4-8 er følgelig noe annet enn å avklare om det er grunnlag for tvungen psykisk helsevern, slik § 3-3 a har til hensikt å gjøre. Bestemmelsen vil dermed kun utgjøre rettslig grunnlag for bruk av fysisk tvang ved legeundersøkelsen dersom situasjonen har karakter av å være en nødsituasjon. Bestemmelsen vil derimot ikke kunne anvendes direkte som et middel for å *gjennomføre* legeundersøkelsen.

Gjennomgangen over viser at verken § 3-3 a, § 3-1 eller § 4-8 alene gir hjemmel for bruk av tvang ved legeundersøkelsen på institusjon. Bestemmelsen i § 3-1 gir imidlertid hjemmel til bruk av tvang ved den eksterne legeundersøkelsen i forkant, og bestemmelsene i kapittel 4 gir hjemmel for tvang etter at vedtak om tvungen observasjon eller tvungen psykisk helsevern er fattet. Legeundersøkelsen på institusjon befinner seg altså midt i mellom disse rettslige grunnlagene, men uten at noen av de nevnte bestemmelsene kommer direkte til anvendelse.

¹¹⁰ Hva som utgjør en «godkjent» institusjon er regulert i psykisk helsevernforordningen §§ 3 og 4, jf. § 2.

¹¹¹ Se Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 121.

¹¹² Ibid. s. 120.

Som nevnt i kapittel 3, utfordrer Sårstelldommen oppfatningen om at det gjelder et absolutt krav til klar lovhjemmel på legalitetsprinsippets område.¹¹³ I Sårstelldommen viste flertallet til den ulovfeste vilkårs læren, nødrettsbetrakninger, reelle hensyn og bestemmelser i både sykehjemsforskriften og arbeidsmiljøloven før førstevoterende uttalte at «reglene sett i sammenheng gir etter mitt syn det nødvendige rettsgrunnlag».¹¹⁴ Det kan på bakgrunn av dette reises spørsmål om § 3-3 a likevel, supplert med §§ 3-1 og 4-8, lovens formål og reelle hensyn kan utgjøre et tilstrekkelig rettsgrunnlag, etter mønster fra Høyesteretts fremgangsmåte i Sårstelldommen. Legalitetsprinsippet og EMKs lovkrav vil imidlertid yte motstand mot et rettslig grunnlag uten tydelig forankring i lov. Et potensielt sammensatt rettslig grunnlag må derfor vurderes i lys av de krav Grunnloven og EMK stiller. Dette drøftes nærmere i det følgende.

4.5.3. Kan det oppstilles et sammensatt rettsgrunnlag?

Et potensielt rettslig grunnlag vil i denne sammenheng bygge på de ovenfor nevnte bestemmelsene i psykisk helsevernloven kapittel 3. Med utgangspunkt i § 3-3 a, gir bestemmelsens formulering uttrykk for at det har vært lovgivers intensjon å gi grunnlag for bruk av både fysisk og psykisk tvang i disse situasjonene. Etter lovens system, konsekvens- og harmonihensyn, samt fra det mer til det mindre-betraktninger bør adgangen til å bruke tvang ved legeundersøkelsen på institusjon være minst like vid som adgangen for den eksterne legen etter § 3-1. Institusjonslegen bør i lys av dette ha adgang til å benytte milde former for psykisk tvang slik den eksterne legen ble ansett å ha hjemmel til, jf. punkt 4.3.4. Av hensyn til omfanget av oppgaven, vil hovedfokuset videre være på om det er hjemmel til bruk av fysiske tvangsmidler ved institusjonslegens undersøkelse.

Hvis legen skal kunne treffe vedtaket som § 3-3 a forutsetter, må det være et grunnlag for å gjøre de nødvendige vurderingene. Likevel fremgår ikke dette klart av lovteksten noe som skaper den uklare hjemmelssituasjonen. Jeg vil videre først se hen til formålet med legeundersøkelsen, samt de reelle hensyn som loven bygger på, med sikte på å undersøke om disse kan gi bidrag til å etablere et tilstrekkelig rettsgrunnlag.

Formålet med legeundersøkelsen er å avklare hvilken helsehjelp vedkommende har behov for, i tråd med pasientens rett på nødvendig helsehjelp jf. pbrl. § 2-1 b. For å avgjøre om vedkommende trenger psykisk helsehjelp, må legen avklare om vedkommende har en

¹¹³ Monsen (2012) s. 141.

¹¹⁴ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 32–36.

«alvorlig sinnslidelse», jf. § 3-3. Undersøkelsen må derfor foretas på en slik måte at somatiske sykdommer kan utelukkes. Dette innebærer at legen på dette stadiet kan måtte foreta en fysisk undersøkelse, i motsetning til ved den eksterne undersøkelsen hvor tvungen fysisk legeundersøkelse blir ansett som uforholdsmessig.¹¹⁵ Formålet med legeundersøkelsen taler slik for at tvang bør kunne benyttes for at pasientens rett på nødvendig helsehjelp skal kunne oppfylles.

For at helsetjenesten skal kunne oppfylle sin plikt til å gi nødvendig helsehjelp, må helselovgivningens tvangshjemler være vide nok til å omfatte også de situasjoner hvor pasienten motsetter seg eller ikke samtykker til undersøkelsen. Oppfyllelse av denne plikten, vil bidra til at pasientens rettssikkerhet blir ivaretatt ettersom plikten er utslag av en grunnleggende rettighet hos pasienten. Hensynet taler tungt for av at lovgivningen bør forstås på en slik måte at plikten kan oppfylles.

Hensynet til pasientens rettssikkerhet vil også trekke i motsatt retning da bruk av tvang uten en klar lovhjemmel øker risikoen for vilkårlig maktbruk. Denne risikoen kan imidlertid nyanseres ut fra at vilkårene i § 3-3 og det minste inngreps prinsipp vil sette grenser for hvilken bruk av tvang som kan tillates ved legeundersøkelsen.

Videre vil hensynet til både den individuelle og sosiale paternalismen best bli ivaretatt med en hjemmel som gir rom for bruk av tvang i alle tilfeller legen ser behov for det. Dette hensynet sett i sammenheng med pasientens rett på å motta nødvendig helsehjelp, og legens plikt til å gi ham denne helsehjelpen, vil tale sterkt for at pasientens rettssikkerhet best blir ivaretatt om et sammensatt hjemmelsgrunnlag godtas.

Dersom legen ikke har adgang til å bruke fysisk tvang mot en utagerende pasient, blir den praktiske konsekvensen at legeundersøkelsen ikke kan gjennomføres. Vilkårene for å fatte vedtak om innleggelse vil dermed i utgangspunktet ikke kunne oppfylles. En slik løsning kan føre til at det blir for lett for pasienten å unngå innleggelse. Et system som åpner for at det kan lønne seg å være utagerende eller aggressiv vil være en dårlig løsning.

I praksis vil problemstillingen ofte være om pasientens utagerende atferd skyldes rus eller en «alvorlig sinnslidelse». Rusutløste psykososer faller imidlertid inn under «alvorlig sinnslidelse» og det vil i disse tilfellene ikke være behov for å avklare om tilstanden skyldes rus for at vedtak etter § 3-3 a skal kunne fattes.¹¹⁶ Dersom symptomene er av en slik art at legen er

¹¹⁵ Personlig meddelelse i samtale med overlege Kent Jensen, Tvangsforskningsnettverket, 30.04.2020.

¹¹⁶ Se NOU 2019: 14 s. 90, samt Rundskriv IS-1/2017 s. 32.

sikker på at atferden skyldes rusutløst psykose eller annen «alvorlig sinnslidelse», vil vilkårene for å fatte vedtak kunne være oppfylt uten en tvungen fysisk legeundersøkelse. Legen vil få klarhet i om det er rusmidler som er årsaken til pasientens tilstand når den eventuelle rusen gir seg. Hvis pasientens symptomer avtar, vil det ikke lenger være grunnlag for å holde han på institusjon, og disse pasientene kan skrives ut etter kort tid. De praktiske konsekvensene taler slik for at lovens system står seg, selv uten en hjemmel for bruk av fysisk tvang på dette stadiet.

Legalitetsprinsippet taler imidlertid klart i retning av at inngrep i individets fysiske integritet ikke kan skje uten en klar hjemmel i lov. Hvis Sårstelldommen skal benyttes som argument for et sammensatt rettsgrunnlag, bør det også vises til mindretallets synspunkt i lys av dissensen 3-2. Mindretallet i Sårstelldommen var ikke enig med flertallet i at det forelå en tilstrekkelig hjemmel for tvang. De la på sin side stor vekt på legalitetsprinsippet og uttalte i sin konklusjon at «tvang (...) må bygge på et tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag».¹¹⁷

Legalitetsprinsippetets vekt bør derimot nyanseres noe ut fra hvor alvorlig det aktuelle inngrepet er. Bruk av tvang ved gjennomføring av legeundersøkelsen vil innebære et mindre tyngende inngrep enn det inngrep pasienten i Sårstelldommen ble utsatt for. Dette tilsier at kravet til lovhjemmelens presisjon kan settes lavere i disse situasjonene. Likevel er det snakk om inngrep i individets integritet som er underlagt et sterkt vern etter menneskerettighetene. Legalitetsprinsippet vil i alle tilfeller tale sterkt imot at et sammensatt rettslig grunnlag konstrueres.

Flertallet i Sårstelldommen viser også til kravet om hjemmel i lov som følger av EMK artikkel 8.¹¹⁸ Hvorvidt det kan oppstilles et sammensatt rettsgrunnlag på dette området må også ses i lys av EMKs lovkrav.

Som nevnt i oppgavens punkt 3.3, bør spørsmålet om lovkravets presisjon på helserettens område måles opp mot spørsmålet om hjemmelen medfører en risiko for vilkårlig maktbruk. Psykisk helsevernlovens system har blant annet som en generell begrensning at den minst inngripende handling alltid skal velges.¹¹⁹ Sammen med lovens overordnede formål om å begrense bruk av tvang og lovens mange personelle og prosessuelle krav, bidrar dette samlet til å sikre at individets interesser blir ivaretatt. Dette taler for at individets rettssikkerhet er

¹¹⁷ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 55.

¹¹⁸ Ibid. 27.

¹¹⁹ Se phvl. § 4-2 første ledd.

tilstrekkelig ivaretatt, til tross for lav grad av presisjon i lovteksten. På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at hensikten med lovkravet er oppfylt og at et sammensatt rettsgrunnlag derfor kan aksepteres etter EMK-retten.

Imidlertid må EMK-systemet anses for å stille visse minstekrav til lovhjemmelens materielle presisjonsnivå.¹²⁰ Dette tilsier at det kan være problematisk å akseptere et rettsgrunnlag bestående av flere ulike fragmenter, i motsetning til å akseptere én uklar eller tvetydig lovbestemmelse. Rettssikkerhetsgarantiene og lovens formål kan trolig lettere bidra til å godta en utvidende tolkning, enn et grunnlag som ikke kan knyttes til en bestemt lovbestemmelse. Med bakgrunn i motstanden fra både EMKs lovkrav og legalitetsprinsippet, kan ikke tre ulike lovbestemmelser, formål og reelle hensyn anses å oppfylle kravet om en presis hjemmel i lov.

Det kan dermed ikke sies å foreligge hjemmel i psykisk helsevernloven til å bruke fysisk tvang ved legeundersøkelsen på institusjon. Den praktiske konsekvensen av dette blir at legen ikke har hjemmel til å bruke fysisk tvang til å undersøke pasienten før det kan kategoriseres som en nødsituasjon. Gjennomgangen viser imidlertid at det foreligger flere gode grunner til at det bør skje en endring av loven på dette punkt.

5. Avsluttende bemerkninger

Oppgaven har drøftet en rekke problemstillinger som kan reises i relasjon til de ulike tvangshjemlene i tiden før det er fattet vedtak etter phvl. § 3-3 a. Fordi tematikken er sparsommelig behandlet i juridisk litteratur, har fokuset vært på å undersøke hva som er gjeldende rett.

Både i relasjon til NOU 2011: 9 og NOU 2019: 14 ble det gjort vurderinger av psykisk helsevernlovens forhold til Norges menneskerettslige forpliktelser. Konklusjonen ble i begge tilfeller at lovgivningen er i tråd med de krav som EMK stiller.¹²¹ Likevel kan det etter denne gjennomgangen argumenteres for at tvangshjemlene kunne vært mer presise angående hvilke pasienter som kan utsettes for tvang, hvem som kan utføre tvangsinngrepet og på hvilken måte tvangen skal utøves. Det faktum at disse spørsmålene ikke besvares på en klar måte i dagens lovverk, gir grunnlag for å si at det på flere punkter er rom for å øke presisjonen i de aktuelle bestemmelsene i psykisk helsevernloven. En tydeligere regulering av hvilke

¹²⁰ Østenstad (2011) s. 567.

¹²¹ Se NOU 2011: 9 s. 62 og NOU 2019: 14 s. 157.

tvangstiltak som er tillatt på de ulike stadiene og i hvilke situasjoner de kan benyttes, vil styrke pasientens rettssikkerhet i tråd med legalitetsprinsippets formål.

I relasjon til fase 4 medfører den komplekse virkelighet et behov for en mer fleksibel lovgivning. En vid lovhjemmel kan gjøre det enklere for legen å foreta de vurderinger som kreves for å fatte vedtaket og slik sikre at legen kan utøve sin undersøkelsesplikt uten problemer. Utfordringen vil imidlertid være å oppnå balanse mellom de fordelene som skjønnsmessige vilkår gir og legalitetsprinsippets klarhetskrav.

6. Kilderegister

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)

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

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

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

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell mv. (helsepersonelloven)

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

Lov 30. juni 2006 nr. 45 om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Lov 10. februar 2017 nr. 6 om endringer av psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

Forskrift 22. juni 1990 nr. 3963 alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen)

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

Konvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

Lovforarbeider

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

Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Prop. 147 L (2015–2016) om endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

NOU 2011: 9 Om økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011 (Lønningutvalget)

Rundskriv

Rundskriv IS-5/2012, Helsedirektoratet og politidirektoratet, *Helsetjenestens og politiets ansvar for psykisk syke – oppgaver og samarbeid*, 2012

Rundskriv IS-1/2017, Helsedirektoratet, *psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer*, 2017 (sist faglig oppdatert 01. juli 2020)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1993 s. 249

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaksdommen)

Rt. 2001 s. 382

Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2014 s. 1281

HR-2016-2017-A

Praksis fra EMD

Sunday Times mot Storbritannia [J] no. 6538/74 dom av 26. april 1979

Malone mot Storbritannia [J] no. 8691/79, dom av 2. august 1984

Herczegfalvy mot Østerrike [J] no. 10533/83 dom av 24. september 1992

Litteratur

Bøker

Aall (2018): Aall, Jørgen, *Rettstat og menneskerettigheter: En innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018

Graver (2019): Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019

Kjønstad (2017): Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utg., Gyldendal juridisk 2017

Monsen (2012): Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utg., Cappelen Damm Akademisk 2012

Mæhle og Aarli (2017): Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017

Skjerdal (1998): Skjerdal, Nicolai V., *Kvalitative hjemmelskrav: Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovskravet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon med enkelte komparative linjer*, 1. utg., Tano Aschehoug 1998

Syse (1996): Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede: Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, 2. utg., Gyldendal 1996

Syse (2017): Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. utg., Gyldendal juridisk 2017

Østenstad (2011): Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente: Rettslige og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, 1. utg., Fagbokforlaget 2011

Artikler

Andersen og Wallevik (2011): Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik, «'Huleboerdommen' – riktig diagnose, feil medisin?», *Lov og Rett*, 2011 s. 283–297

Kjellevold og Aasen (2011): Kjellevold, Alice og Henriette Sinding Aasen, «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011 s.50–68

Monsen (2013): Monsen, Erik, «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt. 2010 s. 612», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt. 70 år*, Bergen 2013, s. 419–429

Syse (2011): Syse, Aslak, «'Huleboerdommen' (LoR 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar», *Lov og Rett* 2011 s. 628–637

Østenstad (2014): Østenstad, Bjørn Henning, «Sårstelldommen (Rt-2010-612) – prejudikat for kva?», *Lov og Rett* 2014

Øvrige kilder

Legevaktshåndboken, «akutt innleggelse i psykiatrisk avdeling», www.lvh.no, lest 27.05.2021