



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Diskrimineringsvernet for samtykkekompetente personer ved tvunget psykisk helsevern

En kritisk analyse av HR-2020-1167-A

Anette Hunstad Brendeford

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3902, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.2.1	CRPD	2
1.2.2	Andre FN-konvensjoner	3
1.3	Begrepsavklaringer.....	4
1.3.1	Diskriminering og diskrimineringsgrunnlag	4
1.3.2	Tvunget psykisk helsevern	4
1.4	Metode.....	5
1.5	Fremstilling videre	6
2	Vilkår for tvunget psykisk helsevern.....	6
2.1	Innledende om tvunget psykisk helsevern.....	6
2.2	Vilkår for tvunget psykisk helsevern.....	8
2.3	HR-2020-1167-A	9
2.3.2	Særmerknad fra dommer Falch i HR-2020-1167-A.....	11
2.3.3	Phvl. § 3-3 nr. 4 andre pkt.	12
2.4	Hva er rettsreglene om samtykke og tvang i somatisk helse?.....	13
2.4.1	Samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven	13
2.4.2	Helsepersonelloven § 7	15
2.5	Sammenligning.....	18
2.5.1	Typetilfelle	20
3	Grunnloven § 98.....	22
3.1	Grunnlovsrevisjon og styrking av menneskerettigheter.....	22
3.2	Hvilket rettslig innhold har Grl. § 98?	23
3.3	Foreligger det diskriminering etter Grl. § 98?.....	27
4	EMK art. 14.....	29

4.1	EMKs gjennomslagskraft i norsk rett.....	29
4.2	Generelle vilkår for diskriminering etter EMK art. 14.....	30
4.3	Gjelder spørsmålet en konvensjonsrettighet?.....	31
4.4	Omfattes psykisk sykdom av diskrimineringsgrunnlagene?	32
4.5	Blir personer i like eller sammenlignbare situasjoner behandlet annerledes?.....	34
4.6	Kan forskjellsbehandlingen fornuftig og objektivt rettferdiggjøres?	35
4.6.1	Er forskjellsbehandlingen begrunnet i et «legitimate aim»?	36
4.6.2	Er forskjellsbehandlingen i «proportionality between the means employed and the aim sought to be realised»?	36
5	Likestillings- og diskrimineringsloven.....	40
5.1	Lovens relevans og rekkevidde	40
5.2	Er det diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven?.....	41
6	Konklusjon og betraktninger	43
6.1	Hvorfor burde det tas utgangspunkt i Grunnloven § 98?	44
6.2	Hvorfor har ikke Høyesterett behandlet diskrimineringsspørsmålet i HR-2020-1167-A?	46
6.3	Betraktninger om hvorfor Høyesterett kom fram til resultatet i HR-2020-1167-A	47
6.3.1	Domstolens Grunnlovsmessige overprøving.....	47
6.3.2	Hvilket ansvar har partene og dommerne i slike saker?.....	48
6.4	Avsluttende bemerkninger om HR-2020-1167-A	50
6.4.1	HR-2020-1167-A som prejudikat?	50
6.4.2	Manglende vurdering av diskrimineringsvern	51
6.4.3	Saken som obiter dictum og dissens.....	51
	Referanseliste	53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Masteroppgaven behandler temaet diskriminering innenfor tvunget psykisk helsevern. Samtykkekompetente personer med psykisk sykdom kan i dag underlegges tvunget psykisk helsevern så langt andre vilkår er oppfylt. Diskrimineringsproblematikk knyttet til tvang er ikke behandlet tidligere og avhandlingen skal se nærmere på spørsmålet.

Avhandlingen omhandler to problemstillinger knyttet til tvunget psykisk helsevern og diskriminering. Den første er om det kan anses som diskriminering at samtykkekompetente personer med psykisk sykdom etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 kan tvangsbehandles, mens personer med somatisk sykdom med samtykkekompetanse som utgangspunkt ikke kan det.¹ Vurderingen tas utfra ulikt diskrimineringslovverk; Grunnloven § 98, likestillings- og diskrimineringsloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 14.² Den andre problemstillingen er hvorfor Høyesterett kom til resultatet i dommen HR-2020-1167-A, og noen betraktninger angående hvorfor diskriminering ikke ble vurdert.

Problemstillingene tar utgangspunkt i HR-2020-1167-A. En pasient med alvorlig spiseforstyrrelse var underlagt tvunget psykisk helsevern og begjærte seg utskrevet. Høyesterett vurderte innholdet i phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum; når kommer unntaket fra samtykkekompetanse om fare for eget liv til anvendelse? I dommen trekkes FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) inn.³ Det gjøres ikke andre vurderinger om diskriminering knyttet til andre menneskerettslige kilder. Avhandlingen vil derfor se på hvordan dommen kunne tatt stilling til spørsmålet dersom andre menneskerettigheter hadde blitt behandlet.

Avhandlingen vil dermed drøfte om rettsregelen som Høyesterett kom fram til i HR-2020-1167-A er i tråd med det rettslige rammeverket innenfor likestilling og diskriminering. Etter

¹ Lov 02. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.)

² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.), Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

³ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 6. desember 2006 (CRPD)

rettsregelen er drøftet opp mot diskrimineringsretten, gis det betraktninger angående hvorfor diskrimineringsvernet ikke ble tilstrekkelig vurdert.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 CRPD

CRPD er FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonen ble ratifisert av Norge i 2013, men den er ikke inkorporert i norsk lovgivning. Spørsmålet om inkorporering har vært oppe til vurdering flere ganger, der man har kommet fram til at norsk rett allerede er i samsvar med konvensjonen og at inkorporering dermed var ansett unødvendig.⁴ Senest 9. mars 2021 ble inkorporering vurdert, men ble også da nedstemt.⁵

Formålet med konvensjonen er å «promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity», jf. CRPD art. 1. Det følger av artikkel 3 bokstav b at et grunnleggende prinsipp for konvensjonen er «non-discrimination», altså å hindre diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse. Konvensjonen skal dermed sikre at personer med nedsatt funksjonsevne får et fullverdig og likestilt liv der deres menneskerettigheter og friheter blir respektert. Diskriminering på grunnlag av funksjonsnedsettelse skal derfor unngås. Vedtakelse av konvensjonen har vist et paradigmeskifte i funksjonsnedsattes menneskerettigheter og det økte fokuset på ikke-diskriminering.⁶

Ved at Norge har ratifisert CRPD vil den ha betydning for den norske retten, og kan følgende vektlegges. Avgrensningen gjøres på grunn av at CRPD har vært prøvd i domstolene, og

⁴ Prop.106 S (2011–2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne s. 25, Innst.203 S (2012–2013) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

⁵ Representantforslag 3 S (2020–2021), Dok.nr.8:03 S (2020–2021) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen, Solfrid Lerbrekk, Nicholas Wilkinson, Lars Haltbrekken, Mona Fagerås, Kari Elisabeth Kaski og Freddy André Øvstegård om å inkorporere FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) i menneskerettsloven

⁶ Elif Celik (2017) «The role of CRPD in rethinking the subject of human rights», *The International Journal of Human Rights*, vol. 21 nr. 7, 933-955, s. 934-935

avhandlingen vil undersøke de punktene som domstolen ikke har tatt stilling til.⁷ Dommene der CRPD blir behandlet har alle vært i tilknytning til bestemmelser der Norge har avgitt tolkningserklæringer, som påvirker graden av innflytelse av konvensjonen får på norsk rett. Det kan likevel sies at CRPD har fått innflytelse på den norske retten, da den har blitt trukket fram som bakgrunn for endringer i psykisk helsevernloven, i tillegg til Grunnloven og EMK.⁸ CRPD kan derfor klart ses på som en relevant kilde i forbindelse med psykisk helse og diskriminering, basert på den vekten den har fått av forarbeider, praksis og teori.

I de få dommene som har tatt opp spørsmålet om diskriminering og psykisk helsevern, er det kun CRPD som har blitt vurdert, mens Grl. § 98 og EMK art. 14 ikke er det.⁹ Selv om oppgaven ikke tar for seg CRPD som rettskilde, kan det ikke utelukkes at konvensjonen vil få betydning for Grunnloven, EMK eller likestillings- og diskrimineringsloven. Jeg ønsker derfor å se på rettskildestatusen utenfor konvensjonen. Spørsmålet har som nevnt allerede vært oppe i domstolene, og rettsgrunnlagene utenfor konvensjonen er mer uavklart.

1.2.2 Andre FN-konvensjoner

Det avgrenses også mot andre FN-konvensjoner som Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP).¹⁰ De to konvensjonene er et resultat av Verdenserklæringen om menneskerettigheter som ble vedtatt av FN i 1948. Konvensjonene er gjort inkorporert i norsk rett med forrang gjennom menneskerettsloven § 3, jf. § 2.¹¹

Begge konvensjonene inneholder regler om diskriminering og kan påberopes som grunnlag for diskriminering.¹² Oppgaven vil likevel ikke ta for seg disse, og vil avgrense mot videre

⁷ HR-2016-1286-A, HR-2020-1167-A

⁸ Prop.147 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 12-14

⁹ HR-2016-1286-A, HR-2020-1167-A

¹⁰ United Nations International Covenant on Economic, New York 16. desember 1966 (ØSK), Social and Cultural Rights, United Nations International Covenant on Civil and Political rights, New York 16. desember 1966 (SP)

¹¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

¹² Se ØSK art. 2 nr. 2, SP art. 26

behandling av diskriminering basert på FNs menneskerettigheter. Det avgrenses mot konvensjonene på grunn av oppgavens omfang.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Diskriminering og diskrimineringsgrunnlag

For å ta stilling til om det foreligger diskriminering i en situasjon som problemstillingen legger opp til, må det først redegjøres for hva diskriminering er.

Diskriminering er, ifølge Store norske leksikon, «å behandle noen mindre gunstig enn andre», og brukes som regel for «å betegne usaklig eller urimelig forskjellsbehandling av individer».¹³ Diskriminering som rettslig begrep beskrives som «usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til et eller flere diskrimineringsgrunnlag», og brukes i en snevrere forstand enn den allmenne språklige betydningen av ordet.¹⁴ Det er dermed ikke enhver form for forskjellsbehandling anses som diskriminering, og det må vurderes konkret i hver sak.

Et diskrimineringsgrunnlag er «et kjennetegn forbundet med en person som brukes som grunnlag for å behandle noen forskjellig fra andre i en tilsvarende situasjon».¹⁵ Det kan for eksempel være etnisitet eller seksuell orientering, som er noen av grunnlagene som fremkommer av likestillings- og diskrimineringsloven § 6 første ledd.

Jeg vil senere komme tilbake til det rettslige innholdet i diskriminering og ulike bestemmelser som verner mot diskriminering.

1.3.2 Tvunget psykisk helsevern

Med tvunget psykisk helsevern menes «undersøkelse, behandling, pleie og omsorg som nevnt i første ledd uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4», jf. phvl. § 1-2 tredje ledd. Det følger av første ledd at med psykisk helse menes det «spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever» Tvunget psykisk

¹³ Ingunn Ikdahl, «Diskriminering», Store norske leksikon, 3. august 2018, <https://snl.no/diskriminering> (Lest 12. mars 2021)

¹⁴ NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK, s. 39

¹⁵ NOU 2009:14 s. 41

helsevern er dermed ufrivillig behandlingstiltak av pasienter i spesialisthelsetjenesten, der behandlingen skjer på bakgrunn av pasientens psykiske lidelse.

Med uttrykket «tvunget psykisk helsevern» i avhandlingen siktes det til vedtak etter phvl. § 3-3, og det avgrenses mot vedtak som følger av andre bestemmelser i psykisk helsevernloven.

1.4 Metode

Metoden som brukes er alminnelig rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatisk metode er formålet å komme fram til gjeldende rett.¹⁶ Avhandlingen tar for seg bestemmelser som har vært behandlet av domstolen, men vil ta utgangspunkt i et annet kildeomfang. Ellers styrende for avhandlingen er alminnelig juridisk metode.¹⁷

Det er særlige metodiske problemstillinger knyttet opp mot tolkning av Grunnloven og EMK som vil tas opp. Problemstillingene tas underveis i teksten der det gjelder, og vil ikke påpekes nærmere i dette kapittelet.

Avhandlingen vil videre ta for seg spørsmål som er i liten til ingen grad direkte tatt stilling til, verken gjennom praksis eller teori. Det fører til stor bruk av analogiske og selvstendige tolkninger basert på de rettskildene som finnes, knyttet opp mot det konkrete temaet. Formålet med avhandlingen er å ta stilling til en bestemmelse som har blitt behandlet, men bruker et annet kilde omfang for å komme fram til løsningen som Høyesterett kunne brukt. Det vil da bli en vurdering av de sententia ferenda, som betyr hvordan domstolen burde tolke reglene.¹⁸

Siden avhandlingen i stor grad omhandler menneskerettigheter på et internasjonalt nivå, vil internasjonale kilder være styrende. Det er særlig praksis fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen og EMK som blir vektlagt.¹⁹ På grunn av kildene som vektlegges, vil deres internasjonale metode bli brukt for å ta stilling til spørsmål som berører konvensjonen.

¹⁶ Synne Sæther Mæhle (2004) «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner* nr. 5-6/2004 vol. 39 (s. 329-342), s. 329

¹⁷ Nils Nygaard (2017) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, s. 24

¹⁸ Christoffer C. Eriksen (2012) «Om rettspolitikk», *Kritisk juss* nr. 3-4/2012, vol. 38, s. 139-157, s. 144

¹⁹ Menneskerettighetsdomstolen blir heretter kalt EMD

For å kunne ta stilling til problemstillingen som er tema i avhandlingen, settes det opp et teoretisk typetilfelle for å se om det foreligger diskriminering. Det er til dels basert på en HR-2020-1167-A, men selve tilfellet er ikke blitt vurdert i domstolene, verken av Høyesterett eller EMD. Styrken til vurderingene knyttet til tilfellet er dermed svekket, på grunn av at det er oppkonstruert, men viser hvordan diskriminering kan forekommet.

Det vil avslutningsvis tas rettspolitiske analyser knyttet til Høyesteretts behandling av saken.

1.5 Fremstilling videre

Først i avhandlingen vil det redegjøres kort for de generelle vilkårene for tvunget psykisk helsevern, under første del av punkt 2. Her vil det gjøres en analyse av HR-2020-1167-A og hvordan den har fått betydning for tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4.

Det vil således ses til reglene om samtykkekompetanse og hjemmel for tvang i somatisk helsehjelp. På bakgrunn av resultatene av vurderingene i punkt 2 vil det stilles opp et typetilfelle som brukes til å analysere diskriminering nærmere.

I punkt 3 vil Grunnloven § 98 bli behandlet, dens nærmere innhold og betydning. I punkt 4 behandles EMK art. 14, og det gjøres en inngående vurdering av hva som omfattes av diskrimineringsforbudet. Punkt 5 består av redegjørelse av likestillings- og diskrimineringsloven.

Til slutt, i punkt 6, tas det en avsluttende vurdering om diskrimineringsvernet til samtykkekompetente psykisk syke basert på rettskildene. Det vil og tas noen betraktninger hvorfor Høyesterett konkluderte slik de gjorde i HR-2020-1167-A, og prejudikatsvirkninger til dommen.

2 Vilkår for tvunget psykisk helsevern

2.1 Innledende om tvunget psykisk helsevern

Norge har hatt lover innen psykiatri siden sinnssykeloven av 1848.²⁰ Loven var gjeldende rett, med endringer underveis, fram til i 1961 da det ble vedtatt ny lov om psykisk helsevern.²¹

²⁰ Lov 17. august 1848 Sinnssykeloven

²¹ Ot.prp.nr.11 (1998–1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 20 flg., Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) (opphevet)

Psykiatrifeltet har blitt svært påvirket av det utviklende legalitetsprinsippet, jf. Grl. § 113, og det ble derfor igjen behov for endring av lovverket. Legalitetsprinsippet går ut på at det ikke kan foretas inngrep uten lovhjemmel, og skal hindre inngrep mot borgerne. Tvunget psykisk helsevern er et inngrep, og derfor har legalitetsprinsippet får stor betydning ved utvikling av rettsområdet.

Psykisk helsevernloven ble vedtatt i 1999, samtidig som en rekke andre helserettslige lover.²² De omfattende lovendringene og vedtakene om nye lover var for å «fremme en helse- og velferdspolitikkk bygd på respekten for menneskeverdet, rettferdig fordeling av rettigheter og plikter, likeverd og lik tilgjengelighet av tjenester og en styrket rettsstilling for den som trenger disse tjenestene».²³

Formålene med psykisk helsevernloven følger av § 1-1, og de retter seg i stor grad mot å sikre rettsikkerheten ved psykisk helsevern og å sikre pasienters menneskerettigheter. Målet er å etablere og gjennomføre psykisk helsevern «i samsvar med menneskerettighetene». Her legger loven egne føringer for hvor sterkt menneskerettighetene står ved inngrep hos personer med psykisk sykdom. Det følger av helsedirektoratets rundskriv at Grl. § 98 og EMK art. 14, samt CRPD, er førende for tolkningen av bestemmelsene i psykisk helsevernloven.²⁴ Alle disse bestemmelsene utgjør viktige menneskerettslige sikkerhetsnett og gjennom regulering i helsedirektoratets rundskriv viser det at de skal være styrende for de som anvender loven i praksis.

I 2017 ble det vedtatt flere endringer for å styrke menneskerettighetene og personlig integritet, og for å forsterke samtykke som grunnlag for behandling i psykisk helsevern. Det ble gjort endringer i formålsbestemmelsen, for å fremheve mindre tvangsbruk, menneskerettighetene og økt selvbestemmelse.²⁵ Endringene førte til at det ble lagt til et andre punktum i phvl. § 3-3

²² Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (spesialisthelsetjenesteloven – sphl.), Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.) og Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)

²³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 13

²⁴ Helsedirektoratet, Rundskriv til psykisk helsevernloven, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen med kommentarer* (<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer>) sist oppdatert 01. juli 2020, kommentar til § 1-1 (lest 18. mai 2021)

²⁵ Phvl. § 1-1, Prop.147 L (2015-2016) s. 16-17 og 48

nr. 4, som er grunnlaget for avhandlingen. Bestemmelsen blir behandlet under pkt. 2.3. Det skal i det videre redegjøres for vilkår for tvunget psykisk helsevern, der det viktigste vilkåret for avhandlingen er unntak fra samtykkekompetanse.

2.2 Vilkår for tvunget psykisk helsevern

Før det kan gjøres en kritisk analyse av HR-2020-1167-A, og det særlige vilkåret om bortfall av samtykkekompetanse, må de sentrale vilkårene for tvunget psykisk helsevern gjøres rede for. Vedtak om tvunget psykisk helsevern er et svært inngripende vedtak. Det er derfor omfattende kumulative vilkår som må være oppfylt for at et vedtak skal kunne fattes. Vilkårene fremkommer av phvl. § 3-3 nr. 1 til 7. Her vil det redegjøres kort for de mest sentrale.

Frivillig helsevern må vært forsøkt, i det minste undersøkt muligheten for frivillighet, jf. nr. 1. Dette er et uttrykk for «minste inngreps prinsipp», som går ut på at man skal prøve muligheten for frivillighet og unngå tvang mest mulig, før eventuell tvang prøves.²⁶ Videre kreves det legeundersøkelse av to leger, jf. § 3-3 første ledd nr. 2, jf. § 3-1.

Grunnvilkåret for tvunget psykisk helsevern følger av nr. 3; «alvorlig sinnslidelse». Begrepet er ikke ment å være knyttet til en særlig diagnose, men har vært nært knyttet til psykoselidelsene.²⁷ Det avgjørende er en helhetsvurdering av tilstanden, der sykdomstilstanden og hvordan den utartes tillegges stor vekt.²⁸ Alvorlige spiseforstyrrelser er lagt til grunn å være omfattet av vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i forarbeider og praksis.²⁹

I tillegg til grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse, må et av de alternative tilleggsvilkårene i § 3-3 nr. 3 a eller b være oppfylt. Disse omtales som farevilkåret eller behandlingvilkåret. Med farevilkåret betyr at personen må være en fare for eget eller andres liv eller helse.

I behandlingvilkåret foreligger det to alternative vilkår; forverrings- eller forberdringsalternativet. De går ut på at ved utskrivning at pasienten enten får utsikten til

²⁶ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse, Morten Kjelland (2017), *Velferdsrett I*, 6. utgave. Gyldendal, s. 494

²⁷ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 154

²⁸ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 154-155

²⁹ Prop.147 L (2015-2016) s. 27, NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern s.153, Rt. 2015 s. 913 avsnitt 39-42

bedring vesentlig redusert eller at tilstanden i nær framtid blir vesentlig forverret. Ordlyden krever en høy grad av sannsynlighetsovervekt.

Et særlig vilkår, som blir behandlet mer inngående i løpet av avhandlingen, er kravet til manglende samtykke, jf. phvl. § 3-3 nr. 4, og det etterfølgende unntak fra samtykke. Det følger av bestemmelsen at utgangspunktet er at pasienten mangler samtykke, men tvunget psykisk helsevern kan likevel gjennomføres ved «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse». Hva som ligger i ordlyden, blir behandlet senere.

Det siste og avgjørende vilkåret for om tvunget psykisk helsevern kan gjennomføres, er at det fremstår som det beste løsningen for pasienten etter en helthetsvurdering, jf. § 3-3 nr. 7. Helthetsvurderingen gjøres ut fra hensiktsmessighet- og rimelighetsbetraktninger.³⁰ Bestemmelsen gir uttrykk for en forholdsmessighetsvurdering av hva som er best for pasienten, basert på ulike hensyn.

Til slutt bemerkes den særlige hjemmelen for tvangsbehandling for personer underlagt tvunget psykisk helsevern som følger av phvl. § 4-4. Det gjelder også her et krav om manglende samtykkekompetanse, med samme unntak som i § 3-3. Bestemmelsen i seg selv vil ikke bli nærmere behandlet fordi en slik behandling kun kan skje dersom det først er truffet vedtak etter § 3-3. Videre følger det av phvl. § 7-1 at det kun er vedtak etter §§ 3-2, 3-3 eller 3-7 som kan behandles av domstolen etter reglene i tvisteloven kapittel 36.³¹ Avhandlingen vil ta for seg domstolsbehandling og vurdering av diskrimineringsspørsmålet i en slik sak, og det er følgende vedtak etter phvl. § 3-3 som vil være relevant.

2.3 HR-2020-1167-A

Avhandlingen ser på om rettsregelen i HR-2020-1167-A kan ha diskriminerende konsekvenser for personer med psykisk sykdom. I det følgende redegjøres for innholdet i dommen, dens rettsregel og se til lagmannsrettens vurderinger og resultat.

Dommen omhandler en pasient med alvorlig spiseforstyrrelse som var underlagt tvunget psykisk helsevern og begjærte vedtaket opphørt. Pasienten hadde slitt med diagnosen anoreksi

³⁰ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 155

³¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven, heretter tvl.)

i over tjue år og hadde vært underlagt tvang i rundt seks år sammenhengende. Det omstridte i saken var om pasienten var samtykkekompetent, og tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum. Spørsmålet var om bestemmelsen gjaldt situasjoner der pasienten er en fare for sitt eget liv uten at det forelå selvmordsfare. Pasienten hadde ikke bestridt at de andre vilkårene for tvunget psykisk helsevern var oppfylt, foruten om helhetsvurderingen tilsa at vedtaket skulle opphøre. Høyesterett kom til at vilkårene var oppfylt og at vedtaket ble opprettholdt.

Høyesterett kom til at pasienten ikke var samtykkekompetent på grunn av sin alvorlige spiseforstyrrelse, men de gikk likevel inn på innholdet i phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum. Det gjøres dermed i et obiter dictum, som er en «slengbemerkning» fra Høyesterett, som ikke er avgjørende for resultatet.³² Forarbeidene til phvl. § 3-3 nr. 4 tar for seg vurdering om selvmordsfare i tilknytning til begrepet «fare for eget liv», mens Høyesterett tolket det til å omfatte andre situasjoner der personen utgjør en fare for seg selv.³³ Domstolen baserer avgjørelsen i stor grad ut fra forarbeider, og hva som faktisk var ment med forarbeidene. Etiske hensyn, ved at det ville være «etisk uholdbart å respektere pasientens beslutning om å nekte å ta imot helsehjelp» og de «menneskerettslige forpliktelser knyttet til å redde liv», ble trukket fram som viktige grunnlag for løsningen.³⁴ Høyesterett konkluderte dermed at ordlyden i phvl. § 3-3 nr. 4 omfatter enhver situasjon der personen utgjør en livsfare for seg selv, selv uten at selvmordsfare foreligger. Resultatet ble sett på som en presisering av ordlyden, og fant ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen innskrenkende.³⁵

Avhandlingen mener ikke å kritisere domsresultatet i saken, da det avgjørende i saken var vurderingen om samtykkekompetanse. Meningen er å belyse den manglende vurderingen av det Grunnlovfestede diskrimineringsvernet, og subsidiært det menneskerettslige vernet etter EMK art. 14, og følgende også en mangel ved vurderingen. Dette er selv om vurderingen om unntaket fra samtykkekompetanse etter phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum kan anses som et obiter dictum i dommen.

³² Nils Nygaard (2017) Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Universitetsforlaget, s. 115

³³ Se Prop.147 L (2015-2016) s. 24

³⁴ HR-2020-1167-A avsnitt 62-63

³⁵ HR-2020-1167-A avsnitt 67

2.3.1.1 Høyesteretts kontra lagmannsrettens behandling av saken

Høyesterett og lagmannsretten vurderte samtykkekompetansen ulikt. I LG-2019-103313 vurderte lagmannsretten det slik at så lenge farekriteriet i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b var oppfylt, var det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om samtykkekompetanse.

Avgjørelsen var begrunnet i at phvl. § 3-3 nr. 4 hadde tilnærmet samme innhold, og at dersom farekriteriet var oppfylt så ville personen utgjøre en fare for eget liv som gjorde unntak fra vilkåret om samtykkekompetanse.

Lovtolkningen til lagmannsretten ble imidlertid sett bort ifra i Høyesterett. Forholdet mellom samtykkeunntak og farekriteriet ble vurdert til å være ulikt, og følgende måtte det være et ulikt innhold. Av dommens avsnitt 44 følger det at det er en forskjell mellom bestemmelsene. Første ledd nr. 3 bokstav b inneholder vilkåret «fare for egen helse», kontra nr. 4 andre pkt. som legger vekt på «fare for eget liv». Dersom vilkårene hadde blitt tolket likt, kunne det vært problematisk etter legalitetsprinsippet. Fare for egen helse har et større omfang enn «fare for eget liv».

Som sagt, var det avgjørende i HR-2020-1167-A at ankende part ikke hadde samtykkekompetanse. Høyesterett kom fram til at hun hadde «omfattende og nyansert innsikt i sin sykdom», men begrunnet manglende samtykkekompetanse ved at hun ikke innrettet seg etter dette. Som utgangspunkt hadde ikke Høyesterett trengt å vurdere hva som lå i phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum, da det ikke hadde betydning for domsresultatet.

2.3.2 Særmerknad fra dommer Falch i HR-2020-1167-A

Annenvoterende hadde en særmerknad til avgjørelsen som går mer inn på diskrimineringsproblematikken. Dommeren var likevel enig i resultatet, og følgende ble ikke diskriminering nærmere vurdert. Han påpekte at rettsregelen kunne være problematisk opp mot phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum, og ikke-diskriminering og selvbestemmelse måtte stå sterkere enn førstevoterende mente.

Annenvoterende er mer lojal mot forarbeidene, og trekker opp at ordlyden ble endret fra de vurderingene som kun retter seg mot selvmordsfare, og uttaler at det «rokker ikke dette ved at det er klart hva det var *meningen* å uttrykke i loven».³⁶ Når tolkningen som førstevoterende kommer fram til vil føre til mer tvang basert på diagnose, kan det ha den uheldige følgen at

³⁶ HR-2020-1167-A avsnitt 86

det kan virke diskriminerende. Her tar dommeren tak i den særlige retten til selvbestemmelse og ikke-diskriminering, og kobler det opp mot formålet bak psykisk helsevernloven som er å minske tvangsbruk, jf. phvl. § 1-1 første ledd andre pkt. Likevel brukte heller ikke Falch Grl. § 98 til å vurdere diskriminering.

Dersom Høyesterett hadde tatt stilling til spørsmålet om diskriminering i HR-2020-1167-A, og fulgt metoden som annenvoterende gjorde i saken kunne resultatet blitt en rettsregel som var mer i tråd med diskrimineringsvernet slik det er i dag. Spørsmålet er så hva som er det konkrete innholdet i phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum etter gjeldende rett.

2.3.3 Phvl. § 3-3 nr. 4 andre pkt.

Basert på HR-2020-1167-A har det nå blitt skapt en rettsregel for hva som omfattes av unntaket fra samtykkekompetanse.

Psykisk helsevernloven bygger på samtykkekompetansereglene i pbrl. kapittel 4, jf. phvl. § 2-1. Både personer med somatisk og psykisk sykdom skal derfor vurderes etter samme samtykkekriterier, og følgende skal de ha rett til å nekte behandling på samme grunnlag. Hvordan vurderingen av samtykkekompetanse gjøres og hvilke momenter som vektlegges, kommer jeg nærmere innpå i neste delkapittel.

Vedtaket om tvunget psykisk helsevern bygger i utgangspunkt på manglende samtykkekompetanse, jf. phvl. § 3-3 fjerde ledd første pkt. Samtidig er det et unntak for personer som er en «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse». Det relevante i avhandlingen er fare for eget liv.

Paragraf 3-3 nr. 4 ble innført i en lovendring i 2017, for å styrke pasientens selvbestemmelsesrett.³⁷ Tidligere var det ikke krav om at pasienten manglet samtykkekompetanse; det avgjørende var kun diagnosekriteriet. Endringen har i teorien minsket forskjellene mellom psykisk og somatisk behandling.

Problemet ligger i hva som omfattes av unntaket «nærliggende og alvorlig fare for eget liv». En naturlig forståelse av ordlyden er at en hvilken som helst psykisk tilstand, der pasienten utgjør en fare for sitt eget og som er relativt akutt, er omfattet av unntaket.

³⁷ Prop 147 L (2015-2016) s. 18

Forarbeidene tolker begrepet innskrenkende, og drøfter kun nærliggende selvmordsfare.³⁸ Gjennom HR-2020-1167-A er begrepet imidlertid tolket til å omfatte andre situasjoner enn selvmordsfare. Resultatet er, ifølge førstevoterende, en presisering av lovbestemmelsen og ikke en utvidelse av reguleringsområdet som skaper en legalitetsproblematikk.³⁹

Andrevoterende var imidlertid uenig med begrunnelsen til førstevoterende, men var enig i det endelige resultatet, som ble tatt på grunnlag av manglende samtykkekompetanse. Det avgjørende i særmerknaden er meningen bak loven og de særlige menneskerettslige reglene i CRPD.⁴⁰ Resultatet kan kritiseres, og manglende vurdering av diskriminering kan være en mangel ved dommen i seg selv. Særlige betraktninger kommer jeg tilbake til i avsnitt 6, og det vil ses på dommens konsekvens som prejudikat.

Gjeldende rett i dag, hvis man legger til grunn Høyesteretts tolkning, at phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum åpner for tvangsbehandling av samtykkekompetente personer så lenge det er fare for eget liv, uavhengig av selvmordsfare.

2.4 Hva er rettsreglene om samtykke og tvang i somatisk helse?

For saker om tvang og psykisk helse gjelder psykisk helsevernloven, og har tvangshjemmelen § 3-3. De samme reglene kommer imidlertid ikke til anvendelse ved somatisk helsehjelp. Følgende er det et spørsmål om når det er adgang til tvangsbehandling ved somatisk sykdom. I delkapittelet vil det bli redegjort for de generelle samtykkereguleringene og helsepersonelloven § 7.

2.4.1 Samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven

Før det tas stilling til om det kan skje forskjellsbehandling mellom samtykkekompetente personer med somatisk og psykisk sykdom, er det relevant å først se til hva som inngår i vurderingen av samtykkekompetanse.

Hovedregelen når det kommer til helsehjelp er at hjelpen kun kan gis ved pasientens samtykke, jf. pbrl. § 4-1 første ledd. Det finnes imidlertid unntak der det foreligger

³⁸ Prop.147 L (2015-2016) s. 24, 25 og 49, Innst.147 L (2016–2017) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 3 og 7

³⁹ HR-2020-1167-A avsnitt 38 og 67

⁴⁰ HR-2020-1167-A avsnitt 78 til 92

rettsgrunnlag for at helsehjelp kan gis uten samtykke, jf. § 4-1 første ledd, og der personen ikke har samtykkekompetanse, jf. § 4-3 andre ledd.

Alle personer over 18 år, og noen i andre aldre, har rett til å samtykke til helsehjelp, jf. pbrl. § 4-3 første ledd. Samtykke kan imidlertid falle «helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. andre ledd. Av ordlyden kan det dermed utledes visse vilkår som må oppfylles for at samtykkekompetanse faller bort. For det første kreves det en sykdom. For det andre krever det at sykdommen gjør at personen ikke forstår hva et samtykke, eller eventuelt nektelse, betyr. Det leder inn til det siste vilkåret som er forståelse av situasjonen, og at det er en høy terskel for å fastslå at personen ikke forstår samtykket.

Bestemmelsen gjelder for all type helsehjelp og helsevirksomhet, og omfatter både behandling på sykehus og tvunget psykisk helsevern.⁴¹ Det følger av phvl. § 2-1 at samtykke vurderes likt som i pbrl. § 4-3. Det dermed likt utgangspunkt for personer med somatisk og psykisk sykdom når det kommer til om de har samtykkekompetanse.

Den konkrete vurderingen av samtykkekompetanse er ikke relevant for å svare på problemstillingen i avhandlingen. Pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser om samtykkekompetanse tas opp som et utgangspunkt, fordi samtykkevurderingen skal tas etter samme kriterier, og følgende skal de ha samme konsekvens for alle parter. Det oppstilles fire særlige momenter som må vurderes ved samtykke.

«[...]Evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp [...] evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt i forhold til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene [...] evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene [...] og evnen til å uttrykke et valg.»⁴²

⁴¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 132

⁴² Prop.147 L (2015-2016) s. 19 og HR-2018-2204-A avsnitt 45, jf. Helsedirektoratet, Rundskriv til psykisk helsevernloven, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen med kommentarer* (<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer>) sist oppdatert 01. juli 2020, til § 2-1 (lest 18. mai 2021) og Helsedirektoratet, Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven, *Pasient-*

HR-2018-2204-A omhandlet en pasient med psykisk sykdom (schizofreni) som begjærte seg utskrevet. Domstolen la til grunn samtykkevurderingen som nevnt her og sa videre at «[p]oenget er altså at pasienten skal kunne treffe et informert valg med hensyn til fortsatt behandling. Da må pasienten være i stand til å forstå informasjonen som gis og hva som kan bli konsekvensene av å nekte behandling».⁴³ Redegjørelsen tar opp et par momenter som er knyttet til de særlige poengene som kan rettes mot psykisk sykdom. Ved psykisk sykdom kan sykdommen påvirke hvordan personen evner «å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget».⁴⁴ Momentet kan knyttes særlig mot personer med psykisk sykdom, fordi sykdommen er knyttet til det mentale og det er vanskeligere å objektivt avgjøre hvordan sykdommen påvirker beslutningskompetansen. De samme hensynene gjøres ikke alltid gjeldende i samme grad for personer med somatisk sykdom fordi sykdommen som regel kan fastslås på objektive grunnlag.

Det kan diskuteres om en person med for eksempel alvorlige spiseforstyrrelser kan anses å være samtykkekompetent i behandlingsøyemed, på grunn av manglende innsikt i egen helsesituasjon. Forarbeidene legger til grunn at de som hovedregel ikke har samtykkekompetanse.⁴⁵ Forarbeidene stiller kun opp utgangspunktet, og det vil følgende være unntak. Hvis sykdommen påvirker hvordan pasienten forstår sykdomsforløpet, skal det mer til at den blir ansett som samtykkekompetent. Det kan argumenteres for at det skal mindre til at en person med psykisk sykdom blir ansett for å ikke ha samtykkekompetanse.

Argumentet blir imidlertid irrelevant dersom personen blir ansett samtykkekompetent, fordi da har personen en tilstrekkelig sykdomsinnsikt og forståelse av hva et samtykke faktisk innebærer.

2.4.2 Helsepersonelloven § 7

Det er nå lagt til grunn at hovedregelen i helsehjelp er samtykke. Kan da personer med somatisk sykdom tvangsbehandles og eventuelt på hvilke grunnlag? Her vil det redegjøres for en av de mest sentrale bestemmelsene innenfor tvang og somatisk helse for

og brukerrettighetsloven med kommentarer (<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/pasient-og-brukerrettighetsloven-med-kommentarer>) sist oppdatert 11. januar 2021, § 4-3 (lest 18. mai 2021)

⁴³ HR-2018-2204-A avsnitt 61

⁴⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 63

⁴⁵ Prop.147 L (2015-2016) s. 27 jf. NOU 2009:11 s. 154

samtykkekompetente personer. Selv om det kan finnes andre alternative for tvang, som f.eks. nødrett og nødverge, vil det her settes søkelys på den mest sentrale bestemmelsen: hpl. § 7 om helsepersonells plikt til å gi øyeblikkelig hjelp.

Helsepersonelloven § 7 gis helsepersonell rett og plikt til å utøve øyeblikkelig helsehjelp. Slik bestemmelsen er utformet gjelder plikten der det er «påtrengende nødvendig», og den skal ytes «straks». Helsehjelpen er heller ikke avhengig av pasientens samtykke, jf. hpl. § 7 første ledd andre pkt. Bestemmelsen utgjør dermed et unntak fra utgangspunktet om samtykke etter pbrl. § 4-1. Spørsmålet er dermed hva som er å anse som «påtrengende nødvendig».

En naturlig forståelse av «påtrengende nødvendig», sammenholdt med paragraftittelen «øyeblikkelig hjelp», er at det er en akutt og tidsavgrenset situasjon som gjør at helsehjelp er nødvendig. Av forarbeidene fremkommer det at det er en skjønnsvurdering, der det skal legges vekt på fare for liv eller alvorlig forverring av helsetilstand.⁴⁶ Det oppstilles en høy terskel for hva som omfattes av øyeblikkelig hjelp, og er særlig rettet mot livreddende situasjoner, og for å avverge alvorlig helseskade, for å hjelpe pasienter ut av en akutt situasjon.⁴⁷ Bestemmelsen er dermed ment å omfatte de mest alvorlige akutte helsetilstandene som er en fare for liv og alvorlig helseskade, og ikke langvarig sykdom.

Bestemmelsen må tolkes i tråd med Oviedo-konvensjonen art. 8, der det kreves en «emergency situation»; en nødssituasjon.⁴⁸ Konvensjonen er ratifisert, men ikke inkorporert. Presumsjonsprinsippet tilsier at norsk rett er i overensstemmelse med folkerettslige forpliktelser, og skal så langt som mulig tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.⁴⁹ Artikkel 8 styrker forarbeidenes uttalelser om «fare for liv» eller alvorlig helseskade. Det er dermed en høy terskel for når hpl. § 7 kommer til anvendelse.

Hvor langt kan nødsituasjon strekkes, og kan det komme til anvendelse i en situasjon der en pasient med alvorlig sykdom, og på grunn av den alvorlige sykdommen havner i en

⁴⁶ Ot.prp.nr.13 (1998–1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven) s. 219

⁴⁷ Ot.prp.nr.13 (1998–1999) s. 219

⁴⁸ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine, Oviedo, 4. april 1997 (Oviedo-konvensjonen)

⁴⁹ Rt. 2000 s. 1811 s. 1826, Jens Edvin A. Skoghøy (2002) «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner», *Lov og Rett* nr. 6 2002, vol. 41, s. 337-354, s. 338

øyeblikkelig hjelp situasjon? Det er vanskelig å ta stilling til om enhver form for komplikasjoner på grunn av en alvorlig sykdom ikke skal omfattes av øyeblikkelig hjelpbestemmelsen, og følgende kreves samtykke for helsehjelp. I teorien er det satt opp en grense for kreftdiagnoser, der et slikt synspunkt kun kan gjøres gjeldende der kreftpasienten er i enden av livsløpet, og dermed faller inn under pbrl. § 4-9.⁵⁰ Syse har presisert i en artikkel der han uttaler at en «samtykkekompetent person med alvorlig kronisk sykdom vil kunne nekte alle typer behandling selv om denne ikke bare er symptomatisk, men også kan være kurativ» etter hpl. § 7.⁵¹ Dersom det oppstår en komplikasjon ved kreften som setter pasienten i livsfare, kan det argumenteres for at pasienten er døende. Andre har tolket bestemmelsen slik at nødsituasjoner kan skje på grunn av sykdom, og da vil helsepersonell ha plikt til å hjelpe for å avverge funksjonssvikt.⁵² Jeg går ikke lengre inn på spørsmålet på grunn av at relevans til oppgaven, men det påpekes at en slik situasjon har mulighet til å havne i grenseland for om tvang kan brukes.

Konklusjonen blir at øyeblikkelig hjelp-situasjonene og bestemmelsen kommer kun til anvendelse der det er en tidsavgrenset alvorlig fare for liv og helse, men rekker ikke lengre enn den konkrete situasjonen. Plikten til å hjelpe faller dermed bort og kan ikke føre til videre tvangsbehandling av eventuelle sykdommer, som for eksempel kreft.

Her settes det opp en eksempelpasient som ikke ønsker behandling; en kreftpasient. En kreftpasient som nekter helsehjelp, vil utvilsomt utgjøre en fare for sitt eget liv eller alvorlig helseskade. Det taler for at bestemmelsen kan føre til tvangsbehandling av den somatiske pasienten. Dette kan gjelde der kreften fører til f.eks. hjertestans.

På den andre siden er hpl. § 7 knyttet opp mot de akutte situasjonene. En kreftdiagnose kan utfolde seg langsomt, og det er en vedvarende diagnose som ikke er «akutt» i den forstand at man kan gjøre personen frisk. Øyeblikkelig hjelp-plikten kan gjøres gjeldende for en kreftpasient dersom den får akutte komplikasjoner, som f.eks. hjertestopp, og da får

⁵⁰ Henriette Sinding Aasen (2000) *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. Fagbokforlaget, s. 503

⁵¹ Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven», *Tidsskrift for psykisk helsearbeid*, 15 (2018) nr. 2-3, s. 236-243, s. 240

⁵² Anne Kjersti Befring, «Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte» *Tidsskrift for Den norske lægeforening*, nr. 11, 2001; 121: 1408-9, s. 1409

helsepersonell en hjelpeplikt for å redde livet i den situasjonen. Hjelpen må imidlertid opphøre i det personen er ute av livsfare, og det kan ikke påtvinges videre kreftbehandling kun fordi personen var i en akutt situasjon. Dette gjelder selv om behandlingen kan få kurativ virkning. En samtykkekompetent somatisk syk kan dermed nekte behandling som ikke er omfattet av øyeblikkelig hjelp-situasjonene. Helsepersonelloven § 7 vil dermed ikke kunne brukes som hjemmel for å tvangsbehandle en kreftsyk.

Det må dermed legges til grunn at eneste grunnlaget for tvangsbehandling for kreftpasienter som ikke er i livets siste fase, er tidsbegrenset øyeblikkelig hjelp etter hpl. § 7.

2.5 Sammenligning

Som vist så kan en pasient med psykisk sykdom, og som oppfyller vilkårene for tvunget psykisk helsevern etter phvl. § 3-3, tvangsbehandles mot sin vilje. Dette gjelder uavhengig av samtykkekompetanse dersom den utgjør en fare for eget liv.

Motsetningsvis har vi personer med somatisk sykdom. De kan motsette seg behandling så lenge de er samtykkekompetent, bortsett fra i øyeblikkelig hjelp situasjonene. For somatisk syke gjelder ikke samme krav om «fare for eget liv» for å kunne tvangsbehandle, og det er få og snevre tvangshjemler.

Avgjørelsen om pasienter er samtykkekompetent er likt for både somatisk og psykisk syke, og følgende burde de stilles likt til nektelse av behandling. Så lenge en person er vurdert til samtykkekompetent, skal jussen være likt for pasientene uavhengig av sykdom. På bakgrunn av den rettsregelen som ble utformet i HR-2020-1167-A har det nå blitt skapt et skille mellom somatisk og psykisk syke med tanke på behandlingsvalg. Det eneste som skiller med tanke på selvbestemmelse er diagnosen. Som jeg kommer tilbake til i neste punkt kan sykdom være et grunnlag for diskriminering.

I teorien er det trukket en parallell mellom samtykkekompetente personer med psykisk sykdom og pasienter med «kronisk, alvorlig tilstand av somatisk karakter», og at de følgende har like rettigheter til å avstå fra behandling.⁵³ Dersom de stilles likt, vil det ikke være

⁵³ Aslak Syse, *Norsk lovkommentar: Psykisk helsevernloven*, note 45, Rettsdata.no (lest 22. februar 2021)

forskjellsbehandling. I praksis gjør de imidlertid ikke det, fordi det er videre tvangsbehandlingshjemer for personer med psykisk sykdom.

Etiske dilemmaer har blitt trukket opp som bakgrunn for hvorfor samtykkekompetente med psykisk sykdom kan tvangsbehandles. Det samme kan gjøres gjeldende for somatisk syke. Alle samtykkekompetente skal ha rett til å nekte behandling selv om det går imot det medisinske faglige beste alternativet. Høyesterett fremhevet dette i Rt. 2010 s. 612, der det uttales at «[r]etten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige».⁵⁴ Så lenge man er vurdert som samtykkekompetent og at man har en faktisk forståelse av hva samtykket innebærer, skal man stilles likt i en behandlingssituasjon.

Det påpekes avslutningsvis at vurderingen av samtykke kan endre seg i framtiden. Per dags dato foreligger det et lovforslag om å sammenslå tvangslovgivningen og samtykkebestemmelsene for alle de helserettslige lovene.⁵⁵ Utvalget ble satt for å modernisere gjeldende regler om tvangsbruk og samordne regler angående tvang, og foreslå nødvendige lovendringer for å oppnå dette.⁵⁶ Videre skulle utvalget også utrede Norges internasjonale forpliktelser innenfor områdene, slik som CRPD, som har påvirkning på både tvangs- og samtykkebestemmelser.⁵⁷ Forslaget er svært omfattende og kan få konsekvenser for den vurderingen som her er gjort. Det er snakk om et lovforslag som enda ikke er tatt stilling til i Stortinget, og er ikke gjort videre lovarbeid med. Verdien av NOU-en er dermed usikker og det er ikke sikkert at loven blir vedtatt slik forslaget står i dag. Innholdet i den blir dermed ikke redegjort nærmere for.

Et gjennomgående punkt er et skifte fra diagnosekriterier for tvang, til kompetansekriterier. Eksempel på endringer som kan skje for personer med alvorlig psykisk sykdom og som oppfyller vilkårene for tvunget psykisk helsevern er forslag til tvangsbegrensingsloven § 5-5, jf. § 5-4. Her foreslås som vilkår for tvangsinnleggelse at det foreligger et «sterkt behov» for personen selv, og det gjelder vilkår om «fare for andres liv eller helse» i stedet for «fare

⁵⁴ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30

⁵⁵ NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven. Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

⁵⁶ NOU 2019:14 s. 31

⁵⁷ NOU 2019:14 s. 31 og 51

for eget liv». Loven kan dermed føre til at færre blir tvangsbehandlet på grunn av diagnosen i seg selv, men heller på det konkrete behovet uavhengig av diagnose. Alle lovbestemmelsene har som hensikt å minske tvang, og gjennom reguleringen som er foreslått kan det føre til mindre forskjellsbehandling.

Siden lovforslaget ikke er vedtatt og konsekvensene av lovforarbeidet ikke er endelig klarlagt, vil ikke lovforarbeidet redegjøres nærmere for her. Det påpekes at dersom det vedtas kan det føre til likere regler for samtykkekompetente personer, og dermed fjerne den forskjellsbehandlingen som skjer.

Det slås dermed fast at etter gjeldende rett skjer det en forskjell av pasientene og det eneste som skiller pasientene er type diagnose. I det følgende vil det ses på om denne forskjellsbehandlingen kan føre til diskriminerende resultater i fremtiden, og det vil tas utgangspunkt i et typetilfelle som stilles opp.

2.5.1 Typetilfelle

Basert på resultatet i pkt. 2.5 oppstilles det et typetilfelle for å se nærmere på eventuell diskriminering basert på diagnoser.

I tilfellet er det to personer, en med psykisk sykdom og en med somatisk sykdom. Personen med psykisk sykdom har en alvorlig spiseforstyrrelse som anses som en alvorlig sinnslidelse etter phvl. § 3-3 nr. 3. Den har videre hatt alvorlige spiseforstyrrelser hele livet og har vært ilagt tvunget psykisk helsevern flere ganger. Det har altså vært systematisk tvang over tid uten kurativ effekt. Dersom pasienten ikke får behandling utgjør den en fare for eget liv på grunn av underernæring, men det foreligger ikke selvmordsfare. Den har blitt ansett for å ha samtykkekompetanse, men kan likevel bli underlagt tvunget psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum selv om hen nekter behandling. Ved avgjørelsestidspunktet er pasienten ansett som såpass frisk at den har samtykkekompetanse.

I tilfellet har pasienten avgitt forhåndserklæring, mens personen var «frisk», om at den ikke ønsker videre behandling dersom den får tilbakefall. Etter Oviedo-konvensjonen art. 9 skal et forhåndssamtykke vektlegges ved vurdering av tvangsbehandling der personen ikke lengre er i en situasjon til å uttrykke sine ønsker. Konvensjonen er ratifisert av Norge og er folkerettslig bundet til å følge konvensjonen. Forhåndserklæring er imidlertid ikke rettslig bindende etter

norsk rett.⁵⁸ En eventuell forhåndserklæring skal, slik det fremkommer av Oviedo-konvensjonen art. 9 og phvl. § 3-9, vektlegges i en helhetsvurdering om tvang er det riktige for pasienten. I § 3-9 andre ledd følger det uttrykkelig at det skal vektlegges en pasients tidligere erfaringer med tvang. Følgende har pasienten en rett til å bli hørt for de behandlingsønsker de uttrykker, men det vil ikke være en vetorett.

Den andre personen har en alvorlig kreftdiagnose, og er også ansett samtykkekompetent. Personen nekter videre behandling. Dersom den avslutter behandling er det stor fare for at personen ikke overlever. Behandlingen kan gjøre personen frisk, og det er ikke snakk om livsforlengende behandling som kan gi rett til å nekte helsehjelp, jf. pbrl. § 4-9 andre ledd. Nektelsen er basert på at pasienten tidligere har hatt kreft og blitt kurert gjennom behandling. Nå ønsker ikke pasienten å gå gjennom behandlingen igjen, da den førte til mye negative bivirkninger. Personen ønsker å prøve alternativ medisin som behandling. Her er det gitt en forhåndserklæring at pasienten ikke ønsker tvangsbehandling dersom den ikke lengre er samtykkekompetent, eller er i en situasjon der den ikke kan avgi gyldig samtykke. I teorien er det lagt til grunn at en kreftpasient har som utgangspunkt rett til å nekte helsehjelp, selv om det har en virkning som ga «vesentlig livsforlengelse».⁵⁹ Kreftpasienten vil følgende ha en rett til å nekte videre behandling, og det foreligger ingen grunnlag for tvangsbehandling. Dette gjelder selv om det er et faglig og medisinsk uforsvarlig valg.

I de to tilfellene skjer det dermed en forskjellsbehandling. Personen med psykisk sykdom kan, så lenge den utgjør en fare for eget liv, ilegges tvangsbehandling. Kreftpasienten kan ikke tvangsbehandles, bortsett fra mulige akutsituasjoner. Begge er samtykkekompetente etter pbrl. § 4-3, og vil utgjøre en fare for eget liv ved å nekte behandling. Det eneste som skiller tilfellene er type diagnose.

Konsekvensen av rettsregelen i HR-2020-1167-A vil føre til en forskjellsbehandling av personer med psykisk sykdom. Spørsmålet om forskjellsbehandling eller eventuell forskjellsbehandling ble ikke tatt opp i dommen. På grunn av at spørsmålet ikke ble tatt opp, er det uklart hva som ville blitt resultatet i dommen dersom diskriminering hadde blitt vurdert. Derfor ønsker avhandlingen å ta for seg hvordan Høyesterett kunne avgjort

⁵⁸ NOU 2011:9 s. 159-161, NOU 2019:14 s. 492

⁵⁹ Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (2016) *Sentrale helserettslige emner*. Gyldendal juridisk s. 263

diskrimineringsspørsmålet basert på de norske kildene, særlig Grl. § 98 som er lov av høyeste rang. I det videre vil det ses på hva som er innholdet i Grl. § 98 og om det kan være diskriminering i typetilfellet som er nevnt her.

3 Grunnloven § 98

3.1 Grunnlovsrevisjon og styrking av menneskerettigheter

I 2014 ble det gjort en grunnlovsrevisjon som språklig oppdaterte Grunnloven, i tillegg til å opprette et eget menneskerettighetskapittel; Grunnlovens kapittel E. Målet med revisjonen var å styrke «menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».⁶⁰

En av rettighetene som ble innført i kapittelet var Grl. § 98. Diskrimineringsvernet i Grl. § 98 var allerede regulert i ulike lovverk, men ble ikke Grunnlovsfestet før 2014.⁶¹

Grunnlovsfestingen av ikke-diskrimineringsprinsippet var ment som en forankring av verdier og det diskrimineringsvernet allerede fantes i Norge.⁶²

Innholdet i Grunnlovsbestemmelsen er:

«Alle er like for loven.

Intet menneske må utsette for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

Bestemmelsen er klar, men har et uklart innhold. Den stiller opp to prinsipper: likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Det nærmere innholdet i bestemmelsen og de grensene for anvendelse redegjøres for i løpet av kapittelet.

⁶⁰ Rapport til Stortingets presidentskap fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, Dokument 16 (2011-2012) s. 18.

⁶¹Se f.eks. Lov 9. juni 1978 nr. 45 Likestillingsloven (opphevet), Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) (opphevet), Lov 20. juni 2008 nr. 42 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (opphevet), Lov 06. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

⁶² Dokument 16 (2011-2012) s. 146-147

Grunnloven er *lex superior*, og vil gå foran andre lover dersom det foreligger motstrid.⁶³ Dersom rettsregelen til phvl. § 3-3 nr. 4, slik den er tolket i HR-2020-1167-A, som ikke tok hensyn til diskrimineringslovverket, er i strid med Grunnloven vil det dermed ha den konsekvens at anvendelse av loven i den konkrete saken må settes til side, og dermed i realiteten loven i seg selv. Det er derfor relevant å avklare om rettsregelen, og dermed phvl. § 3-3 nr. 4, er i strid med Grunnloven. Spørsmålet blir først om Grunnloven er tilstrekkelig klarlagt for å bruke som selvstendig rettsgrunnlag, og videre hva som innholdet i § 98.

3.2 Hvilket rettslig innhold har Grl. § 98?

Det er uklart i hvilken grad Grl. § 98 andre ledd faktisk skal brukes, da spørsmålet så vidt har kommet opp til behandling. Før det kan avgjøres om det foreligger diskriminering etter Grunnloven må bestemmelsens nærmere innhold redegjøres.

Forarbeidene til Grunnlovsendringen har blitt tillagt en del vekt i tolkning av andre bestemmelser i menneskerettighetskapitlet.⁶⁴ Paragraf 98 er forholdsvis ny og har dermed ikke rukket å bli utviklet i rettspraksis, da forarbeider ofte blir mindre relevant etter hvert som bestemmelser i Grunnloven blir klarlagt.⁶⁵ Det kan derfor antas at forarbeidene til bestemmelsen vil ha stor vekt fram til det utvikles praksis.

Det foreligger holdepunkter for at Grunnlovens bestemmelser om menneskerettigheter skal tolkes «i lys av de folkerettslige forbildene» der bestemmelsene i stor grad er lik internasjonale konvensjoner.⁶⁶ Dersom Grunnloven § 98 andre ledd leses i lys av diskrimineringsgrunnlagene som fremkommer av likestillings- og diskrimineringsloven § 6 vil bestemmelsene i stor grad være lik bestemmelsen i EMK art. 14.

Dommen HR-2018-872-A er eneste dommen fra Høyesterett der domstolen går nærmere inn på diskriminering etter Grl. § 98. HR-2018-872-A omhandler erstatningsansvar for skade på dyrket mark gjort av rein. Det ble anført at reindriftsloven § 67 andre ledd første punktum om

⁶³ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2017) 2. utgave, Universitetsforlaget, s. 134

⁶⁴ Se eksempelvis Rt. 2015 s. 921 avsnitt 65-75, Rt. 2012 s. 1292 avsnitt 14, Rt. 2015 s. 335 avsnitt 56

⁶⁵ Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», *Menneskerettighetene og Norge* (2017), s. 63-90, s. 73-74, med videre henvisning til Innst. 165 S (2015-2016) s. 7.

⁶⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 (Maria-dommen), Stig H. Solheim «Internasjonale menneskerettigheters gjennomslagskraft i norske domstoler», *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol* (2018), s. 323-344, s. 324.

solidaransvar for forvoldt skade av rein medførte forskjellsbehandling fra andre beitedyr. Høyesterett tok ikke endelig standpunkt til om det forelå diskriminering, men kom med et par uttalelser angående tolkning av Grl. § 98. I avsnitt 41 tar de utgangspunkt i likestillings- og diskrimineringsloven § 6 som grunnlag. Videre fremkommer det av avsnitt 68 at for at det skal foreligge ulovlig forskjellsbehandling må det «være en slik grad av sammenlignbarhet mellom de tilfeller som sammenlignes at ulikhetene ikke kan forklare den ulike behandling».⁶⁷ Lagmannsrettsdommen ble opphevet på grunnlag av uriktig lovanvendelse, og det ble dermed ikke tatt endelig stilling til diskrimineringsspørsmålet.⁶⁸ Det er følgende ikke praksis som kan klargjøre det selvstendige innholdet til bestemmelsen. Videre må det derfor ses til andre kilder som EMK og likestillings- og diskrimineringsloven.

Et fåtall lagmannsrettsdommer har vært innom spørsmålet.⁶⁹ De ulike lagmannsrettene la til grunn den restriktive bruken av Grl. § 98 som forarbeidene legger opp til. Dommene trekker opp at bestemmelsen «har et lite konkret innhold», og er mer ment som et «grunnleggende prinsipp».⁷⁰ Uttalelsene er imidlertid ikke fulgt opp av Høyesterett. Dersom man følger opp rettsregelen og tolkningen til lagmannsrettene er det likestillings- og diskrimineringsloven som burde brukes ved diskrimineringsspørsmål, og Grunnloven skal kun brukes som et tolkningsprinsipp.

Grunnloven tolkes i samsvar med EMK i den grad bestemmelsene overlapper.⁷¹

Bestemmelsene gir begge to forbud mot å diskriminere, men bestemmelsene er ulik i utforming. I hvilken grad EMK får betydning som tolkningsfaktor, varierer ut fra skjønnsmargin, behovet for å avklare innholdet i en vag Grunnlovstekst og der det finnes klare internasjonale regler.⁷² Ordlyden til Grl. § 98 er ikke vag, men har et uklart og vagt

⁶⁷ HR-2018-872-A avsnitt 68, jf. Rt. 2010 s. 1565 avsnitt 31, LB-2018-160188

⁶⁸ HR-2018-872-A avsnitt 92.

⁶⁹ LB-2016-164672, LB-2018-154220, LB-2019-53935

⁷⁰ LB-2016-164672 og LB-2019-53935

⁷¹ Jørgen Aall, «Grunnlovens diskrimineringsforbud», Schütz, S. E., Aarli, R., Aasen, H. S., Brun, H. J., & Holgersen, G (red.), *Likestilling, barn og velferd: rettsfelt i utvikling: til Gudrun Holgersen på 70-årsdagen* (s. 150-163) Gyldendal, s. 153

⁷² Jørgen Aall, «Grunnloven og EMK», *Lov og rett* vol. 53, nr. 9 2014 s. 507-508, s. 507

innhold, som taler for stor innflytelse fra EMK. Hvordan skjønnsmarginen er i dette tilfellet kommer jeg tilbake til under redegjørelse av EMK art. 14.

Det er trukket fram i teorien at Grunnloven kan ha et videre vern enn EMK art. 14 på grunn av ekskludering av konkrete diskrimineringsgrunnlag.⁷³ I motsetning til EMK art. 14 foreligger det ingen opplistede grunnlag for diskriminering i § 98, og er følgende mer åpen på hvilke grunnlag det kan dømmes diskriminering ut fra. Grunnloven er heller ikke begrenset til diskriminering i tilknytning til andre rettigheter; det er usaklig forskjellsbehandling i seg selv som er beskyttet av § 98 andre ledd. Aall påpeker at det ikke kan utelukkes at Grunnloven kan brukes på områder der EMK art. 14 ikke strekker til, selv om bestemmelsen allerede er tolket vidt.⁷⁴

Første ledd i § 98 inneholder som nevnt likhetsprinsippet, som vil ha betydning for hvordan diskrimineringsvernet etter Grunnloven utvikler seg. I innstillingen fremkommer det at Grl. § 98 første ledd er ment som «tolkningsprinsipp for rettsanvendere mer enn som en skranke for lovgiver».⁷⁵ Forarbeidene antyder dermed at likhetsprinsippet får betydning som tolkningsprinsipp i f.eks. domstolen, men at den ikke vil ha betydning når lovgiver vedtar lover. Dette synspunktet må imidlertid nyanseres og presiseres. Ved å Grunnlovsfeste likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet, har Stortinget åpnet for en videre domstolskontroll enn det som eksisterte tidligere. Høyesterett har en rett og plikt til å vurdere om lovbestemmelser eller andre vedtak under offentlig myndighet, strider mot Grunnlovens bestemmelser, jf. Grl. § 89. Likhetsprinsippet strekker seg svært vidt, og kan få større betydning enn lovgiver har antatt. Dette er selv om prinsippet har vært gjeldende før Grunnlovsreformen.⁷⁶ Pedersen påpeker i en artikkel at:

«Bestemmelsen har et potensial som konstitusjonell motor som lovgiverforutsetningen klart undervurderer, og den generelle utvikling i moderne

⁷³ Jørgen Aall (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave. Fagbokforlaget, s. 72-73.

⁷⁴ Jørgen Aall (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave s. 77

⁷⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 144, Innst.186 S (2013-2014) s. 25.

⁷⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 143-144

menneskerettsforvaltning i særlig EMK-retten, men også i Norge, kan bli forsterket etter vedtakelsen av § 98 første ledd.»⁷⁷

Gjennom Grunnlovsreformen har likhetsprinsippet nå fått en større nedslagskraft enn antatt og som var meningen fra lovgiver. Innholdet i likhetsprinsippet er heller ikke tilstrekkelig avklart, og kan få en selvstendig betydning etter hvert som Grunnloven utvikler seg. Prinsippet er allerede tatt opp i dommer, uten at det har fått en stor betydning.⁷⁸ Ved å samordne det med ikke-diskrimineringsprinsippet kan det påvirke innholdet i andre ledd, selv om det er to ulike prinsipper. Ikke-diskrimineringsprinsippet er allerede vidt utformet, men kan få en enda større rolle og betydning sammenholdt med likhetsprinsippet i første ledd.

Selv om det kan sies at Grunnlovens bestemmelser må tolkes i lys av andre menneskerettslige konvensjoner, særlig de som er inkorporert i norsk rett, jf. Grl. § 92, har Høyesterett et selvstendig ansvar å utvikle den *norske* retten. Ved å Grunnlovsfeste diskrimineringsvernet og likhetsprinsippet legger det en forventning i at det vil utvikle seg et videre vern gjennom norsk rett. Bårdsen trekker fram i en artikkel at utvidelsen av Grunnloven til å omfatte menneskerettighetskatalogen «er solid forankret i demokratiske beslutninger, og innebærer – kan man nok si – at Stortinget brakte kjernen i menneskerettsbeskyttelsen «hjem», og ved det også fornyet forventningen om Grunnloven som det primære rettsgrunnlaget».⁷⁹ Det taler dermed for at Grunnloven vil kunne få en sterkere rolle som primært rettsgrunnlag etter hvert som retten utvikler seg og blir mer klarlagt.

Basert på det foreliggende rettskildet bildet kan det ikke sies at Grl. § 98 andre ledd er tilstrekkelig klarlagt gjennom rettspraksis til å kunne brukes som primært rettsgrunnlag i en diskriminerings sak. Bestemmelsen er ny og har ikke fått tid til å utvikle seg som et selvstendig grunnlag enda. Med det menes at det enda ikke er avgjort hva som er det faktiske innholdet i Grl. § 98 andre ledd, og hvordan man skal tolke bestemmelsen. Selv om det har

⁷⁷ Jussi Erik Pedersen, ««Alle er like for loven» – likhetsnormen i grunnloven § 98 første ledd», *Jussens Venner* 2017 nr. 3 s. 185-201, s. 201

⁷⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26, HR-2019-1336-A avsnitt 84-85

⁷⁹ Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», *Menneskerettighetene og Norge* (2017), s. 63-90, s. 90.

kommet en dom som har vært kort inn om spørsmålet, har det ikke blitt tatt stilling til vekten og tolkningen av forarbeider, rettspraksis og internasjonal praksis knyttet til diskriminering.

Rettstilstanden i dag er at likestillings- og diskrimineringsloven eller internasjonale konvensjoner brukes mer som primære rettsgrunnlag, selv også for å tolke Grunnloven. Avhandlingen skal dermed fokusere på å tolke Grunnloven for å finne dens innhold, basert på en tolkning ved hjelp av likestillings- og diskrimineringsloven, og EMK som kilder.

Da avhandlingen vil ta for seg diskriminering etter andre bestemmelser, kommer jeg tilbake til hvordan de ulike grunnlagene tolkes og brukes, og vil derfor ikke bli vurdert mer i kapitlet. Det vil først tas en selvstendig tolkning av Grunnloven som primært rettsgrunnlag, så langt det lar seg gjøre, for så å gå videre til de andre relevante kildene.

3.3 Foreligger det diskriminering etter Grl. § 98?

Det følger av første ledd at «Alle er like for loven», og av andre ledd følger det at «Intet menneske skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».

Bestemmelsen uttrykker to prinsipper; likhetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Hovedfokuset vil videre ligge på ikke-diskrimineringsprinsippet i andre ledd, siden det uttales i forslaget at det som utgangspunkt er ikke-diskrimineringsprinsippet som skal brukes ved domstolsbehandling.⁸⁰ Likhetsprinsippet henger sammen med ikke-diskrimineringsprinsippet og kan få betydning, slik som konkludert i forrige delkapittel, men får ikke en avgjørende rolle i den følgende vurderingen.

En naturlig forståelse av ordlyden i § 98 andre ledd er at det kun er fysiske personer som er beskyttet av diskrimineringsvernet, jf. «intet menneske». Dette støttes også av menneskerettighetsutvalgets lovforarbeid.⁸¹ Videre fremkommer det av ordlyden at forskjellsbehandling skal anses som diskriminering, krever det at forskjellsbehandlingen enten er «usaklig» eller «uforholdsmessig». Uttrykkene er skjønnsmessige og stiller opp vurderingstemaer, og omfatter ikke enhver form for forskjellsbehandling; diskriminering er kun forskjellsbehandlingen som anses som usaklig eller uforholdsmessig.

⁸⁰ Dokument 16 (2011-2012) s. 144

⁸¹ Dokument 16 (2011-2012) s. 152

Det følger av forarbeidene at de nærmere diskrimineringsgrunnlagene fremkommer av ordinær lovgivning fordi det var for stor usikkerhet for hvilke diskrimineringsgrunnlag som skulle tas med.⁸² Stortingets kontroll- og konstitusjonskomite påpeker at det er «prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering som bør ha grunnlovs rang», og at av oppramsing av diskrimineringsgrunnlag vil gjøre bestemmelsen rigid og kan utelate fremtidige diskrimineringsgrunnlag.⁸³ Videre er det lagt til grunn at domstolene skal ta i bruk diskrimineringslovens diskrimineringsbegrep ved Grunnlovstolkning.⁸⁴

Grunnlovsbestemmelsens innhold er dermed avhengig av alminnelige lover for å presisere det nærmere innholdet. Det siktes dermed særlig til likestillings- og diskrimineringsloven som er den generelle loven for diskriminering. Diskrimineringsgrunnlagene fremkommer av likestillings- og diskrimineringsloven § 6, der det følger at det er forbudt å diskriminere på grunnlag av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller kombinasjoner av disse grunnlagene». Psykisk sykdom er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene i likestillings- og diskrimineringsloven, og er dermed beskyttet gjennom Grunnloven § 98.⁸⁵

Følgende kan det utledes av rettspraksis at Grunnloven § 98 som diskrimineringsgrunnlag i praksis tolkes etter likestillings- og diskrimineringsloven, da det tas utgangspunkt i grunnlagene som følger av § 6. Innholdet i Grunnloven er dermed per nå avhengig av andre lover av lavere rang. Det er imidlertid vanskelig å ta stilling til om det foreligger diskriminering etter Grl. § 98 andre ledd siden det er lite praksis. Det må derfor legges til grunn at Grunnloven ikke er tilstrekkelig selvstendig innhold til å ta stilling til om det foreligger diskriminering i det konstruerte typetilfellet i avhandlingen.

⁸² Dokument 16 (2011-2012) s. 149.

⁸³ Innst.186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV s. 25.

⁸⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 147

⁸⁵ Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) s. 313

Konklusjonen er dermed at det ikke kan besvares innenfor gjeldende rett om typetilfellet som er oppstilt, og følgende rettsregelen i HR-2020-1167-A, er diskriminerende med Grunnloven § 98 som primært rettsgrunnlag. Det vil dermed være relevant å ta stilling til spørsmålet om det vil foreligge diskriminering av det oppstilte tilfellet på bakgrunn av EMK eller likestillings- og diskrimineringsloven. Det vil først tas stilling til om det foreligger diskriminering i det gitte tilfellet etter EMK art. 14, og så om det foreligger diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven.

4 EMK art. 14

4.1 EMKs gjennomslagskraft i norsk rett

Menneskerettigheter har fått en større og mer fremtredende rolle i norsk rett, særlig gjennom Grunnlovsfestingen av rettigheter. Menneskerettighetene kan likevel sies å ha hatt en stor rolle før 2014 da Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ble inkorporert i norsk rett allerede i 1999 gjennom menneskerettsloven. Formålet med loven er å «styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett», jf. § 1. Viktigheten av menneskerettigheten vises videre gjennom forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven, jf. 3, jf. § 2.

Forrangsbestemmelsen har den konsekvens at dersom det foreligger motstrid mellom EMK og annen norsk lovgivning, utenom Grunnloven, skal bestemmelsene i EMK gå foran.

Det er sikker rett at man kan få fastsettelsesdom på brudd på inkorporerte menneskerettighetene, jf. tvisteloven § 1-3.⁸⁶ Å kunne få fastsettelsesdom på inkorporerte menneskerettigheter er i tråd med Grunnloven § 92. Det følger av Grl. § 92 at statens myndigheter skal «respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». En naturlig forståelse av bestemmelsen er at staten skal sikre de menneskerettighetene som Norge har forpliktet seg til, både nasjonalt og internasjonalt. I praksis er det forstått slik at kun de inkorporerte menneskerettighetene ikke får Grunnlovsrang, og bestemmelsen skal føre til håndhevelse av menneskerettigheter på det nivå de er gjennomført i norsk rett.⁸⁷ EMK har ikke Grunnlovs

⁸⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.), Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 364, s. 154-155, Rt. 2011 s. 1666 avsnitt 32, Rt. 2003 s. 301 avsnitt 39, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 99.

⁸⁷ HR-2016-2554-P avsnitt 70

rang, men får en betydning som en rettskilde av høy rang, enten som tolkning av Grunnloven eller som selvstendig rettsgrunnlag.

Da det er EMDs ansvar å utvikle retten innenfor EMKs område, bruker Høyesterett EMDs metode når de tar stilling til menneskerettslige spørsmål.⁸⁸ Det avgjørende er derfor «konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser».⁸⁹ Særlig EMDs avgjørelser får betydelig vekt ved fortolkningen, og dette vises gjennom at det ikke finnes eksempler på at Høyesterett har fraveket EMD-dommer.⁹⁰ Derfor vil spørsmålet videre bruke den internasjonale metoden som EMD bruker for å svare på hovedproblemstillingen.

EMK vil i avhandlingen her for det meste knytte seg til å tolke Grunnloven. Den har likevel en selvstendig eksistens og vekt som rettskilde, at det vil i det videre gås lengre enn nødvendig inn på EMK art. 14 for å klargjøre innholdet i Grl. § 98. Det gjøres, som nevnt, fordi det har et selvstendig innhold og kan brukes som primært rettsgrunnlag for diskriminering. Bestemmelsen blir derfor behandlet i sin helhet, og ikke kun som tolkningsmoment til Grl. § 98.

4.2 Generelle vilkår for diskriminering etter EMK art. 14

Diskriminering etter EMK reguleres i art. 14. Av ordlyden følger det at «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination», fulgt av en oppstilling av en rekke diskrimineringsgrunnlag. Det følger dermed av ordlyden et par vilkår. For det første må diskrimineringen knyttes opp mot rettighetene og frihetene i EMK, og begrenser derfor konvensjonens gjennomslagskraft. Videre må diskrimineringen knyttes til særlige grunnlag som følger av bestemmelsen. Den er dog ikke uttømmende, som jeg kommer tilbake til senere.

Diskrimineringsbegrepet er nærmere utdypet gjennom rettspraksis. For at det skal være snakk om diskriminering, må det være forskjellsbehandling av personer i «analogous, or relevantly

⁸⁸ Rt. 2000 s. 996 s. 1007-1008, Rt. 2002 s. 557 s. 565 og Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

⁸⁹ Rt. 2000 s. 996 s. 1007, Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

⁹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy (2016) *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?* Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016 (<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts-og-barnekomiteen---foredrag.pdf>), s. 2-3

similar, situations».⁹¹ Dersom det foreligger forskjellsbehandling i disse situasjonene, er diskrimineringen ulovlig dersom det ikke er «objective and reasonable justification».⁹² Vurderingen om diskriminering er dermed basert på om det skjer en forskjellsbehandling av sammenlignbare situasjoner, der forskjellsbehandlingen ikke er objektivt eller rimelig berettiget. Det nærmere innholdet i vilkårene redegjøres for fortløpende.

4.3 Gjelder spørsmålet en konvensjonsrettighet?

Vurderingen av diskriminering baseres på om en person med psykisk sykdom behandles annerledes enn personer med somatisk sykdom ved tvangsbehandling. Spørsmålet blir således om tilfellet faller under en av konvensjonsrettighetene, slik at art. 14 kommer til anvendelse.

Det første vilkåret er at tilfellet må gjelde en konvensjonsrettighet. Artikkel 14 er en aksessorisk rettighet, som betyr at for at det skal foreligge brudd så må det være knyttet opp mot en annen rettighet i konvensjonen, jf. «The enjoyment of the rights and freedoms *set forth in this Convention* shall be secured without discrimination» (min kursivering). Det er også presisert i en rekke dommer.⁹³ Selv om det gjelder et krav til at diskrimineringen må være knyttet til en eller flere spesifikke konvensjonsrettigheter, er det ikke krav til at det må foreligge brudd på den konkrete bestemmelsen.⁹⁴ Det er dermed tilstrekkelig å idømme brudd på diskrimineringsbestemmelsen i seg selv, uten at konvensjonsrettigheten det er knyttet til er brutt.

Den særlige rettigheten i det oppstilte vurderingstilfelle vil være artikkel 8 om rett til privatliv. Bruk av tvungen medisinsk behandling eller undersøkelse vil omfattes av vernet for privatliv, og er slått fast i EMD-praksis.⁹⁵ Tvangsbehandling havner ofte i grenseland opp mot artikkel 3, om forbud mot bl.a. «inhuman or degrading treatment».⁹⁶ Tvangsbehandling kan

⁹¹ Guberina mot Kroatia (no. 23681/13) avsnitt 69, X m.fl. mot Østerrike (no. 19010/07) avsnitt 98

⁹² X m.fl. mot Østerrike (no. 19010/07) avsnitt 98, Guberina mot Kroatia (no. 23681/13) avsnitt 69, Weller mot Ungarn (no. 44399/05) avsnitt 27, Fabris mot France (no. 16574/08) avsnitt 57

⁹³ Se f.eks. Haas mot Nederland (no. 36983/97) avsnitt 41, The Church Of Jesus Christ Of Latter-Day Saints mot Storbritannia (no. 7552/09) avsnitt 25, Biao mot Danmark (no. 38590/10) avsnitt 88, Strøbye og Rosenlind mot Danmark (no. 25802/18 og 27338/18) avsnitt 127

⁹⁴ Guberina mot Kroatia (no. 23682/13) avsnitt 67, Sahin mot Tyskland (no. 30943/96) avsnitt 85, Konstanin Markin mot Russland (no. 30078/06) avsnitt 129

⁹⁵ X. Mot Finland (no. 34806/04) avsnitt 214, Glass mot Storbritannia (no. 61827) avsnitt 70

⁹⁶ Jørgen Aall (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave. Fagbokforlaget, s. 219

krenke både artikkel 3 og 8 avhengig av gjennomføring, rettslig grunnlag og konkrete vurderinger.⁹⁷ Generelt kan det påstås at det slike saker foretrekker domstolen å bruke art. 8 fremfor 3.⁹⁸ Den konkrete grensen mellom bestemmelsene er ikke relevant, da det er opplagt at tvangsbehandling faller under bestemmelsene.

Da det ikke kreves brudd etter bestemmelsen for å vurdere diskriminering, vil jeg ikke gå inn på spørsmål om tvangsbehandlingen er ulovlig. Det konstateres kun at det gitte tilfellet faller under artikkel 8. Følgende vil også vilkåret om at klagen gjelder en konvensjonsrettighet være oppfylt.

4.4 Omfattes psykisk sykdom av diskrimineringsgrunnlagene?

Neste vilkår er om psykisk sykdom er et legitimt diskrimineringsgrunnlag etter bestemmelsen. Det følger av EMK art. 14 at konvensjonsrettigheten skal sikres uten diskriminering på «any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status». Ordlyden i bestemmelsen er ikke uttømmende, jf. «such as» og «other status». Det åpner dermed for andre diskrimineringsgrunnlag enn de som følger av ordlyden.

Psykiske lidelser fremkommer ikke direkte av ordlyden. Det mest nærliggende er at det faller under «other status». Hva som omfattes av bestemmelsen som diskrimineringsgrunnlag, særlig som «other status», har blitt tolket vidt av EMD.⁹⁹ Personlige karakteristikk som er «innate og inherent» i en person, og som skiller personer eller grupper fra hverandre, faller innenfor ordlyden.¹⁰⁰ Det er dermed en vid gruppe personer som omfattes av diskrimineringsvernet, basert på medfødte eller iboende karakteristikk. Spørsmålet blir så om psykisk sykdom er omfattet av «other status».

⁹⁷ Herczegfalvy mot Østerrike (no. 10533/83) avsnitt 72-92, William A. Schabas (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, s. 370

⁹⁸ Tysiąc mot Polen (no. 5410/03) avsnitt 66, William A. Schabas (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, s. 371

⁹⁹ Carson m.fl. mot Storbritannia (no. 42184/05) avsnitt 70, Clift mot Storbritannia (no. 7205/07) avsnitt 56, Kiyutin mot Russland (no. 2700/10) avsnitt 57

¹⁰⁰ Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark (no. 5095/71, no. 5920/72, no. 5926/72) avsnitt 56, Carson m.fl. mot Storbritannia (no. 42184/05) avsnitt 70, Clift mot Storbritannia (no. 7205/07) avsnitt 57

Saken Kiyutin mot Russland omhandlet en person som var HIV-positiv og fikk på bakgrunn av diagnosen ikke oppholdstillatelse i Russland. EMD kom til at det forelå brudd på art. 14 sammenholdt med art. 8, og det følgende forelå det diskriminering. I dommen uttales det helsestatus omfattes av «other status»:

«Accordingly, the Court considers that a distinction made on account of an individual's health status, including such conditions as HIV infection, should be covered – either as a disability or a form thereof – by the term “other status” in the text of Article 14 of the Convention.»¹⁰¹ (Min understreking)

Uttalelsen bygger på tidligere dommer, og har blitt fulgt opp i etterkant.¹⁰² Følgende kan det utledes at diskriminering basert på individuell helsesituasjon anses som en «disability» eller funksjonshemming, som er omfattet av diskrimineringsgrunnlagene og er vernet av art. 14. Psykisk sykdom må kunne ses på som en helsestatus som er relevant.

Saken Cînța mot Romania omhandlet diskriminering sammenholdt med artikkel 8 om samvær med datteren sin. Klager hadde fått restriksjoner for samvær med datter, som var avgjort av domstolene etter skilsmisse, og restriksjonene var gjort på grunnlag av hans mentale helse der klager led av paranoid schizofreni. EMD kom til at det var et brudd på EMK art. 14, jf. art. 8, fordi det ble lagt avgjørende vekt på hans psykiske sykdom. Domstolen uttaler:

*«The applicant therefore suffered a difference in treatment from other parents seeking contact with their estranged children. This difference was based on his mental health, a ground which is covered by “other status”.*¹⁰³

EMD har dermed lagt til grunn at psykisk helse er omfattet av «other status» og er dermed omfattet av diskrimineringsgrunnlagene.

Det taler for at psykisk sykdom omfattes gjennom rapport til EMK tilleggsprotokoll 12.¹⁰⁴ Norge har signert protokollen, men har ikke ratifisert eller inkorporert den. Vekten av

¹⁰¹ Kiyutin mot Russland (no. 2700/10) avsnitt 57

¹⁰² Glor mot Sveits (no. 13444/04) avsnitt 80, I.B. mot Hellas (no. 552/10) avsnitt 73, Guberina mot Kroatia (no. 23682/13) avsnitt 76, Cînța mot Romania (no. 3891/19) avsnitt 66

¹⁰³ Cînța mot Romania (no. 3891/19) avsnitt 70

¹⁰⁴ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights

protokollen vil dermed svekkes, men vil belyse at psykisk sykdom kan være et relevant diskrimineringsgrunnlag. Det fremkommer av avsnitt 20 i rapporten at opplistingen i tilleggsprotokoll 12 art. 1 er identisk med grunnlagene i EMK art. 14. Videre uttales det at det ble sett på som unødvendig å inkludere «mental disability» fordi listen ikke er uttømmende og inkludering av flere grunnlag kunne ført til uheldige tolkninger ved at andre grunnlag vil kunne bli tilsidesatt.¹⁰⁵ Siden typetilfellet i oppgaven faller inn under konvensjonsrettigheter, er det ikke tvilsomt at protokoll 12 kan anvendes som kilde ved tolkning, selv om staten ikke har ratifisert den.¹⁰⁶ Det kan dermed fastslås som sikker rett at psykisk helse er omfattet av diskrimineringsforbudet i art. 14.

Avgjørelser fra EMD har vist at sykdommer eller generelt funksjonsnedsettelse vil være omfattet av EMK art. 14. Det kan dermed legges til grunn at psykisk sykdom kan anses som et relevant diskrimineringsgrunnlag som er beskyttet under EMK art. 14.

4.5 Blir personer i like eller sammenlignbare situasjoner behandlet annerledes?

Da psykisk sykdom er omfattet av EMK art. 14, vil bestemmelsen komme til anvendelse. Neste spørsmål blir da om det foreligger sammenlignbare situasjoner, eller med andre ord: om personer i like eller sammenlignbare situasjoner blir behandlet annerledes enn personer med psykisk sykdom. Det vil her være nødvendig å undersøke om personer med somatisk sykdom er sammenlignbar med personer med psykisk sykdom, og videre om de får en bedre behandling i like situasjoner. Som nevnt er det et vilkår for at diskriminering skal foreligge at sammenlignbare situasjoner forskjellsbehandles, ut fra deres «identifiable characteristic», og at disse karakteristikkene er det eneste som skiller personene.¹⁰⁷

and Fundamental Freedoms, Roma april 2000 (avsnitt 20)

¹⁰⁵ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma april 2000 (avsnitt 20)

¹⁰⁶ Marius Storvik (2017) *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern* (Phd avhandling, Universitetet i Tromsø) s. 224-225

¹⁰⁷ Fabian mot Ungarn (no. 78117/13) avsnitt 113

For at det skal være snakk om diskriminering, så må forskjellsbehandlingen basere seg på personer «in analogous, or relevantly similar, situations» blir behandlet annerledes.¹⁰⁸ Det er ikke et krav om identiske situasjoner.¹⁰⁹ Det må tas stilling til om personer med psykisk sykdom eller somatisk sykdom er sammenlignbare situasjoner, og videre om de blir behandlet annerledes.

Underproblemstillingen tar utgangspunkt i sammenligningen som ble gjort i punkt 2.5 og typetilfellet i 2.5.1. Det ble her lagt til grunn at det skjer en forskjellsbehandling basert på diagnose når begge pasientene er samtykkekompetente. Ingen av pasientene ønsker behandling og er en fare for sitt eget liv gjennom å nekte helsehjelp. Situasjonene er ikke analoge, men de er like nok til at de er sammenlignbare. Hovedpoenget med å konstruere de hypotetiske og abstrakte situasjonene er å for å skape en situasjon der hovedforskjellen mellom pasientene er diagnosen.

Det legges til grunn at det skjer forskjellsbehandling av sammenlignbare situasjoner og forskjellsbehandlingen baseres på diagnose.

4.6 Kan forskjellsbehandlingen fornuftig og objektivt rettferdiggjøres?

Da det er slått fast at det foreligger en forskjellsbehandling av somatisk og psykisk syke, må det drøftes om forskjellsbehandlingen kan fornuftig og objektivt rettferdiggjøres. I dette ligger det kreves et «legitimate aim» og «reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised».¹¹⁰ Vilkårene er at det må foreligge et legitimt formål og det kreves en forholdsmessighetsvurdering for virkemidlene som brukes knyttet mot det legitime formålet.¹¹¹ Det må imidlertid gjøres en vurdering om statens skjønnmargin før man kan se på spørsmålet om forholdsmessighet og legitimt formål.

¹⁰⁸ Biao mot Danmark (no. 38590/10) avsnitt 89, Carson m.fl. mot Storbritannia (no. 42184/05) avsnitt 61, Burden mot Storbritannia (no. 13378/05) avsnitt 60, D.H. m.fl. mot Tsjekkia (no. 57325/00) avsnitt 175

¹⁰⁹ Molla Salli mot Hellas (no. 20452/14) avsnitt 133

¹¹⁰ Strøbye og Rosenlind mot Danmark (no. 25802/18 og 27338/18) avsnitt 128-129, Molla Salli mot Hellas (no. 20452/14) avsnitt 135-136, Fabian mot Ungarn (no. 78117/13) avsnitt 113-115, Fabris mot Frankrike (no. 16574/08) avsnitt 56

¹¹¹ Fabris mot Frankrike (no. 16574/08) avsnitt 56, Strøbye og Rosenlind mot Danmark (no. 25802/18 og 27338/18) avsnitt 128-129,

4.6.1 Er forskjellsbehandlingen begrunnet i et «legitimate aim»?

Artikkel 14 skiller seg ut fra andre artikler i EMK ved at det ikke listet opp en uttømmende liste med legitime formål. Det taler dermed for at det kan legges vekt på en rekke formål.

Det legitime formålet bak phvl. § 3-3 nr. 4 er etiske hensyn og å redde liv.¹¹² Hensynene bak kan derfor objektivt sett bli sett på som legitimt da retten til liv er en fundamental rettighet. Av EMK art. 2 fremkommer det at enhver «right to life shall be protected by law». Statene har dermed et ansvar for å sørge for at retten til liv blir ivaretatt gjennom lovgivningen. Rettigheten er nærmere redegjort for gjennom rettspraksis. Det følger av Keenan mot Storbritannia at det pålegger statene å «take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction».¹¹³ Saken er knyttet til selvmordsfare under fengselssoning, men viser likevel i andre tilfeller at staten har ansvar for å legge forholdene til rette for å bevare borgernes liv. Også andre saker har lagt til grunn at retten til liv er en grunnleggende rettighet som anses som et legitimt formål.¹¹⁴

Vilkåret om at forskjellsbehandlingen må følge et legitimt formål er dermed oppfylt.

4.6.2 Er forskjellsbehandlingen i «proportionality between the means employed and the aim sought to be realised»?

Da det foreligger et legitimt formål, må det ses på om virkemidlene som er brukt er forholdsmessig knyttet opp mot det legitime formålet. Det legitime formålet er etiske hensyn bak helsehjelp og plikten til å redde liv. Før det tas en forholdsmessighetsdrøftelse, må det imidlertid ses på subsidaritetsprinsippet; statens skjønnsmargin for forskjellsbehandling av like tilfeller.

4.6.2.1 Statens «margin of appreciation»

Skjønnsmarginen, eller «margin of appreciation», er et annet ord for subsidaritetsprinsippet. Det går ut på at EMD har en subsidiær rolle i domstolsvurderingen, og det er opp til statene selv å dømme materielt saker og ta forholdsmessighetsvurderingen.¹¹⁵ Skjønnsmarginen får

¹¹² Prop.147 L (2015-2016) s. 19, 24 og 25

¹¹³ Keenan mot Storbriatannia (no. 27229/95) avsnitt 89,

¹¹⁴ Pretty mot Storbritannia (no. 2346/02) avsnitt 37, Arskaya mot Ukraina (no. 45076/05) avsnitt 62-63

¹¹⁵ Christian Børge Sørensen, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 127, 3–4 2014, (s. 348–383) s. 348

også betydning for i hvor stor grad EMK får innflytelse som tolkningsfaktor av Grunnloven, og er dermed relevant å ta stilling til skjønnsmarginen her.

Når det kommer til diskriminering, har statene en viss skjønnsmargin på å forskjellsbehandle ellers like eller sammenlignbare situasjoner.¹¹⁶ Skjønnsmarginen vil imidlertid variere ut fra «circumstances», «subject matter» og «background».¹¹⁷ På områder der det forskjellsbehandlingen går ut over særlig utsatte grupper som historisk har vært utsatt for diskriminering, snevres skjønnsmarginen inn og er uttalt som «*substantially narrower* and it must av *very weight reasons*»(min kursivering) bak begrensningene.¹¹⁸ Det trekkes særlig fram personer med «disability» som gir en snever skjønnsmargin.¹¹⁹ Begrunnelsen bak dette er at den historiske diskrimineringen har ført til sosial eksklusjon, som har ført til diskriminerende lovgivning og har ført til gruppen ikke har fått utfoldet seg slik de burde.¹²⁰ Den historiske diskrimineringen av psykisk syke har vært utsatt for har dermed skapt en snevrere skjønnsmargin for statene der EMD vil ta en mer inngående vurdering av den materielle jussen i saken.

Det som imidlertid har ei vid skjønnsmargin, er statenes vurdering av personers «mental capacity», på grunn av komplekse vurderinger og staten står nærmest å ta den vurderingen.¹²¹ Vurdering av samtykkekompetanse faller naturlig under ordlyden til unntaket. Statene står dermed friere til å avgjøre om en person har samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3, men ved vurderingen av tvangsbehandling vil skjønnsmarginen snevres inn igjen.

Ved det oppstilte tilfellet i avhandlingen vil det foreligge en snever skjønnsmargin, da staten allerede har vurdert samtykkekompetanse. Gjennom å gjøre et inngrep i en samtykkekompetanse autonomi ved tvangsbehandling, kan det skje under en mer inngående prosessuell og materiell overprøving fra EMD på grunn av at det er knyttet til tilfellet om

¹¹⁶ Van Raalte mot Nederland (no. 20060/92) avsnitt 39, Karlheinz Schmidt mot Tyskland (no. 13580/88) avsnitt 24

¹¹⁷ Kiyutin mot Russland (no. 2700/10) avsnitt 62

¹¹⁸ Alajos Kiss mot Ungarn (no. 38832/06) avsnitt 42, Kiyutin mot Russland (no. 2700/10) avsnitt 63, Guberina mot Kroatia (no. 23682/13) avsnitt 73, Cînța mot Romania (no. 3891/19) avsnitt 41 og 77

¹¹⁹ Alajos Kiss mot Ungarn (no. 38832/06) avsnitt 42, Kiyutin mot Russland (no. 2700/10) avsnitt 63, Guberina mot Kroatia (no. 23682/13) avsnitt 72

¹²⁰ Alajos Kiss mot Ungarn (no. 38832/06) avsnitt 42

¹²¹ B. mot Romania (no. 2) (no. 1285/03) avsnitt 88

funksjonsnedsettelse. Det bemerkes her at på grunn av den snevre skjønnsmarginen, vil EMK få en større rolle som tolkningsmoment av Grunnloven.

4.6.2.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen er en avveining av interesser mot hverandre, og se om forskjellsbehandlingen er forholdsmessig holdt opp mot det legitime formålet. Det er den individuelle interessen til pasienten som må være utgangspunktet, og man må se til konsekvensene av inngrepet.¹²² En viktig del av hva som inngår i forholdsmessighetsvurderingen er om det finnes alternative og mindre inngripende virkemidler som oppnår det samme målet.¹²³

De særlige hensynene som stilles opp mot hverandre i typetilfellet som stilles opp i avhandlingen er pasientens autonomi og rettssikkerhet, særlig vernet mot tvang. På den andre siden har man statens ansvar for borgernes liv og etiske hensyn ved å ikke behandle psykiske pasienter, den såkalte omsorgsplikten.¹²⁴

Det er vanskelig å se alternative vilkår for å unngå forskjellsbehandlingen. Et alternativt vilkår er å prøve frivillig behandling så langt det er mulig. Dersom frivillig behandling skulle føre til en alvorlig redusering av pasientens helse, kan det påvirke spørsmålet om samtykkekompetanse. Da er man tilbake til hovedregelen i phvl. § 3-3 nr. 4 om at tvunget psykisk helsevern kun skal vedtas der pasienten mangler samtykkekompetanse, og vil da heller ikke være i en sammenlignbar situasjon.

Hensynene som er gjeldende fra statens side er viktige og hensyn som veier tungt. Derfor er det viktig at det gjøres en grundig vurdering før tvangsbruk igangsettes. Vurderinger av samtykkekompetanse og saker om psykisk sykdom generelt er svært kompliserte, og det kan få alvorlige konsekvenser dersom denne vurderingen ikke gjøres skikkelig. Ved psykisk sykdom har staten et særlig hensyn for at denne vurderingen gjøres riktig og at personer får

¹²² Marius Storvik (2017) *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern* (PhD, Universitetet i Tromsø) s. 230

¹²³ Glor mot Sveits (no. 12444/04) avsnitt 94, Sejdić og Finci mot Bosnia-Herzegovina (no. 27996/06 og 34836/06) avsnitt 48, William A. Schabas (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press s. 566

¹²⁴ Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (2016) *Sentrale helserettslige emner*. Gyldendal juridisk, s. 208.

den hjelpen de trenger. I gjentatte saker angående psykisk helse har personer blitt vurdert som ikke samtykkekompetent, nettopp fordi de mangler en innsikt i sin egen helse og konsekvensene av å nekte helsehjelp.¹²⁵ Leger har større kompetanse til å ta vurderinger angående en persons helse, og ved psykisk sykdom kan det være vanskelig å vite hvordan det påvirker personers oversikt over egen situasjon.¹²⁶ Det er nettopp dette som gjør vurderinger om tvangsbehandling vanskelig ved psykisk sykdom. Ethiske spørsmål knyttet til å unngå å gi personer med psykisk sykdom behandling, og det ender med at liv går tapt, er viktig å ta hensyn til.

På den andre siden er det hensynet til den som blir underlagt tvang. Behandlingstvang er svært inngripende. Så lenge en person er ansett som samtykkekompetent, skal det være styrende. De samme etiske dilemmaene gjøres gjeldende for somatisk syke. En person med somatisk sykdom kan nekte å ta imot behandling, selv om det er imot det medisinskfaglige riktige og det fører til død. Pasientautonomien går derfor foran helsepersonells forsvarlighetsplikt, jf. hpl. § 4.¹²⁷ I de siste årene er det satt søkelys på selvbestemmelsesrett og rettighetene til psykisk syke. Så lenge personen er ansett som samtykkekompetent burde rettighetene for somatisk og psykisk syke være det samme. Hensynene som gjøres gjeldene imot selvbestemmelsesretten kan ikke gå foran så lenge personen er ansett samtykkekompetent. Så lenge en person med psykisk sykdom er en fare for andre, er det ikke gode nok begrunnelser for å opprettholde forskjellene mellom behandlingsadgangen.¹²⁸ Tvangsbehandling er svært inngripende, og hensynene veier ikke opp mot de negative konsekvensene det kan ha for pasienten.

I typetilfellet som er stilt opp vil personen med psykisk sykdom sannsynligvis bli underlagt tvang, mens kreftpasienten kunne valgt å unngå behandling. De virkemidlene som er satt opp i loven, og basert på rettsregelen i HR-2020-1167-A, får dermed en diskriminerende virkning.

¹²⁵ HR-2018-2204-A, HR-2020-1167-A

¹²⁶ Guri Hestflått Gabrielsen (2012) "Tvang i psykisk helsevern – Paulsrudutvalgets forslag i et diskrimineringsperspektiv», *Kritisk Juss* nr. 3-4/2012 vol. 38 s 248–260, s. 251

¹²⁷ Marianne K. Bahun, Pål Friis og Terje Mesel (2018) «Pasientautonomi – en rettighet med moralske implikasjoner», *Kritisk juss* vol. 44 nr. 02/2018 s. 56-78, s. 76

¹²⁸ Guri Hestflått Gabrielsen (2012) "Tvang i psykisk helsevern – Paulsrudutvalgets forslag i et diskrimineringsperspektiv», *Kritisk Juss* nr. 3-4/2012 vol. 38 s 248–260, s. 258-260

Formålene bak tvangsbehandling for personer med psykisk sykdom er legitime, men gjør ikke opp for forskjellsbehandlingen som skjer.

Konklusjonen er følgende at det foreligger diskriminering etter EMK art. 14 i typetilfellet som er stilt opp i avhandlingen. Det taler for at det kan være tale om diskriminering etter GrL § 98. Det er likevel andre rettskilder som er relevant. Her vil kun likestillings- og diskrimineringsloven behandles.

5 Likestillings- og diskrimineringsloven

5.1 Lovens relevans og rekkevidde

EMK er relevant ved tolkning ved Grunnloven § 98, og fører til at det foreligger diskriminering ved typetilfellet. Andre kilder er imidlertid også relevant ved tolkning av Grunnloven. Likestillings- og diskrimineringsloven er den mest sentrale loven i diskrimineringsvernet, og vil være svært relevant for å fastslå Grunnlovens innhold. Det vil i det følgende bli redegjort for innholdet i loven og hvordan det påvirker typetilfellet i avhandlingen.

Likestillings- og diskrimineringsloven ble vedtatt i 2017 og samlet en rekke tidligere diskrimineringslover i et helhetlig lovverk.¹²⁹ Bakgrunnen for endringen var å ha et mer helhetlig diskrimineringslovverk og at det skulle bli enklere for borgerne å vite sine rettigheter.¹³⁰ Dette skulle styrke diskrimineringsvernet, samt at diskrimineringsvernet skulle være likt basert fra hvilke diskrimineringsgrunnlag som brukes.¹³¹

Formålet ved loven fremkommer av § 1, og er å «fremme likestilling og hindre diskriminering» på grunn av gitte grunnlag. Det følger av andre ledd at ved likestilling menes det «likeverd, like muligheter og like rettigheter». Loven skal hindre diskriminering og sikre

¹²⁹ Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering), lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven), lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet), lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

¹³⁰ Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) s. 15

¹³¹ Prop.81 L (2016–2017) s. 15

at alle har like rettigheter, muligheter og behandles likeverdig. Det følger av § 2 at likestillings- og diskrimineringsloven gjelder for alle samfunnsområder, og omfatter således saker om tvunget psykisk helsevern.

Etter diskrimineringsombudsloven § 14 kan ikke nemda overprøve andre forvaltningsorganer vedtak.¹³² Nemda kan dermed ikke overprøve om et vedtak om tvunget psykisk helsevern er diskriminerende, da det er å anse som et vedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav a.¹³³ Videre kan ikke diskrimineringsnemda overprøve om andre lover eller bestemmelser strider mot bestemmelser i likestillings- og diskrimineringsloven, Grunnloven eller EMK.¹³⁴ Dette gjelder kun nemdas kompetanse og går ikke utover hva domstolen kan vurdere. Domstolen kan prøve både saker om konvensjonsbrudd og om andre lover er i strid med diskrimineringsforbudet, men kan ikke bruke likestillings- og diskrimineringsloven til å tilsidesette annen lovgivning.¹³⁵ Videre er det domstolen som må vurdere saker om tvunget psykisk helsevern, og ikke diskrimineringsnemda. Nemdas kompetanse og vurdering av saker vil dermed ikke bli nærmere vurdert, da det faller utenfor det avhandlingen ønsker å ta for seg.

Som utgangspunkt kan dermed likestillings- og diskrimineringsloven brukes til å avgjøre om det foreligger diskriminering i saker om tvunget psykisk helsevern.

5.2 Er det diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven?

Hva som anses som diskriminering følger av § 6. Det fremkommer av bestemmelsen at diskriminering på bakgrunn av, blant annet, «funksjonsnedsettelse» er forbudt, jf. første ledd. Psykiske lidelser er omfattet av begrepet.¹³⁶ Diskriminering er, ifølge bestemmelsen, ulovlig forskjellsbehandling, jf. § 6 fjerde ledd, jf. §§ 7, 8 og 9, og §§ 10 og 11. Det relevante å vurdere etter det særlige tilfellet som avhandlingen har satt opp, er direkte forskjellsbehandling etter § 7. Det er direkte forskjellsbehandling fordi psykisk

¹³² Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven)

¹³³ Prop.81 L (2016-2017) s. 107 og 67

¹³⁴ LDN-2015-58, LDN-2014-73, LDN-2015-21, LDN-2015-50-1

¹³⁵ LB-2019-53935

¹³⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 313

helsevernloven kun gjelder en gruppe mennesker, personer med psykisk sykdom, og har dermed ikke «nøytrale bestemmelser».

For at det skal foreligge diskriminering, er det avgjørende at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling etter § 9. Forskjellsbehandling vil være lovlig dersom den har «et saklig formål», «er nødvendig for å oppnå formålet» og «ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles». Vilkårene er kumulative og alle vilkårene må være oppfylt for at det ikke skal foreligge diskriminering, dersom det har skjedd en forskjellsbehandling basert på funksjonsnedsettelse, jf. § 6 første ledd.

Likestillings- og diskrimineringsloven har en bestemmelse om delt bevisbyrde, jf. § 37. Det innebærer at fornærmede må fremlegge bevis som gjør at det er grunn til å tro at diskriminering har skjedd, og det er opp til innklagde å sannsynliggjøre at det ikke har skjedd. Tilsvarende ordlyd kan ikke leses ut fra ordlyden i Grl. § 98. Delt bevisbyrde trekkes fram her fordi det kan antas at en lignende regel vil gjøres gjeldende for Grl. § 98. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt, det er nok med holdepunkter for at diskriminering har skjedd.¹³⁷ Loven er dermed fordelaktig å bruke for noen som mener de er blitt diskriminert, så lenge den kan fremskaffe holdepunkter for at diskriminering har skjedd. For borgerne vil det gi det sterkeste vernet mot diskriminering, så mye taler for at Grunnloven burde ha delt bevisbyrde. For øvrig nevnes det at også EMK art. 14 har en delt bevisbyrde. Det baseres på en tolkning av vilkårene for diskriminering. Klager må bevise at noen i sammenlignbare situasjoner behandles fordelaktig, og så må staten bevise at det foreligger saklig formål og forholdsmessighet for inngrepet.¹³⁸ Det legges følgende til grunn at det foreligger delt bevisbyrde i det Grunnlovfestede vernet.

De tre vurderingsmomentene for om det foreligger diskriminering er i stor grad sammenfallende med vilkårene som fremkommer av EMK og EMD-praksis; legitimt/saklig formål, nødvendig og forholdsmessig. Momentene er ment til å tilsvare de menneskerettslige vurderingstemaene.¹³⁹ Bestemmelsene etter de to regelverkene kan dermed anses å vurderes

¹³⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 336

¹³⁸ William A. Schabas (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, s. 570

¹³⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 128, jf. Ot.prp.nr.33 (2004–2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) s. 101,

likt og ha samme innhold. Da vurderingen vil i stor grad gå ut på det samme for likestillings- og diskrimineringsloven som ved EMK art. 14, er det nærliggende å komme til samme resultat som i drøftelsen av EMK art. 14. Det legges dermed til grunn at det kan antas at det foreligger diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven, jf. drøftelsen av EMK art. 14.

Konklusjonen er at i det typetilfellet i avhandlingen, kan det foreligge diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven § 9, jf. § 6.

6 Konklusjon og betraktninger

Grunnlovens diskrimineringsvern i § 98 har til nå ikke fått et konkret innhold, og det er ikke tatt stilling til hvordan den skal tolkes. Dette gjelder særlig for hva som ligger i «usaklig» og «uforholdsmessig». Det er derfor hensiktsmessig å se til andre kilder som EMK og likestillings- og diskrimineringsloven, og legge vekt på de samme momentene. Man kan dermed si at «usaklig» gjenspeiler EMKs «legitimate aim» og likestillings- og diskrimineringslovens «saklig formål». Videre vil EMKs og likestillings- og diskrimineringslovens forholdsmessighetsvurdering tilsvare «uforholdsmessig», og de samme hensynene gjøres gjeldende der. Et punkt som skiller EMK art. 14 fra Grl. § 98 er den aksessoriske funksjonen til art. 14. Dette punktet av vurderingen er dermed ikke relevant for fremtidig tolkning av Grl. § 98.

På grunn av Grunnlovens vide ordlyd, er det ikke tvilsomt at spørsmål om diskriminering og psykiske lidelser faller under ordlyden. Konklusjonen blir dermed at rettsregelen som Høyesterett kom fram til i HR-2020-1167-A strider mot det diskrimineringsrettslige rammeverket. Dette omfatter Grunnloven § 98, basert på en tolkning av EMK og likestillings- og diskrimineringsloven.

Konsekvensen av resultatet blir at tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum må settes til side på grunn av motstrid med Grunnloven, jf. Grl. § 89. Mer om prøvingsretten kommer senere.

Dette reiser to nye problemstillinger. Hvorfor har Høyesterett ikke tatt stilling til diskrimineringsspørsmålet, og hva blir den eventuelle prejudikatsvirkningen av avgjørelsen? Før det tas noen betraktninger knyttet til disse spørsmålene skal det tas opp hvorfor man burde ta utgangspunkt i Grl. § 98 i diskrimineringsspørsmål. De videre spørsmålene som tas

opp vil føre til et skifte i metodebruk, bort fra den rettsdogamtiske fremstillingen som har vært til nå, og over i rettspolitiske betraktninger for å analysere grunnlaget bak manglende diskrimineringsvurderinger.

6.1 Hvorfor burde det tas utgangspunkt i Grunnloven § 98?

Som vist gjennom avhandlingen kan diskriminering vurderes etter norsk rett, enten ved bruk av Grl. § 98 eller EMK art. 14. Så hvorfor gjøres det ikke oftere? Verken EMK eller Grunnloven har blitt påberopt som grunnlag i særlig grad. Grunnlovens sjeldne bruk kan muligens begrunnes i at den til nå ikke har fått et konkret innhold, og at lovanvendere kvier seg for å bruke bestemmelsen. Det er likevel ikke noe i veien for å ta utgangspunkt i Grunnloven, særlig når det vil gi det sterkeste vernet for borgerne.

Det samme kan imidlertid ikke sies om EMK art. 14. Bestemmelsen er gjennomarbeidet av EMD, og har fått et svært vidt og omfattende innhold. Som tidligere nevnt, bruker de norske domstoler EMDs metode i spørsmål angående konvensjonen, og EMD-praksis har stor innflytelse på den norske retten. Da Grunnlovsvernet i § 98 ikke er tilstrekkelig klarlagt, er det mange holdepunkter for at bestemmelsen skal ses i lys av tolkningen av EMK, og EMK får følgende en stor rolle i utviklingen av det norske diskrimineringsvernet.

Menneskerettigheter håndheves på det nivå de er gjennomført i norsk rett.¹⁴⁰ Norge er folkerettslig bundet av EMK, og den har i tillegg forrang foran annen lovgivning ved motstrid, jf. menneskerettighetsloven § 2, jf. § 3. Den står dermed svært sterkt i norsk rett. Det er i motsetning til CRPD som ikke er inkorporert, men kun ratifisert.

En svakhet ved å bruke CRPD, i tillegg til at den ikke er inkorporert og tolkningserklæringene, er at Norge ikke har ratifisert den frivillige tilleggsprotokollen som gir enkeltpersoner mulighet til å klage til CRPD-komiteen dersom det foreligger brudd på konvensjonen.¹⁴¹ Som vist gjennom praksis i EMD, har CRPD blitt trukket inn og blitt vurdert, men EMD har ansvar for å idømme brudd på EMK og ikke CRPD.¹⁴² Det samme

¹⁴⁰ HR-2016-2554-P avsnitt 70, HR-2018-456-P

¹⁴¹ Kjersti Skarstad (2019) *Funksjonshemmedes menneskerettigheter*. Universitetsforlaget, s. 65

¹⁴² Alajos Kiss mot Ungarn (no. 38832/06), Kiyutin mot Russland (no. 2700/10)

mønsteret skjer i andre dommer; CRPD trekkes inn og blir vurdert av domstolen, men andre diskrimineringsgrunnlag, som følger direkte av norsk rett, vurderes ikke.¹⁴³

Forarbeidene antyder at det i første rekke er den alminnelige lovgivningen som skal brukes, og Grunnloven kun burde brukes der alminnelig lovgivning ikke er tilstrekkelig.¹⁴⁴ Det taler for at de ordinære lovene som EMK art. 14 og likestillings- og diskrimineringsloven burde brukes til vanlig, med mindre det foreligger særlige prinsipielle spørsmål. Både likestillings- og diskrimineringsloven og EMK art. 14 er sterkt innarbeidet og har mye praksis, og er følgende et lettere for rettsanvendere å bruke kildene derfra. En negativ side med likestillings- og diskrimineringsloven er behandling gjennom diskrimineringsnemda. Behandling i nemda avskjærer en del andre grunnlag, som f.eks. å trekke inn EMK eller at en lov er i strid med diskrimineringsvernet, jf. diskrimineringsombudsloven § 34. En positiv side med å bruke EMK art. 14 er den gjennomarbeidede EMD-praksisen og EMDs mulighet å prøve spørsmålet på internasjonalt nivå.

Grunnlovsbestemmelsen skal «sikre den enkelte tilgang til å få sin diskrimineringssak prøvd for domstolene».¹⁴⁵ Synet skal i utgangspunktet vektlegges, men det må modifieres.

Grunnloven har et sterkt verdisignal, og viser hva som er viktige prinsipper for staten. Den har allikevel en større rolle enn som så. Ved saker om tvunget psykisk helsevern har domstolen plikt til å vurdere alle relevante grunnlag, samt at Grunnloven er et relevant moment ved bruken av loven.¹⁴⁶ Ved de ulike uttalelsene i forarbeider og rundskriv, er det følgende er motstrid mellom de ulike bestemmelsene.

Ved å påberope seg enten Grl. § 98 eller EMK art. 14 får personer et sterkere vern gjennom *lex superior*. Dersom det ved formodning skulle være en motstrid mellom Grunnlovsregelen og EMK, eller eventuelle andre regler, er det trukket fram at det burde brukes bestemmelsen med det sterkeste vernet.¹⁴⁷ For tvunget psykisk helsevern og de strenge kravene til rettssikkerheten, er det mye som taler for at man ønsker å bruke det sterkeste vernet for

¹⁴³ HR-2018-1286-A

¹⁴⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 147

¹⁴⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 147

¹⁴⁶ Tvl. kapittel 36 og Helsedirektoratet (2017), *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer* (IS-2017-1) § 1-1

¹⁴⁷ Se Dokument 16 s. 87-88, jf. Rt. 2010 s. 143

borgerne. Som nevnt er ivaretagelse av menneskerettigheter et viktig formål, jf. phvl. § 1-1 første ledd. For å ivareta formålet, burde da relevante menneskerettslige bestemmelser brukes mer enn det gjør. Lex superior-virkningen ved bruken av Grl. § 98 fører til at dersom det skulle foreligge motstrid med annen ordinær lovgivning, må diskrimineringsforbudet gå foran, jf. Grl. § 89. Det kan dermed få den konsekvens at phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum kan settes til side som diskriminerende.

På bakgrunn av dette hadde det vært relevant å ta stilling til Grunnlovsvernet mot diskriminering i HR-2020-1167-A, og for fremtidige diskrimineringssaker. Særlig kan dette gjelde problemstillinger i psykisk helsevern og de økende menneskerettigheter for gruppen.

Det konkrete innholdet i Grl. § 98 og dens bruk er fortsatt relativt nytt, og hvordan rettsanvendere og domstolen velger å bruke bestemmelsen er til nå uklart. Det er mye som taler for at bestemmelsen burde ha en større rolle enn den har fått de siste sju årene. Dette gjelder ikke bare innen psykisk helsevern, men også for andre områder.

Dommen HR-2020-1167-A burde tatt opp diskriminering etter Grl. § 98. Så hvorfor gjorde ikke Høyesterett det?

6.2 Hvorfor har ikke Høyesterett behandlet diskrimineringsspørsmålet i HR-2020-1167-A?

Til nå har avhandlingen tatt for seg det Grunnlovfestede diskrimineringsvernet, og hva som ligger i dette, og et konstruert tilfelle der det kan foreligge diskriminering. Som vist, ble det ikke drøftet om reglene i psykisk helsevernloven strider mot diskriminering på noe grunnlag. Slik som regelverket er bygd opp og det økte fokuset på menneskerettigheter, er det et spørsmål som burde vært tatt opp. I tilknytning til dette skal det videre redegjøres og gjøres noen betraktninger angående domstolens behandling av saken og hvorfor resultatet ble som det ble. Det vil derfor ses på ansvaret rettsanvenderen, her advokatene i saken, har i slike tilfeller, men det avgjørende er domstolens ansvar for rettsanvendelsen.

Spørsmål som da kommer opp, er hvorfor ble ikke diskriminering vurdert? Objektivt er det umulig å fastslå et konkret resultat, da man ikke kan vite nøyaktig hva dommerne tenkte under domsavsigelsen og grunnlovgivningen.

6.3 Betraktninger om hvorfor Høyesterett kom fram til resultatet i HR-2020-1167-A

6.3.1 Domstolens Grunnlovsmessige overprøving

Det følger av Grl. § 89 at domstolen har

«rett og plikt til å prøve om det strider mot Grunnloven å anvende en lovbestemmelse, og om det strider mot Grunnloven eller landets lover å anvende andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet.»

Domstolene har dermed en plikt til å prøve om lovbestemmelser og anvendelsen av dem, og vedtak strider mot Grunnlovens bestemmelser. Dette er et annet uttrykk for lex superior og domstolens prøvingsrett. Gjennom regulering i Grunnloven har domstolens rolle blitt økt og det viser Grunnlovens betydning for andre lover. Bestemmelsen ble vedtatt i 2015, og fikk en ordlydsendring i 2020 for å nærmere klargjøre ordlyden.¹⁴⁸ Selve prøvingsretten har vært gjeldende rett siden 1800-tallet og har fungert som konstitusjonell sedvanerett fram til Grunnlovfesting i 2015.¹⁴⁹

Etter ordlyden er det ikke tvilsomt at prøving av forvaltningsvedtak faller inn under prøvingsretten, og dette er lagt til grunn i forarbeider og senere praksis.¹⁵⁰ Domstolen har dermed en plikt til å vurdere om et vedtak om tvunget psykisk helsevern strider mot Grunnlovens bestemmelser.

Hvordan prøvingsretten utøves, varierer ut fra saksforhold. Kløfta-dommen kom allerede 1976 og har lagt grunnlaget for prøvingsintensiteten slik det foreligger i dag.¹⁵¹ Det uttales i

¹⁴⁸ Innst.263 S (2014-2015), Innst.258 S (2019–2020) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Michael Tetzschner, Erik Skutle og Per Olaf Lundteigen om endring i § 89 (domstolskontroll med lover mv.)

¹⁴⁹ Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», *Menneskerettighetene og Norge* (2017), s. 63-90, s. 85- 86, Rt. 1975 s. 1 (s. 5)

¹⁵⁰ Innst.263 S (2014–2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett) s. 4, HR-2021-417-P avsnitt 73

¹⁵¹ Rt. 1976 s. 1

dommen at dersom prøvingen gjelder «bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig».¹⁵² Et inngrep i den personlige sfære, slik som tvunget psykisk helsevern, er et område som faller under rettsregelen som er oppstilt i Kløfta-dommen. Dette vises gjennom de særlige prosessuelle reglene og det selvstendige ansvaret domstolen har i slike saker, som jeg behandler i neste delkapittel.

Domstolens kompetanse til å overprøve om lover strider mot diskrimineringsvernet i Grunnloven er uttrykkelig presisert i forarbeidene til Grunnloven.¹⁵³ Der tas det imidlertid forbehold om at det sannsynligvis kun «vil skje unntaksvis, og bare dersom det er tale om en direkte og alvorlig svekkelse eller undergraving av ikke-diskrimineringsprinsippet».¹⁵⁴ De manglende vurderingene om diskriminering i HR-2020-1167-A står dermed ikke på domstolens kompetanse til å overprøve psykisk helsevernloven. Om resultatet det i den foreliggende saken ville være en alvorlig svekkelse av ikke-diskrimineringsprinsippet er vanskelig å ta stilling til, og Høyesterett tok heller ikke stilling til om det kunne være det. Derfor kan det ikke legges til grunn at de ikke valgte å vurdere problematikken fordi det uansett ikke ville ført frem eller at det står på manglende kompetanse.

Domstolen har en Grunnlovsfestet rett og plikt til å prøve saker opp mot Grunnlovsrettighetene, og burde følgende også gjort det.

6.3.2 Hvilket ansvar har partene og dommerne i slike saker?

Har partene, særlig parten som har begjært seg utskrevet, gjort en feil ved prosesshandlinger? Spørsmålet må besvares benektende. Grunnen til det er de særlige prosessreglene som gjelder ved saker om tvunget psykisk helsevern.

For saker om tvunget psykisk helsevern og brudd på menneskerettigheter, må det settes opp et skille for hvordan saken behandles i domstolen. Skillet tas for om det er underlagt særlige prosessregler etter tvisteloven kapittel 36, med følgende strengere domstolsprøving, eller om det er sak etter de generelle reglene i tvisteloven.

¹⁵² Rt. 1976 s. 1, s. 5

¹⁵³ Dokument 16 (2011-2012) s. 147

¹⁵⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 147

Saker som omhandler tvunget psykisk helsevern behandles etter prosessreglene i tvisteloven, jf. tvl. § 36-1 første ledd, jf. phvl. § 7-1. Det er særlige regler for tvangsvedtak på grunn av de strenge kravene til rettssikkerheten ved inngrep.¹⁵⁵ Domstolen har her en utvidet kontroll over prøving av saken, og kan prøve alle sider av saken, jf. tvl. § 36-4 tredje ledd. Retten er heller ikke bundet av partenes prosesshandlinger, jf. tvl. § 11-4. Disse sakene kalles for indispositive saker. Med dette menes en sak som ikke er undergitt fri rådighet til å disponere over de rettslige forhold saken gjelder utenfor rettergang.¹⁵⁶ Andre alminnelige sivilrettslige saker, dispositive saker, kan partene inngå forlik eller mekle på annen måte med bindende virkning. Domstolen er i dispositive saker bundet av partenes påstander, og kan ikke dømme på grunnlag av noe annet en partene har anført, jf. tvl. § 11-2 første ledd.

I dommen HR-2020-1167-A legger domstolen til grunn at saken behandles etter de særlige reglene i tvl. kapittel 36.¹⁵⁷ På denne måten anerkjenner Høyesterett i den konkrete saken at de har et særlig ansvar. Høyesterett er inne på regler knyttet til CRPD, etter anførsel fra den ankende part. Nøyaktig hva den ankende part har anført er vanskelig å vite, men det viser likevel at det menneskerettslige aspektet ble tatt inn i saken av en av partene som mente det var relevant. Førstevoterende avfeier imidlertid anførselen på to avsnitt, uten lengre drøftelse.¹⁵⁸ Begrunnelsen for at CRPD ikke fikk betydning i saken var de særlige tolkningserklæringene som nevnt tidligere, men førstevoterende påpeker at:

«Jeg kan ikke se at konvensjonen har betydning for det tolkningsspørsmålet som foreligger her. Virkningen av at unntaksregelen i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 andre punktum ikke kommer til anvendelse, vil ikke være at tvangstiltak er utelukket uten pasientens samtykke, men at det må skje en vurdering av samtykkekompetansen i samsvar med første punktum.»¹⁵⁹

Videre påpekes det at samtykkekompetansen til personer med alvorlig spiseforstyrrelser som regel ikke er til stede, og at den grunnleggende retten til liv går foran andre rettigheter. Her

¹⁵⁵ Christian H.P. Reusch, *Norsk lovkommentar*, note 2081, Rettsdata.no, (lest 05. mai 2021)

¹⁵⁶ NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 706, Skoghøy J. E. A. (2017) *Tvisteløsning*. 3. utgave. Universitetsforlaget s. 594

¹⁵⁷ HR-2020-1167-A avsnitt 25, med videre henvisning til HR-2016-1286-A avsnitt 18

¹⁵⁸ HR-2020-1167-A avsnitt 65 og 66

¹⁵⁹ HR-2020-1167-A avsnitt 66

sikter Høyesterett til de særlige pliktene som stater har for å ivareta borgernes liv, og særlig de som er under statens kontroll gjennom forvaring. Menneskerettigheter blir dermed indirekte berørt, men det vurderes ikke nærmere om diskriminering, som det etter forholdene burde vært vurdert.

Forholdene lå til rette for at diskriminering kunne blitt vurdert, men det ble et oversett spørsmål. Det var domstolens ansvar å ta stilling til diskrimineringsrettslige spørsmål på grunn av særreglene i tvisteloven kapittel 36.

Høyesterett kan gjøre feil og overse viktige spørsmål i saker, og det har skjedd før. Tidligere har Høyesterett unngått å se viktige momenter knyttet opp mot EØS-avtalen, som fikk alvorlige konsekvenser for partene som ble berørt.¹⁶⁰ Selv om Høyesterett har et selvstendig og viktig ansvar, kan feil skje. Det er viktig at saker om inngrep ovenfor borgerne blir tilstrekkelig vurdert i Høyesterett på grunn av rettens funksjon som prejudikatsdomstol.¹⁶¹

6.4 Avsluttende bemerkninger om HR-2020-1167-A

6.4.1 HR-2020-1167-A som prejudikat?

Basert på de vurderingene og momentene som er tatt opp gjennom avhandlingen, kan det fastslås at Høyesterett har glemt et viktig punkt; diskrimineringsvernet for personer med psykisk sykdom. Det blir derfor et spørsmål om hvilken prejudikatsvirkning dommen får videre for tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 andre pkt. Prejudikat er dommers betydning for fremtidige saker.¹⁶² Følgene av et prejudikat er at Høyesteretts dommer blir bindende for lavere instanser og senere rettsanvendere.¹⁶³ Høyesterett får dermed en rolle som rettsavklarer og rettsutvikler, og har ansvar for å tolke regler og utvikle retten der det er nødvendig.¹⁶⁴ Det skal her trekkes noen poeng som kan påvirke og svekke prejudikatsvirkningen av dommen.

¹⁶⁰ NOU 2020:9 Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området pkt. 12.7.2, jf. HR-2017-560-A

¹⁶¹ NOU 2020:9 s. 182

¹⁶² Nils Nygaard (2017) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave. Universitetsforlaget s. 76

¹⁶³ Anne Robberstad (2000) «Er høyesteretts dommer bindende?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 3-4/2000* (vol 113) s. 504-524, pkt. 1

¹⁶⁴ Arnfinn Bårdsen (2017) *Norges Høyesterett i 2017 – noen refleksjoner over rollen som Prejudikatdomstol*, Høyesteretts utrederjubileum, 15. mars 2017 (<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/bardsen---hoyesterett-som-prejudikatdomstol---15032017.pdf>) s. 4-7

6.4.2 Manglende vurdering av diskrimineringsvern

Hvordan prejudikatsvirkning en dom får en avhengig av hvor grundig begrunnelsen bak avgjørelsen er.¹⁶⁵ På den ene side går dommerne langt for å komme fram til et resultat for tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 andre pkt. Flere rettskilder blir tatt opp og det legges særlig vekt på forarbeidene. Det påpekes imidlertid ikke av flertallet i dommen at forarbeidene konsekvent bruker annen ordbruk enn forarbeidene. Problematikken med ordbruken i forarbeidene kontra lovforslaget og den endelige loven, kunne vært drøftet.

Manglende vurdering av diskrimineringsvernet som svakhet med dommen er lagt til grunn gjennom hele avhandlingen. Bemerkningen her knyttes til at mangelen er et moment som kan påvirke prejudikatsvirkningen. Siden ikke de relevante grunnlagene er drøftet, kan det stilles spørsmålstegn med om domstolen har kommet fram til den riktige tolkningen av bestemmelsen.

6.4.3 Saken som obiter dictum og dissens

Hvilke konsekvenser har det at dommen er et obiter dictum for prejudikatsvirkningen? Hovedregelen er at sakens ratio decidendi, begrunnelsen som er avgjørende for domsresultatet, får prejudikatsvirkning.¹⁶⁶ Et obiter dictum kan få betydning i den grad den er grundig vurdert.¹⁶⁷ Det henger sammen med Høyesteretts funksjon som rettsavklarer. Eksempler på obiter dictum som har fått betydning er Factoring Finans-dommen, Rt. 1992 s. 504, og OFS-saken, Rt. 1997 s. 580.

I HR-2020-1167-A har det blitt gjort en til dels grundig redegjørelse for tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 andre pkt. Det taler for at uttalelsene i obiter dictumet skal få betydning som prejudikat. På den andre siden har dommerne ikke tatt stilling til diskrimineringsspørsmålet. Gjennom avhandlingen har jeg vist at det er en svakhet ved vurderingen av hva som omfattes av unntaket i phvl. § 3-3. Dermed svekkes den eventuelle prejudikatsvirkningen den kunne hatt på tross av obiter dictum.

¹⁶⁵ Jens E. A. Skoghøy, (2002) «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, s 323-343, s. 340-341

¹⁶⁶ Nils Nygaard (2017) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave. Universitetsforlaget, s. 77

¹⁶⁷ Jens E. A. Skoghøy, (2002) «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, s 323-343, Fagbokforlaget, s. 337-338

Dersom en dom ikke er enstemmig, kan det påvirke sakens prejudikatsvirkning.¹⁶⁸ Dissensen i HR-2020-1167-A var ikke knyttet til domsresultatet, men grunnivningen bak obiter dictumet om tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4. Den er dermed merket som særmerknad, og ikke dissens. Særmerkningen kan likevel påvirke prejudikatsvirkningen på grunn av uenighet. Dersom obiter dictumet får prejudikatsvirkning, som en alminnelig dom der ratio decidendi blir prejudikatet, vil særmerkningen få betydning som dissens og vekten det har. Det svekker dermed prejudikatsvirkningen til tolkningen.

Momenter som taler for prejudikatsvirkning, er at det er første dom som tar stilling til bestemmelsen. Den vil derfor med stor sannsynlighet få betydning i senere saker hvor tolkningen av phvl. § 3-3 nr. 4 er avgjørende. Det bygger på alminnelig juridisk metode gjennom at dommer kan brukes som tolkning av rettsspørsmål.

Den faktiske prejudikatsvirkningen er ikke klarlagt, da dommen til dags dato ikke er brukt i ettertid som tolkning av § 3-3. Dommen er nevnt i et par dommer i lavere instanser i ettertid, men er ikke tatt opp i tilknytning til tolkning av phvl. § 3-3 nr. 4.¹⁶⁹ Det er likevel mye som taler for at dommen har mangler ved tolkningen av phvl. § 3-3, og før den kan få prejudikatsvirkning, må diskrimineringsspørsmålet tas endelig stilling til. Hva som skjer med phvl. § 3-3 nr. 4 og HR-2020-1167-A er dermed åpent.

¹⁶⁸ Rt. 1986 s. 1019 s. 1025, Jens E. A. Skoghøy, (2002) «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, s 323-343, Fagbokforlaget, s. 341

¹⁶⁹ LA-2020-47335, LG-2020-37754, LG-2021-1032, LG-2021-4829, LB-2020-112226

Referanseliste

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 17. august 1848 Sinnssykeloven (opphevet)

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

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) (opphevet)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (spesialisthelsetjenesteloven)

Lov 02. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) (opphevet)

Lov 06. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

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

Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) (opphevet)

Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering) (opphevet)

Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (opphevet)

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) (opphevet)

Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) (opphevet)

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemda (diskrimineringsombudsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lovforarbeider, innstillinger, stortingsmeldinger m.m.

Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK

NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern

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

NOU 2020:9 Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området

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

Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)

Ot.prp.nr.13 (1998–1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr.33 (2004–2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

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

Prop.106 S (2011–2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

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

Prop.81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Innst.203 S (2012–2013) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Innst.186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Innst.263 S (2014–2015) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, romertall X (forbud mot dobbeltstraff) og romertall XXIV (domstolenes prøvingsrett)

Innst.165 S (2015–2016) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av økonomiske, sosiale og kulturelle menneskerettigheter (romertall IX – begrensninger i de grunnlovfestede rettigheter)

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

Innst.258 S (2019–2020) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Michael Tetzschner, Erik Skutle og Per Olaf Lundteigen om endring i § 89 (domstolskontroll med lover mv.)

Representantforslag 3 S (2020–2021), Dok.nr.8:03 S (2020–2021) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Karin Andersen, Solfrid Lerbrekk, Nicholas Wilkinson, Lars Haltbrekken, Mona Fagerås, Kari Elisabeth Kaski og Freddy André Øvstegård om å inkorporere FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) i menneskerettsloven

Forskrifter og rundskriv

Helsedirektoratet, Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer* (<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/pasient-og-brukerrettighetsloven-med-kommentarer>) sist oppdatert 11. januar 2021 (Tidligere IS-2015-8)

Helsedirektoratet, Rundskriv til psykisk helsevernloven, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernloven med kommentarer* (<https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/psykisk-helsevernloven-med-kommentarer>) sist oppdatert 01. juli 2020 (Tidligere IS-2017-1)

Rettsavgjørelser

Høyesterettsdommer

Rt. 1976 s. 1 (Kløfta)

Rt. 1986 s. 1019

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 301

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2010 s. 143

Rt. 2010 s. 612 (Sårstell-dommen)

Rt. 2010 s. 1565

Rt. 2011 s. 1666

Rt. 2012 s. 1292

Rt. 2012 s. 2039

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 335

Rt. 2015 s. 921

HR-2016-1286-A (Holship)

HR-2016-2554-P

HR-2017-560-A

HR-2018-456-P

HR-2018-872-A

HR-2019-1336-A

HR-2019-2284-U

HR-2020-1167-A

HR-2021-417-P

Lagmannsrettsdommer

LA-2020-47335

LB-2016-164672

LB-2018-154220

LB-2018-160188

LB-2019-53935

LB-2020-112226

LE-2018-145654-1

LG-2019-103313

LG-2020-37754

LG-2021-1032

LG-2021-4829

Diskrimineringsnemda

LDN-2014-73

LDN-2015-21

LDN-2015-50-1

LDN-2015-58

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Grand chamber

Biao mot Danmark [GC] 24. mai 2016 (no. 38590/10)

Burden mot Storbritannia [GC] 29. april 2008 (no. 13378/05)

Carson m.fl. mot Storbritannia [GC] 16. mars 2010 (no. 42184/05)

D.H. m.fl. mot Tsjekkia [GC] 13. november 2007 (no. 57325/00)

Fabian mot Ungarn avsnitt [GC] 5. september 2017 (no. 78117/13)

Fabris mot Frankrike [GC] 7. februar 2013 (no. 16574/08)

Konstantin Markin mot Russland [GC] 22. mars 2012 (no. 30078/06)

Molla Salli mot Hellas [GC] 19. desember 2018 (no. 20452/14)

Sahin mot Tyskland [GC] 8. juli 2003 (no. 30943/96)

Sejdić og Finci mot Bosnia-Herzegovina [GC] 22. desember 2009 (no. 27996/06 og 34836/06)

X m.fl. mot Østerrike [GC] 19. februar 2013 (no. 19010/07)

Chamber

Alajos Kiss mot Ungarn [J] 20. mai 2010 (no. 38832/06)

Arskaya mot Ukraina [J] 5. desember 2013 (no. 45076/05)

B. mot Romania (no. 2) [J] 19. februar 2008 (no. 1285/03)

Cînța mot Romania [J] 18. februar 2020 (no. 3891/19)

Clift mot Storbritannia [J] 13. juli 2010 (no. 7205/07)

Glass mot Storbritannia [J] 09. mars 2004 (no. 61827)

Glor mot Sveits [J] 30. april 2009 (no. 12444/04)

Guberina mot Kroatia [J] 22. mars 2016 (no. 23682/13)

Haas mot Nederland [J] 13. januar 2004 (no. 36983/97)

Herczegfalvy mot Østerrike [J] 24. september 1992 (no. 10533/83)

I.B. mot Hellas [J] 3. oktober 2013 (no. 552/10)

Karlheinz Schmidt mot Tyskland [J] 18. juli 1994 (no. 13580/88)

Keenan mot Storbritannia [J] 3. april 2002 (no. 27229/95)

Kiyutin mot Russland [J] 10. mars 2011 (no. 2700/10)

Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark [J] 7. desember 1976 (no. 5095/71, no. 5920/72, no. 5926/72)

Pretty mot Storbritannia [J] 29. april 2002 (no. 2346/02)

Strøbye og Rosenlind mot Danmark [J] 2. februar 2021 (no. 25802/18 og 27338/18)

The Church Of Jesus Christ Of Latter-Day Saints mot Storbritannia [J] 4. mars 2014 (no. 7552/09)

Tysiąc mot Polen [J] 20. mars 2007 (no. 5410/03)

Van Raalte mot Nederland [J] 21. februar 1997 (no. 20060)

Weller mot Ungarn [J] 31. mars 2009 (no. 44399/05)

X. Mot Finland [J] 3. juli 2012 (no. 34806/04)

Traktater m.m.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

United Nations International Covenant on Economic, New York 16. desember 1966 (ØSK),
Social and Cultural Rights

United Nations International Covenant on Civil and Political rights, New York 16. desember
1966 (SP)

Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to
the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine,
Oviedo, 4. april 1997 (Oviedo-konvensjonen)

Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human
Rights and Fundamental Freedoms, Roma april 2000

Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental
Freedoms, Roma 04. november 2000

United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 6. desember
2006 (CRPD)

Litteratur

Aall, Jørgen (2014) «Grunnloven og EMK», *Lov og Rett* vol. 53, nr. 9 2014 (s. 507-508)

Aall, Jørgen (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave. Fagbokforlaget

Aall, Jørgen (2020) Grunnlovens diskrimineringsforbud. Schütz, S. E., Aarli, R., Aasen, H.
S., Brun, H. J., & Holgersen, G (red.), *Likestilling, barn og velferd: rettsfelt i utvikling: til
Gudrun Holgersen på 70-årsdagen* (s. 150-163) Gyldendal

Aasen, Henriette Sinding (2000) *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk
behandling*. Fagbokforlaget.

Bahus, Marianne K., Friis, Pål og Mesel, Terje (2018) «Pasientautonomi – en rettighet med
moralske implikasjoner», *Kritisk juss* vol. 44 nr. 02/2018 s. 56-78, s. 76

Befring, Anne Kjersti, «Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte», *Tidsskrift for
Den norske lægeforening*, nr. 11/2001; 121, 1408–1409

Befring, Anne Kjersti, Kjelland, Morten og Syse, Aslak (2016) *Sentrale helserettslige emner*. Gyldendal juridisk

Bårdsen, Arnfinn. (2017) Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene. Føllesdal. A., Ruud, M. og Ulfstein G. (red.), *Menneskerettighetene og Norge* (s. 63-90). Universitetsforlaget

Bårdsen, Arnfinn (2017) *Norges Høyesterett i 2017 – noen refleksjoner over rollen som Prejudikatdomstol*, Høyesteretts utrederjubileum, 15. mars 2017
(<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/bardsen---hoyesterett-som-prejudikatdomstol---15032017.pdf>)

Celik, Elif (2017) «The role of CRPD in rethinking the subject of human rights», *The International Journal of Human Rights*, vol. 21 nr. 7, 933-955

Eriksen, Christoffer C. (2012) «Om rettspolitik», *Kritisk juss* nr. 3-4/2012, vol. 38, s. 139-157

Gabrielsen, Guri Hestflått (2012) «Tvang i psykisk helsevern – Paulsrudutvalgets forslag i et diskrimineringsperspektiv», *Kritisk Juss* nr. 3-4/2012 vol. 38 s 248–260

Ikdahl, Ingunn, «Diskriminering», Store norske leksikon, 3. august 2018, <https://snl.no/diskriminering> (lest 12. mars 2021)

Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten (2017), *Velferdsrett I*, 6. utgave. Gyldendal

Mæhle, Synne Sæther (2004) «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner* nr. 5-6/2004 vol. 39 (s. 329-342),

Nygaard, Nils (2017) *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave. Universitetsforlaget

Pedersen, Jussi Erik, ««Alle er like for loven» – likhetsnormen i grunnloven § 98 første ledd», *Jussens Venner* 2017 nr. 3 s. 185-201

Reusch, Christian H.P., *Norsk lovkommentar*, note 2081, Rettsdata.no (lest 05. mai 2021)

Robberstad, Anne (2000) «Er høyesteretts dommer bindende?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 3-4/2000 (vol 113) s. 504-524

Schabas, William A. (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press

Skarstad, Kjersti (2019) *Funksjonshemmedes menneskerettigheter*. Universitetsforlaget

Skoghøy, Jens E. A. (2002) «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard* (s. 323-343) Fagbokforlaget

Jens Edvin A. Skoghøy, (2002) «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte Menneskerettskonvensjoner», *Lov og Rett*, nr. 4/2002 s. 337-354.

Skoghøy, Jens Edvin A. (2016) *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?* Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016 <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts--og-barnekomiteen---foredrag.pdf>

Skoghøy, Jens Edvin A. (2017) *Tvisteløsning*, 3. utgave. Universitetsforlaget

Solheim, Stig H. (2018) Internasjonale menneskerettigheters gjennomslagskraft i norske domstoler. Eriksen, G., Haugli, T. og Jakobsen, I.U. (red.), *Rettsvitenskap under nordlys og midnattssol* (s. 323-344). Fagbokforlaget

Storvik, Marius (2017) *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern* [Doktoravhandling, Universitetet i Tromsø]

Syse, Aslak (2018) «Store endringer i psykisk helsevernloven», *Tidsskrift for psykisk helsearbeid*, nr. 2-3/2018 vol. 15, s. 236-243

Syse, Aslak, *Norsk lovkommentar: Psykisk helsevernloven*, note 45, Rettsdata.no (lest 22. februar 2021)

Sørensen, Christian Børge, «Nasjonale proporsjonalitetsvurderinger etter EMK – prosessuell rasjonalitet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 127, 3–4 2014, s. 348–383

