

Bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede

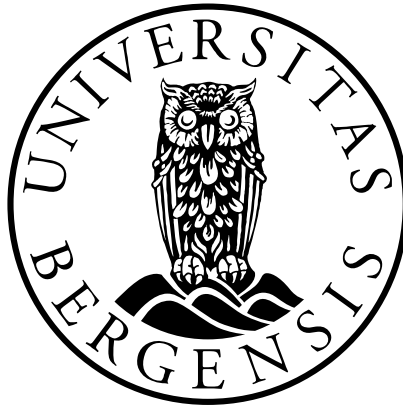
I hvilken grad gir norsk lov hjemmel for å begrense tilgang på og inntak av mat og drikke overfor en tjenestemottaker?

Kandidatnummer:

21

Antall ord:

13 495



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.1.1 Kort historikk og temaets aktualitet	5
1.1.3 Psykisk utviklingshemming	7
2 Rettskilder, metodeutfordringer og særlige hensyn	9
2.1 Utgangspunkt	9
2.2 Metodeutfordringer	10
2.3 Særlige hensyn	11
3 Legalitetsprinsippet og menneskerettigheter	15
3.1 Utgangspunkt.....	15
3.2 Legalitetsprinsippet styrke i helse- og omsorgstjenesten.....	15
3.3 Menneskerettighetenes betydning i helse- og omsorgstjenesten.....	16
4 Formål og virkeområde	20
4.1 Utgangspunkt	20
4.2 Forholdet mellom kapittel 9 og kapittel 4A	20
5 Tvang og makt som begrep	23
5.1 Motstand – tjenestemottakers vilje	24
5.2 Tvang uavhengig av motstand	25
5.3 Begrepets nedre grense	26
6 De ulike tiltakene i hol. § 9-5 tredje ledd	27
6.1 Utgangspunkt	27
6.2 Tiltak etter hol. § 9-5 bokstav c).....	27
7 Vilkårene	31
7.1 Presentasjon.....	31
7.1.1 «Andre løsninger enn bruk av tvang eller makt».....	32
7.1.2 Unntak fra kravet om andre løsninger	34
7.2 Vesentlig skade.....	36
7.3 Faglig og etisk forsvarlighet	39
7.4 «ikke lenger enn det som er nødvendig»	40
7.5 Tiltakenes forholdsmessighet	42

8	Avslutning	46
8.1	<i>Konklusjon på oppgavens problemstilling</i>	<i>46</i>
8.2	<i>Veien videre – Tvangsbegrensningsloven.....</i>	<i>46</i>
	Litteraturliste.....	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens mål og fokus vil være å kartlegge dagens rettslige situasjon rundt restriksjoner i tilgang på og inntak av mat og drikke overfor personer med psykisk utviklingshemming. Hovedregelen i norsk lov er at «Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke», jf. lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter § 4-1 (heretter: pbrl.). Helsehjelp uten samtykke kan kun gis dersom det «foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag», jf. pbrl. § 4-1.

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenestr m.m kapittel 9 (heretter: hol.) markerer et slikt unntak fra hovedregelen om samtykke. Kapitlet gir hjemmel for å anvende bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemmede på visse kumulative vilkår, og vil danne store deler av den rettslige rammen for oppgaven. Oppgavens problemstilling vil dermed være i hvor stor grad helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gir hjemmel for å begrense tilgang på og inntak av mat og drikke for tjenestemottakere.

For å kunne belyse temaet og problemstillingen på best mulig måte, vil det være nødvendig å se tilbake på hvor aktuelt temaet er og har vært gjennom utviklingen av rettigheter til personer med psykisk utviklingshemming. Videre vil det bli foretatt en presentasjon av vilkårene og legitime situasjoner for bruk av tvang og makt slik de fremgår av hol. § 9-5. Dette vil knyttes opp mot problematikk rundt inntak av mat og drikke for personer med psykisk utviklingshemming. For å knytte sammen vilkårene opp mot problemstillingen for oppgaven på en konkret måte, vil det bli tatt utgangspunkt i et eksempel som brukes hyppig under drøftelsene.

I tillegg til dette vil oppgaven også ta for seg pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A i en kort form for sammenligning mellom de to tvangsregelsettene. Kapittel 4A kan nemlig også være aktuell som hjemmel for mat- og drikkerestriksjoner overfor psykisk utviklingshemmede. Ved å sammenligne de to regelsettene vil man sette de problemstillingene man kan stå overfor ved begrensnig av tilgang på mat og drikke i perspektiv

Underveis i fremstillingen vil det også ses hen til de internasjonale konvensjonene som er relevante i forbindelse med begrensning av mat og drikke. Her vil fokuset særlig være på konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), i tillegg til EMK. art. 8 som er inkorporert i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

1.1.1 Kort historikk og temaets aktualitet

Bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming har foregått over lang tid. I de tidligere HVPU-institusjonene kunne tjenestemottakernes frihet og selvbestemmelse være sterkt begrenset. Det ble brukt visse former for tvangsbehandling og tvangsmedisinering, uten en klar lovhjemmel. Enkelte tiltak som ble påført tjenestemottakerne, førte til offentligheten fikk innblikk i at tvangsmessige tiltak som var del av «behandlingsopplegg» også virket som klare overgrep.¹

Behovet for et tydeligere grunnlag for bruk av tvang og makt, resulterte i en rekke utredninger og stortingsmeldinger, men det var særlig Røkke-utvalgets arbeid med NOU 1991:20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*, som førte til at Sosial- og helsedepartementet utarbeidet et høringsnotat med lovforslag om bruk av tvang og makt overfor personer med diagnosen.² Hvor utstrakt bruk av tvang og makt rundt mat og drikke var, ble imidlertid ikke spesifikt dokumentert.

Ved utgangen av 2020 var det 1662 personer med godkjent vedtak om bruk av tvang etter hol. kap. 9. Disse tiltakene var enten for å «dekke grunnleggende behov» slik som mat og drikke, jf. hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c), eller «planlagte skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner», jf. hol. § 9-5 tredje ledd bokstav b). Dette tilsvarer en økning på rundt 230 vedtak fra 2019, hvor tallet var 1430 personer. I 56 prosent av vedtakene var formålet å dekke grunnleggende behov, og 20 prosent hadde skadeavverging som formålet. For de resterende 24 prosentene av vedtakene var formålet delt mellom de to. Det er særlig vedtakene for å «dekke grunnleggende behov» etter hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c) som er relevant ut ifra oppgavens problemstilling.

¹ Ot.prp. nr. 58, (1994-1995): s. 4.

² Ot.prp. nr. 58, (1994-1995): s. 4.

Å begrense tilgang til mat, drikke, nytelsesmidler og eiendeler var blant de vanligste tiltakene for å dekke grunnleggende behov.³ Dette viser at bruk av tvang og makt i form av å begrense tilgang av mat og drikke anvendes i stor grad i helse- og omsorgstjenestene rundt om i landet. For personer med diagnoser som gir utfordringer med å kontrollere matinntak, ser man at det er særlig når personer flytter i egen bolig det kan oppstå behov for tvangsbruk i form av matrestriksjoner.⁴

Historisk sett ser man altså at det har vært brukt tvang og makt overfor denne gruppen mennesker. Temaet for oppgaven vil derfor kunne reise viktige spørsmål i et samfunnsperspektiv og hvordan vi forholder oss til bruk av tvang og makt som et sterkt inngrep over sårbare grupper. Det har vært en betydelig befolkningsvekst i Norge de siste tiårene, og dermed er det viktig å ha et tydelig fokus på hvordan man skal kunne leve sammen i et samfunn, med de menneskelige variasjonene som finnes innad i samfunnet. For personer med psykisk utviklingshemming kan det være vanskelig å løfte frem sine bekymringer og standpunkt overfor det offentlige. Derfor er det viktig at det offentlige retter oppmerksomhet mot de mest sårbare gruppene i et samfunn, slik at man unngår at enkelte i urimelig grad blir utsatt for inngrep fra det offentlige. Dette har vært gjenstand for offentlig debatt, og Norge har blitt kritisert for sitt syn på bruk av tvang og makt. FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne har vært bekymret over bruken av tvangsmetoder overfor psykisk utviklingshemmede.⁵

I et rettsutviklingsperspektiv er temaet for oppgaven også svært aktuelt. Synet på og innholdet av reglene for bruk av tvang og makt har endret seg mye siden de tidligere HVPU-institusjonene. Senest i 2016 ble det oppnevnt et utvalg for å foreta en gjennomgang og utrede behovet for revisjon og modernisering av gjeldende regelverk.⁶ Utvalget sin utredning er til behandling i helse- og omsorgsdepartementet i skrivende stund etter to høringsrunder. Dette viser helt konkret at temaet er aktuelt. I takt med samfunnsutvikling og som et resultat av økt fokus på menneskerettigheter har det også vokst frem en del internasjonale konvensjoner, blant annet FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD).

³ Statens helsetilsyn, 2020, s. 55

⁴ Frambu: 2019

⁵ United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2019 s. 7.

⁶ NOU: 2019:14, s. 32

For å opprettholde våre internasjonale forpliktelser, er det viktig at man har et regelsett som i størst mulig grad harmoniserer med de internasjonale konvensjonene.

1.1.3 Psykisk utviklingshemming

Reglene i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 gjelder bare for psykisk utviklingshemmede. Diagnosen markerer dermed en formell avgrensning for om reglene kommer til anvendelse. I det følgende vil oppgaven dermed redegjøre kort for hvilke personer som regnes for å psykisk utviklingshemmet.

Den 1. januar 2018 var det ifølge Helsedirektoratet 19 858 personer over 16 år diagnostisert med psykisk utviklingshemming, og som hadde vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven.⁷

I det medisinske kodeverket ICD-10 fra WHO betegnes psykisk utviklingshemming som en:

«Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå som spesielt er kjennetegnet ved hemning av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, for eksempel kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser.»⁸

Psykisk utviklingshemming anses for å være en medisinsk diagnose. Å avgjøre om en person er psykisk utviklingshemmet kan by på tvil. I relasjon til hol. kapittel 10, skal diagnostiseringen i slike tilfeller foretas av spesialisthelsetjenesten.⁹

Vurderingen beror på om vedkommende oppfyller tre diagnosekriterier. For det første må vedkommende ha en IQ under 70 og videre ha vansker innenfor språk, motorikk og generelt å klare seg i dagliglivet. Endelig må tilstanden ha vist seg før personen fyller 18 år.¹⁰

Definisjonen av psykisk utviklingshemming er vidt formulert, og innebærer at individuelle forhold kan spille inn i hvert enkelt tilfelle. Graden av psykisk utviklingshemming kan variere mellom lav, moderat, alvorlig og dyp. Dette avhenger av hvor store kognitive utfordringer vedkommende har, i tillegg til motoriske, språklige og sosiale problemer. I tilknytning til

⁷ NOU 2019: 14, s. 71

⁸ ICD-10, kapittel V, F70-F79

⁹ Ot.prp nr. 58, 1994-1995, s. 38.

¹⁰ NAKU, 2022.

problematikken rundt mat og drikke er ofte tendensen at graden av psykisk utviklingshemming kan være en stor faktor. Personer med svært nedsatt IQ og diagnoser slik som Cerebral parese er ofte utsatt for å bli undervektige som følge av ernæringsproblemer. På den andre siden vil personer med mild til moderat psykisk utviklingshemming være utsatt for overvekt og fedme. Typiske diagnoser som gjør personer mer utsatt for overvekt er Prader-Willis syndrom, Willams syndrom og Downs syndrom.¹¹ Basert på denne informasjonen er det mulig å se en sammenheng mellom graden av psykisk utviklingshemming og bruk av tvang og makt knyttet til begrensning av mat og drikke. Personer med mild til moderat psykisk utviklingshemming som er mer utsatt for overvekt og fedme kan isolert sett være mer utsatt for ulike begrensninger i mat og drikke.

¹¹ Kolset et al., 2018, s. 2

2 Rettskilder. metodeutfordringer og særlige hensyn

2.1 Utgangspunkt

Fokuset for oppgaven er å klarlegge i hvor stor grad gjeldende norsk rett gir hjemmel for å begrense tilgang på mat og drikke overfor psykisk utviklingshemmede. Da vi befinner oss på et lovregulert område, vil lovteksten utgjøre den primære rettskilden. Rettsgrunnlaget for bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, er helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Ordlyden må tolkes, og forarbeidene vil derfor ha en sentral rolle. Det siktes da til forarbeidene fra den tidligere sosialtjenesteloven kapittel 6A og frem til dagens lov, ettersom det er forutsatt at disse skal gjelde.¹² Det vil også bli relevant å trekke inn NOU 2019:14, som både kan tjene som nyttig tolkningsmoment i henhold til gjeldende rett, men også som gode innspill til de lege ferenda-vurderinger. Der hvor det blir aktuelt å foreta en de lege ferenda-vurdering, vil det komme tydelig frem i teksten.

Som nevnt tidligere vil det også forsøkes å gi oppgaven et bredere perspektiv i forbindelse med matrestriksjoner. Derfor vil det også være relevant å se til pasient- og brukerrettighetsloven som utgjør en sentral lov i Norges tvangsregelverk. Kapittel 4A i nevnte lov gjelder for psykisk utviklingshemmede i de tilfellene som faller utenfor kapittel 9. Videre vil det naturligvis være relevant å benytte juridisk teori, forvaltningspraksis, internasjonale konvensjoner og rettspraksis. Det kan nevnes at generelt på området for kapittel 9, gir et søk på Lovdata per april 2022 et totalt resultat på 11 dommer fordelt på tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.

¹² Prop. 91 L (2010-2011): s. 502

2.2 Metodeutfordringer

Til tross for at begrensning av tilgang på mat og drikke dominerer vedtakene som fattes etter hol § 9-5 tredje ledd bokstav c), gjenspeiles ikke dette i omfattende rettspraksis på området. Per dags dato eksisterer det ikke Høyesterettspraksis som behandler temaet, hvilket betyr at en viktig rettskildefaktor for å tolke ordlyden bortfaller. Det finnes imidlertid en liten mengde underrettspraksis, men den rettskildemessige vekten av underrettspraksis er lav i forhold til høyesterettspraksis. Likevel tar enkelte juridiske forfattere til ordet for at underrettspraksis kan få større vekt dersom det er tale om rettsområder hvor rettsavgjørelsene sjeldent ankes.¹³

Domsregisterne i Lovdata viser at det sjeldent ankes over rettsavgjørelser som omhandler tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede. Dette kan tale for at underrettspraksis bør ha en viss vekt i tolkningen. Det er imidlertid viktig å understreke at underrettspraksis ikke er bindende for andre rettsanvendere, på lik linje med Høyesterett sin prejudikatskapende virksomhet. Derfor vil oppgaven bruke underrettspraksis med varsomhet, og det vil bli viktig å fokusere også på andre rettskilder slik som forarbeider, juridisk teori, forvaltningspraksis og internasjonale kilder.

En rettskilde som viser seg å være praktisk viktig for saksbehandlere og tjenesteytere er Helsedirektoratets rundskriv fra 2015, IS-2015-10. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven fremkommer det at Helsedirektoratet er ansvarlig for nasjonale faglige retningslinjer, veiledere og kvalitetsindikatorer. Her uttales det at «Helsedirektoratets faglige retningslinjer og veiledere er ikke rettslig bindende for tjenesteyterne, men beskriver nasjonale helsemyndigheters oppfatning av for eksempel hva som er god faglig praksis, hvordan relevant regelverk skal tolkes, og hvilke prioriteringer mv. som er i samsvar med vedtatt politikk på helse- og omsorgstjenestekområdet.»¹⁴

Østenstad omtaler også rundskriv som en relevant kilde, hvor han omtaler rundskrivet IS-2004-19. Han gir uttrykk for at rundskriv tegner et bilde av gjeldende forvaltningspraksis. Rundskrivet fra 2015 som overtok for det tidligere rundskrivet, bør dermed også anses som et

¹³ Eckhoff 2001: s. 162

¹⁴ Prop. 91 L (2010-2011): s. 506.

uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis. Likevel er det viktig å bemerke at selv om rundskrivet er relevant, vil det derimot ha lav rettskildemessig vekt.¹⁵

Et annet rundskriv som også kan gi gode tolkningsmomenter er Helsedirektoratets rundskriv IS-2015-8, fra samme år. Dette rundskrivet tar imidlertid for seg reglene i pasient- og brukerrettighetsloven, og vil være relevant for tolkningen av kapittel 4A.¹⁶

2.3 Særlige hensyn

I den videre fremstillingen vil det tas opp en del hensyn som gjør seg særlig gjeldende i forbindelse med begrensning av tilgangen på mat og drikke. Formålet med et eget punkt om slike hensyn er dels å redegjøre for hvilke hensyn reglene bygger på, men også for å vise hvilke hensyn som kan få betydning for lovtolkningen på området.

Formålsparagrafer er viktig ved lovtolkning. Derfor vil et naturlig sted å starte for å identifisere hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, være i formålsparagrafen til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Denne finner vi i hol § 9-1, og bestemmelsens første ledd angir at:

«Formålet med reglene i dette kapitlet er å hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.»

Bestemmelsen introduserer et formål som kommer til uttrykk i flere bestemmelser gjennom kapitlet. Formålet er todelt, hvor man for det første skal «hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv og andre for vesentlig skade». Dette omtales mer under redegjørelsen for vilkårene for bruk av tvang og makt. For det andre skal reglene bidra til å «forebygge og begrense bruk av tvang og makt.». Sistnevnte gir uttrykk for at selv om det er adgang til å gripe inn med tvang etter reglene i kapitlet, skal det ikke medføre redusert innsats for å sikre god kvalitet og riktig omfang på tjenestene.¹⁷

Videre omtales hensynet til tjenestemottakerens integritet og selvbestemmelse i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-1 andre ledd. Her fremkommer det at:

¹⁵ Østenstad 2011: s. 89

¹⁶ Helsedirektoratet, 2015.

¹⁷ Helsedirektoratet, 2015, s. 46

«Tjenestetilbudet skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.»

Bestemmelsen understreker viktigheten av å ta hensyn til tjenestemottakerens integritet, både fysisk og psykisk. Saker som omhandler begrensning av tilgang på mat og drikke kan krenke både den fysiske og psykiske integriteten. Den fysiske integriteten kan krenkes i form av å miste kontrollen over egen vekt og helse, som for mange er svært personlige forhold. Imidlertid kan den psykiske integriteten bli utfordret gjennom å bli fratatt muligheten for å bestemme selv når man vil spise og drikke, som er en grunnleggende frihet i et menneskes liv.

Ved å begrense tilgangen til mat og drikke til en person med en psykisk utviklingshemming, begrenser man denne personens evne til å bestemme over sitt eget matinntak, ofte både i mengde og tidspunkt. Selv om det fra tjenesteyterne sin side anses som et riktig tiltak for å sikre vedkommendes liv og helse, vil det naturlig nok fra tjenestemottakers ståsted oppleves som et svært inngripende tiltak i svært personlige spørsmål. Dermed oppstår det et spenningsforhold, et etisk dilemma om hvem som skal bestemme i vedkommendes liv. Dette kan skildres som en konflikt mellom autonomi og paternalisme.¹⁸ Disse motstridende hensynene tas også opp i utvalgets verdisyn i NOU 2019:14.¹⁹

Videre gir bestemmelsen en tydelig føring om at selvbestemmelsesretten står sterkt, ved at:

«Tjenestetilbudet skal tilrettelegges (...) så langt som mulig i overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett.»

Bruk av tvang og makt markerer et innhugg i brukerens selvbestemmelsesrett. Likevel finnes det altså hjemmel i tvangslovgivningen for å gjennomføre tiltak til tross for denne selvbestemmelsesretten. Dette skillet mellom autonomi og paternalisme krever dermed noen retningsgivende verdier for å veie disse to interessene opp mot hverandre. I juridisk teori har det blitt reist et spørsmål om begrepet «menneskeverd» kan fungere som en avveiningsnorm.²⁰ Dette ble også tatt opp som et viktig premiss for utvalgets arbeid i forbindelse med NOU 2019:14.²¹ Begrepet «menneskeverd» kan både forsvare og fordømme bruk av tvang og makt. Tradisjonelt har menneskeverd blitt brukt som et argument mot bruk av tvang, men i enkelte tilfeller kan tvangsbruk være essensielt for å ivareta menneskeverdet.

¹⁸ Østenstad 2011: s. 96.

¹⁹ NOU 2019:14 s. 299-301.

²⁰ Østenstad 2011: s. 118

²¹ NOU 2019:14 s. 301-302

²² Eksempler hvor tvangsbruk kan være nødvendig for å ivareta menneskeverdet, er situasjoner hvor en person med psykisk utviklingshemming blottlegger seg på offentlig sted eller annen sosialt fornedrende atferd.

Menneskeverd kan også tenkes å være en fornuftig avveiningsnorm i forbindelse med begrensning av mat og drikke. Her kan menneskeverd tilsi at ethvert menneske bør få lov til å bestemme hva de ønsker å spise, og bestemme selv når de ønsker å spise det. På den andre siden kan hensynet til menneskeverd forsvare matbegrensning. Dersom en tjenestemottaker fritt frem kan spise hva han/hun vil uten noen form for selvkontroll, kan dette i verste fall føre til at vedkommende spiser direkte helsefarlige ting. I tillegg kan personer med nedsatt metthetsfølelse, slik som f.eks. Prader-Willis syndrom, ha en stor og rask vektøkning, noe som kan føre til fare for liv og helse. Tilleggsdiagnoser som Diabetes og hjerte- og karsykdommer kan utvikle seg, og forverre tjenestemottakerens lidelse.

Et viktig hensyn i forbindelse med denne gruppen mennesker er hensynet til rettssikkerhet. Begrepet «rettssikkerhet» favner bredt, og det kan argumenteres for at dette ikke er en konkret nok formulering på et område med sammensatte utfordringer. På helserettens område vil rettssikkerhet være preget av muligheten for medvirkning, kontradiksjon, forebyggende arbeid, forholdsmessighet mv. Å bevare muligheten for medvirkning fra tjenestemottakers side er et så viktig hensyn at det fremkommer uttrykkelig i hol. § 9-3 første og andre ledd. Her fremkommer det at:

«Tjenestetilbudet skal så langt som mulig tilrettelegges og gjennomføres i samarbeid med brukeren eller pasienten.

«Brukeren, pasienten, pårørende og verge skal høres før det treffes vedtak om bruk av tvang og makt etter reglene i kapitlet her og gis informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndighet og tingretten.»

En naturlig forståelse av at tjenestetilbudet skal tilrettelegges «så langt som mulig», er at det ikke er alle tilfeller hvor det enten ikke er mulig eller hensiktsmessig å la tjenestemottakeren medvirke i utformingen av tjenestetilbudet. En naturlig forklaring på dette kan være tjenestemottakers kognitive ferdigheter, som ofte kan være nedsatt. Lignende formuleringer finner man også andre steder i lovens kapittel. I hol. § 9-5 første ledd fremkommer det at

²² Østenstad 2011: s. 118 med videre henvisninger.

kravet om at «Andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd» før det anvendes tvang og makt, kan fravikes «i særlige tilfeller».

Ordlyden i de to bestemmelsene gir uttrykk for at det ikke alltid er mulig å foreta store undersøkelser for å ivareta tjenestemottakers evne til medvirkning eller tillitsskapende tiltak. For å motvirke at dette går ut over tjenestemottakerens rettsikkerhet, stiller Grunnloven opp en skranke for det offentlige i deres inngrep overfor en enkeltperson. Hva dette har å si for den konkrete rettsanvendelsen i forbindelse med begrensnig av mat og drikke vil nå bli viet oppmerksomhet.

3 Legalitetsprinsippet og menneskerettigheter

3.1 Utgangspunkt

Av Grunnloven § 113 følger det at: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Bestemmelsen gir uttrykk for det offentlige legalitetsprinsippet, og ble grunnlovsfestet i 2014. Legalitetsprinsippetets rettslige innhold kan oppsummeres i tre komponenter. For det første er det krav om at kun lov eller forskrifter med grunnlag i lov kan benyttes som rettslig grunnlag for det offentliges inngrep overfor den enkelte. Videre markerer prinsippet at det er begrenset hvor stor adgangen er til utvidende tolkning og analogisk anvendelse. Avslutningsvis er det krav om at hjemmelen må være tilgjengelig og være tilstrekkelig presis.²³

3.2 Legalitetsprinsippetets styrke i helse- og omsorgstjenesten

Selv om bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede i mange tilfeller kan være et legitimt tiltak, vil det likefullt være et sterkt inngrep som krever hjemmel i lov, jf. grl. § 113. Det har imidlertid vært en diskusjon rundt hvor strengt legalitetsprinsippet er ved bruk av tvang og makt i helse- og omsorgstjenesten. Dette har rot i spesielt to dommer, hvorav den ene inntatt i Rt-1993-249 gjaldt utvidende tolkning av lovhjemmel i psykisk helsevern. Den andre dommen inntatt i Rt-2010-612, omtalt som Sårstellsdommen, gjaldt bruk av tvang akseptert uten lovhjemmel.²⁴

I sin redegjørelse for legalitetsprinsippetets styrke på helserettens område legger utvalget i NOU 2019:14 til grunn at spørsmål om bruk av tvang byr på komplekse og krevende avveininger ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende. Det blir trukket frem at det blant annet kan være vanskelig å formulere presise inngrepshjemler. Det menneskerettslige kravet om lovhjemmel åpner for en bredere rettssikkerhetsmessig vurdering enn et snevert fokus på

²³ Anine Kierulf, Norsk Lovkommentar: Grunnloven, note 256D.

²⁴ Helsedirektoratet 2015, s. 306

presisjon. ²⁵Utvalget legger dermed til grunn at det har lite for seg å oppstille et entydig strengt krav til presise inngrepshjemler på feltet. Det innebærer at lovgiver har et «ikke uvesentlig handlingsrom når det kommer til kombinasjonen av ulike rettssikkerhetsmekanismer, blant annet ut fra en vurdering av hvor presise regler det er mulig og forsvarlig å lage.»²⁶

Dette må likevel ikke tolkes på en slik måte som gjør at legalitetsprinsippet får en liten plass i vurderingene. Utvalgets argumentasjon må imidlertid tas til inntekt for at vurderingene rundt bruk av tvang og makt må gjøres helhetlig. Det betyr at det ikke bare må fokuseres på ordlyden isolert, men snarere den totale belastningen et tvangsinngrep vil innebære for tjenestemottakeren. En slik løsning finner man blant annet i pbrl. § 4A-3 tredje ledd. Her fremkommer det at:

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

Dette er et godt eksempel på at det i helse- og omsorgsretten åpnes for helhetsvurderinger. Legalitetsprinsippet setter på sin side grensen for hvor generell ordlyden kan være utformet, samtidig som helhetsvurderinger åpner for en løsning som passer den individuelle tjenestemottakeren.

3.3 Menneskerettighetenes betydning i helse- og omsorgstjenesten

Respekten for menneskeverdet kom for alvor til uttrykk i kjølvannet av andre verdenskrig og opprettelsen av FN i 1945. I artikkel 1 i FNs menneskerettighetserklæring fra 1948 fremkommer det at:

«Alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter.»

Artikkelen er et godt uttrykk for hvilken tanke som bør ligge til grunn når mennesker samhandler med hverandre. Bruk av tvang og makt kan derfor, isolert sett, komme på kant med denne grunntanken. FNs menneskerettighetserklæring utgjør imidlertid ikke et juridisk

²⁵ NOU 2019:14 s. 306

²⁶ NOU 2019:14 s. 306

bindende dokument.²⁷ For den europeiske menneskerettskonvensjonen er situasjonen annerledes. Denne har blitt tatt inn i norsk lov gjennom menneskerettsloven. Den mest relevante artikkelen for bruk av tvang og makt er art. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv. Artikkelen har vært inspirasjon for en tilsvarende bestemmelse i Grunnloven § 102. Fra bestemmelsens første ledd følger det at «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon.»

Selv om bestemmelsen ikke gir noen konkret åpning for unntak, har Høyesterett gjennom Rt-2015-93 avsn. 60 innfortolket følgende:

«Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.»

At det kan være tillatt med inngrep dersom det har «tilstrekkelig hjemmel», «forfølger et legitimt formål» og «er forholdsmessig» er tydelig inspirert av EMD sin praktisering av EMK.²⁸ Den europeiske menneskerettsdomstolen har tradisjonelt stilt krav til hjemmelen gjennom at den må være «tilstrekkelig klar, forutsigbar og tilgjengelig».²⁹ Dette kravet bør imidlertid ses i en større sammenheng av hensyn til tjenestemottakeren, jf. de nevnte uttalelsene fra utvalget i NOU 2019:14.

Begrepet «privatlivet» favner vidt, og fra EMD sin praksis vil «privatliv» omfatte en persons «fysiske og psykiske integritet».³⁰

Derfor er det liten tvil om at begrensninger av tilgang på mat og drikke kan være et stort innhugg i respekten for privatliv, jf. grl. § 102. Uttalelsene fra Høyesterett vil derfor medføre viktige tolkningsmomenter inn mot oppgavens problemstilling.

²⁷ NOU 2019:14 s. 158

²⁸ NOU 2019:14 s. 174-175.

²⁹ *Silver and Others v. the United Kingdom* § 87. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75

³⁰ *Costello-Roberts v. the United Kingdom* § 36. no. 13134/87.

En annen sentral konvensjon på området for psykisk utviklingshemmede er konvensjonen for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Denne ble vedtatt i 2006, og ble ratifisert av Norge i 2013. Formålet med konvensjonen er å sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne den samme tilgangen til menneskerettighetene som den øvrige befolkningen. Dette fremgår av artikkel 1 i konvensjonen som lyder:

«å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet».

Selve begrepet «nedsatt funksjonsevne» er presisert i andre avsnitt i samme artikkel. Ifølge artikkelen vil personer med nedsatt funksjonsevne være

«blant annet mennesker med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i møte med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre.»

Personer med psykisk utviklingshemming vil dermed klart være vernet av konvensjonen. De mest sentrale artiklene som er relevant for oppgavens problemstilling er art. 14 om blant annet retten til frihet og personlig sikkerhet, og art. 25 om retten til helse. I artikkel 14 er det krav til at «nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse.» For artikkel 25 sin del er det blant annet krav i nr 1. om at personer med nedsatt funksjonsevne har rett «til den høyest oppnåelige helsestandard uten diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.» Videre må helsehjelpen etter bokstav d «skje på grunnlag av fritt og informert samtykke». ³¹

Felles for disse to artiklene er at nedsatt funksjonsevne ikke må benyttes som vilkår for tvangsinngrep. Norge har imidlertid i forbindelse med sin ratifikasjon av konvensjonen tatt et tolkningsforbehold av de to artiklene. Her fremkommer det at:

«Norge anerkjenner at ethvert menneske med nedsatt funksjonsevne har rett til frihet og personlig sikkerhet og en rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet på lik linje med andre. Norge erklærer videre som sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettsikkerhetsgarantier.

Ifølge Norges tolkningsforbehold til konvensjonen, kan den ikke tolkes på en måte som forbyr særhjemler om bruk av tvang for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Dette til tross for at

³¹ NOU 2019:14 s. 165-166.

CRPD-komiteen i 2019 anbefaler Norge å avslutte bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren.³² Både Norges tolkningsforbehold og CRPD-komiteens kommentarer, vil kunne gi viktige tolkningsmomenter inn mot drøftelsen av begrensninger av mat og drikke som et sterkt inngrep i privatliv og personlige spørsmål.

³² NOU: 2019: 14 s. 166

4 Formål og virkeområde

4.1 Utgangspunkt

Formålet bak helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er «å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt», jf. §9-1 første ledd.

For at reglene skal komme til anvendelse er det en forutsetning at personen har en psykisk utviklingshemming, og at vedkommende mottar tjenester etter § 3-2 nr. 6 bokstavene a til c eller § 3-6 første ledd nr. 2, jf. hol. § 9-2 første ledd. Disse tjenestene omfatter helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse og plass i institusjon, i tillegg til avlastningstiltak.

«Helsetjenester i hjemmet» må imidlertid tolkes innskrenkende ifølge forarbeidene, og at reglene bare gjelder pleie- og omsorg i hjemmesykepleie.³³

4.2 Forholdet mellom kapittel 9 og kapittel 4A

Bruk av ordet «helsehjelp» er utstrakt på helse- og omsorgsrettens område, og man finner dette igjen i flere tvangsregelsett. Et av de mest sentrale tvangsregelsettene sett i sammenheng med kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven, er pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A. Sistnevnte kapittel deler mye av det samme formålet som kapittel 9. I §4A-1 første ledd finner man igjen en lignende formålsparagraf. Her fremkommer det at formålet er «å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade samt å forebygge og begrense bruk av tvang.»

Kapittel 4A i pasient og brukerrettighetsloven er avgrenset til å gjelde myndige og mindreårige over 16 år, jf. § 4A-2 første ledd. Dette skiller seg fra helse- og omsorgstjenesteloven som er aldersuavhengig, og regulerer dermed også i utgangspunktet inngrep overfor barn og unge. Videre skiller de to seg ved at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A kun hjemler bruk av tvang og makt for å yte «nødvendig helsehjelp», jf. § 4A-1 første ledd. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9

Definisjonen av «helsehjelp» er formulert i pasient- og brukerrettighetsloven §1-3 bokstav c. Ifølge definisjonen er helsehjelp: «handlinger som har forebyggende, diagnostisk,

³³ Prop. 91L (2010-2011): s. 502.

behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell;».

Ved å inkludere de ulike handlingene som inngår i begrepet «helsehjelp», forstår man at det ikke bare er tradisjonell klinisk behandling som reguleres i pbrl. kapittel 4A. Lovteksten nevner at «helsebevarende» behandling også vil regnes som «helsehjelp», jf. pbrl. § 1-3 bokstav c. En naturlig forståelse av «helsebevarende», er en behandling med formål om å beholde pasienten på et stabilt helsemessig nivå.

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven uttales det at:

«Endel helsehjelp har ikke som siktemål å helbrede, men å holde pasienten «så frisk som mulig» og hindre at tilstanden forverrer seg (...) Også tjenester fra helsevesenet som ikke tar sikte på forandring, f.eks til personer med fysiske eller psykiske varige funksjonshemninger, vil være helsehjelp. Dette vil typisk være tilfelle for personer med kroniske lidelser. For disse personene er det viktig at de sikres helsehjelp som kan bidra til å holde lidelsen i sjakk og til å leve så normalt som mulig.»³⁴

Basert på disse uttalelsene fra forarbeidene kan det argumenteres for at matrestriksjoner også kan hjemles i pbrl. kapittel 4A. Personer med psykisk utviklingshemming kan dermed oppleve å bli omfattet av to ulike tvangsregelsett på en og samme tid. Ved bruk av kapittel 4A i forbindelse med matrestriksjoner, er det to situasjoner som utpeker seg. Dette gjelder særlig hvor personen er innlagt i institusjon over lengre tid, enten i spesialisthelsetjenesten eller i kommunalt sykehjem på grunn av generelt nedsatt helsetilstand.

I spesialisthelsetjenesten vil hovedfokuset ofte være rettet mot andre ting enn matinntak. Likevel kan de har gode grunner for seg å opprettholde matrestriksjoner som allerede gjelder i vedkommende sin bolig. Dette kan for eksempel være aktuelt for pasienter med Diabetes og som har vanskeligheter for å styre sitt eget sukkerinntak. På denne måten sikrer man kontinuitet på tvers av arenaene, og på tvers av hol. kap. 9 og pbrl. kap. 4A.

Videre kan det for eldre med utviklingshemming også være aktuelt med plass i kommunalt sykehjem. Her kan det også være aktuelt å videreføre tiltakene som ble benyttet i den tidligere boligen. På den andre siden kan livsfaseperspektivet tilsi at det bør fokuseres på å gi vedkommende en større grad av frihet i løpet av den siste levetiden. Dette vil omtales videre under proporsjonalitetsvurderingen.

³⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 127

I den videre fremstillingen vil oppgaven rette fokuset mot bruk av tvang og makt som begrep, og vilkårene for dette i forbindelse med begrensning av mat og drikke.

5 Tvang og makt som begrep

Selv om vedkommende er psykisk utviklingshemmet og mottar en av de nevnte tjenestene, vil reglene kun komme til anvendelse dersom tiltakene regnes som «bruk av tvang og makt».

Hva som regnes som «bruk av tvang og makt» følger av hol. § 9-2 andre ledd første punktum:

«Som bruk av tvang eller makt etter reglene i kapitlet her regnes tiltak som brukeren eller pasienten motsetter seg, eller tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang og makt.»

Ordlyden statuerer et skille mellom bruk av tvang som vurderes ut fra tjenestemottakerens egen opplevelse av tiltaket, og bruk av tvang som er uavhengig av tjenestemottakerens motstand. Dette skillet kan beskrives som henholdsvis subjektiv og objektiv tvang og makt.³⁵

I lovteksten i hol. § 9-2 andre ledd første punktum brukes begrepet «tvang eller makt». Bruken av ordet «eller» tilsier at begrepet også inneholder en annen dimensjon, i tillegg til den subjektive og objektive delen. Ved å benytte ordet «makt» i lovteksten tilsier det at også tiltak som ikke direkte faller innenfor tvangsbegrepet er omfattet av reglene i kapitlet. Begrepet «makt» tilsier at det er tale om et misforhold mellom tjenestemottaker og tjenesteyter sin posisjon. I et slikt forhold vil tjenesteytere ofte ha en naturlig maktposisjon i kraft av sin ansettelse. Personer med psykisk utviklingshemming er ofte avhengig av tjenestemottakerne for å fungere i hverdagen, som styrker tjenesteyternes maktposisjon.

Hvorfor det ble valgt å inkludere «makt» i lovteksten, fremkommer ikke helt klart i de øvrige rettskildene. En form for forklaring finnes i et høringsnotat fra Helse- og sosialdepartementet hvor det kommer frem at:

«Med «tvang» vil i dette regelsettet forstås tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg [...] Dette skaper problemer i forhold til [sic] korreksjoner og andre stopptiltak, hvor det kan variere etter omstendighetene om det er naturlig å si at tjenestemottakeren motsetter seg dem. Vi inkluderer derfor også «maktbruk».³⁶

³⁵ NOU 2019:14 s. 110

³⁶ Helse- og sosialdepartementet: 1994. *Høringsnotat om særregler om tvang- og maktbruk*, inntatt i Østenstad 2000: 81 og Rød 2016: s. 18-19.

Basert på disse uttalelsene er det naturlig å anse begrepet «makt» som en sikkerhetsventil for å oppfatte de tilfeller hvor det kan være vanskelig å vurdere om tjenestemottakeren motsetter seg. Dette underbygges også noe i rundskrivet fra Helsedirektoratet hvor det fremkommer

«Det kan imidlertid ikke anses som alminnelige oppfordringer å bruke overtalelses- og manipulasjonsteknikker for å få tjenestemottakeren til å akseptere tiltak som det må antas av vedkommende ville opprettholdt sin motstand mot dersom han eller hun hadde hatt oversikt over relevante omstendigheter.»

Videre uttaler Helsedirektoratet at det vil heller ikke være tillatt med pågående «masing» som tjenestemottakeren gir etter for basert på *maktubalansen* i relasjonen.³⁷ Uttalelsen knytter seg hovedsakelig til tvangsbegrepets nedre grense, som vi kommer tilbake til, men det er verdt å nevne disse i forbindelse med «makt»-begrepet også. Dette for å vise de grensetilfellene hvor tjenestemottakeren ikke viser tydelig motstand.

5.1 Motstand – tjenestemottakers vilje

Dagens tvangsregler bruker begrepet «motstand» for å kartlegge om et tiltak er å anse som bruk av tvang og makt. Dette synes også å være sentralt i nyere rettsutvikling.³⁸ Hovedregelen er at samtlige tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg, skal anses som bruk av tvang og makt. Dette er kjernen i det subjektive tvangsbegrepet. Det betyr i utgangspunktet at dersom en tjenestemottaker motsetter seg begrensninger i tilgangen på mat og drikke, må tjenestemottakeren respektere dette, eller fatte vedtak om tvang. Begrunnelsen for å bruke «motstand» som grenseverdi er fordi dette ofte er et uttrykk for vedkommendes vilje, på lik linje med fravær av motstand. Tvang benyttes også i strafferetten for å overvinne motstand, men skiller seg fra tvang i helse- og omsorgstjenesten. Førstnevnte har som formål å påføre et onde, mens sistnevnte foregår som et ledd i omsorg og ivaretagelse av tjenestemottakerens interesser.

For å benytte «motstand» som en terskel for å klarlegge om et tiltak skal regnes som bruk av tvang, må det forutsettes at hver enkelt er i stand til å uttrykke motstand i en eller annen form. Dette må imidlertid nyanseres, da vi befinner oss på et område med ulike diagnoser. Muligheten for å uttrykke motstanden kan variere fra person til person, og det kan derfor bli

³⁷ Helsedirektoratet 2015, s. 54

³⁸ NOU 2019:14, s. 754, se § 1-3.

vanskelig for en tjenesteyter å avgjøre om en person viser motstand eller ikke. Typisk kan dette være i situasjoner hvor tjenestemottakeren har fysiske funksjonshemninger. Det kan da være vanskelig å vise fysisk motstand. For enkelte kan det også være sammensatte årsaker til at man ikke evner å vise motstand, for eksempel ved språk- og funksjonsvansker. I tilfeller hvor det er vanskelig å tolke tjenestemottakers reaksjon, vil det være nødvendig å ha god kjennskap til tjenestemottakeren. Likevel er det viktig å huske at ved tvilsspørsmål, skal man legge til grunn at personen motsetter seg tiltaket.³⁹ For å overvinne motstanden må det iverksettes tiltak etter hol. kapittel 9.

5.2 Tvang uavhengig av motstand

Den andre delen det refereres til i § 9-2 andre ledd første punktum er den objektive delen av tvangsbegrepet. Dette er «tiltak som er så inngripende at de uansett motstand må regnes som bruk av tvang og makt». Om hva som utgjør objektiv tvang må etter forarbeidene vurderes om tiltaket er så inngripende at «en person normalt ville ha motsatt seg dette».⁴⁰ Behovet for et objektivt tvangsbegrep er begrunnet i at det kan være vanskelig for enkelte tjenestemottakere å uttrykke sin motstand. Dette kan skyldes fysiske eller verbale utfordringer, eller det kan skyldes tidligere negative erfaringer med at det ikke nytter å motsette seg tiltaket.⁴¹

I forbindelse med tiltak som begrensning av tilgang på mat og drikke, vil dette ofte være forbundet med motstand fra tjenestemottaker. Imidlertid er det verdt å bemerke at begrensning av mat og drikke ofte vil falle innunder det objektive tvangsbegrepet. Dette kan begrunnes ut ifra uttalelsene fra forarbeidene. Det er lite som tilsier at en normal person ikke vil ha motsatt seg å bli fratatt muligheten til selv å velge når vedkommende kan spise. I saker som omhandler matrestriksjoner kan det benyttes ulike tiltak, blant annet å oppbevare mat og drikke på egen låst bod som tjenestemottaker ikke har tilgang til. Slike matrestriksjoner vil være typiske eksempler på det konkrete innholdet i den objektive delen av tvangsbegrepet. Fordi begrensning av mat og drikke er et sterkt inngripende tiltak, er det derfor ikke tjenestemottakers motstand alene som utgjør det eneste hinderet for en slik tvangsbruk.

³⁹ Helsedirektoratet 2015: s. 53-54.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 17.

⁴¹ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 17.

5.3 Begrepets nedre grense

Tvangsbegrepet har også en nedre grense, og følger av hol. § 9-2 andre ledd siste punktum. Her fremkommer det at:

«Alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art anses ikke som bruk av tvang eller makt.»

Ordlyden åpner opp for at mildere verbal og fysisk berøring er tillatt. I situasjoner med mat og drikke, kan det for eksempel være aktuelt å veilede tjenestemottakeren til å spise mindre porsjoner. Så lenge veiledningen bærer preg av den holdningen overfor tjenestemottakeren som fremgår av hol. § 9-2 andre ledd siste punktum, vil det ikke regnes som bruk av tvang og makt. Tjenesteyterne er dermed gitt et visst handlingsrom i samhandling med tjenestemottakeren. Det understrekes likevel at dersom en tjenestemottaker motsetter seg tiltaket, vil man være over i en tvangssituasjon.

6 De ulike tiltakene i hol. § 9-5 tredje ledd

6.1 Utgangspunkt

Det er helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 som danner det rettslige grunnlaget for bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming. Første og andre ledd angir hvilke vilkår som alle må være oppfylt før man kan iverksette tiltak som baserer seg på tvang eller makt. Bestemmelsens siste ledd angir hvilke situasjoner tvang og makt kan anvendes, jf. bokstav a til c.

Å begrense tilgang på mat og drikke kan være aktuelt i samtlige av tiltakene. Situasjoner med inntak av gift eller sterkt bedervet mat vil nok være å regne som «nødsituasjoner» etter hol. § 9-5 bokstav a) og b). Likevel er det ikke disse situasjonene som er i fokus i oppgaven.

Oppmerksomheten vil heller rettes mot tiltak slik som å låse inn mat og drikke på egen bod, kostholdsplan mv. Tiltak som følger etter § 9-5 bokstav c) vil være dermed danne den rettslige rammen for redegjørelsen.

Der hvor pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4A benyttes for å sette kapittel 9 i perspektiv, vil det hovedsakelig være pbrl. § 4A-3. I motsetning til hol. § 9-5 tredje ledd, opererer ikke pbrl. § 4A-3 med et eget ledd som forklarer i hvilke situasjoner tvang og makt kan benyttes. Dette forutsettes imidlertid gjennom bruken av begrepet «helsehjelp» som kommer frem i bestemmelsens første ledd.

6.2 Tiltak etter hol. § 9-5 bokstav c)

Tiltak etter hol. § 9-5 bokstav c) utgjør den siste av de tre hovedkategoriene hvor tvang og makt kan anvendes, jf. § hol. § 9-5 tredje ledd. Lovteksten gir hjemmel for tiltak som dekker tjenestemottakerens «grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile søvn, trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.»

Denne kategorien er ikke nødvendigvis preget av en «nødsituasjon», slik man ser i hol. § 9-5 bokstav a og b, men heller en situasjon hvor motstanden over tid vil kunne medføre vesentlig skade på tjenestemottakeren.

Bestemmelsens bokstav c) åpner for å benytte tvang og makt dersom tjenestemottakeren står overfor en «vesentlig skade» som følge av vedkommende ikke får dekket sine

«grunnleggende behov». Ordlyden gir føringer for at tiltaket kun kan benyttes for å begrense eller hindre vesentlig skade for tjenestemottakeren selv, og ingen andre.⁴² Hva som regnes som grunnleggende behov er utførlig definert i lovteksten, og et eksempel på dette kan være behovet for mat og drikke. Å la være og spise vil trolig ikke være farlig for en kort periode, på lik linje med å spise for mye i en begrenset periode. Likevel vil enkelte diagnoser gjøre tjenestemottakerne mer utsatt for overvekt og fedme, slik som nevnt ovenfor.

For personer med Prader Willis syndrom kan dette være en realitet. Diagnosen er å regne som en mild utviklingshemning som blir spesielt synlig fra omtrent 13 års alder. Diagnosen er ofte forbundet med overspising.⁴³ Situasjoner som kan oppstå er inntak av så store mengder at vedkommende kaster opp og over tid en relativt stor vektøkning, som resultat av nedsatt metthetsfølelse. Dersom vektøkningen fører til fare for liv og helse, kan det bli nødvendig å fatte tvangsvedtak om for eksempel porsjonering av mat og innlåsing av mat og drikke utenfor tjenestemottakers kontroll. Dette kommer oppgaven tilbake til på et senere tidspunkt.

Det kan stilles spørsmål ved hvor presis ordlyden «dekke (...) grunnleggende behov», jf. hol. § 9-5 bokstav c, faktisk er. Det fremstår lite problematisk dersom hjemmelen blir benyttet for å «dekke» en person sitt «grunnleggende behov» for mat og drikke, i form av å sikre at vedkommende får i seg nok mat og drikke. Forarbeidene omtaler ikke omfanget av bokstav c) i stor grad. Likevel må dette antas å følge klart nok av loven, spesielt hvilke tilfeller som omfattes av ordlyden «grunnleggende behov» Rundskrivet fra Helsedirektoratet understreker imidlertid at:

«Der hvor motstanden over tid vil medføre vesentlig skade på tjenestemottakeren, og andre løsninger enn bruk av tvang ikke fører frem, gir kapittel 9 hjemmel for å sette inn tiltak for å dekke de grunnleggende behovene slik at vesentlig skade ikke oppstår.»⁴⁴

Dette kan for eksempel være tilfelle hvor den psykisk utviklingshemmede har en funksjonshemming i tillegg. Personer med Cerebral parese, slik som nevnt ovenfor, vil avhengig av graden, kunne være mer utsatt for problemer med underernæring. Denne gruppen kan ha vansker med inntak av mat i munnen. Det vil da kunne være hjemmel for å benytte sondeernæring som et tiltak for å hindre at «vesentlig skade» oppstår.

⁴² Helsedirektoratet, 2015, s. 88

⁴³ Frambu: 2020.

⁴⁴ Helsedirektoratet, 2015, s. 88.

Spørsmålet videre blir dermed hvor presis ordlyden «dekke (...) grunnleggende behov» er for de tilfellene som omhandler restriksjoner. I lys av legalitetsprinsippet i GrL § 113 som legger føringer for at tvangsinngrep må ha hjemmel i lov, kan det tenkes at ordlyden ikke er tilstrekkelig presis. En mulig begrunnelse for dette kan være de nevnte uttalelsene fra Høyesterett i Rt-2015-93 avsn. 60 om Grunnlovens § 102, spesielt om «tiltaket har tilstrekkelig hjemmel». Sett i sammenheng med EMD sine tolkninger av lovskravet i EMK art. 8, vil dette være relevante argumenter i retning av om ordlyden er tilstrekkelig klar og presis.

Det kan argumenteres for at ordlyden utelukkende gir hjemmel for å «dekke (...) grunnleggende behov», ettersom hol. § 9-5 bokstav c) fremstår som en uttømmende bestemmelse for hvilke «grunnleggende behov» det gis hjemmel for å «dekke». Legalitetsprinsippet setter som nevnt begrensninger for utvidende tolkning av et hjemmelsgrunnlag. Høyesterett har uttalt blant annet i HR-2018-1907-A avsn. 51 at utgangspunktet for tolkningsnormen er at lovens ordlyd må stå sentral, men at tolkningstvil må løses ut fra det som best samsvarer med en avveining av samtlige rettskildefaktorer, og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne som forholdene tillater.⁴⁵

Dette må forstås som at dersom ordlyden isolert sett ikke gir rom for tolkningstvil, kan man heller ikke fravike ordlydstolkningen på bakgrunn av andre rettskildefaktorer.

Dersom man imidlertid har slått fast at ordlyden etterlater tolkningstvil, vil man kunne trekke inn for eksempel formålsbetraktninger. Det avgjørende er da at spørsmålet løses ut fra det som gir tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.⁴⁶Til sammenligning kan man trekke frem Rt-1995-530 hvor det blir uttalt på side 537 at:

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmelen 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.

Saken gjaldt ikke begrensninger på tilgang på mat og drikke, men inneholder noen generelle utgangspunkt for tolkningen. Uttalelsene taler for at kravet til lovhjemmelen vil variere, blant annet ut fra inngrepets art og tyngde.

Matrestriksjoner må normalt anses som svært inngripende, og taler sterkt for at ordlyden kun bør omfatte «dekke», og *ikke* restriksjoner eller begrensninger.

⁴⁵ Anine Kierulf, Norsk Lovkommentar: Grunnloven, note 256D.

⁴⁶ Anine Kierulf, Norsk Lovkommentar: Grunnloven, note 256D.

Samtidig er det som tidligere omtalt et reelt problem blant mange psykisk utviklingshemmede at de sliter med overvektighet og fedme. Det kan bli fare for «vesentlig skade» dersom en psykisk utviklingshemmet med redusert evne til å kontrollere eget matinntak får fritt spillerom til å spise så mye han eller hun vil. Forsvarlighetskravet i lov 2 juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. § 4 og hensynet til menneskeverd kan da tilsi at det kan gripes inn i slike situasjoner.

Videre er det verdt å merke seg uttalelsene fra utvalget i NOU 2019:14. På helserettens område kan det være vanskelig å formulere presise inngrepshjemler, og det bør derfor ikke være et for snevert fokus på presisjon. Dersom lovgiver uttrykkelig skulle ta stilling til alle problemstillinger som kan oppstå, ville reglene trolig være svært uoversiktlige. I samme NOU 2019:14 er det også gjort noen vurderinger knyttet til tvangsbegrepet i forbindelse med mat og drikke. Her fremkommer det at:

«Begrensninger i grunnleggende goder er eksempler på tiltak som vil være objektivt betydelig inngripende. Det gjelder blant annet tilgangen til mat og drikke. Streng porsjonering der det ikke er mulighet for å forsyne seg utenom faste måltider, må således vurderes etter tilsvarende regler som tvang. Det å legge til rette for et sunt kosthold gjennom bistand til innkjøp med m.m., faller selvsagt utenfor.»⁴⁷

Dette taler videre for at ordlyden åpner for en tolkning av at restriksjoner av mat og drikke også faller innunder ordlyden.

Totalt sett, ut fra de argumentene som er presentert, kan det se ut til at ordlyden «dekke (...) grunnleggende behov» ikke skaper store problemer ved å innfortolke at den også gir hjemmel for «begrensninger».

⁴⁷ NOU 2019:14, s. 382

7 Vilkårene

7.1 Presentasjon

I fortsettelsen skal oppgaven fokusere på vilkårene for «bruk av tvang og makt» slik de fremgår av hol. § 9-5 første og andre ledd. Her følger det at:

«Andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak etter kapitlet her settes i verk. Kravet kan bare fravikes i særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse.

Tvang og makt kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient. Tiltakene må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet, og må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas. Tvang og makt kan bare brukes for å hindre eller begrense vesentlig skade.»

Av bestemmelsens første og andre ledd kan det totalt utledes fem kumulative vilkår. For det første må det ha vært prøvd ut «andre løsninger enn bruk av tvang og makt». Videre må tvangsbruken kun være for å «hindre eller begrense vesentlig skade». Tiltakene må «ikke gå lenger enn det som er nødvendig for formålet», og de «må stå i forhold til det formålet som skal ivaretas». Det er også krav til at bruken av tvang og makt er «faglig og etisk forsvarlig»

For å gi en tydelig oversikt over vilkårene i sammenheng med oppgavens fokus på begrensning av tilgang på mat og drikke, vil vilkårene bli redegjort for med utgangspunkt i en relevant problemsituasjon. Utgangspunktet er en person med psykisk utviklingshemming som mottar helse- og omsorgstjenester i kommunal bolig. Vedkommende har diagnosen Prader-Willis syndrom. Som følge av alvorlige problemer med overvekt og fedme, har kommunen undersøkt mulighetene for et tvangsvedtak på matrestriksjoner etter hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c). Problemstillingen blir dermed om vilkårene for å begrense tilgangen på mat og drikke er oppfylt for personen med Prader-Willis syndrom.

7.1.1 «Andre løsninger enn bruk enn bruk av tvang eller makt»

Å begrense tilgang på mat og drikke kan være et sterkt inngrep i mange tilfeller, ettersom det er tale om svært personlige spørsmål. Unntak kan likevel forekomme, hvor det vil være lite inngripende å foreta begrensninger i inntak mat og drikke. Et eksempel kan være i situasjoner hvor en person har spist giftige ting og fått en allergisk reaksjon, eller satt mat i halsen. Det vil da kunne være aktuelt å avhjelpe vedkommende med tiltak for å få disse tingene ut av spiserøret og kroppen. Slike tiltak kan tenkes å være mindre inngripende for enkelte enn direkte begrensning av mat og drikke, fordi tiltaket avhjelper en fysisk smerte for de psykisk utviklingshemmede. Slike inngrep vil imidlertid trolig være mest relevant etter hol. § 9-5 bokstav a) og b).

Overordnet er tjenesteyterne forpliktet til å forsøke og overvinne motstanden gjennom tiltak som ikke innebærer tvang og makt. Dette er et eget vilkår i lovteksten, og innebærer at «Andre løsninger enn bruk av tvang eller makt skal være prøvd før tiltak etter kapitlet her settes i verk», jf. hol. § 9-5 første ledd første punktum. Ifølge forarbeidene er dette inntatt tidlig i lovteksten for å understreke viktigheten av å benytte alternative løsninger.⁴⁸

Formuleringen i lovteksten tyder på at dette vilkåret knytter seg til alle tilfeller der det kan benyttes tvang og makt. Hovedregelen er at helse- og omsorgstjenester må baseres på frivillighet. Ved å benytte alternative løsninger fremfor tvangsbruk kan man overvinne motstanden på en mindre eller ikke inngripende måte. Dette knytter seg opp mot hol § 9-1 første ledd hvor det blant annet fremkommer at formålet med loven er å «(...) forebygge og begrense bruk av tvang og makt.» I tillegg til dette, fremkommer det også fra samme bestemmelse at formålet er å «hindre at personer med psykisk utviklingshemning utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade». Ved å benytte alternative løsninger kan både ivareta formålet om å «forebygge og begrense av bruk og tvang og makt», og hindre «vesentlig skade».

I tilknytning til alternative tiltak vil også hensynet til tjenestemottakerens medvirkning være sentralt, jf. hol. § 9-3 første ledd. Det å bruke andre tiltak enn bruk av tvang og makt, må også ses i sammenheng med hol. § 9-4 første punktum om kravet til forebygging.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 58.

Til sammenligning ser vi at i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 benyttes en litt annen formulering enn i kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven. I første ledd første punktum fremkommer det at

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

Bruken av ordet «tillitskapende tiltak» indikerer at vurderingstemaet er mer eller mindre tilsvarende som i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Av forarbeidene fremgår det at det essensielle er å forsøke å inngi tillit til tjenestemottakeren slik at vedkommende forstår at det er i hans eller hennes interesse å ta imot helsehjelpen.⁴⁹

I forkant av behovet for å iverksette et tvangstiltak vil det gjerne være en del utfordrende atferd fra tjenestemottakers side. Dette kan ha flere grunner, men vil ofte henge sammen med tjenestemottakerens kognitive ferdigheter og evnen til å uttrykke ønsker og behov⁵⁰. For personer med Prader-Willis syndrom, slik som nevnt i den relevante problemsituasjonen, vil det kunne oppstå utfordrende atferd. Dette kan være fordi vedkommende ikke klarer å oppnå tilfredsstillende metthetsfølelse, og spiser til det er tomt.

Helsedirektoratet uttaler i sitt rundskriv at:

«Kravet om at andre løsninger er forsøkt innebærer at hele situasjonen og tjenestetilbudet til personen må gjennomgås for å vurdere om det er forhold som kan forbedres.»

Hvor store undersøkelser og gjennomganger som må foretas vil naturlig nok variere fra sak til sak. I saker som omhandler begrensninger på tilgang på mat og drikke er det viktig å huske at diagnosen medfører økt sårbarhet for regulering av matinntak allerede fra barnealder. Derfor er det viktig med forebygging allerede på et tidlig stadium, spesielt i overgang fra å bo med foreldre til egen plass å bo. Et fornuftig tiltak vil være å foreta en gjennomgang av personens kosthold med en ernæringsfysiolog for å sikre en balansert energireduert diett med faste måltider og porsjonsstørrelser.⁵¹ Videre er det viktig at tjenesteyterne er faglig oppdatert og motiverer tjenestemottakeren til å følge opp dietten i praksis.

⁴⁹ Ot.prp nr. 64 (2005-2006) s. 87

⁵⁰ Helsedirektoratet, 2015: s. 37-40.

⁵¹ Frambu 2019.

7.1.2 Unntak fra kravet om andre løsninger

Bestemmelsen om at «Andre løsninger enn tvang og makt skal være prøvd (...)», må imidlertid ikke forstås som en absolutt skranke. I § 9-5 første ledd andre punktum fremgår det at «Kravet kan bare fravikes i særlige tilfeller, og det skal i så fall gis en begrunnelse.» Ordlyden erkjenner at det ikke alltid er mulig å forsøke andre alternativer til tvangsbruk. Terskelen for dette er imidlertid høy, jf. bruken av «særlige tilfeller». Det innebærer at ikke alle tilfeller når opp til terskelen, men det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Hva som kvalifiseres til å være «særlige tilfeller» vil trolig kunne variere, dersom en tolker ordlyden i vid forstand. For å opprettholde koherens i kapittelet må de særlige tilfellene i det minste være bygget på faglige og etiske hensyn, hvor dette fremstår som den klart beste løsningen i det konkrete tilfellet.⁵²

Pasient- og brukerrettighetsloven erkjenner også at det ikke alltid er mulig å foreta alternative tiltak. I pbrl. § 4A-3 første ledd følger det at vilkåret om «tillitskapende tiltak» kan fravikes dersom det er «åpenbart formålsløst å prøve dette».

Forarbeidene gir ikke mange holdepunkter i tolkningen av «åpenbart formålsløst», men det er likevel naturlig å tolke dette som en høy terskel. Ordlyden er trolig reservert situasjoner preget av enten svært dårlige eller ingen alternative tiltak. Samtidig kan det tenkes situasjoner hvor man har alternativer, men at hensynet til pasienten tilsier at tvang bør benyttes. Dette kan være tilfelle hvor en person til vanlig bor eller har bodd i kommunal bolig, men har blitt innlagt over tid i spesialisthelsetjenesten, eller på kommunalt sykehjem. Hensynet til kontinuitet for tjenestemottakeren på tvers av arenaer kan i slike tilfeller tale for å gi unntak fra kravet til andre «tillitskapende tiltak».

Genetikk

For kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven vil det som nevnt kunne være ulike situasjoner som kan tale for at kravet til at «Andre løsninger enn tvang og makt skal være prøvd(...)», jf. hol §9-5 første ledd bør fravikes.

Ut ifra den gitte problemsituasjonen rundt Prader-Willis syndrom, kan det tas til orde for at spesielle genetiske tilstander kan utgjøre «særlige tilfeller». Det er ingen konkrete tall på hvor mange som har diagnosen i Norge, men det finnes anslag. I internasjonal sammenheng er det

⁵² Helsedirektoratet, 2015, s. 73.

anslått at det forekommer ett tilfelle per 25 000 fødsler. I Norge kan dette innebære 2-4 forekomster per år.⁵³

Prader Willis syndrom er med andre ord sjeldent, og forbundet med tydelig problemer rundt matinntak. Det kan dermed argumenteres for at genetik kan trekkes inn som «særlige tilfeller» som muliggjør at man kan avvike fra kravet om at alternative løsninger skal være prøvd. Helsedirektoratet har uttalt at dersom

«det aktuelle tvangstiltaket er svært inngripende, vil dette tale mot at tiltaket kan igangsettes uten at andre løsninger er forsøkt. Motsatt vil det tale for å fravike kravet om at andre løsninger skal være prøvd dersom det er stor fare for alvorlig personskade».⁵⁴

Dersom det synes klart at det å forsøke alternative løsninger vil være nytteløst, kan det vurderes om kravet kan fravikes. Dette kan skyldes at personen med Prader-Willis syndrom tidligere ikke har vist motivasjon overfor forebyggende tiltak i utviklingsperioden. I tillegg kan et stort matinntak med fare for vesentlig skade, tilsi at vedkommende bør få hjelp til å få kontroll over situasjonen. Dersom man avventer med å benytte tvang i håp om å treffe andre løsninger etter en stund, kan vedkommende ende opp i en vanskeligere situasjon enn opprinnelig. Konsekvensen av dette kan være at tjenestemottakeren blir utsatt for mer inngripende tvang i form av flere tvangstiltak, som for eksempel innlåsing av mat og drikke, fotfølging, kostholdsplan m.m. Derfor kan genetik tale for at man kan fravike kravet om alternative løsninger. Likevel er det viktig å nevne at dette bør være en individuell vurdering ut ifra den konkrete sak.

Tidsfaktor og ressurs hensyn

Situasjoner preget av tidspress kan også være en unntaksgrunn. Dette er ofte tilfeller som er preget av å være nødsituasjoner, jf. hol § 9-5 bokstav a) og b), slik som for eksempel kvelningsfare som nevnt ovenfor. Dette er imidlertid ikke oppgavens hovedfokus. Likevel kan det tenkes ut ifra den konkrete situasjonen at forsvarlighetsvurderinger og kompetanse under utøvelse av tvangstiltakene, at et tvangstiltak bør godkjennes for å minimere bruken av tvang på sikt. Dette kan spesielt tenkes i situasjoner med lang saksbehandlingstid hos Statsforvalteren, og hvor matinntaket er vedvarende stort med rask vektøkning. I slike

⁵³ Frambu 2020.

⁵⁴ Helsedirektoratet, 2015, s. 73

situasjoner kan det være aktuelt at vedtaket blir godkjent med vilkår om at «Andre løsninger enn bruk av tvang og makt skal være prøvd(...)» i vedtaksperioden. Dette må imidlertid bygges på en faglig og etisk vurdering, hvor hensynet til tjenestemottakeren og risikoen for vesentlig skade veier tungt.⁵⁵

Også økonomiske forhold, herunder ressurs hensyn, kan tale for at man kan fravike kravet til at alternative løsninger skal være prøvd. Dersom kommunen sliter med bemanning, kan det tenkes at det er vanskelig å få til en reell utprøving av andre tiltak. Dette er særlig aktuelt i tiltak etter hol. § 9-5 bokstav c), som stiller krav til «kvalifisert personale», jf. hol. § 9-9 andre ledd første punktum. Samtidig kan et argument for å fravike kravet være at tiltak etter bokstav c) ikke har like store krav til tjenesteyternes kompetanse sammenlignet med bokstav b), jf. hol. § 9-9 tredje ledd andre punktum.

Helsedirektoratet uttaler imidlertid at i de tilfellene hvor mangel på ressurser er en realitet, er det viktig å understreke at ressurs hensyn ikke alene kan være en begrunnelse på hvorfor andre løsninger ikke er forsøkt.⁵⁶ Dersom ressurs hensyn trekkes frem kan det også fra Statsforvalteren sin side settes vilkår for at alternative løsninger bør prøves ut fortløpende, i takt med at ressursene bedrer seg.

Sett i sammenheng med tidsfaktoren kan det likevel være grunn til å anse dette som «særlige tilfeller». Dersom tidsfaktoren og de økonomiske forholdene også ses i sammenheng med genetikk, vil det være et bedre beslutningsgrunnlag enn hver av faktorene isolert sett..

7.2 Vesentlig skade

Dersom man skal kunne benytte tvang og makt, er dette kun tillatt dersom målet er å «hindre eller begrense vesentlig skade», jf. § 9-5 andre ledd siste punktum. Det betyr at for å kunne begrense tilgangen til mat og drikke for en psykisk utviklingshemmet, må det være tale om «vesentlig skade».

Selve skadebegrepet favner bredt. I forarbeidene til den gamle sosialtjenesteloven og kommune helsehelsetjenesteloven uttales det at det ikke skal være «meningen å foreta noen avgrensning i forhold til type skade.»⁵⁷ Selv om forarbeidene er gamle, har ikke omfanget av

⁵⁵ Helsedirektoratet, 2015, s. 73-74.

⁵⁶ Helsedirektoratet, 2015, s. 73.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996), punkt 6 «Merknader til de enkelte bestemmelsene».

skadebegrepet endret karakter i stor grad. Det har imidlertid blitt bygget på ved senere lovrevisjoner. Til sammenligning benytter NOU 2019:14 «vesentlig helseskade» som hovedvilkår for bruk av tvang.⁵⁸

Ordlyden «vesentlig» i dagens lovgivning er en viktig skranke for å avgrense rekkevidden av skadebegrepet. At skaden må være «vesentlig» tilsier at bagatellmessige og skader av mindre betydning ikke er omfattet. Forarbeidene presenterer dette noe mer presist, og uttaler at det må være tale om skader av «betydelig omfang».⁵⁹ Videre presenterer forarbeidene at det må foreligge «en nærliggende og påregnelig skademulighet (...). Det er imidlertid ikke nødvendig at faren er overhengende, slik den er i en akutt nødsituasjon.»⁶⁰

Dette gir gode holdepunkter for å forstå hvor hva som kvalifiserer til «vesentlig skade». For å gi en oversikt over aktuelle skader er det i rundskrivet fra Helsedirektoratet delt inn i følgende kategorier:

- fysisk skade på egen person,
- fysisk skade på egen person/hemming av egen utvikling,
- sosial fornedring,
- skader på andre personer,
- materielle skader på egne eiendeler og
- materielle skader på andre sine eiendeler.⁶¹

Listen over kategorier er ikke uttømmende, men den kan være et nyttig hjelpemiddel for å illustrere hvilke skader som kan omfattes av ordlyden. Det er imidlertid viktig å vurdere om kravet til «vesentlig skade» er oppfylt i hvert enkelt tilfelle.

Ser man «vesentlig skade» i sammenheng med å begrense tilgang på mat og drikke for en person med Prader-Willis syndrom, vil det ut fra de nevnte forarbeidene naturligvis ikke være

⁵⁸ NOU 2019:14, s. 34

⁵⁹ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996), punkt 3.2.3.

⁶⁰ Ot.prp. nr 55 (2002-2003) s. 39-40.

⁶¹ Helsedirektoratet, 2015, s. 74-78.

en fast grense for når overvekt utgjør en «vesentlig skade». I rundskrivet fra Helsedirektoratet er det uttalt at når det kommer til matproblematikk vil ikke:

«det at en person overspiser nødvendigvis medføre vesentlig skade i lovens forstand. Det er derfor i utgangspunktet ikke anledning til å anvende tvang for å stoppe overspising/«trøstespising» i den hensikt å slanke personen, eller for å få vedkommende i bedre form. Skal tvangstiltak i slike sammenhenger godtas, må det være en forutsetning at spisingen etter en helsefaglig vurdering kan medføre vesentlig skade. Dette bør vurderes av lege.»⁶²

Enkelte kan ha en høyere kroppsvekt uten å ha nevneverdige problemer i hverdagen og helsemessige utfordringer. Her kan det for eksempel tenkes en tjenestemottaker som liker å drikke vaniljesaus i store mengder. I de fleste tilfeller vil det trolig gå helt fint at vedkommende gjør dette, på lik linje med andre som gjør dette. Likevel vil som kjent stort inntak føre til vektoppgang. Og overvekts- og fedmeproblematikk vil igjen være forbundet med en forhøyet risiko for hjerte- og karsykdommer. Personer med mild til moderat psykisk utviklingshemming, som Prader-Willis syndrom, vil derfor være mer utsatt for dette, som følge av sin reduserte evne til å stoppe i tide. Likevel vil det først være aktuelt med tvangstiltak når inntaket av vaniljesaus skrider over terskelen hvor det enten foreligger eller er fare for «vesentlig skade».

Begrensning av mat og drikke var tilfelle i LF-2021-127747 hvor blant annet tvangstiltak som kostholdsplan, utlevering og porsjonering av mat og drikke ble benyttet. Kvinnen som saken omhandlet led av en form for overspisingsslidelse og veide omtrent 200 kg da saken kom inn for lagmannsretten, som anså tvangstiltakene overfor kvinnen som legitime. Lagmannsretten uttalte at: «As betydelige vektproblemer gjør at vi i denne saken avviker fra den situasjon som er beskrevet i Helsedirektoratets rundskriv.»

En slik dom vil naturligvis ha en mindre rettskildemessig vekt enn Høyesterettspraksis, men gir samtidig viktige holdepunkter på et område med lite rettspraksis.

Til sammenligning ser vi at skadebegrepet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-3 er noe snevrere enn i helse- og omsorgstjenesteloven. I bestemmelsens andre ledd bokstav a) fremkommer det at terskelen for inngrep er «vesentlig helseskade for pasienten». Dette er ikke ulikt for kapittel 9 som alltid vil være helsereelatert i situasjoner med begrensning av mat

⁶² Helsedirektoratet 2015, s. 76

og drikke.

Her kan det også tenkes en tjenestemottaker med Diabetes som har tvangsvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kap. 9 på å begrense sukkerinntak gjennom innlåsing av godteri på bod. I tillegg har vedkommende et vedtak etter pbrl. § 4A-3 på å bli tvangsmedisinert med blodsukkernedsettende medisiner for å gi vektreduksjon. Med andre ord kan tjenestemottakeren/pasienten være under to regelsett på én og samme tid, med formål om å hindre «vesentlig skade» og «vesentlig helseskade».

7.3 Faglig og etisk forsvarlighet

For å kunne iverksette et tvangstiltak er det et krav om at innholdet og gjennomføringen må være «faglig og etisk forsvarlig», jf. første ledd første punktum. Det knytter seg både til vedtakets innhold og gjennomføringen av tiltaket. I forarbeider er begrepene referert til som rettslige standarder, slik at hva som er «faglig og etisk forsvarlig» kan endre seg med tiden.⁶³ Videre fastslår forarbeidene at faglighet og etikk har glidende overganger, men etisk forsvarlighet vil etter lovens utforming være å regne som et selvstendig krav. Hva som er «faglig» forsvarlig er en vurdering opp mot fagetiske normer, og vil derfor ikke vies mye oppmerksomhet. Tiltak som kan være faglig forsvarlig, kan imidlertid ikke alltid regnes som etisk forsvarlige.⁶⁴

At det er et eget krav til etisk forsvarlighet, er særegent innenfor norsk tvangsregelverk, og det har vært spørsmål om hensiktsmessigheten.⁶⁵ Etisk forsvarlighet som vilkår kan uttrykke en grense for bruken av tvang. Selv om et tiltak fremstår som det beste ut ifra sammenhengen, kan det likevel være en grense for hva som kan tillates. Dette kan særlig komme på spissen i saker som omhandler matrestriksjoner, hvor tjenestemottakeren er overvektig og utsatt for å utvikle hjerte- og karsykdommer. Tjenesteytere kan i beste mening forsøke å få kontroll over matinntaket til tjenestemottakeren gjennom begrensnig av tilgang på mat og drikke. På den andre siden kan tjenestemottakeren ha et ønske om å kunne bestemme selv når vedkommende ønsker å spise, og i hvor store mengder.

⁶³ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995), s. 37-38.

⁶⁴ NOU 2019:14, s. 111-112

⁶⁵ NOU 2019:14, s. 112

I hva som er etisk forsvarlig, legger bestemmelsen tilsynelatende opp til en vurdering av tiltakets nødvendighet og forholdsmessighet, jf. § 9-5 andre ledd. Dette fremkommer av forarbeidene til den gamle sosialtjenesteloven, som ble videreført til dagens bestemmelse. Her følger det at: «tiltak kan bare brukes når det er faglig og etisk forsvarlig. Kravet utdypes i bestemmelsen gjennom krav til nødvendighet og forholdsmessighet.»⁶⁶

En slik tolkning har også støtte i kommentarutgave til helse- og omsorgstjenesteloven. Østenstad fremholder at vilkårene om at tiltaket ikke må gå «lenger enn det som er nødvendig for formålet» og må «stå i forhold til det formålet som skal ivaretas», er de viktigste presiseringene om hva som ligger i «etisk forsvarlig». ⁶⁷ Likevel er det viktig å understreke at de to konkretiseringene er tradisjonelle rettslige krav som man finner igjen på flere rettsområder. De vil derfor behandles separat i egne underpunkt.

7.4 «ikke lenger enn det som er nødvendig»

I hol. § 9-5 andre ledd tredje punktum heter det at «Tiltakene ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for formålet». Overordnet gir ordlydens generelle utforming føringer for at dette må vurderes i hvert enkelt tilfelle. En naturlig forståelse av «ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for formålet» er at det minst inngripende tiltaket må velges. Dette har også en side til tiltakets effektivitet, slik at det minst inngripende tiltaket som hindrer «vesentlig skade» vil også være det tiltaket som er «nødvendig». ⁶⁸ Denne forutsetningen er fundamentalt viktig, ettersom man ikke kan legitimere et tvangstiltak som ikke er egnet til å oppnå et formål. Tvangsbruken vil i så tilfelle være urettmessig.

Prinsippet om minste inngrep kan videre ses i sammenheng med hol. §. 9-1 første ledd om å «hindre (..) vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt.»

Hva som vil regnes for å være det minst inngripende tiltaket i sammenheng med helseskadelig matinntak vil naturlig nok variere fra sak til sak. I den gitte problemsituasjonen med Prader Willis syndrom, kan innlåsing av mat på bod fremstå som svært inngripende for tjenestemottakeren.

Likevel kan man justere tiltaket til å være mindre inngripende gjennom å la

⁶⁶ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003), s. 38.

⁶⁷ Kjellevold, 2016, s. 152

⁶⁸ NOU 2019:14, s. 112

tjenestemottakeren medvirke til hvilke tidspunkter vedkommende ønsker måltider. Ved å kombinere dette med mellommåltider, kan den samlede opplevelsen av tiltaket virke mindre inngripende. Bruk av innlåsing av mat på bod var blant annet et av temaene Frostating lagmannsrett tok stilling til i den nevnte dommen, LF-2021-127747. Her medvirket tjenestemottakeren til å utarbeide kostholdsplan med hvilke tidspunkt hun skulle få måltider. I tillegg fikk hun mellommåltider til gitte tidspunkt hver dag, jf. dommens punkt om «Tvangstiltakene».. Lagmannsretten bemerker at disse tiltakene fremstår som det minst inngripende tiltaket.

Med måltider på faste tidspunkt krever det imidlertid at tjenesteyterne er konsekvente på at tidspunktene blir fulgt, slik at tjenestemottakeren mottar måltidene til rett tid. Dersom tjenesteyterne ikke er konsekvente på dette kan tvangsbruken fremstå som mer inngripende enn den opprinnelig var. Dette har sammenheng med at personer med redusert evne til å kontrollere eget matinntak, har mat som et stort fokus i livet. Det er viktig å huske på at tvang er et sterkt inngrep fra det offentlige, som tjenestemottakeren ikke selv har valgt. Så lenge tvang benyttes for å overvinne motstanden til tjenestemottakeren, er det svært viktig at tidspunktene følges nøye opp fra tjenesteyterne. På denne måten sikrer man at tvangsbruken ikke blir mer inngripende enn den må være.

Pasient- og brukerrettighetsloven har en lignende formulering i § 4A-3 andre ledd bokstav b), hvor det kan benyttes tvangstiltak dersom «helsehjelpen anses nødvendig». Ordlyden legger tilsynelatende opp til mye av de samme vurderingene som i hol. kapittel 9. Lovteksten sier ingenting om behovet for helsehjelp må være akutt, men at tiltaket må være «nødvendig» for å hindre «vesentlig helseskade». Forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven gir ikke noen uttrykkelig forklaring på hva som ligger i «nødvendig», men det er gode grunner for at dette bør avgjøres i den konkrete sak.

Dette kan være tilfelle for personer med psykisk utviklingshemming som har en tendens til å spise mye sukker i hverdagen, men uten å gjennomføre gode tiltak for munnhygiene i ettertid. I slike situasjoner kan det være aktuelt å benytte tvang i form av hyppigere besøk til tannlege for å få rensset tennene godt. På denne måten kan man hindre at tvangsbruken knyttet til tannhelse øker på sikt, og kan derfor «anses nødvendig». Dette bør naturligvis også forsøkes i samarbeid med tiltak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Det bør også nevnes at det tradisjonelt har vært en tanke om at inngrep i kroppen anses som «alvorlig inngrep». Dette er lovfestet i pbrl. § 4A-5 andre ledd andre punktum. Derfor bør

man forsøke mindre inngripende tiltak før man for eksempel benytter blodsukkermedisiner i Diabetes-tilfeller for psykisk utviklingshemmede.

7.5 Tiltakenes forholdsmessighet

Dersom nødvendighetskravet er oppfylt, vil vurderingen gli over i om tiltaket er forholdsmessig. Dette uttrykkes gjennom lovteksten ved at tiltaket må «stå i forhold til det formålet som skal ivaretas», jf. hol. § 9-5 andre ledd tredje punktum. Lovteksten legger ikke tydelige føringer for når et tiltak står i forhold til formålet, og det må derfor foretas en konkret vurdering. Tradisjonelt sett vil forholdsmessighetsvurderinger være basert på en bred vurdering av alle fordeler og ulemper ved tiltaket. Momenter som vil være relevant å trekke inn vil være «hvor inngripende tiltaket er for den enkelte bruker eller pasient.», jf. § 9-5 andre ledd andre punktum. Her må det tas hensyn til hvordan tjenestemottakeren stiller seg til tiltaket, i tillegg til hvor inngripende tiltaket fremstår ut ifra en objektiv vurdering. Dette må veies opp mot konsekvensene av å avstå fra et inngrep.

Spørsmålet blir dermed hvor terskelen går for når et inngrep kan anses forholdsmessig. Dette kommer ikke tydelig til uttrykk i verken lovteksten eller i forarbeider.

Selv om vilkåret om «vesentlig skade» er oppfylt, vil det likevel kunne være variere mellom hvilket retts gode som er truet, og i hvor stor grad. Ved fare for liv og helse skal det mindre til for å tillate inngrep, enn ved vesentlig skade på materielle eiendeler. Videre kan hvem som er utsatt for vesentlig skade være relevant. Dersom tjenestemottakeren sin handling retter seg mot andre personer kan et inngrep bedre forsvares, enn om det er mot vedkommende selv.⁶⁹ I situasjoner med matproblematikk vil tvangsinngrepet vanligvis hjemles i hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c). Bestemmelsen gir bare hjemmel for tiltak som hindrer eller begrenser vesentlig skade på tjenestemottakeren selv, noe som taler for større terskel for inngrep. På den andre siden kan slike saker ofte være forbundet med konkret fare for liv og helse.

Betydningen av om tjenestemottakeren evner å forstå konsekvensen av å motsette seg tiltaket er også en problemstilling som er relevant i en forholdsmessighetsvurdering. Dette har tradisjonelt være formulert som et krav om fravær av samtykkekompetanse.

I ulikhet med pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A har ikke fravær av samtykkekompetanse, jf. pbrl § 4-3 andre ledd utgjort et vilkår for bruk av tvang og makt etter

⁶⁹ Kjellevold, 2016, s. 153.

helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. Dette kan trolig skyldes at kapittel 9 også gir hjemmel for å gripe inn i nødsituasjoner, og for å hindre eller begrense vesentlig skade på andre enn tjenestemottakeren selv.

Helsedirektoratet i sitt rundskriv har imidlertid trukket frem viktigheten av å vektlegge beslutningskompetanse som et moment i helhetsvurderingen. Her uttaler Helsedirektoratet at:

«Dersom personen vurderes til å ha beslutningskompetanse i det spørsmålet saken gjelder, kan det ha betydning for om et tiltak i for stor grad vil bryte med den enkeltes rett til selvbestemmelse, og dermed være etisk uforvarselig. Slike vurderinger vil ikke først og fremst være aktuelle i nødsituasjoner, men heller ved spørsmål om tiltak knyttet til livsstil, levevaner, sosialt liv, egenomsorg og lignende der formålet er å hindre eller begrense mer langsiktige skader på personen selv (c-tiltak).»⁷⁰

Videre understreker Helsedirektoratet også under sin redegjørelse for tiltak etter hol. § 9-5 tredje ledd bokstav c) at personens beslutningskompetanse bør vektlegges betydelig. Det uttales i rundskrivet at det vil:

«i større grad enn for tiltak etter bokstavene a og b, være relevant å vektlegge personens beslutningskompetanse og hvordan vedkommende selv stiller seg til tiltaket. Dersom personen motsetter seg tiltaket og vurderes til å være beslutningskompetent i det spørsmålet saken gjelder, må det legges vesentlig vekt på dette.»⁷¹

Som et moment i å kartlegge terskelen for når et tiltak er forholdsmessig, har det blitt hevdet i juridisk teori at det er gode grunner for å se til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A. Her blir det benyttet en «klart-beste-løsning»-standard, jf. § 4A tredje ledd. Denne bestemmelsen bør leses i sammenheng med §4A andre ledd bokstav c) som omtaler forholdsmessighetskravet.⁷²

Kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven skal regulere mange situasjoner i samme regelsett, og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende vil dermed variere. Hvor mye disse hensynene skal vektlegges vil også variere. I en kommentarutgave til helse- og omsorgstjenesteloven blir det uttrykt:

«I lys av den rettsutvikling som har vore, trur eg likevel det i dag er vanskeleg å forsvare ei heilt terskelfri forholdsmessigvurdering etter kapittel 9; særleg gjeld det ved bokstav c-tiltak. Her er det gode grunnar for å

⁷⁰ Helsedirektoratet 2015, s. 84.

⁷¹ Helsedirektoratet 2015, s. 88

⁷² Kjellevoll, 2016 s. 154.

operere med ein «klart beste løsning»-standard, på tilsvarende måte som i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A.»⁷³

En slik tolkning kan forsvares ut ifra en tanke om indre sammenheng mellom de ulike tvangsregelsettene. En «klart beste løsning»-standard innebærer at man kan trekke inn alle relevante momenter for den enkelte tjenestemottakeren, inkludert vedkommendes beslutningskompetanse.

Ser man dette opp mot matproblematikken i eksempelet for personen med Prader-Willis syndrom, vil man kunne trekke inn hensynet til selvbestemmelse. Dersom personen ikke er beslutningskompetent, og evner med andre ord ikke å forstå konsekvensen av overspising over lengre tid, bør dette tale for at tvangsinngrepet er forholdsmessig. Likevel vil begrensning av matinntak ofte innebære at vedkommende kan bli utsatt for vedvarende tvangsinngrep, noe som kan oppleves svært ubehagelig for tjenestemottakeren.

Til tross for at inngrepet vil oppleves som et sterkt inngrep, må det hensyntas hvilket retts gode som er truet, nemlig fare for liv og helse. I tråd med det som ble nevnt tidligere i oppgaven om retts gode, vil fare for liv og helse dermed tillegges avgjørende vekt i forholdsmessighetsvurderingen.

Hensynet til kontinuitet for tjenestemottakeren kan også være et moment som kan tale for at inngrepet er forholdsmessig. Tidligere har det blitt trukket frem tjenestemottakere som til vanlig bor i en bolig, men som av generelt nedsatt helsetilstand har blitt innlagt i spesialisthelsetjenesten over tid, eller på kommunalt sykehjem. For tjenestemottakere som allerede befinner seg under et tvangstiltak på streng matporsjonering, slik som i problemsituasjonen nevnt ovenfor, kan hensynet til kontinuitet forsvare en videreføring av tiltaket i spesialisthelsetjenesten. Dette kan bidra til å gi en god overgang mellom de to arenaene, og derfor være forholdsmessig. Arenanøytralitet har vært et tema for NOU 2019:14 hvor det kommer frem at en ny lov i utgangspunktet bør være arenanøytral, fremfor sektortenkning.⁷⁴ Dette styrker tanken om at kontinuitet er bra for tjenestemottakeren.

På den andre siden kan det i tilfeller med overføring til kommunalt sykehjem tenkes at alderen til vedkommende kan tale mot å videreføre tvangstiltakene. Dersom vedkommende ikke har lang tid igjen å leve, kan det være gode grunner for å frafalle disse restriksjonene

⁷³ Kjellebold, 2016 s. 154

⁷⁴ NOU 2019:14 s. 36 og s. 327-328

rundt mat og drikke. Dette til tross for at vedkommende ikke anses for å være samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3 andre ledd.

Det er med andre ord ulike momenter som kan trekkes inn i forholdsmessighetsvurderingen i tilknytning til mat og drikke. I problemsituasjonen med Prader Willis syndrom, vil det kunne være relevant å trekke inn samtlige av de nevnte momentene.

8 Avslutning

8.1 Konklusjon på oppgavens problemstilling

Formålet med oppgaven har vært å undersøke i hvilken grad norsk lov gir hjemmel for å begrense tilgang på og inntak av mat og drikke overfor en tjenestemottaker. Ut ifra drøftelsen kommer det frem at det er hjemmel for slike tvangstiltak, til tross for de vurderingene rundt ordlydens presisjon som er gjort under punkt 6.2 om tiltak etter hol. § 9-5 bokstav c). Samlet sett kan det være vanskelig å si konkret om norsk i stor eller i liten grad gir hjemmel for denne typen tvangstiltak. Det som imidlertid fremgår tydelig, er at helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 bokstav c) fremstår som tilstrekkelig fleksibel uten å komme på kant med legalitetsprinsippet. Dette er avgjørende på helserettens område, hvor tjenesteyterne må foreta skjønnsmessige vurderinger. Psykisk utviklingshemning er en samlebetegnelse, og de ulike diagnosene krever individuelle vurderinger, slik vi har sett med problemsituasjonen rundt Prader-Willis syndrom.

Konklusjonen er derfor at norsk lov i tilstrekkelig grad gir hjemmel for å begrense tilgang på og inntak av mat og drikke overfor en tjenestemottaker.

8.2 Veien videre – Tvangsbegrensingsloven

Bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede viser seg å være et aktuelt tema. Dette kan særlig ses i lys av NOU 2019:14 som har blitt trukket frem ved en rekke anledninger i oppgaven. I høringsrundene har det kommet mange høringsuttalelser, hvor et av dem kom fra Norsk Forbund for Utviklingshemmede (NFU) om at man bør beholde dagens regelverk med visse endringer.⁷⁵

Det kan argumenteres for at dagens regelverk kan endres for å bidra til økt samordning, se utvalgets drøftelse av de ulike alternativene for en framtidig lovstruktur.⁷⁶ Trolig kan det trekkes frem flere endringer i lovutkastet som kan påvirke tiltak rundt matrestriksjoner, men det er særlig samordning som fremstår spesielt viktig i tilknytning til slike saker.

⁷⁵ NFU. (2019) Høringssvar vedrørende NOU 2019:14 Tvangslovutvalget, side 1.

⁷⁶ NOU 2019:14, s. 328-329

At tvangsregelverket i dagens lovgivning er fragmentert kan naturlig nok i seg selv være tvangsdempende, noe utvalget også påpeker. Det er også fare for å skape for generelle regler, som kan føre til utglidningsfare.⁷⁷ Samtidig kan en bedre samordning av de ulike regelverkene virke positivt for tjenestemottakeren, fordi det kan da bli bedre kontinuitet rundt tjenestemottakeren og bedre helhetstenkning rundt vedkommendes matsituasjon på tvers av arenaer. Derfor kan det argumenteres for at en ny lov kan bidra best til dette formålet, tatt i betraktning dagens regelverk sin fragmentariske karakter. En arenanøytral lovgivning, slik som NOU 2019:14 tar sikte på, vil med andre ord bidra i positiv retning til dette.

⁷⁷ NOU 2019:14 s. 34

Litteraturliste

Lov og konvensjoner

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

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

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

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York, 13. desember 2006 (trådte i kraft 3. august 2006). (Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne).

Lov 17 mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

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

Rettspraksis

Rt. 2015 s. 93

HR-2018-1907-A

Rt. 1995 s. 530

LF-2021-127747

Rt. 1993 s. 249

Rt. 2010 s. 612

Avgjørelser fra EMD

Silver and Others v. the United Kingdom § 87 [1983]. No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75

Costello-Roberts v. the United Kingdom § 36 [1993]. No. 13134/87.

Norges offentlige utredninger

NOU 2019:14. (2019) *Tvangsbegrensningsloven. Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten*. Hentet fra

https://lovdata.no/pro/#document/NOU/forarbeid/nou-2019-14/KAPITTEL_5-2-7-1

Proposisjoner

Helse- og omsorgsdepartementet. (2010-2011). *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)*. (Prop. 91 L 2010-2011) Hentet fra:

<https://min.rechtsdata.no/Dokument/gPROP91z2E11z2DS505>

Sosial- og helsedepartementet. (1994-1995). *Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (bruk av tvang og makt m v overfor personer med psykisk utviklingshemming)*. (Ot.prp nr. 58 (1994-1995)). Hentet fra

https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1994-95&paid=4&wid=b&psid=DIVL518&pgid=b_0437&s=True

Sosial- og helsedepartementet. (1995-1996). *Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – tilleggsproposisjon til Ot. prp. nr. 58 (1994-1995))* (Ot.prp. nr. 57 (1995-1996)). Hentet fra

<https://min.rechtsdata.no/Dokument/gOT57z2E96>

Sosialdepartementet. (2002-2003). *Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming)* (Ot.prp. nr. 55 (2002-2003)). Hentet fra

<https://min.rechtsdata.no/Dokument/gOTPRP2002z2F03z2D055z5F3z5F2905>

Sosial- og helsedepartementet. (1998-1999) *Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)* (Ot.prp. nr 12 (1998-1999)) Hentet fra:

https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-12-199899/KAPITTEL_4-1-3

Helse- og omsorgsdepartementet. (2005-2006). *Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)* (Ot.prp. nr. 64

(2005-2006)) Hentet fra: <https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-64-200506?searchResultContext=4771&rowNumber=1&totalHits=149>

Artikler

WHO (2019). *ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer*. Hentet fra https://www.ehelse.no/kodeverk/kodeverket-icd-10-og-icd-11/_attachment/download/3cf9c53c-7f68-493a-ad87-11a97818d507:b6aba0f60082c5d81fa809c1fd36eabb81f64255/ICD-10%20Den%20internasjonale%20statistiske%20klassifikasjonen%20av%20sykdommer%20og%20beslektede%20helseproblemer%202019.pdf

Internettkilder

NAKU. (2022). Utviklingshemming – mennesket og diagnosen. Hentet fra <https://naku.no/utviklingshemming—mennesket-og-diagnosen>

Frambu, (2019, 10.4) Prader-Willis Syndrom - Ernæring. Hentet fra <https://frambu.no/diagnosebeskrivelse/ernaering-prader-willis-syndrom/?c=45&d=738>

Frambu, (2020, april) Medisinsk beskrivelse av Prader-Willis syndrom. Hentet fra: <https://frambu.no/diagnosebeskrivelse/medisinsk-beskrivelse-prader-willis-syndrom/?c=45&d=738>

Kolset, S. O., Nordstrøm, M, Hope, S, Retterstøl, K & Iversen, P. O. (2018). Securing rights and nutritional health for persons with intellectual disabilities – a pressing challenge. *Food & Nutrition Research* 2018 (nr. 62) 1268. <http://dx.doi.org/10.29219/fnr.v62.1268>

Rapporter

Statens helsetilsyn (2020). *Statens helsetilsyn årsrapport 2020*. Oslo. Hentet fra https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/aarsrapporter/aarsrapport2020.pdf?fbclid=IwAR0B9S2SCj8BHnuX_9cI-VG3omp-ZnStu6YD7WIa4b7Pqo40VQa2bUmxDm8

United Nations - Committee on the Rights of Persons with Disabilities. (2019). *Concluding observations on the initial report of Norway** (CRPD/C/NOR/CO/1) United Nations.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/26633b70910a44049dc065af217cb201/crpd-2019-concluding-observations-endelig-versjon-fra-komiteen.pdf>

Rundskriv

Helsedirektoratet. (2015) *Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming*. (IS-10/2015) Hentet fra

https://lovdata.no/pro/#document/ROO/rundskriv/is-2015-10/KAPITTEL_5-5-2-3

Helsedirektoratet. (2015) *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*. (IS-8/2015)

Hentet fra: https://lovdata.no/pro/#document/ROO/rundskriv/is-2015-8/KAPITTEL_1

Norsk lovkommentar

Anine Kierulf, *Norsk Lovkommentar: Grunnloven*, Note 256D. Rettsdata.no (lest 1. mai 2022)

Bøker

Kjellevoll, A. (2016). *Helse- og omsorgstjenesteloven – med kommentarer*. Vigmostad & Bjørke AS.

Østenstad, B H. (2011). *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente – Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke (2011)*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS.

Østenstad, B H. (2000). *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma under yting av kommunale sosial- og helsetenester*. Bergen: Fagbokforlaget.

Eckhoff, T. (2001). *Rettskildelære* (5. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.

Masteroppgave

Rød, K. W. (2016). *Bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming: I hvilket omfang gir norsk lov hjemmel til bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, og hvilke grenser setter EMK artikkel 8 for bruk av tvang og makt? [Masteroppgave]* UiT Norges arktiske Universitet.

Høringsuttalelser

Norsk Forbund for Utviklingshemmede (2019) Høringssvar vedrørende NOU 2019:14 Tvangslovutvalget. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=17594d71-8a53-41ae-832c-8f38c49a8080>