



Det juridiske fakultet.

Helsepersonells ansvar for inngrep uten hjemmel.

Kan helsepersonell holdes personlig ansvarlig for inngrep de utfører uten grunnlag i lov?

JUR-3902 V22 Ola Gjefsen

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Tema.....	1
1.2 Problemstilling	1
1.3 Avgrensning	3
2 Handlingene	4
2.1 Innledning.....	4
2.2 Formålet med handlingene.....	7
2.2.1 Sprøytedommen.....	7
2.2.2 Sårstelledommen	8
2.2.3 Nødverge	11
2.3 Kategorisering av handlingene	12
2.3.1 Ikke faglig forsvarlig – grovt uaktsomt eller forsett	13
2.3.2 Ikke faglig uforsvarlig – uaktsomt	13
2.3.3 Faglig forsvarlig – aktsomt.....	14
3 Legalitetsprinsippet i nasjonal og internasjonal rett.	14
3.1 Grunnloven § 113.....	14
3.1.1 Utviklingen av Grunnloven § 113	15
3.2 Innholdet i Grunnloven § 113.....	20
3.2.1 «Myndighet».....	20
3.2.2 «Inngrep»	23
3.2.3 «Grunnlag i lov».....	24
4 Hjemmelsgrunnlag for handlingene	27
4.1 Nødrett.....	27
4.1.1 Vilkårene for nødrett og nødverge.....	28
4.1.2 Nødrettens skranker	30
4.1.3 Dynamisk nødrettsbegrep i helseretten?.....	32
4.2 Andre mulige hjemmelsgrunnlag.....	35
4.2.1 Innledning	35
4.2.2 Sårstelledommen	35
4.2.3 Et ulovfestet nødrettsbegrep?	36
5 De positive og negative forpliktelsene	41

5.1 Innledning.....	41
5.2 I.L mot Sveits.....	41
5.3 EMDs sanksjonsmuligheter ved brudd på forpliktelsene etter EMK.....	43
6 Konklusjon	43
7 Referanseliste	46

1 Innledning

1.1 Tema

Det historiske hjemmelsgrunnlaget helsepersonell har hatt for å bruke tvang under utførelsen av tjenesten sin, har vært uklart og preget av ulovfestede prinsipper og hensyn- og formålsbetraktninger. Med reformeringen av Grunnloven i 2014 ble det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp grunnlovsfestet, hvilket førte til en klar skjerping av legalitetsprinsippet og en mer sikker hverdag for pasienter på sykehjem, men også en tydeligere ramme for hva helsepersonell kunne tillate seg å gjøre i tjenesten sin.¹ (Se Grl. § 113.)

På tross av grunnlovsfestingen av legalitetsprinsippet finnes det tilfeller hvor det er handlinger som blir utført av helsepersonell som er utenfor rammene til Grunnloven § 113 og som derfor fortsatt trenger et hjemmelsgrunnlag for å være lovlig utført.

Det er denne sonen mellom lovlighet og ulovlighet jeg i denne oppgaven ønsker å belyse. Finnes det noen hjemler som tilsier at tvangsbruk mot pasienter på sykehjem burde være lovlig, i situasjoner som ligger utenfor virkeområdet til Grl. § 113? Hva er konsekvensene for helsepersonell, om det viser seg at det ikke finnes en slik hjemmel for å bruke tvang i tjenesten sin, i de tilfellene hvor de fortsatt utfører tvangen?

Helsepersonell som utfører tvangen og pasienten som mottar tvangsbehandlingen, vil naturligvis oppfatte hele situasjonen forskjellig og vil ha forskjellige opplevelser av hvordan selve tvangsbruken ble utført og den opplevde nødvendigheten av tvangsbruken. På grunn av oppgavens tema er det kun helsepersonellens opplevelse av situasjonen som vil bli belyst og problematisert.

Det jeg ønsker å finne ut av er om det finnes et teoretisk grunnlag for at helsepersonell kan holdes ansvarlig for å ha utført inngrep uten et gyldig lovgrunnlag.

1.2 Problemstilling

Feil og overtramp helsepersonell gjør i tjenesten sin i dag vil ofte enten medføre at institusjonen vedkommende arbeider hos blir sanksjonert gjennom foretaksstraff, eller at det aktuelle helsepersonellet kan holdes personlig ansvarlig dersom helsepersonellet har opptrådt

¹ LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov, «Grunnloven».

grovt uaktsomt eller med forsett.² På Sørlandet sykehus³ var situasjonen at en lege hadde utført en rekke operasjoner uten den nødvendige autorisasjonen på plass. Dette førte til dødsfall blant pasientene og flere feiloperasjoner og komplikasjoner ved inngrepene, og Helsetilsynet valgte å anmelde sykehuset, som ble siktet. Politiet henla straffesaken, men Statsadvokaten omgjorde vedtaket og gav sykehuset en million kroner i foretaksstraff.

Politiet har også jobbet med en tiltale som går på legens personlige ansvar, men de har ikke ønsket å gå ut med detaljene i tiltalen. Siktelsen gikk på at legen hadde gitt uforsvarlig helsehjelp. Av artikkelen går det frem at den mulige strafferammen er maksimalt 3 måneder i fengsel eller bøter.⁴

Det personlige ansvaret for helsepersonell er ikke problematisert i noen særlig grad tidligere,⁵ og i Helsetilsynets rapport⁶ hvor de vurderte problemstillingen, så kom de frem til at helsepersonell som har utført uforsvarlig helsehjelp må få veiledning og tilbakemelding på en slik måte at feil ikke skjer igjen. Helsetilsynet mener at det bør være nok å gi advarsler og peke på hvordan helsepersonellet burde ha håndtert situasjonen. De peker også på at selv med grove feil i tjenesten, så kan det være situasjoner hvor advarsler ikke er nødvendig, så lenge helsepersonellet erkjenner at det er gjort en feil eller at handlingen er et enkelttilfelle. Videre peker Helsetilsynet på at i de mest alvorlige sakene så vil det være aktuelt å trekke tilbake autorisasjonen. Dette er dog bare i saker hvor Statens Helsetilsyn mener at helsepersonellet også i fremtiden kommer til å utgjøre en fare for pasienttryggheten. De eventuelle reaksjonene

² Kari Jeppestøl Artzen, «Politiet har tatt ut tiltale mot legen som har feiloperert», 01.04.2022. Tilgjengelig fra <https://www.nrk.no/sorlandet/politiet-har-tatt-ut-tiltale-mot-legen-som-har-feiloperert-1.15789495>. Lest 24.03.2022 og Lov av 1999-07-02-64 om Helsepersonell «Helsepersonelloven» § 67.

³ Artzen.

⁴ Artzen.

⁵ For eksempel vil et søk på «Helsepersonells ansvar ved feil» på Google gi 807.000 resultater av 01.03.2022 (0,42 sekunder). Dette er få resultater og treffene som kom opp var i stor grad henvisninger til lovdata, helsedirektoratet eller diverse foreninger som i liten grad virker interesserte i å gå inn på hvilket ansvar som eventuelt eksisterer, men heller fokuserer på forsvarlig og omsorgsfull hjelp. For meg er dette et interessant funn og viser at det personlige ansvaret for helsepersonell ikke er problematisert i noen særlig grad tidligere.

⁶ Helsetilsynet «Når helsepersonell gjer feil» (2009) Tilgjengelig fra https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/tilsynsmelding/2009/helsepersonell_gjer_feil.pdf Lest 23.03.2022. Heretter Helsetilsynets rapport.

er tatt inn for å rette opp i tapt tillit til helsetjenesten, både for pasienter, pårørende og samfunnet for øvrig. Reaksjonene skal også ha et preventivt formål ved å signalisere til annet helsepersonell at man ikke skal gjøre slike feil i jobben sin.⁷

I en annen artikkel i *Tidsskriftet for Norsk Legeforening* gir Liv Ellen Vangsnes, overlege på Sykehuset Østfold, uttrykk for at «å straffe helsepersonell vil gjøre mer skade enn gagn. Skal vi minimere risikoen, bør vi bygge en kultur for læring, ikke for straff».⁸ Vangsnes argumenterer for at et eventuelt straffeansvar vil føre til dårligere helsetilbud, høyere dødelighet og mindre tilfreds helsepersonell. Hun peker på en rekke politiske avgjørelser og omstendigheter, som kan gi en mulig forklaring på feil som oppstår på arbeidsplassen og Vangsnes mener at disse ligger utenfor helsepersonellens ansvarsområde. Overlegen skriver også at helsepersonellet blir straffet på en tilfredsstillende måte gjennom skyldfølelse, skam og sorg, ved eventuelle konsekvenser av feilene som skjer.

Tilsynelatende virker det som om helsepersonell har en slags beskyttelse mot å holdes personlig ansvarlig for feil de gjør i tjenesten sin. Ved forsett eller grov uaktsomhet, kan det virke som om det typiske eksemplet er at de kan bli fratatt autorisasjonen sin og dermed miste retten til å drive klinisk innenfor sitt fagfelt. Alternativt kan de få en bot eller fengsel i opptil 3 måneder, eller at foretaket de jobber hos, får en straff. Ved feil de gjør uaktsomt, eller ikke faglig uforsvarlig, er bildet langt mer uklart.

1.3 Avgrensning

Temaet i oppgaven har mange berøringspunkt som spenner vidt mellom rettsområder og problemstillinger. En hensiktsmessig avgrensning er derfor viktig for å få riktig struktur og innhold i oppgaven.

Jeg velger å avgrense oppgaven mot handlinger som er definert som «helsehjelp» i helsepersonelloven.⁹ Hjemmel for å utføre helsehjelp vil normalt ha grunnlag i lovverket fra før, og er derfor ikke interessant for problemstillingen.

⁷ Helsetilsynets rapport.

⁸ Liv-Ellen Vangsnes «Når det går galt» (2019). Tilgjengelig fra <https://tidsskriftet.no/2019/12/fra-redaktoren/nar-det-gar-galt>. Lest 23.03.2022.

⁹ Helsepersonelloven § 3, tredje avsnitt.

Av denne grunn vil oppgaven også bli avgrenset mot psykiatriske avdelinger. I spesiallovgivningen er det ofte grunnet områdets natur gitt klare hjemler for når helsepersonell kan gå inn å bruke tvang og hvilke vilkår som gjelder for disse tilfellene.¹⁰

I oppgaven avgrenses det også mot virkninger av det personlige ansvaret, dersom konklusjonen blir at helsepersonell kan holdes personlig ansvarlig for tvangshandlinger de utfører uten gyldig hjemmelsgrunnlag. Dette gjelder både for det strafferettslige ansvaret og det erstatningsrettslige ansvaret. Det er altså den teoretiske adgangen til å holde helsepersonell ansvarlig som er det interessante.

Helsepersonell er en spesielt interessant gruppe å skrive om, da hjemmelsgrunnlagene til handlinger de utfører daglig er uklare og vanskelige å forholde seg til. Det gjelder både for pasientene og helsepersonellet. Oppgaven vil dreie seg om helsepersonell spesifikt, istedenfor alle tenkelige offentlige tjenstepersoner. Dette valget er tatt for å unngå en oppgave som favner for vidt og som vil gjøre en naturlig avgrensning vanskelig.

2 Handlingene

2.1 Innledning

Når man som privatperson fungerer i det daglige, utfører man en rekke handlinger som mer eller mindre havner i samme bås. Man skifter en lås, maler en vegg, går tur med bikkja, kjører til butikken eller tar inn posten.

Når man som helsepersonell fungerer i sin daglige jobb, utfører man også en rekke handlinger, men skillet mellom disse handlingene kan være vanskelig å definere på en god måte. Et åpenbart eksempel er helsehjelp, som definert i punkt 1.3, som typisk vil være en tjenestehandling som man utfører på jobb for å oppfylle et lovpålagt ansvar fra arbeidsgiveren din. Dette vil typisk være forskjellige former for hensynsfull og omsorgsfull pleie for å ivareta pasientenes beste. Et annet eksempel er private handlinger som vi gjør på jobb, fordi vi er mennesker. Det kan være å ta en kaffekopp, gå på toalettet eller prate med en kollega. Det kan også være klanderverdige private handlinger. Det kan være tyveri rettet mot pasientene, seksuelle overgrep eller verbal mishandling. Dette er handlinger som ikke er akseptable, og et

¹⁰ Lov av 1999-07-02-62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. «Psykisk helsevernloven».

eksempel på hvor terskelen mellom hva som er akseptabelt og ikke går, kan man finne i arbeidsgiveransvaret jf. skadeerstatningsloven § 2-1.¹¹

Poenget med eksemplene over er at det finnes et skille mellom tjenestehandlinger og private handlinger. Tjenestehandlinger vil på den ene eller andre måten alltid tjene et formål for arbeidsgiveren, i motsetning til private handlinger ikke utføres med et formål om å tjene arbeidsgiver. Noen av disse tjenestehandlingene vil helt åpenbart være i kjernen av helsepersonellens yrkesutøvelse og dette er ofte den ytelsen av helsehjelp som har klar lovhjemmel. Det interessante for denne oppgaven er de tjenestehandlingene som ligger i utkanten av helsepersonellens yrkesutøvelse og som ofte har en langt mer uklar lovhjemmel.

Både Sårstelldommen¹² og Sprøytedommen¹³ er dommer som på hver sin måte eksemplifiserer skillet for hvordan en tjenestehandling skal forstås på, på en god måte. I Sårstelldommen er selve tjenestehandlingen helsepersonellet utfører ikke problematisert i noen særlig grad. På den annen side er det i Sprøytedommen levnet lite tvil om at tjenestehandlingen som ble utført, ikke kunne være godtatt handling av politibetjenten. Hvorfor er det slik?

I Sårstelldommen dreide saken seg om et kommunalt sykehjem hadde lov til å skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer på en pasient mot hans vilje. Saken handler altså om helsepersonell som utfører en handling rettet mot en pasient, og handlingen vil derfor alltid direkte involvere en eller flere personer som utfører bytte av bandasje m.m og en person som mottar behandlingen. I Sårstelldommen var det slik at det var flere subjekter som det måtte tas hensyn til – typisk de andre pasientene på institusjonen, eller det andre helsepersonellet som arbeider på arbeidsplassen.

I Sprøytedommen var saken at «B» skulle uttransportertes med fly fra Norge til Gambia av fem polititjenestemenn, hvor «A» var den ansvarlige tjenestemannen for uttransporteringen. Ved et tidligere forsøk på uttransportering hadde «B» satt seg kraftig til motverge og måtte bli brakt tilbake til politihuset. For å unngå en lignende situasjon hadde A tatt kontakt med

¹¹ LOV-1969-06-13-26 Lov om skadeserstatning «Skadeerstatningsloven» § 2-1, første avsnitt.

¹² Rt. 2010 s. 612.

¹³ Rt. 1995 s. 20.

politilegen, dr. Ikdahl, som sa seg villig til å møte opp på Fornebu for å foreta en eventuell medisinerings av B, dersom det ble nødvendig for at uttransportering skulle være mulig.

Da følget ankom Fornebu, satte B seg til kraftig motverge og tjenestemennene fikk B inn på cellen politiet hadde tilgjengelig. Der prøvde dr. Ikdahl å få kontakt med B, men lyktes ikke med det. Ikdahl satte da en sprøyte med 50 milligram Nozinan på B og ved injeksjonen ble det ikke brukt *«særlig mye fysisk makt»*.

Etter at den første injeksjonen var satt forlot Ikdahl Fornebu, men overlot A *«tre eller fire ampuller med 25 mg Nozinan, pluss to engangssprøyter»*. Høyesterett legger til grunn at det var Ikdahl som tok initiativet til dette.

På vei fra cellen og ut til flyet satte B seg på nytt kraftig til motverge. I frykt for å bli avvist av flykapteinen igjen, besluttet A å gi B ytterligere to ampuller med Nozinan. Under denne tvangsmedisinerings satte B seg kraftig til motverge og måtte bli holdt nede på gulvet med kraft av resten av tjenestemennene som bisto A. Etter denne injeksjonen fikk de B inn på flyet og resten av reisen gikk *«i det vesentlige greit»*.

Oppsummert har politibetjenten utført en handling som innebærer å foreta en injeksjon med en sprøyte som inneholder et beroligende middel til en mann. Denne handlingen er rettet mot en annen person, som vil gjøre politimannen som utfører handlingen og mannen handlingen blir utført mot, til subjektene i saken.

Tilsynelatende er disse handlingene like i sin natur. Det er handlinger som blir utført av en myndighetsperson under utøvelsen av jobben sin, på vegne av institusjonen de jobber for. Begge handlingene kan ved første øyekast gå under definisjonen helsehjelp og ses på som et nødvendig tiltak for å kunne utføre jobben sin.

I Sårstelldommen er det viktig å påpeke at det dreide seg om et søksmål mot kommunen. Dermed var ikke politiet inne i bildet, som de var i Sprøytedommen, og det ble aldri vurdert et personlig ansvar. Dommen illustrerer allikevel et poeng; dersom mindretallet hadde nådd frem med argumentasjonen sin om at det ikke fantes hjemmel for handlingene, kunne da sykepleieren holdes ansvarlig? Hvorfor valgte Høyesterett de linjene de valgte, og hvordan kom de frem til avgjørelsene? Hva skiller disse handlingene fra hverandre?

2.2 Formålet med handlingene.

2.2.1 Sprøytedommen

I Sprøytedommen er det lett å se for seg at handlingen politimannen utførte mot mannen, var opplevd som nødvendig for politimannen i situasjonen han kom opp i for å kunne fullføre jobbeskrivelsen sin. Førstevoterende skriver helt tydelig i dommen at handlingen var uten lovhjemmel og for å vurdere hvordan handlingen står seg, må man se på formålene bak hvorfor handlingen ble utført.

I dommen er det tydelig at selve injeksjonen ikke har et behandlingsformål. Det kommer heller ikke frem av dommen at politimannen gjennomførte injeksjonen i den tro at selve innholdet ville bedre mannens generelle helse, fordi han for eksempel hadde et illebefinnende, eller at han utførte handlingen som et ledd i en medisinsk behandling av mannen.

Oppsummert vil ikke handlingen om å injisere mannen med et legemiddel, sies å ha vært objektivt nødvendig for politibetjenten å utføre. På tross av dette, oppleves ikke selve handlingen som et misbruk. Politibetjenten opplever at handlingen er nødvendig for at han skal kunne utføre jobben sin og dermed måtte sette sprøyten. Formålet med handlingen var ikke at politibetjenten skulle ta en slags hevn på mannen eller at politibetjentens jobb i det vesentlige skulle bli enklere. Politimannen gjorde handlingen han tenkte var nødvendig for å utføre tjenesten sin.

Konsekvensen av dette er at politibetjenten har opptrådt faglig forsvarlig, eller i det minste ikke faglig uforsvarlig. Han har opptrådt uten at terskelen for nødrett er oppfylt og da må man kunne si at han har opptrådt uaktsomt, ettersom han har opptrådt uten hjemmel. Dette vil bli nærmere redegjort for senere i oppgaven, men helt kort vil kravene til politibetjenten skjerpes i kraft av at han har en solid utdannelse og opplæring i akkurat disse type situasjonene i forkant. Dermed burde man kunne stille høye krav til aktsomheten vedkommende utviser i utfordrende situasjoner.

Handlingen var med andre ord ikke faktisk nødvendig for å fullføre oppdraget, men objektivt sett er det heller ikke grunnlag for å si at handlingen, og måten den ble utført på, skulle være et misbruk av mannen.

Det betyr at politibetjenten i Sprøytedommen ble holdt personlig rettslig ansvarlig for å ha opptrådt uaktsomt i situasjonen og fikk en bot på 5.000 kroner.

2.2.2 Sårstelldommen

I Sårstelldommen er formålsbetraktningene mindre oversiktlige enn i Sprøytedommen. Handlingen, som blir beskrevet i dommen, er helt klart gjort i tråd med formålet bak hvorfor man utfører helsehjelp og dens definisjon som nevnt i punkt 1.3.

Pleierne utførte hjelpen fordi de opplevde det som nødvendig for pasientens beste. Formålet med hjelpen pleierne utførte var ikke for å plage pasienten. Dette på tross av pasientens forståelse av situasjonen. Pleierne skulle heller ikke ta noen form for hevn eller påføre pasienten et spesielt ubehag. De gjorde det de kunne for å gjøre handlingene så skånsomme og lite inngripende som mulig.

Fra dommen kommer det også frem at hensynet til de andre pleierne på sykehjemmet og resten av pasientene på sykehjemmet, måtte vektlegges i avgjørelser for hvorfor handlingen kunne godkjennes. Oslo kommune har i sin påstand skrevet:

«Vilkår knyttet til stell og pleie er fullt ut i tråd med helsetilbudets formål, og er ikke uforholdsmessig tyngende. Ved å takke ja til sykehjemsplassen forplikter derfor A seg til å akseptere sykehjemmets retningslinjer for skifte av sengetøy, kroppsvask og sårpleie. Han må ut fra sin helsesituasjon og mangel på førlighet også tåle at de hygieniske behov ivaretas for ham, om nødvendig i strid med hans egne ønsker. De hygieniske tiltakene er påkrevd av hensyn til et forsvarlig arbeidsmiljø for pleierne».

Etter dommen har Høyesterett i stor grad sagt seg enige i disse betraktningene fra Oslo kommune. Formålet med handlingen til pleierne som tok seg av pasienten, strakk seg med andre ord også til den generelle velværen til de andre pleierne på arbeidsplassen og til resten av pasientene på sykehjemmet.

Oppsummert vil ikke selve handlingen om å foreta sårstellet og bytte av bandasjene være objektivt nødvendig for helsepleierne å utføre. Det var ikke utredet godt nok om dette var en nødvendig handling for å redde livet til pasienten, noe som kunne vært et mulig hjemmelsgrunnlag gjennom nødrettsbetraktninger.

Høyesterett kom, under skarp dissens, frem til at pleierne hadde en hjemmel for å gjennomføre tvangsvaskingen, noe som senere har blitt kraftig diskutert og kritisert.¹⁴

Etter å ha lest annenvoterende sin begrunnelse for hvorfor han mener at det ikke forelå hjemmel, er det vanskelig å skjønne hvordan dommen kan stå slik den gjør nå.

Annenvoterende har i sin oppsummering av hvorfor bruk av slik tvang ikke kan godkjennes, skrevet at:

*«Ved utøvelse av tvang overfor A er det ingen lovbestemte vilkår, formkrav eller kontrollregler. Man må være svært tilbakeholden med å innfortolke rett til å benytte tvang, hvor disse rettssikkerhetsgarantiene ikke er etablert».*¹⁵

Jeg mener at annenvoterende gjennom begrepsbruken i avsnittet over viser at han har kontroll over EMD-retten og deres linje i lignende saker. Både bruken av ordene «kontrollregler» og «rettssikkerhetsgarantier ikke er etablert» viser et syn som er helt i tråd med avgjørelsen som ble tatt av EMD i H.L mot Storbritannia (45408/99 dom av 5 oktober 2004), som omtales senere i oppgaven.¹⁶

Ifølge dommen kan man si at helsepleierne nok har opptrådt faglig forsvarlig, eller i det minste *ikke faglig uforsvarlig* under sin behandling av mannen. Forskjellen mellom forsvarlig og ikke faglig uforsvarlig, blir satt på spissen av mindretallet som i dommens avsnitt 43 og 44 skriver:

«Sårstellet er åpenbart langt mer belastende og beskrives av As i hans erklæring for Høyesterett slik:

«Stell av mine sår kan gjøre vondt, noen ganger svært vondt. Noen ganger orker jeg ikke belastningen det innebærer å gjennomføre sårstell, herunder

¹⁴ Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik, «'Huleboerdommen' (Rt 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?» (2011), s. 283, Alice Kjellevold og Henriette Sinding Aasen, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612» (2011), s. 50, Aslak Syse «'Huleboerdommen' (LoR 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar» (2011), s. 628, Erik Monsen, «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt. 2010 s. 612» (2013), s. 419, Bjørn Henning Østenstad, «Sårstelldommen (Rt-2010-612) – prejudikat for kva?» (2014) s. 428 og 500.

¹⁵ Rt. 2010 s. 612, avsnitt 53.

¹⁶ H.L mot Storbritannia (45408/99 dom av 5 oktober 2004).

skifte av bandasjer, rensing av sår med videre. Dessuten opplever jeg min almenntilstand som svært varierende. Når jeg ikke føler meg vel, orker jeg i alle fall ikke merbelastningen det medfører å skulle skifte bandasjer, samt rense sårene. Når pleierne skifter bandasjer, innebærer det for meg at de river opp hud/vev. Grunnen er at bandasjen oftest sitter fast i såret. Dette er forferdelig vondt, noen ganger så vondt at jeg føler at jeg skal besvime.

As forklaring får på dette punktet støtte av professor dr med. Bjørg Marit Andersen, som i en erklæring til bruk for Høyesterett bekrefter at stell av sår kan være forbundet med sterke smerter.»

En slik handling mot mannen vil etter denne forklaringen ikke nødvendigvis være faglig forsvarlig, da det kan tenkes andre måter eller hjelpemidler for å gjøre at det oppleves mer skånsomt for mannen. Med formålet med behandlingen tatt i betraktning, vil det være vanskelig å si at stellet var *faglig uforsvarlig*. Grensen mellom hva som bør og kan bli definert som helsehjelp blir også noe mer uklart med beskrivelsen fra «A» og dr. Bjørg Marit Andersen.

I dommen konstruerte Høyesterett en hjemmel til pleierne som utførte handlingene på mannen. Dette førte til at pleierne ikke kunne bli holdt personlig ansvarlig etter Helsepersonelloven § 67 og at sykehjemmet ikke kunne bli holdt ansvarlig som foretak.

Om vi legger til grunn et mer moderne syn på legalitetsprinsippet vil man kunne si at pleierne opptrådte uten at terskelen for nødrett var oppfylt og at de derfor opptrådte uaktsomt på grunn av at de ikke hadde hjemmel for handlingene de utførte. Som i Sprøytedommen vil det være vanskelig å si at handlingen faktisk var nødvendig og det er også vanskelig å si at selve handlingen var et misbruk, på tross av As forståelse av situasjonen. Dette kan begrunnes i formålene bak hvorfor pleierne utførte handlingene.

Oppsummert, om man holder disse dommene opp mot hverandre, er det etter mitt skjønn en klar forskjell i formålene bak handlingene til politimannen og helsepleierne, og at dette er hovedgrunnen til at Høyesterett behandlet sakene så forskjellig. Av Sprøytedommen er det klart at politimannen ikke hadde et behandlingsformål eller et sikkerhetsformål. I Sårstelldommen er det klart at handlingene pleierne utførte både hadde et behandlingsformål, men også et opplevd sikkerhetsformål for pleierne.

Det kan også argumenteres for at den tvilsomme hjemmelen Høyesterett kom opp med i Sårstelldommen, er et uttrykk for at formålet bak handlingene helsepersonellet utførte, ble sett på som såpass beskyttelsesverdige at de tok seg friheter som nok ikke hadde stått seg rettslig med dagens forståelse av legalitetsprinsippet.¹⁷

Det spennende fra Sårstelldommen er at helsepersonell som utøver tvang i prinsippet gjør en straffbar handling, men har man en hjemmel, kan det være en straffritaksgrunn. Har man ikke lovhjemmel, mangler straffrihetsgrunnen og da *kan* man straffes etter straffelovens regler. I denne dommen er man i et skjæringspunkt mellom mange av disse momentene og vurderingene, og dommen gir ikke et klart svar på eller konstaterer en klar rettstilstand, som gir oss svar på hvordan slike situasjoner best skal bli løst.

2.2.3 Nødverge

Formålet med handlinger som faller inn under nødrettsdefinisjonen er typiske handlinger som har et sikkerhetsformål: enten for en tredjepart eller direkte for subjektet som handlingen retter seg mot. Utløser en slik handling nødrettsvilkårene i straffeloven vil handlingen være lovlig, og kravet til hjemmel i situasjonen vil være oppfylt.¹⁸ I situasjoner hvor vilkårene til nødrett er oppfylt vil altså handlingen alltid objektivt sett være nødvendig å utføre.

Nødrettsbetraktninger er tatt med av Høyesterett i Sprøytedommen hvor de uttaler:

«For ordens skyld peker jeg på at nødretts- eller nødvergebetraktninger her ikke ga hjemmel. Medisineringen ble ikke foretatt for å avverge noen farlig situasjon. At uttransport tidligere var forsøkt og tvangsmedisinering eventuelt fremsto som nødvendig for å få oppdraget gjennomført, kunne heller ikke danne grunnlag for noen nødrett.»

Som Høyesterett uttaler kan ikke injeksjonen sies å ha hatt et sikkerhetsformål.

Førstevoterende henviser til at uansett hvor nødvendig handlingen fremstår for å få fullført oppdraget, så kan ikke det *i seg selv* være nok til å danne et grunnlag for at handlingen er godkjent etter nødrettsbetraktninger.

Det vil også være naturlig å legge til at det eksiterte gode alternative handlinger til den handlingen politimannen valgte å bruke. Betjentene kunne brukt mer tid på å snakke med

¹⁷ En slags konstruert ratio decidendi.

¹⁸ Lov av 2005-05-20-28 om straff «Straffeloven». §§ 17 og 18.

mannen og roe han ned, eller ta han med tilbake til stasjonen og prøve uttransporteringen på et senere tidspunkt.

Også i Sårstelldommen nevner både flertallet og mindretallet i henholdsvis avsnitt 35 og 48 at etter forarbeidene til helsepersonellovens § 7 og etter deres forståelse av disse forarbeidene, må nødrett kunne sies å være en historisk adgang for helsepersonell til å utføre tvang i tjenesten sin.¹⁹

Prejudikatsverdien som Sårstelldommen gir, må følgelig sees i sammenheng med forståelsen av helsepersonelloven § 7, som regulerer helsehjelp. Det betyr at nødrettsbetraktningene som er tatt med inn i dommen, kun begrenses til tilfeller hvor det utøves helsehjelp og er ikke et uttrykk for en generell ulovfestet nødrettadgang for helsepersonell. Sagt på en annen måte vil det være slik at i en situasjon hvor en annen pasient på sykehjemmet blir angrepet eller at helsepersonellet selv befinner seg i en nødssituasjon, så vil ikke Sårstelldommen kunne være et hjemmelsgrunnlag for å agere mot vedkommende, med støtte i nødrettsbetraktninger. Vanlige nødrettsbetraktninger kan selvsagt fortsatt gjøre seg gjeldende og dermed være et hjemmelsgrunnlag, men dommen i seg selv retter seg kun mot tilfeller hvor nødssituasjonen omhandler helsehjelp.

Høyesterett valgte heller ikke å behandle helsepersonelloven § 7 inngående. De holdt den for eksempel ikke opp mot Europarådets konvensjon om biomedisin og menneskerettigheter, som i artikkel 8 stiller et årsakskrav mellom nødssituasjonen og det manglende samtykket.²⁰ I denne situasjonen var neppe dette årsakskravet oppfylt, og dermed kunne ikke bestemmelsen brukes som hjemmel i denne situasjonen.

2.3 Kategorisering av handlingene

For å oppsummere og rydde i disse dommene og sette handlingene inn i et hensiktsmessig perspektiv er det viktig å skape et naturlig skille mellom handlingene som utføres.

¹⁹ Om lov om helsepersonell av Sosial og helsedepartementet. Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s.219 og 220 og Helsepersonells rettigheter og plikter av Sosialdepartementet. NOU 1993:33 s. 181. og Spesialisthelsetjenesten m.m. og Spesialisthelsetjenesten m.m. Utkast til lov med motiver. NOU 1991:7 på s. 191 avsnitt 4.

²⁰ 04-04-1997 nr 1 Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og menneskets verdighet i forbindelse med anvendelsen av biologi og medisin: Konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin – ETS nr. 164 Artikkel 8.

En hver handling som helsepersonell utfører vil ha en opplevd nødvendighet for vedkommende som utfører handlingen. På tross av dette, er det ingen automatikk i at den opplevde nødvendigheten for helsepersonellet objektivt sett vil være nok til at handlingen er lovlig utført.

Jeg vil derfor foreslå en tredeling av handlingene helsepersonell utfører, for å klargjøre terskler og sette den opplevde nødvendigheten inn i rettslige sammenhenger som gir mening i et strafferettslig og erstatningsrettslig perspektiv.

2.3.1 Ikke faglig forsvarlig – grovt uaktsomt eller forsett

I tilfeller som nevnt i punkt 1.3 vil handlingene som blir utført objektivt sett ikke være nødvendige og dermed ikke følge kravene som er stilt opp til faglig forsvarlighet.²¹ Disse tilfellene vil ofte automatisk være grovt uaktsomme²² eller være utført med en form for forsett²³ og føre til et begrenset ansvar etter helsepersonelloven § 67.²⁴ Disse handlingene er ikke så aktuelle for problemstillingen, da det etter loven finnes en adgang til å ilegge helsepersonell personlig ansvar ved slike handlinger.

2.3.2 Ikke faglig uforsvarlig – uaktsomt

Denne kategorien er den mest interessante og aktuelle for oppgaven og vil være en sentral del av drøftelsen. Disse handlingene er tilfeller hvor helsepersonellet typisk ikke har opptrådt faglig uforsvarlig, men de har ikke hatt hjemmel for handlingen og terskelen for nødrett eller nødverge er heller ikke oppfylt. Det er som sagt få direkte rettskilder og føringer i loven på hvordan disse situasjonene skal behandles, men i oppgaven vil jeg argumentere for at

²¹ Helsepersonelloven § 4, første ledd.

²² Se Rt. 1991 s. 301 og Rt. 2007 s. 940 og HR-2020-111-U, avsnitt 17 og

Ny straffelov – alminnelige bestemmelser av justis- og politidepartementet. NOU 1992:23, kap 3.IV.7.3 s. 97-98. Nøyer meg med disse henvisningene for forståelsen av begrepet «grovt uaktsomt».

²³ Andorsen, Kjell: «Dolus Eventualis» – tolv år etter» (2009) Publisert i Jussens venner 2009 side 155- 180 - (JV-2009-155) og Andorsen, Kjell: «Dolus eventualis» (1996) Publisert i Jussens Venner 1996 s 116-135 - (JV1996-116) og Om lov om endringer i straffeloven av justis- og politidepartementet, kap 16.1 s. 397. Ot.prp. nr.22 (2008-2009) og Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff, av justiskomiteen, kap 9.3 s. 22-23. Innst. O. nr. 72 (2004-2005). Nøyer meg med disse henvisningene for forståelsen av begrepet «forsett».

²⁴ Helsepersonelloven § 67, første ledd.

Høyesterett, bevisst eller ubevisst, har gitt noen føringer gjennom avgjørelsene i Sprøytedommen, Sårstelldommen og EMD.

Handlingene som er beskrevet over vil ofte på lekmannsspråket bli forklart som at «alle tar dårlige beslutninger en gang iblant» eller at «dårlige beslutninger kan skje i stressede situasjoner».

2.3.3 Faglig forsvarlig – aktsomt

Handlinger som er gjort faglig forsvarlig og aktsomt, er heller ikke aktuelle for problemstillingen og oppgaven, da terskelen for nødrett ofte vil være oppfylt i disse tilfellene og dermed har helsepersonellet hjemmel for handlingen. Det er dermed ikke et omtvistelig element i håndteringen av situasjonen.

3 Legalitetsprinsippet i nasjonal og internasjonal rett.

3.1 Grunnloven § 113

På tross av oppgavens tema, vil ikke Grl. § 113 få like stor plass som ellers kanskje ville vært naturlig. Dette valget er tatt fordi at jeg i oppgaven er interessert i situasjoner som befinner seg «utenfor» virkeområdet til § 113. I oppgaven vil jeg finne ut av hvilken betydning det får for vedkommende som utfører inngrepet som er utenfor § 113, jeg vil ikke fastslå noen nærmere terskel for § 113. Det interessante med § 113 er at det finnes en terskel, noe som logisk vil føre til at enkelte handlinger er «innenfor» og andre handlinger er «utenfor» terskelen. En gjennomgang av den teoretiske diskusjonen rundt det formelle, prosessuelle og materielle lovkravet i Grl. § 113 vil jeg heller ikke ta stilling til, men dette vil bli knyttet opp mot EMDs praksis i et senere kapittel og bli aktualisert på den måten. Selve betydningen av Grl. § 113 vil jeg heller ikke ta stilling til. Interessante spørsmål knyttet til problematiseringen av bestemmelsen kunne vært hvorvidt myndighetene ikke kan gjøre handlinger de mener er nødvendige, eller om brudd på bestemmelsen utløser rettsvirkninger for den som utsettes for inngrep. Hovedpoenget er at vi snakker om handlinger som kunne hatt hjemmel, men som ikke har det.

De delene av Grl. § 113 jeg velger å ta med i oppgaven er den historiske utviklingen av bestemmelsen og hvilken påvirkning dette har fått for vår forståelse av hjemmelsgrunnlaget og en rask klargjøring av de sentrale vilkårene i bestemmelsen.

3.1.1 Utviklingen av Grunnloven § 113

Historisk sett har det ikke vært et klart hjemmelsgrunnlag for helsepersonell til å bruke tvang i tjenesten. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet sto ikke sterkt på begynnelsen av 1900-tallet og rettighetene til individer som var innlagt på institusjoner og hjem ble ikke ivarett systematisk av et overordnet regelverk. På generell basis støttet helsepersonell seg på den gamle straffelovens §§ 47 og 48 om henholdsvis nødrett og nødverge.²⁵

I forarbeidene uttaler utvalget²⁶ at: «*historisk sett har utfordrende tilrettelegging, blitt møtt med bruk av tvang*».²⁷ Helsepersonell har med andre ord hatt en generell adgang til å bruke tvang gjennom sitt yrke.

Som et annet eksempel på adgangen til å bruke tvangsmidler i utøvelsen av sitt yrke, har Jens Edvin Skoghøy trukket fram politiets ulovfestede generalfullmakt og viser til denne når han forklarer hvor lett man tidligere har tatt på lovhjemmelsgrunnlaget.²⁸ Denne generalfullmakten gjorde at politiet hadde relativt frie tøyler rundt sin egen forståelse av hva som var «*nødvendig for å utføre oppgaven*» sin. Skoghøy skriver at dette i stor grad bygde på forutsetninger i politiloven og politiinstruksen som tilsa at så lenge samfunnet har pålagt politiet bestemte plikter, så tilsa reelle hensyn og formålsbetraktninger at politiet måtte ha et stort handlingsrom i tjenesten.²⁹

Det vi kan lese ut av dette er at der hvor en ulovfestet praksis tidligere ble godkjent med bakgrunn i reelle hensyn og formålsbetraktninger, ble politiet nødt til å lage et tydeligere hjemmelsgrunnlag for å hjemle adgangen til tvangsbruk under utøvelsen av tjenesten sin.

Med den nye helsepersonelloven av 1999 ble mange problemstillinger og utfordringer helsepersonell møtte i tjenesten hjemlet i lov. Den tidligere ulovfestede praksisen rundt

²⁵ Jens Edvin A. Skoghøy (2018), Rett og rettsanvendelse. Oslo: Universitetsforlaget s. 56.

²⁶ Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten av helse- og omsorgsdepartementet. NOU 2019:14 s. 72.

²⁷ Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten, s. 72.

²⁸ Skoghøy, s. 56.

²⁹ Skoghøy, s. 56.

adgangen til å påberope seg nødrett i utfordrende situasjoner ble derimot ført videre, med støtte i forarbeidene.³⁰

Her uttales blant annet:

«Forslaget her har samme materielle innhold, men er formulert annerledes. Hvis det ikke er mulig å innhente samtykke, vil behandlingen måtte funderes på et annet gyldig rettsgrunnlag, som f.eks. nødrett i hastesituasjoner»..

*«Dette er i overensstemmelse med alminnelige nødrechtsbetraktninger og den interesseavveining som da finner sted».*³¹

Dette viser at det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet ikke hadde et sterkt vern på dette tidspunktet, og det ulovfestete grunnlaget om nødrett ble akseptert både i forarbeidene og i etterfølgende praksis.³² Det førte til en praksis hvor helsepersonell i sitt daglige arbeid utførte en rekke handlinger, hvor hjemmelsgrunnlagene for handlingene var svake eller uklare.

I 2014 ble Grunnloven reformert. Med denne reformen ble legalitetsprinsippet innenfor forvaltningsretten grunnlovsfestet. Grl. § 113 knesetter:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».

Dette førte til en klar skjerping av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp. I bestemmelsen ligger det to vilkår. For det første innebærer det formelle vilkåret at inngrepet må være forankret i lov av Stortinget. For det andre går det materielle vilkåret på at inngrepet må være nærmere beskrevet i en bestemmelse, og at bestemmelsens ordlyd skal være det sentrale tolkningsmomentet ved forståelsen av hva man har hjemmel til.

³⁰ Helsepersonells rettigheter og plikter av Sosialdepartementet, s.179-180. NOU 1993:33 og Om lov om helsepersonell m.v av sosial- og helsedepartementet Ot.prp.nr.13 (1998-1999).

³¹ Om lov om helsepersonell m.v av sosial- og helsedepartementet s. 218. Ot.prp.nr.13 (1998-1999).

³² Rt. 2010 s. 612, avsnitt 30-36.

I rapporten fra menneskerettighetsutvalget ble det slått fast at det man ønsket å oppnå ved å grunnlovfeste det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp var å kodifisere den tidligere praksisen, og ikke nødvendigvis endre den tidligere praksisen.³³

Dette gir oss ingen sterk pekepinn verken den ene eller andre veien, men da er det interessant å se på rettspraksisen fra tiden før og etter endringen, som klart viser at legalitetsprinsippet praktiseres strengere nå enn tidligere.

I Sårstelldommen åpner Høyesterett for at tvangsinngrep kan iverksettes overfor individer, så lenge noen vilkår foreligger etter en helhetsvurdering. Vilkårene var blant annet at det ikke skulle oppleves urimelig byrdefullt og at stellet kunne gjennomføres så skånsomt som mulig. Høyesterett la også vekt på forvaltningen sin åpning til å tillegge vilkår for tjenestetilbudet de tilbyr, som en del av forvaltningens frie skjønn. De la vekt på at en sammenheng i forskjellige rettsgrunnlag kunne kumulere en hjemmel for forvaltningen når det gjaldt inngrep med tvangselementer. Dommen ble avsagt i skarp dissens og har senere blitt sterkt kritisert, men rettsregelen man kan utlede fra dommen er at straffelovens §§ 17 og 18, må kunne brukes i enkelte tilfeller.³⁴

I en senere dom, Rt. 2014 s. 1105, kom Høyesterett fram til at overskuddsmaterialet ikke kunne benyttes som bevis i retten, med hjemmel i straffeprosessloven § 216i, bokstav d.³⁵ Det var i strid med loven og dermed også i strid med EMK artikkel 8³⁶ og SP artikkel 17.³⁷ Fortsatt bruk av overskuddsmateriale ville representere en ytterligere rettskrenkelse etter Grl. §§ 102 og 113.

Høyesterett uttaler i avsnitt 24:

³³ Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven av Stortingets presidentskap. Dok.nr.16 (2011-2012) s. 256-260.

³⁴ Rt. 2010 s. 612, avsnitt 35 fra flertallets votum og avsnitt 48 fra mindretallets votum.

³⁵ LOV-1981-05-22-25 om rettergangsmåten i straffesaker «Straffeprosessloven), § 216i, bokstav d.

³⁶ Lov-1999-05-21-30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett «Menneskerettsloven», artikkel 8.

³⁷ Menneskerettsloven, Vedlegg 6 «Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og protokoller», artikkel 17.

«Politiets innhenting, oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er integritetsinngrep som bare er tillatt dersom, og utelukkende i den utstrekning, dette har hjemmel i lov, direkte eller ved forskrift med hjemmel i lov. Dette følger allerede av det alminnelig legalitetsprinsippet som er etablert ved konstitusjonell sedvanerett, og som nå kommer til uttrykk i Grunnloven § 113, som sier: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov»».

Videre i avsnitt 50:

«Lagringen var etter 15 august 2011 og frem til 13 september 2013 i strid med loven, og dermed også i strid med EMK artikkel 8 og med SP artikkel 17. Politiet hadde i mer enn to år en lovbestemt plikt til å tilintetgjøre materialet. Hadde plikten vært overholdt, ville spørsmålet om å bruke dette som bevis ikke kunnet oppstå i ettertid. I dette ligger ikke bare et visst tilbakevirkningselement. Tillates materialet nå benyttet som bevis i straffesaken, vil denne bruken utgjøre en gjentatt rettskrenkelse, jf nå også Grl. § 102 og Grl. § 113».

Allerede her ser vi en dreining mot en strengere håndheving av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet. Det er også interessant å merke seg at førstevoterende i begge dommer er dommer Bårdsen og at han på fire år har fulgt rettsutviklingen og justert sin oppfatning av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.

Denne forståelsen av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet har blitt videreført i en rekke dommer. Det mest fremtredende eksempelet er kanskje HR-2016-1833-A, hvor politiet ble nektet å bruke fingeravtrykket til siktede for å låse opp telefonen sin, da ordlyden av «kroppslig undersøkelse» i straffeprosessloven. § 153 ikke kunne sies å omfatte inngrepet politiet ønsket å gjennomføre.³⁸

Oppsummert stiller Høyesterett opp et langt strengere krav til klar og tydelig lovhjemmel når det gjelder inngrep fra forvaltningen mot enkeltindivider nå enn tidligere.

I tråd med utviklingen av nasjonal rett i lys av internasjonal rett, må man ta hensyn til hvordan disse spørsmålene blir behandlet i EMD.

³⁸ HR-2016-1833-A, avsnitt 19-21.

Systemet i EMD er annerledes bygget opp enn det vi er vant til i norsk rett. Det første man må klargjøre er hvorvidt handlingen representerer et inngrep i en rettighet forankret i EMK. Hvis ja, må man finne ut om inngrepet kan rettferdiggjøres.

For at et inngrep skal være rettferdiggjort, må det finnes en klar lovhjemmel for inngrepet, man må finne ut av om inngrepet er i tråd med lovens formål, og man må foreta en forholdsmessighetsvurdering og proporsjonalvurdering av inngrepet.³⁹

Lovkravet er også annerledes. I Norge er vi vant til at lover blir til ved at de blir vedtatt av Stortinget. I EMK-retten driver domstolene rettsutviklingen og setter rettslige skranker. Et formelt lovkrav vil derfor bli kunstig i EMD-retten.

I saken H.L mot Storbritannia var det snakk om en pasient med autismediagnose som var innlagt på et hjem og ble sett på som en frivillig pasient. Klager i saken hadde redusert samtykkekompetanse og kunne forvente en tvangsinnleggelse om han skrev seg ut eller gjorde et forsøk på å rømme. EMD kom derfor til at klager måtte anses som frihetsberøvet og at det dermed forelå et inngrep etter EMK artikkel 5.

Måten EMD gikk fram på var først å sjekke om det eksisterte en hjemmel for å foreta en frihetsberøvelse i Storbritannia. Det forelå ikke en hjemmel for å foreta en frihetsberøvelse, så da pekte Storbritannia på at man har «principle of necessity» som et generelt prinsipp i slike saker. Det sentrale poenget her er at «the principle of necessity» må forstås på akkurat samme måte som straffeloven §§ 17 og 18 om nødrett og nødverge i norsk lov.

EMD godtok denne argumentasjonen til en viss grad, men satte to kvalitative krav. For det første må det stilles krav til forutsigbarhet. Er det forutsigbart at en person i denne situasjonen kommer til å løse situasjonen på den måten den ble løst på? I de aller fleste tilfellene vil svaret på dette spørsmålet være «ja». For det andre må det foreligge tilstrekkelig rettssikkerhetsgarantier. Her kom EMD fram til at det på ingen måte forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier. De aller fleste avgjørelsene og vurderingene om hvorvidt bruk av nødverge eller nødrett er nødvendig, skjer inne på en lukket anstalt, helt uten mulighet til å overprøve eller etterprøve sider ved saken for de som får tvangen brukt mot seg.

³⁹ Menneskerettsloven, artikkel 8.

Dette trekker i retning av at tvangsmidler brukt inne på lukkede institusjoner uten noen form for kontrollsjekk av inngrepene, sjeldent vil utløse de nødvendige rettssikkerhetsgarantiene for de innsatte etter EMK og oppfyller dermed ikke EMK sitt krav til rettssikkerhetsgarantier og vil dermed ikke være et legitimt inngrep.

3.2 Innholdet i Grunnloven § 113

3.2.1 «Myndighet»

En naturlig språklig forståelse av ordet «myndighet» tilsier at det bør være snakk om en slags institusjon eller en skikkelse som «står over deg» i rang og har et mandat til å dømme individer i et samfunn og tillegge plikter eller rettigheter til individer.

Forståelsen av myndighetsbegrepet i Grl. § 113 må sees i sammenheng med myndighetsbegrepet i Grl. § 92. I forarbeidene til Grl. § 92 er myndighetsbegrepet kartlagt slik: «statens myndigheter er pliktsubjektet til rettigheten» og at «statens myndigheter både har plikt til å respektere rettighetene og plikt til å sikre gjennomføringen av dem». ⁴⁰

Den naturlige språklige forståelsen av «myndighet» og forarbeidene sin definisjon virker å være samstemte i hva som må forstås som en «myndighet» etter Grl. § 92 og dermed Grl. § 113.

Bortsett fra disse definisjonene, virker det ikke som om uttrykket «myndighet» er særlig problematisert eller diskutert i forarbeidene, men det finnes rettspraksis som definerer begrepet nærmere og gir et klarere bilde på hvordan uttrykket «myndighet» må forstås.

En eldre forståelse av uttrykket «myndighet» finner vi i Sprøytedommen. Her tok Høyesterett et klart standpunkt til hvem som må forstås som en myndighetsperson når det gjelder intervensjoner som defineres som et inngrep.

Det sentrale spørsmålet i dommen er om det finnes grunnlag for at A kan bli straffet etter den gamle straffeloven § 325⁴¹ som var et straffebud som satt straff for tjenestemenn som utviste grov uforstand i tjenesten.

⁴⁰ Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven av Stortingets presidentskap. Dok.nr.16 (2011-2012) s. 67.

⁴¹ LOV-1902-05-22-10, Almindelig Borgerlig Straffelov «Straffeloven».

På side 21 i dommen, avsnitt 7 skriver Høyesterett:

«Den tjenestehandling som i siktelsen er belastet A som grov uforstand, er det å ha satt sprøyten med 50 mg Nozinan på B. Det kan etter min mening ikke være tvil om at denne tvangsmedisineringen var uhjemlet. Riktignok beror politiets grunnlag for maktbruk ved arrest og andre tjenestehandlinger til dels på sedvane, jf. forutsetningen om dette i politiinstruksen § 3-2, men det er her snakk om en maktanvendelse som innebærer en inngripende integritetskrenkelse, og det er en handling som faller utenfor de tradisjonelle politihandlinger. Legalitetsprinsippet tilsier at det må kreves hjemme i lov for at en slik tjenestehandling skal være akseptabel. Slik lovhjemmel finnes ikke».

Her gjør førstvoterende det helt klart at tvangsmedisineringen A utførte, var uhjemlet og at handlingen var av en slik karakter at det må kreves hjemmel i lov.

Førstvoterende begrunner dette med at handlingen – tvangsmedisineringen - som ble utført, var av en slik karakter at den helt klart treffer den nedre terskelen for å være et inngrep etter det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, som var sedvane på denne tiden, og at det følgelig følger en rekke regler og sikkerhetsgarantier ved en slik handling.

Førstvoterende skriver også at handlingen som A utfører, faller utenfor de tradisjonelle politihandlinger, men at det generelle legalitetsprinsippet tilsier at en slik tjenestehandling fortsatt må ha hjemmel i lov for at den skal være akseptabel.

Ved å godta at en politimann kan bli straffet som en politimann i tjenesten, selv etter å ha gjort en handling som førstvoterende karakteriserer å falle utenfor de tradisjonelle politihandlinger, sier Høyesterett at det finnes situasjoner hvor offentlige tjenestepersoner kan holdes ansvarlige for handlingen de utfører. Dette gjelder også når de opptrer på oppdrag fra arbeidsgiver, og gjør handlinger som i utgangspunktet faller utenfor de tradisjonelle oppgavene de skal gjøre, men som kan sies å skulle oppfylle en lovpålagt forpliktelse fra institusjonen de er ansatt av. Dette trekker i retning av at en offentlig tjenesteperson kan bli sett på som en myndighetsperson, også når vedkommende utfører en handling som kanskje ikke vil være sett på som en naturlig del av tjenesten de skal utføre.

Forståelsen av begrepet «myndighet» er videre utviklet i HR-2020-1724-A.⁴² Saken var at en kommunalt ansatt bybetjent ble angrepet av en mann, da bybetjenten var i ferd med å utstede et tilleggsgebyr etter piggdekkforskriften.⁴³ Tvilen dreide seg om ordlyden av «*enhver som utøver offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune, eller som har slik kompetanse i kraft av sin stilling*» i straffeloven § 155, tredje ledd, omfattet bybetjenten da han utstedte tilleggsgebyret.

Høyesterett kom frem til at kommunale by- eller trafikkbetjenter også måtte regnes som offentlige tjenstepersoner når de faktisk utøvet offentlig myndighet på oppdrag fra en offentlig virksomhet. Retten mente at dette var så selvsagt at Høyesterett valgte å se bort fra forarbeidene til straffeloven, hvor det var spesifisert at § 155 ikke skulle verne om kommunale trafikkbetjenter eller parkeringsvakter.⁴⁴

Førstevoterende mente blant annet at han hadde støtte for dette synet i NOU 2002:4, s. 290, hvor det står at bestemmelsen skal gi den offentlige myndighetsutøvelsen, og dermed også de persongruppene som står for tjenestehandlingen, en særskilt strafferettslig beskyttelse.⁴⁵

Høyesterett analyserer så om Ot.prp.nr8 (2007-2008) s. 329 gir ytterligere klargjøring for hva som ligger i begrepet «utøvelse av offentlig myndighet». Førstevoterende mener dog at forarbeidene ikke gir en egentlig klar definisjon, men sier at man må ta utgangspunkt i de rettsreglene som gjelder for hvem som kan utføre den aktuelle typen myndighet.

Han ser derfor på grunnlaget for at bybetjenten kunne gi ut gebyret. Først slår han fast at formålet med piggdekkgebyrforskriften⁴⁶ tydelig er miljøvern og at det derfor er av utpreget offentligrettslig karakter. Deretter ser han på hvem som har kompetanse til å skrive ut bot. Etter § 10 i forskriften⁴⁷ er det i utgangspunktet tillagt politiet og statens vegvesen å kunne gi

⁴² HR-2020-1724-A

⁴³ Forskrift om gebyr for bruk av piggdekk og tilleggsgebyr av Samferdselsdepartementet. FOR-1999-05-07-437.

⁴⁴ Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning av Justis- og politidepartementet, Straffelovkomisjonen. NOU 2002:4 s. 290.

⁴⁵ Ny straffelov. Straffelovkomisjonens delutredning.

⁴⁶ Forskrift om gebyr for bruk av piggdekk og tilleggsgebyr.

⁴⁷ Forskrift om gebyr for bruk av piggdekk og tilleggsgebyr.

ut gebyr. Begge disse etatene er tradisjonelle statlige myndighetsorganer. Paragrafen åpner videre for at politiet eller statens vegvesen kan søke om at kommunen får den samme myndigheten, så lenge håndhevingen utføres av en kommunal «*etat som håndhever parkeringsreglene*». Førstevoterende mener at nevnte kompetanseregulering og ordbruken i forskriften gir et «*klart preg av offentlig myndighetsutøvelse. Samlet sett kan det ikke være tvil om at ileggelse av tilleggsgebyr utgjør en offentlig myndighetsutøvelse*».

I avsnitt 25 av dommen sier førstevoterende at straffeloven § 155 ikke skal verne om kommunale trafikkbetjenter, så lenge disse betjentene håndhever parkeringsordninger som kunne vært drevet av private selskaper og som utgjør kommunal forretningsdrift. Han går videre, og sier at etter forarbeidene skal de som «*i kraft av sin stilling «hovedsakelig» utøver offentlige myndighet*» bli vernet av § 155, helt uavhengig av om de på tidspunktet for den straffbare handlingen utøver offentlig myndighet.⁴⁸

Disse uttalelsene i forarbeidene kan tyde på at kommunale trafikkbetjenter og parkeringsvakter ikke uten videre skal falle inn under dette alternativet, men forarbeidene skriver tydelig at en person som «bare av og til» utøver offentlig myndighet skal regnes som offentlig tjenesteperson «*under selve myndighetsutøvelsen*».

Konklusjonen til førstvoterende er dermed at kommunalt ansatte utøver offentlig myndighet når de illegger tilleggsgebyr etter piggdekkforskriften. Når de illegger tilleggsgebyret, utøver de offentlig myndighet og er altså offentlige tjenestepersoner i det øyeblikket og følgelig vernes de av straffeloven § 155.

Dette skjerper forståelsen av begrepet «myndighet» ytterligere og tjenestefolk som ellers kanskje ville falt utenfor begrepet til vanlig, må ses på som en myndighetsperson når de utøver offentlig myndighet. Dette standpunktet er blant annet videreført i HR-2021-2510-A.⁴⁹

3.2.2 «Inngrep»

I forarbeidene til Grl. § 113 prøver utvalget å definere hva som skal forstås som et inngrep. Utvalget sier at inngrep er handlinger som er vernet av Grunnlovens

⁴⁸ Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.(skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet). Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s. 330.

⁴⁹ HR-2021-2510-A.

menneskerettighetskapittel. Dette vernet følger av Grl. § 92 og menneskerettsloven § 2. Inngrep er altså handlinger som *i det minste* griper inn i privatlivet etter Grl. § 102, eller i en av de andre bestemmelsene som verner om rettigheter i EMK. Terskelen for når en handling som myndighetene utfører mot privatpersoner går over til å bli et inngrep, er lav på grunn av det omfattende vernet i EMK og den lave terskelen for «privatliv» i Grl. § 102. Av handlingene som diskuteres i denne oppgavens natur, vil handlingene helsepersonellet utfører alltid være et inngrep etter Grl. § 113 på grunn av den lave terskelen. Sagt på en annen måte vil handlinger som er bestemmende for rettigheter eller plikter til privatpersonen handlingen retter seg mot, være et inngrep.⁵⁰

Disse handlingene har staten, påtatt seg en negativ forpliktelse til å ikke krenke selv. Samtidig er dette handlinger som staten, gjennom Grunnlovens menneskerettighetskapittel, har påtatt seg en positiv forpliktelse til å verne borgerne mot. Denne potensielle kollisjonen mellom plikter og en nærmere gjennomgang av betydningen av denne forskjellen for problemstillingen, vil bli diskutert senere i oppgaven. Oppsummert kan man si at når helsepersonellet opptrer som helsepersonell, så omfattes de av tersklene for de negative forpliktelsene, men når de er privatpersoner, så er statens plikt den positive forpliktelsen.

3.2.3 «Grunnlag i lov»

Akkurat hva vilkåret «grunnlag i lov» innebærer, er et omfattende spørsmål som ikke har et klart og uomtvistelig svar. Noe som blant annet er med på å komplisere bildet, er Norges forpliktelser til å innrette seg etter EMD og deres forståelse av legalitetsprinsippet. Her må EMDs praksis og tolkninger inn i helhetsbilde, når man skal fastslå en forståelse av vilkåret. En hensiktsmessig forståelse av vilkåret, kan være å foreta en tredeling av innholdet.

Steinar Fredriksen sier følgende:

*«Det er ikke tilstrekkelig (...) rettsregler(...), det kreves at en lov, vedtatt av Stortinget, eller en forskrift med hjemmel i slik lov må være den sentrale rettskildefaktoren ved dannelsen av en rettsregel(...) fungerer som inngrepshjemmel».*⁵¹

⁵⁰ Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven av Stortingets presidentskap s. 259 og på side 70-71.

⁵¹ Fredriksen, Steinar. (2020) «Rettstat Og Nødtilstand». Oslo: Karnov Group Norway AS 2020.

I utgangspunktet vil denne delen av vilkåret være klar og gi lite rom for tolkning, men til tross for dette har Høyesterett ved flere anledninger komplisert dette.

Høyesterett kom for eksempel i Rt. 2007 s. 404 frem til at inngrep i ytringsfriheten kunne skje med hjemmel i det som på den tiden var det ulovfestede personvernet. Retten satte noen vilkår ved dette unntaket, blant annet at kravene til forutsigbarhet og tilgjengelighet etter EMK art. 10 nr. 2 måtte være oppfylt og at inngrepet måtte fylle vilkårene i Grl. § 100, annet ledd.

I Sårstelldommen konkluderte Høyesterett med at et kommunalt sykehjem kunne utføre handlinger med tvangselementer, uten at det fantes en lovhjemmel for tvangsbruken. Dette gjorde de ved å pålegge helsepersonellet en rekke vilkår for hvordan tvangen ble utført.

Den neste delen av vilkåret i Grl § 113 knytter seg til at ordlyden er det sentrale tolkningsmomentene ved forståelsen av hjemmelsgrunnlaget. I HR-2018-1907-A, avsnitt 51 står det:

«Om tolkningsnormen etter Grunnloven § 113 uttaler førstvoterende i Rt. 2014 s. 1281, avsnitt 48, at lovens ordlyd må stå sentralt. Hun fremhever videre at «tolkningstil må løses ut fra hva som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne»».

Dette trekker kraftig i retning av at dersom ordlyden ikke gir rom for tvil, er det ikke adgang til å fravike den naturlige språklige forståelsen av hjemmelen. Etterlater ordlyden tolkningstil, må man gå nærmere inn i rettskildefaktorene på området og løse tvisten på en måte som sikrer klarhet og forutsigbarhet for borgeren.

Relativiteten til dette kravet er tatt inn i Rt. 1995 s. 530, s. 537 hvor Høyesterett skriver at:

*«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».*⁵²

Som Høyesterett skriver inneholder vilkåret en konkret helhetlig vurdering som består av en rekke momenter. Disse momentene gjør vurderingen relativ, hvilket uheldigvis og naturlig

⁵² Rt. 1995 s. 530.

nok gjør at klarhetskravet, fremstår noe uklart. At klarhetskravet er relativt og må vurderes fra sak til sak harmoniserer godt med linjen EMD har lagt seg på.⁵³

I tidligere nevnte HR-2016-1833-A, ble politiet nektet å bruke fingeravtrykket til siktede for å låse opp telefonen sin, da ordlyden av «kroppslig undersøkelse» i straffeprosessloven. § 153 ikke var klart nok. Dette viser at klarheten av uttrykket «kroppslig undersøkelse» ikke var på et ønsket nivå for å foreta det inngrepet politiet ønsket og utføre.

Høyesterett har i Rt. 2014 s. 1105⁵⁴ også satt kvalitative krav til lovhjemmelen. Det er ikke tilstrekkelig at loven formelt sett er i orden, og at den etter alminnelige tolkningsprinsipper gir grunnlag for inngrepet. Loven må i tillegg være så tilgjengelig og så presis som forholdene tillater.

Denne avgjørelsen eksemplifiserer kravene til tilgjengelighet og presisjon på en god måte og hvilke vurderinger og tanker førstevoterende har gjort seg på område. I avsnitt 38 skriver han at «reglene for oppbevaring, innsyn og sletting er vanskelig tilgjengelige og temmelig uklare - og derfor også problematiske i lys av(...) lovkravet(...)».

Denne forståelsen av innholdet i vilkåret er tatt inn av EMD i saken Sunday Times v. Storbritannia (1979), hvor det i avsnitt 49 skrives at:

«The citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. (...) must be able – of need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».

Oppsummert innebærer vilkåret «grunnlag i lov» i Grl. § 113 at hjemmelen for inngrepet må være en lov som er vedtatt av Stortinget, eller en forskrift med hjemmel i slik lov. Tolkningen av hjemmelen må være tro mot ordlyden så lenge ordlyden ikke gir tolkningsrom. Ved tolkningsrom beror vurderingen på en rekke momenter som konstruerer et klarhetskrav til hjemmelen. Til sist må hjemmelen være så tilgjengelig og presis som mulig for vedkommende som potensielt bryter et straffebud.

⁵³ James og andre mot Storbritannia - 8793/79 [1986] ECHR 2 (21 februar 1986), paragraf 67 og Malone mot. Storbritannia - 8691/79 [1984] ECHR 10 (2 august 1984), paragraf 68.

⁵⁴ Rt. 2014 s. 1105.

4 Hjemmelsgrunnlag for handlingene

4.1 Nødrett

I noen tilfeller vil handlinger som blir utført uten lovgrunnlag være lovlige, på grunn av straffrihetsgrunner. Slike tilfeller vil ofte gå under det som heter nødrett- eller nødvergesituasjoner. For at handlingen skal være straffri, må vilkårene i straffeloven §§ 17 eller 18 være oppfylt.

Nødrett som straffrihetsgrunn har det historisk ikke vært innvendinger mot.⁵⁵ Det har generelt vært forståelse for at det i en rettsstat må finnes situasjoner som lovgiver ikke har klart å gardere seg mot. Derfor må man godta at det foretas handlinger som ellers ville være ulovlige for å beskytte seg eller andre mot disse situasjonene.

Om dette har Andenæs og Fliflet skrevet at «*Lovene er som regel skrevet for de normale tilfeller. I en nødssituasjon kan det være berettiget å foreta handlinger som under normale forhold ville være ulovlige og straffbare*».⁵⁶

Videre skriver Fredriksen at «*(...) nødretten [er] en sikkerhetsventil som enhver rettsstat trenger å ha tilgjengelig med tanke på uforutsette krisesituasjoner som ikke med noen rimelighet kan la seg håndtere innenfor den ordinære rettens rammer*».⁵⁷

Etter straffelovens oppbygning består nødrett av nødrett og nødverge, henholdsvis straffeloven §§ 17 og 18, som er to forskjellige bestemmelser med forskjellige skranker, terskler og typetilfeller de typisk skal fange opp.

Nødrett, som brukt av Helsedirektoratet, blir i helsesektoren brukt som en paraplybetegnelse på mange av handlingene som helsepersonell ofte utfører med et tvilsomt hjemmelsgrunnlag.⁵⁸ Denne bruken av nødrett avviker fra straffelovens definisjoner og har

⁵⁵ Fredriksen s. 29-38, kap. 2.

⁵⁶ Andenæs, Johs. Og Arne Fliflet (2017). Statsforvaltningen i Norge. 11. utg. Oslo. Universitetsforlaget, s. 659.

⁵⁷ Fredriksen s. 15.

⁵⁸ Helsedirektoratet (2018). § 7. Øyeblikkelig hjelp. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 28. juni 2018). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/helsepersonelloven-med-kommentarer/krav-til-helsepersonells-yrkesutovelse/-7.oyeblikkelig-hjelp>. Lest 26.03.2022 og

blitt forstått og skreddersydd etter helsepersonells bruk.⁵⁹ Dette vil bli eksemplifisert, problematisert og klargjort i det følgende.

4.1.1 Vilkårene for nødrett og nødverge

Straffeloven § 17 lyder som følger:

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når

- a) Den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom, eller annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og*
- b) Denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.*

Det første å merke seg i ordlyden av bestemmelsen er at en handling som til vanlig vil være straffbar, er lovlig når vilkårene er oppfylt. Det betyr at handlingen ikke bare blir straffri (fritatt fra straff), men at handlingen faktisk blir lovlig. Det betyr at en handling som blir vurdert som nødrett ikke kan møtes med nødverge f.eks. da det kreves at det må være et ulovlig angrep i nødvergesituasjoner.

Av bokstav a) kan man utlede av ordlyden «foretatt for å redde», at handlingen som blir utført må være en redningshandling.

Videre av ordlyden «liv, helse, eiendom eller en annen interesse», leser man at handlingen kan foretas i egen interesse, men også i andres interesse og at de interessene man kan redde, favner vidt. Siste del av ordlyden «som ikke kan avverges på annen rimelig måte», peker på at man så langt det er mulig skal velge den minst inngripende handlingen som gir minst mulig skade på det man ønsker å redde.

Straffeloven § 17, bokstav b) peker på en interesseavveining hvor man må veie skaderisikoen ved handlingen man er utsatt for, mot skaderisikoen ved redningshandlingen man velger. «langt større» trekker i retning av at terskelen for interesseovervekten er høy.

Helsedirektoratet (2017). § 16.8. Øyeblikkelig hjelp. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 25 april 2017). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/retningslinjer/spiseforstyrrelser/rettslig-grunnlag-ved-behandling-av-spiseforstyrrelser/oyeblikkelig-hjelp>. Lest 26.03.2022.

⁵⁹ Helsedirektoratet (2018). § 7. Øyeblikkelig hjelp. Og Helsedirektoratet (2017). § 16.8. Øyeblikkelig hjelp

Straffeloven § 18 lyder som følger:

En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) Blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,*
- b) Ikke går lenger enn nødvendig, og*
- c) Ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld.*

Som ved nødrett vil en nødvergehandling ikke bare være straffri, men *lovlig* om den tilfredsstillende vilkårene i bestemmelsen

I bokstav a står det «avverge et ulovlig angrep». I dette ligger det at man selv må foreta en handling for å avverge en annen handling. I ulovlig angrep ligger det at angrepet ikke nødvendigvis må være straffbart, men ulovlig. Det betyr at ethvert angrep mot en rettsbeskyttet interesse er ulovlig. Forståelsen av «ikke går lenger enn nødvendig» i bokstav b) tolkes som at man ikke skal bruke mer makt enn nødvendig for å avverge angrepet. Det blir en konkret vurdering i hver sak. I bokstav c) skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering av farligheten av angrepet, hva slags interesser angrepet krenker og i hvilken grad angriperen har utvist skyld. Dette peker også på konkret vurdering i hver sak.

I §§ 17 og 18 er det snakk om nødssituasjoner som oppstår.⁶⁰ I ordet «nød» ligger det naturlig at det er snakk om en situasjon som oppstår ganske plutselig og gjerne uventet.

Det følger også naturlig av systemet til straffeloven og formålene bak nødrett og nødverge at handlingene som avverger angrepene eller situasjonene skal være så korte som mulig og avsluttes når faren er avverget. Det å tre inn i sfæren til en annen person for å uskadeliggjøre vedkommende eller gjøre materiell skade på noe hen eier, skal gjøres så kort og lite inngripende som mulig og har naturlig en høy terskel. Terskelen for forvaltningen til å gripe inn og bruke tvang mot individer er høy, og når privatpersoner settes i situasjoner hvor de kan få samme type myndighet skal denne myndigheten selvsagt bli gitt med høy grad av omhu.

Det følger gjennomgående av rettspraksis at reglene om nødverge skal tolkes strengt. Om nødvergesituasjonen enten er over på grunn av at fornærmedes angrep allerede er avverget

⁶⁰ Rt. 2014 s. 68.

eller at fornærmede er uskadeliggjort, er nødvergesituasjonen over, og handlinger som skjer i etterkant kan ikke forsvares med rett i nødverge.⁶¹

Også i rettspraksis rundt nødrett praktiseres det en streng terskel. Man skal i så stor grad som mulig gjøre minst mulig skade med tanke på den situasjonen man befinner seg i. Må man kjøre i beruset tilstand til sykehuset, eller kan man ringe på hos naboen og spørre om de har mulighet? Kan man kjøre til nærmeste taxiholdeplass og ta taxi videre? Dette må selvsagt vurderes opp mot hvor akutt situasjonen er. Andre eksempler er typisk der hvor man bryter seg inn i en hytte på fjellet for å overleve. Det er selvsagt greit, men man blir erstatningsansvarlig om man knuste et vindu på vei inn.⁶²

4.1.2 Nødrettens skranker

Straffeloven § 18 kan kun anvendes der hvor forsvarshandlingen rammer angriperen. Om forsvarshandlingen rammer andre interesser reguleres forholdet av § 17.⁶³

Der hvor § 17 er en slags paraplybestemmelse som kan omfatte enhver nødssituasjon som oppstår, er § 18 en bestemmelse hvor det fordres at det foreligger et ulovlig angrep etter bokstav a). Dette fører til at kravet om interesseovervekt er lavere i § 18 om nødverge enn tilfellet er for nødrett i § 17.

På bakgrunn av dette vil det typisk være forskjellige typesituasjoner som rammes av bestemmelsene. Straffeloven § 18 om nødverge er noe mer spesifikk, og har et mer konkret krav til vilkårene enn tilfellet er i § 17 om nødrett. Det følger også naturlig av dette at i situasjoner hvor hjemmelsgrunnlaget hvor § 18 brukes, ofte vil oppleves som klarere enn tilfellet er for § 17. Typisk vil det i nødvergesituasjoner være et direkte angrep på din person, mens i nødrett kan det være snakk om krenkelser på en tredjepart, eller handlinger som krenker andre typer interesser.

Som redegjort for over, er tidsaspektet for når nødssituasjonen er over, et viktig moment i vurderingen av om tvangsinngrepet kan forsvares etter nødrett- og nødvergebetraktninger.

⁶¹ Se blant annet Rt. 1978 s. 147, Rt. 1983 s. 492, Rt. 1984 s. 659, Rt. 1987 s. 1127 og Rt 2014 s. 605.

⁶² Rt. 1992 s. 682, Rt. 1987 s. 792, Rt. 1988 s. 449 og Rt. 1994 s. 49.

⁶³ Rt. 1979 s. 429, Rt. 1985 s. 393 og Rt. 2011 s. 1699.

I dokument Q-0819 fra 2002 under kapittel 3 om bruk av tvang, § 18 står det:

«Dersom det er uomgjengelig nødvendig for å avverge fare for skade på person eller vesentlig skade på eiendom, kan det etter alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger, jf. straffeloven §§ 47 og 48, anvendes nødvendig tvang. Det er imidlertid en forutsetning at lempeligere midler vurderes som nytteløse eller har vist seg åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige.

*Tvangsbruken må i slike tilfeller ikke overstige det som er nødvendig for å avverge skaden. Tiltaket skal opphøre straks skaden eller faren er avverget».*⁶⁴

Dette ble videreført i Forskrift om rettigheter og bruk av tvang i barneverninstitusjoner, kap. 3, § 14 «Tvang i akutte faresituasjoner», hvor akkurat samme sitatet som er tatt inn over ble brukt, men det ble vist til §§ 17 og 18 i den nye straffeloven.⁶⁵

«Dersom det er uomgjengelig nødvendig for å avverge fare for skade på person eller vesentlig skade på eiendom, kan det etter alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger, jf. Straffeloven § 17 og § 18, anvendes nødvendig tvang. Det er imidlertid en forutsetning at lempeligere midler vurderer som nytteløse eller har vist seg åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige.

Tvangsbruken må i slike tilfeller ikke overstige det som er nødvendig for å avverge skaden. Tiltaket skal opphøre straks skaden eller faren er avverget.»

Det er helt tydelig at forskriften skal videreføre forståelsen av dokument Q-0819 fra 2002 før den nye straffeloven trådte i kraft. Forskriften viser til generelle skranker for §§ 17 og 18 og bekrefter deretter at tiltaket må opphøre straks skaden eller faren er avverget. Den setter altså opp en krystallklar regel for forståelsen av budene i straffeloven og hvordan de skal tolkes i tvangssituasjoner.

⁶⁴ Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon med merknader av Barne- og familiedepartementet (2002), kapittel 3, § 18. Q-0819.

⁶⁵ Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon av Barne- og familiedepartementet (2011). FOR-2011-11-15-1103.

Det første som er interessant å ta tak i er ordlyden av «forutsetning av lempeligere midler vurderes som nytteløse eller har vist seg åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige». Det fremkommer klart at institusjonene må ha søkt bredt og prøvd flere mulige løsninger før tvangsmidler kan forsvares som en løsning. Her vil jeg vise tilbake til min drøftelse av hva som bør ligge i uttrykket og forståelsen av «nødssituasjoner». En nødssituasjon er i kraft av ordet «nød» noe som oppstår ganske plutselig og gjerne uventet. For helsepersonell vil situasjonen være at angrepene ofte er tilbakevendende og noe pleierne har tatt stilling til og brukt tvangsmidler mot, opptil flere ganger tidligere.

Det betyr at helsepersonellet på forhånd bør ha hatt forutsetninger til å undersøke et ganske bredt spekter av muligheter som skal vurderes før tvang kan godtas som en løsning. Sagt på en annen måte; den første gangen en pasient utagerer vil man kanskje definere situasjonen som oppsto som en nødrett eller nødvergesituasjon, men når mønsteret gjentar seg, må man strekke seg så langt man klarer for å finne andre løsninger enn bruk av tvangsmidler. Terskelen for hva som kan kalles nødrett og nødverge, og når man kan påberope seg disse grunnlagene, flytter seg når konteksten til hvordan nødssituasjonen oppstår forandrer seg og følgelig blir vurderingen av om vilkårene er oppfylt annerledes.

I de tilfeller hvor nødverge og nødrett – etter en full vurdering av lempeligere midler og en vurdering om vilkårene er oppfylt – kan forsvares, gir ikke forskriften noe stort tolkningsrom for når tvangsmidlene skal opphøre. Tiltaket skal opphøre straks skaden eller faren er avverget.

4.1.3 Dynamisk nødrettsbegrep i helseretten?

Et dynamisk nødrettsbegrep er ikke et begrep som har teoretisk støtte hos noen forfattere, eller som har blitt brukt av Høyesterett i noen avgjørelser. Til tross for dette skal jeg i det følgende forklare hvorfor det kan være et treffende begrep innenfor helseretten.

Når man befinner seg i situasjoner hvor inngrepene som blir utført retter seg mot pasienter som er innlagt på psykiatriske avdelinger, er ofte hjemmelssituasjonen slik at man har lov hjemmel gjennom spesiallovgivningen på det aktuelle området. Slike spesialhjemler har ofte klare vilkår, for eksempel i hvilke situasjoner man kan bruke tvang og hvordan denne tvangen skal være utført, som må være oppfylt for at inngrepet kan sies å være lovlig. Måten disse hjemlene er utformet på, i motsetning til «paraplyhjemler» som nødrett og nødverge,

fører til at handlingsrommet til pleierne på for eksempel en psykiatrisk avdeling, blir mindre enn for helsepersonell på sykehjem.

På sykehjem er det i de aller fleste situasjoner ikke laget lignende hjemler for de handlingene helsepersonellet ofte må utføre, om det oppstår utfordrende situasjoner. Som en konsekvens av dette blir handlingsrommet til pleierne på sykehjem større enn for ansatte på psykiatrisk avdeling. På grunn av måten nødrett- og nødvergebestemmelsene er utformet på vil det være en større feilvurderingsmargin for helsepersonell som bruker disse hjemlene. Dette fører i prinsippet til at pasienter på sykehjem får et dårligere vern enn pasienter på psykiatriske avdelinger. Hvorfor er det slik?

I en hypotetisk situasjon hvor et subjekt blir stoppet fra å begå en handling hen ikke burde, har det betydning hvorvidt vedkommende som stopper subjektet er en tilfeldig borger eller en tjenesteperson som har gått igjennom en utdanning og trening for å håndtere nettopp slike situasjoner. Om privatpersonen og tjenestepersonen (la oss i dette tilfellet si at det er en politimann) utfører en nødrettshandling på samme måte, kan kravet til faglig forsvarlighet tilsi at privatpersonen slipper unna ansvar, men at det settes større krav til politimannen på grunn av at det forventes at hen opptrer faglig forsvarlig i situasjonen.

Det samme prinsippet gjør seg gjeldende på både psykiatriske avdelinger og på sykehjem. På psykiatriske avdelinger, hvor de ofte har hjemmel for inngrepene og bedre trening på hvordan man må håndtere situasjoner som oppstår, kan man stille høye krav til faglig forsvarlighet. På sykehjem derimot, hvor det ikke er samme system og drilling på situasjoner som kan oppstå og de ikke har hjemmel, må helsepersonellet nødvendigvis ha et større personlig handlingsrom på grunn av deres minimale trening i slike risikosituasjoner.

En implikasjon av dette er at på psykiatriske avdelinger så vil inngrepene som blir utført alltid vurderes i lys av egne hjemler i lovgivningen. En naturlig konsekvens av at de har laget egne hjemler i spesiallovgivningen, er at vilkårene til deres egne hjemler alltid vil ligge litt under vilkårene i straffeloven. Med andre ord kan man gripe inn tidligere der man har hjemmel, men det er mer begrenset akkurat hva man kan gjøre, nettopp fordi hjemmelen ofte regulerer et helt spesifikt tilfelle. For pleiere på et sykehjem har man ikke den samme hjemmelen, og når man må bruke nødrett eller nødverge, må man vente lengre før man kan gjøre et inngrep, men man har et større handlingsrom når inngrepet først skjer. Dette fører naturlig til et dårligere vern for beboere på sykehjem, da handlingsrommet til pleiere på sykehjem er mye bredere

enn innlagte på psykiatriske avdelinger. En annen naturlig konsekvens av dette er at adgangen for at helsepersonell på et sykehjem kan holdes personlig ansvarlig om de går utenfor handlingsrommet sitt, bør være til stede av hensyn til pasientene og deres rettsstilling.

Det ikke nødvendigvis slik at nødrettsbegrepet, som blir brukt av Helsedirektoratet, stemmer overens med de skrankene og vilkårene som gjør seg gjeldende på strafferettens område. Dette kan sies å være problematisk på flere nivåer.

For det første vil det som nevnt i punkt 4.1.2 ofte være forskjellige tilfeller som fanges opp av straffelovens §§ 17 og 18. Det er gode grunner for at disse bestemmelsene ikke skal fungere som en felles paraplybetegnelse. I Helsedirektoratet sine skriv og på egne nettsider, se punkt 4.1, er det tydelig at de behandler begge tilfeller inn under noe de kaller «nødrett» og dette fører til et dårligere vern for de subjektene inngrepene retter seg mot, da grunnlaget for inngrepet blir mer uklart enn det kunne vært.⁶⁶

Når Helsedirektoratet også ofte viser tilbake til sin egen definisjon og forståelse av begrepet «nødrett», er heller ikke vilkårene og skrankene for uttrykket definert på en god nok måte. Om dette hadde blitt gjennomført hadde det ført til at subjektene inngrepet retter seg mot, kunne fått en større grad av rettssikkerhetsgarantier og en mulighet til å motsette seg begrunnelsen.

Det siste momentet er at nødrett og nødverge, etter straffeloven sitt system og formål, skal fungere som straffrihetsgrunner. De er ikke konstruert av lovgivende makt for å fungere som et selvstendig hjemmelsgrunnlag for for eksempel bruk av tvang av myndighetene. En ordlydsfortolkning og påfølgende forståelse av denne i strafferetten, vil i tillegg praktiseres særs strengt på grunn av det økte kravet til presisjon i saker hvor man straffer. Det samme kravet vil ikke bli fulgt på samme måte i helseretten og dette vil føre til forskjellige anvendelser av nødretten, noe som er uheldig. Steinar Fredriksen argumenterer i sin bok «Rettstat og Nødstilstand» for et slags ulovfestet grunnlag til å kunne bruke nødrett som hjemmelsgrunnlag for bruk av tvang og dette vil bli diskutert senere i oppgaven.⁶⁷

⁶⁶ Anmodning om innspill til revidering av Helsedirektoratet- og Politidirektoratets felles rundskriv for helsetjenestens og politiets ansvar for psykisk helse, Av Helsedirektoratet (2021) s. 2, punkt 12 og 13.

⁶⁷ Fredriksen, Rettstat og Nødstilstand.

Dette er etter mitt syn problematisk. Kravet til grunnlag i lov, holdt sammen med styrkingen av legalitetsprinsippet gjennom EMDs uttalelser og Høyesterett sin justering, trekker dette i retning av at det ikke er ønskelig at et direktorat skal ha muligheten til å «hjemle» inngrep de utfører, gjennom sine egne definisjoner av en allerede utførlig definert rettslig skranke.

Det virker som om Helsedirektoratet har en uklar idé om hva nødrett egentlig er og viser ofte til helsepersonelloven § 7 med forarbeider som en slags «nødrettsbestemmelse».⁶⁸ Det som kommer frem av forarbeidene er at utvalget ikke har foretatt en tilstrekkelig klar og inngående tolkning av hvilke situasjoner som er aktuelle, og hvilke midler helsepersonell har kompetanse til å bruke i forskjellige situasjoner. Derfor blir resultatet upresist og rettstilstanden uholdbar for pasientene. Høyesterett har gjort det samme, se Sårstelldommen, som imidlertid kun gjelder for helsehjelp. Når man er *utenfor* situasjoner som er helsehjelp, som er de situasjonene oppgaven belyser, vil hjemmelen nødvendigvis ikke være et gyldig grunnlag.

Nødrett og nødverge er nødvendige størrelser å ha i en rettsstat, men de bør ikke misbrukes for å «gjøre livet lettere» for helsepersonell på grunn av uklare hjemmelsvilkår i det daglige arbeidet eller misbrukes for å minske rettssikkerheten til en allerede utsatt gruppe i samfunnet.

4.2 Andre mulige hjemmelsgrunnlag

4.2.1 Innledning

Om ikke nødrett eller nødverge, etter straffelovens system, kan gi et hjemmelsgrunnlag for bruk av tvang for helsepersonell eller at handlingene helsepersonellet utfører ligger innenfor terskelen til Grl. § 113, hvilke mulige hjemmelsgrunnlag finnes det da for at helsepersonell kan gripe inn og bruke tvang mot pasientene sine?

4.2.2 Sårstelldommen

Som redegjort for tidligere i oppgaven har Sårstelldommen blitt heftig diskutert hva gjelder prejudikatsverdien av dommen og hvor mye man kan lese ut av de konklusjonene Høyesterett kom frem til. Et betimelig spørsmål er *hva* dommen eventuelt skulle vært et mulig hjemmelsgrunnlag for og om dette kan ha noen betydning for problemstillingen i oppgaven.

⁶⁸ Særskilte merknader til utkast til lov om Helsepersonell, av Sosial- og helsedepartementet. Op.prp.nr.13 (1998-1999) s. 219-220.

Som nevnt i avgrensningen er oppgaven avgrenset mot handlinger som vil gå under definisjonen «helsehjelp» i lovgivningen.

I punkt 2.2.3 redegjør jeg for hvilken prejudikatsverdi Sårstelldommen har. Oppsummert vil ikke en hjemmel som knytter seg til helsehjelp få anvendelse på tilfeller som diskuteres i denne oppgaven, da handlingene vil falle utenfor definisjonen av helsehjelp, og utenfor terskelen til Grl. § 113.

Sårstelldommen som et hjemmelsgrunnlag til å generelt sette vilkår ved tvangsinngrep, er diskutert i teorien.⁶⁹ Jeg nøyer meg med å peke på utviklingen av legalitetsprinsippet som ble behandlet i punkt 3.1.1, og konkluderer med at måten Høyesterett lagde en hjemmel uten klart grunnlag i lov ikke ville stått seg med den mer moderne forståelsen av legalitetsprinsippet inntatt av både EMD og Høyesterett. Dette gjør seg spesielt gjeldende når man ser førstvoterende dommer Bårdsen sin korrigerende av sin forståelse av legalitetsprinsippet fra Rt. 2010 s. 612 til Rt. 2014 s.1105.

Dommen ble heftig diskutert allerede i 2010 og med Grunnlovfesting av § 113 i 2014 og påfølgende rettspraksis er det vanskelig å påstå at Sårstelldommen i 2022 skal kunne fungere som en hjemmel for de handlingene oppgaven beskriver.

4.2.3 Et ulovfestet nødrettsbegrep?

Fredriksen skriver at han ønsker å finne ut av om det eksisterer et grunnlag for å anvende nødrett som inngrepshjemmel på «rettens ordinære nivå». Dette er nivået jeg diskuterer i oppgaven, og står i motsetning til et metanivå eller «det konstitusjonelle planet».⁷⁰ Usikkerheten rundt dette omhandler nødrettens rettsgrunnlag.

Fredriksen åpner argumentasjonen sin med å peke på forarbeider til politiloven, straffeprosessloven, psykisk helsevernloven og forvaltningsloven. Alle nevnte forarbeider har brukt uttrykk som «nødrett», «alminnelige nødrettsbetraktninger», «nødrett kunne være kompetansegrunnlag for slik ransaking» og «særskilt kompetansegrunnlag» når de har

⁶⁹ Lov og Rett Vol. 53 Utg. 8 «Sårstelldommen (Rt. 2010 s- 612) – prejudikat for kva?» av Bjørn Henning Østenstad.

⁷⁰ Fredriksen, s. 44.

forklart situasjoner hvor nødrett kan tenkes brukt som inngrepshjemmel.⁷¹ Grunnlaget for dette spriker i flere retninger. På forvaltningsrettens område mener man dette grunnlaget bygger på sedvanerett, mens man på straffeprosessens område mener dette bygger på at «de alminnelige vilkårene i straffeloven» er oppfylt.

Fredriksen går deretter videre og ser på juridisk litteratur og viser til diverse forfattere som har gitt uttrykk for at nødretten må kunne anvendes analogisk fra strafferettens område, og må bygge på sedvanerett. Et av de nyeste bidragene på området er Graver (2019) som blant annet skriver:

*«det er alminnelig antatt at sedvanerettens kan utgjøre et kompetansegrunnlag for det offentlige. Tidligere ble politiets «generalfullmakt» til å gi bestemmelser for å opprettholde ro og orden og nødretten brukt som eksempel på dette».*⁷²

Fredriksen kommenterer:

*«Disse sitatene indikerer at ulovfestet nødrett anses som et særskilt kompetansegrunnlag og at rettsgrunnlaget for kompetansen er sedvanerett, eventuelt i samspill med rettsgrunnlaget «reelle hensyn»».*⁷³

Fredriksen avviser videre at mulige hjemmelsgrunnlag kan være en direkte analogi av straffeloven § 17 og avviser samtidig at en direkte anvendelse av bestemmelsen kan være et mulig hjemmelsgrunnlag. Han gir samme begrunnelse for begge tilfellene og sier at de normene som skal utledes ved en eventuell analogi, faller utenfor forskjellige normkategorier. Det betyr at der hvor § 17 i utgangspunktet er laget for at en straffbar handling kan være tillatt på grunn av en nødssituasjon, vil en analogi av § 17 som inngrepshjemmel gi myndighetene *kompetanse* til å foreta normeringer. For å foreta slike normeringer, som vil være bestemmende for rettigheter til rettssubjekter, må man ha et rettsgrunnlag som gir dem slik

⁷¹ Fredriksen, s. 46, nærmere i: Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed av Justis- og politidepartementet, NOU 2004:6, s. 98 og 48 og Om lov av etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av Sosial- og helsedepartementet, Ot.prp.nr.11 (1998-1999).

⁷² Graver, Hans Petter (2019). *Alminnelige forvaltningsrett*. 5. utg. Oslo. Universitetsforlaget.

⁷³ Fredriksen, s. 50.

kompetanse. En analogi av § 17 kan med andre ord ikke være det samme rettsgrunnlaget som de trenger for å få lov til å foreta handlingene de ønsker å foreta ved å bruke analogien.

Videre ser han på sedvanerett og uttaler at han har vanskeligheter med å se at sedvanerett kan fungere som en generell adgang til å bruke nødrett som inngrepshjemmel. Om dette skriver han:

*«Dette skyldes at sedvanerett, i likhet med flere andre rettskildefaktorer, er knyttet til faktiske omstendigheter på en slik måte at rettskildefaktoren bare har relevans når bestemte omstendigheter foreligger».*⁷⁴

Han begrunner også dette synspunktet med å påpeke at en sentral del av nødretten består i at man så fort som mulig ønsker å vende tilbake til normaltstanden. Sedvanerett bygges nødvendigvis når det oppstår nye normer for hva som kan bli sett på som rettmessig i forskjellige situasjoner. Dermed kan man ikke vende tilbake til slik rettstilstanden var før sedvaneretten ble etablert.

Fredriksen sjekker videre om det kan tenkes å eksistere et alminnelig rettsprinsipp om nødrett i norsk rett. For at en annerkjennelse av et slikt prinsipp skal kunne godkjennes, må det foreligge institusjonell støtte for synet og man må vurdere vekten av verdien prinsippet ønsker å ivareta.⁷⁵ Han synes å mene at en slik støtte eksisterer i norsk rett og peker blant annet på nødvendigheten av et slikt prinsipp i en rettsstat, nevnt tidligere i blant annet punkt 4.1.

Videre skriver han at på grunn av den brede støtten av nødvendigheten av et slikt prinsipp, kan man ikke snakke om nødrett kun som en inngrepshjemmel, men som en generell adgang til å kunne bruke nødrett. Dermed mener han at den verdien prinsippet ivaretar er så sterkt at det er belegg for å snakke om et generelt nødrettsprinsipp i norsk rett. Deretter ser han på om det er nok støtte i forskjellige rettskildefaktorer på forskjellige områder. Han peker på at den lovfestede nødretten vi finner i blant annet straffeloven, beredskapsloven og arveloven må forstås som at det eksisterer en oppfatning om at det finnes en egentlig nødrett, som «lovfesting er et utslag av».⁷⁶

⁷⁴ Fredriksen, s. 59.

⁷⁵ Tuori, Karlo (2002). *Critical Legal Positivism*. Aldershot. Ashgate Publishing Limited.

⁷⁶ Fredriksen, s. 63.

Fredriksen henviser også til NOU:1997: 15 hvor utvalget har uttalt:

*«Utvalget finner det klart at nødrett ikke kan begrunne romavlytting av etterforskningsmessige grunner. På den annen side må det være klart at slik avlytting i unntakstilfeller kan være lovlig med hjemmel i nødrett eller nødverge, dersom formålet er å avverge alvorlig kriminalitet. Dette gjelder særlig der det er tale om kriminalitet som truer liv, helse eller vesentlige samfunnsverdier».*⁷⁷

Han skriver at det ikke vil være mulig å påberope seg nødrett langs hele aksene av rettsområder og tilfeller ved hjelp av en analogi fra *et* område til alle områdene. Derfor må man se på det prinsippet som sier noe om fellesnevneren for situasjonene, og peker med dette til verdien av å kunne fravike normalsituasjonen ved krisesituasjoner.

Forskjellen av å se på nødrett som en inngrepshjemmel og et generelt prinsipp i norsk rett, fører også til at kompetanseproblemene ved en analogi av straffeloven § 17 ikke lenger gjelder seg gjeldende. Om dette skriver han:

*«Hvis nødrettsprinsippet ikke kan gi grunnlag for å danne kompetansenormer om nødrett som inngrepshjemmel, kan dette nødrettsinstituttet ikke tjene et av sine sentrale formål, nemlig å gi adgang til bindende vedtak om inngrep som går utover adgangen til å fatte slike vedtak etter de ordinære rettsreglene, når dette er strengt påkrevet for ivaretagelse av samfunnsmessige grunnverdier».*⁷⁸

Fredriksen ser også på om en analogi fra konstitusjonell nødrett kan holde seg rettslig opp mot legalitetsprinsippet. Han peker på tre punkter som burde tilsi at en slik analogi vil stå seg. For det første peker han på det faktum at all den tid det finnes en ulovfestet nødrett på konstitusjonelt nivå, vil det være logisk at det samme prinsippet anerkjennes på et «lavere» ordinært nivå. For det andre mener han at de verdiene en eventuell adgang til å bruke nødrett prøver å beskytte, er minst like tungtveiende som de verdiene legalitetsprinsippet prøver å beskytte. Det tredje punktet Fredriksen trekker frem er at forutberegneligheten blir ivarettatt, fordi når det finnes en adgang til å bruke konstitusjonell nødrett, kan «det ikke komme som

⁷⁷ Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II av Justis- og politidepartementet, Metodeutvalget. NOU 1997: 15, s. 114.

⁷⁸ Fredriksen, s. 64-65.

noen stor overraskelse»⁷⁹ at det samme gjelder ulovfestede inngrep i rettigheter ivaretatt på et lavere nivå.

Om sedvaneretten og forholdet til legalitetsprinsippet, virker Fredriksens argumentasjon å koke ned til at på noen rettsområder og i noen situasjoner så har det alltid blitt brukt nødrett som hjemmel, og dette må bare godtas i praksis. Han skriver blant annet:

*«Det å innta en prinsipiell, i stedet for en pragmatisk holdning til motstriden mellom legalitetsprinsippet og sedvaneretten vil åpenbart kunne lede til praktiske problemer for en del myndighetsorganer når lovgivningen på grunn av forsømmelse fra lovgivers side ikke imøtekommer viktige og legitime behov for å bruke tyngende inngrep».*⁸⁰

Dette sitatet viser – etter min mening – den helt sentrale delen av det problematiske synet til Fredriksen på dette spørsmålet.

Det synes som at Fredriksen helt åpenbart har mange spennende tanker og gode poenger på et komplisert og vanskelig område. De prinsippene han mener at nødrett skal ivareta og den støtten dette synet har i teori, forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn, er omfattende og godt dokumentert. Jeg synes spesielt at betraktningene hans rundt verdien av nødrett som konsept i en rettsstat er viktige og gode, og jeg er enig i at de har en logisk støtte når det er snakk om en sikkerhetsventil. Hoppet derfra til at det skal kunne snakkes om et generelt nødrettsprinsipp i norsk rett som kan fungere som et kompetansegrunnlag for myndighetene, synes jeg har flere betenkeligheter.

På tross av dette, oppleves grunnlaget til Fredriksen som problematisk. Som i Sårstelldommen, føler jeg at han prøver å kumulere et slags ulovfestet nødrettsprinsipp med bakgrunn i en hel del kilder, men at han sliter med å forsvare akkurat hvor det skal utledes fra, eller hvilken del som er hovedtyngden av begrunnelsen. Han peker på at det flere steder i loven er lovfestet nødrett og at dette burde forstås som et uttrykk for at det finnes et nødrettsprinsipp disse bestemmelsene er utledet fra. Snur vi på dette, kan man spørre seg om hvorfor lovgiver har følt at det har vært nødvendig å lovfeste disse; om det var slik at det var tilstrekkelig at et generelt ulovfestet prinsipp eksisterte. I argumentasjonen sin om sedvane,

⁷⁹ Fredriksen, s. 67.

⁸⁰ Fredriksen, s. 71.

viser Fredriksen også et påfallende lett forhold til de prinsippene og rettighetene legalitetsprinsippet tross alt skal beskytte. Blant annet i NOU:1997: 15 og om politiets generalfullmakt, valgte lovgiver å lovfeste betraktningene til utvalget i NOUen og lovfeste fullmakten til politiet. Som tidligere skrevet om nødrett, er ikke dette en ventil for å gjøre jobben til myndighetene våre enklere eller muligjøre inngrep de «egentlig» ikke har lov til. Dersom dette er et problem fra lovgivers side, så må individene i staten sette sin lit til de mekanismene og verktøyene de har gitt rettsstaten sin, når det gjelder å klargjøre rettstilstanden og finne frem til den riktige løsningen på problemene. Et ulovfestet nødrettsbegrep på et nokså tynt grunnlag er ikke en akseptabel eller ønskelig løsning når det gjelder tvangsinngrep fra myndighetene mot befolkningen sin.

5 De positive og negative forpliktelsene

5.1 Innledning

Konseptet «positive og negative forpliktelser» følger naturlig av systemet til Grunnloven og menneskerettsloven.

De positive forpliktelsene går på at staten har plikt til å gripe inn for å beskytte en vernet rettighet i egen lovgivning. Et eksempel på dette vil være å beskytte mennesker mot vold og overgrep, eller en positiv forpliktelse til å beskytte mennesker fra å miste livet.

Negative forpliktelser går på at staten har et forbud mot å gripe inn i en beskyttet rettighet i egen lovgivning. Et eksempel på dette vil være et forbud mot å gripe inn i privatlivet til borgere eller et forbud mot å ta livet av mennesker. Ved inngrep i negative forpliktelser vil staten måtte ha en gyldig hjemmel etter EMKs forståelse av hjemmelsbegrepet.

5.2 I.L mot Sveits

En følge av dette systemet er at det kan oppstå situasjoner hvor disse forpliktelsene står i motsetning til hverandre. Dette er eksemplifisert i saken I.L mot Sveits sak nummer 72939/16⁸¹ hvor faktum var følgende:

En sveitsisk statsborger, som var dømt for drap og vold, var dømt til forvaring. Et vilkår for forvaring i Sveits er at forvaringen må fornyes hvert femte år med ny dom. Det som ble situasjonen var at denne statsborgeren ble sittende i forvaring i over fem år, uten at

⁸¹ I.L Against Switzerland, 72939/16 (03/12/2019).

forvaringsdommen ble fornyet. De sveitsiske myndighetene måtte vurdere mulighetene sine og kom frem til at de åpenbart ikke kunne slippe en livsfarlig person fritt ut i samfunnet på grunn av tabben sin, og dermed ble løsningen å holde ham innesperret til papirene var igjennom systemet og dommen ble fornyet.

Dette er problematisk da ingen kan dømmes uten lov og dom og den sveitsiske statsborgeren må selvsagt ha sine rettigheter i behold, selv om han sitter i fengsel for alvorlige forbrytelser.

Dommen illustrerer poenget nevnt over på en god måte. Saken viser at de sveitsiske fengselsmyndighetene selvsagt har en plikt til å ivareta sikkerheten og tryggheten til samfunnet (den positive forpliktelsen) og de har foretatt en materiell vurdering om vilkårene for forvaring var oppfylt og det er enighet om at den vurderingen var korrekt. I en situasjon hvor de hadde sluppet vedkommende ut og han hadde begått et nytt drap, ville myndighetene vært ansvarlige for den handlingen. Det setter myndigheten i en vanskelig posisjon.

I utgangspunktet vil det være vanskelig å si at man på forhånd vet hvilke konsekvenser som er forbundet med å slippe ut mannen i samfunnet, men i denne saken vet vi at domstolen i ettertid kom frem til at det var en helt riktig materiell vurdering og at valget med å holde ham innesperret derfor er etisk forsvarlig. Selv om det etisk var en riktig vurdering og en riktig avgjørelse, ser vi så langt at fremgangsmåten ikke er juridisk forsvarlig. Er det slik da at dette er et brudd på menneskerettighetene?

Det grunnleggende problemet som fortsatt består, er at vedkommende har en rett til frihet og sikkerhet etter art. 5 og etter art. 5 kreves det at det finnes en dom. I denne saken finnes det ikke en dom for frihetsberøvelsen av mannen og dermed er ikke de prosessuelle reglene oppfylt etter EMK sine standarder. Da har vi en situasjon hvor fengselsvesenet har handlet forsvarlig. De har handlet korrekt ut fra en etisk standard, man kan altså ikke dømme eller anklage fengselsvesenet for avgjørelsene sine, men samtidig er rettighetene til vedkommende krenket.

Den sveitsiske domstolen løste problemet på en elegant måte. De valgte å ikke vurdere rettighetene til fangen mot pliktene til staten. Domstolen tok kun utgangspunkt i fangen sin status og lurte på om rettighetene hans var blitt krenket. Da fant de ut at rettighetene var blitt krenket og som en konsekvens av at han var blitt ulovlig frihetsberøvet måtte han ha krav på erstatning. I dommen nevner de ikke den materielle eller etiske vurderingen de tok, men konstaterte klart at rettighetene var krenket og det må ende opp med erstatning.

Oppsummert så domstolen på om fangen hadde en rettighet, og om denne rettigheten var krenket og vurderte disse rettighetene uten å blande inn pliktene til staten.

5.3 EMDs sanksjonsmuligheter ved brudd på forpliktelsene etter EMK

For å ha et klart svar på problemstillingen som er stilt i oppgaven, hadde det vært foretrukket å finne en dom fra EMD som viser at EMD har initiert straffeforfølgelse for den type feil som blir diskutert i oppgaven. Dette har imidlertid vist seg å være svært vanskelig. EMD har som hovedformål å konstatere brudd på menneskerettighetene etter EMK, og de mulighetene EMD har til å tillegge *stater* sanksjoner begrenser seg til økonomiske sanksjoner, som vist i saken I.L mot Sveits og i forståelsen av EMK art. 13 og 41 med tilhørende rettspraksis.⁸² Det som er verdt å merke seg fra rettspraksisen, er at det er noe diskusjon rundt *hvilke* momenter som må inngå i vurderingen av om erstatning kan foreligge, men det diskuteres aldri en annen sanksjonsform enn erstatning. Saker som kommer opp for EMD omhandler stater eller myndigheter som subjekt for sanksjoner, og EMD har ikke et mandat til å skulle tillegge enkeltpersoner sanksjoner innenfor systemet sitt. Som en konsekvens av dette er det ikke basis for å si at EMD godkjenner at personer som omfattes av myndighetsbegrepet kan tillegges personlig straffeansvar, etter forståelsen av begrepet «straffeansvar» i norsk rett.

6 Konklusjon

Målet med oppgaven var å finne ut om det fantes et teoretisk grunnlag for at helsepersonell kan holdes ansvarlig for feil de utfører i tjenesten sin. Jeg føler ikke at oppgaven har funnet et *tilfredsstillende* klart svar på spørsmålet, men jeg håper at oppgaven forhåpentligvis har klargjort rettstilstanden noe og lagt opp til videre spørsmål og vurderinger.

Om man godtar oppgavens inndeling av handlingene som myndighetspersoner utfører, og godtar betraktningene rundt Sprøytedommen holdt opp mot nevnte inndeling, vil man kunne si at det er en åpning for å holde personer som fungerer som en myndighetsperson i tjenesten sin, personlig ansvarlig for handlinger de utfører uaktsomt.

⁸² Menneskerettsloven §§ 13 og 41. Se blant annet *Kontrova mot Slovakia* (2007), avsnitt 64, *Keenan mot Storbritannia* (2001), avsnitt 130 og *Poghosyan og Baghdasayran mot Armenia* (2012), avsnitt 46 og *T.P og K.M mot Storbritannia* (2001), avsnitt 107.

Overført vil man kunne si at så lenge helsepersonellet opptrer som en myndighet i jobben sin, så har de en negativ forpliktelse til å ikke blande seg inn i privatlivet til pasientene sine. Av *I.L mot Sveits* virker det som om den negative forpliktelsen til å ikke gripe inn i privatlivet, er større enn den motstående positive forpliktelsen myndighetene hadde. Det fører til situasjoner hvor helsepersonell kan ha en plikt til å gripe inn, men i de tilfellene hvor de mangler hjemmel og dermed utfører en straffbar handling, gjør det handlingen ulovlig for helsepersonellet, og i slike tilfeller er de potensielle konsekvenser for helsepersonellet uklare. Om Høyesterett i Sårstelldommen hadde kommet frem til at det ikke forelå en hjemmel, og hadde konstatert en krenkelse av pasienten, har ikke oppgaven et klart svar på hvordan det hadde blitt håndtert av rettsvesenet. Kunne man – med samme begrunnelse som i Sprøytedommen – holdt pleierne personlig ansvarlig og straffet dem etter straffeloven, eller hadde de samme formålsbetraktningene som jeg mener gjør seg gjeldende nå, gjort seg gjeldende da og holdt pleierne unna personlig ansvar?

I de tilfellene hvor helsepersonell utfører handlingen med en hjemmel, kan handlingen utløse et erstatningsansvar for staten om pasienten hevder seg krenket.

Dette fører til nok et interessant poeng. Om mannen i Sprøytedommen hadde tatt ut et søksmål, og hevdet sin rett til privatliv krenket, kunne staten fått et erstatningskrav rettet mot seg for sprøyten legen ga ham? Dette fordi legen hadde ikke et hjemmelsgrunnlag for handlingen, og fordi at legen fungerte som en myndighet i saken.

Oppsummert av Sprøytedommen og Sårstelldommen vil tilstanden være slik:

Der hvor det *ikke* er lovhjemmel for handlingen og vilkårene for nødrett *ikke* er oppfylt, vil det potensielt utløse et personlig ansvar for personen som utfører handlingen. Dersom det *ikke* er lovhjemmel for handlingen og vilkårene for nødrett *er* oppfylt, er det ikke ansvar for personen som utfører handlingen. Dersom det *ikke* er lovhjemmel og vilkårene for nødrett *er* oppfylt, kan staten fortsatt holdes ansvarlig.

Som redegjort for tidligere er kravene til en myndighetsperson og en privatperson relative i situasjoner hvor man utfører en handling som griper inn i sfæren til en annen person. Som privatperson er man på terskelen for de positive forpliktelsene og er ikke bundet av legalitetsprinsippet. Som myndighetsperson er man på terskelen for de negative forpliktelsene og er bundet av legalitetsprinsippet. Dette fører til at der hvor en privatperson vil slippe unna ansvar, der hvor vilkårene for nødrett er oppfylt, vil ikke staten nødvendigvis gjøre det samme

i situasjoner hvor en tjenesteperson utfører en handling med hjemmel på vegne av institusjonen.

Avslutningsvis vil jeg peke på den potensielle oppsiden ved å klargjøre helsepersonells bruk av tvang i tjenesten sin og på den måten etablere et sikrere hjemmelsgrunnlag for handlingene de utfører. Rettssikkerheten for pasientene ville blitt bedre og helsepersonells jobbhverdag ville blitt mer oversiktlig og opplevdes tryggere å manøvrere seg i. De samme prinsippene som gjorde seg gjeldende da man ønsket å lovfeste politiets generalfullmakt, vil gjøre seg gjeldende på helserettens område og skape en mer oversiktlig rettsoppfattelse og rettsstilling i helseretten. Det er uholdbart med en situasjon hvor helsepersonell må fungere i jobben sin og vite at de kan bli holdt personlig ansvarlig for feil de utfører uaktsomt. En klargjøring vil gagne alle involverte.

Det blir spennende å se utviklingen av dette rettsområdet i fremtiden.

7 Referanseliste

Juridisk litteratur

Jens Edvin A. Skoghøy (2018), *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget.

Fredriksen, Steinar. (2020), *Rettstat Og Nødstilstand*. Oslo: Karnov Group Norway AS 2020.

Andenæs, Johs. Og Arne Fliflet (2017). *Statsforvaltningen i Norge*. 11. utg. Oslo. Universitetsforlaget.

Graver, Hans Petter (2019). *Alminnelige forvaltningsrett*. 5. utg. Oslo. Universitetsforlaget.

Tuori, Karlo (2002). *Critical Legal Positivism*. Aldershot. Ashgate Publishing Limited.

Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik, «‘Huleboerdommen’ (Rt 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?» (2011), s. 283

Alice Kjellevoid og Henriette Sinding Aasen, «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612» (2011), s. 50

Aslak Syse «‘Huleboerdommen’ (LoR 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar» (2011), s. 628

Erik Monsen, «*Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt. 2010 s. 612*» (2013), s. 419

Bjørn Henning Østenstad, «*Sårstelldommen (Rt-2010-612) – prejudikat for kva?*» (2014) s. 428 og 500.

Andersen, Kjell: «*Dolus Eventualis*» – tolv år etter» (2009) Publisert i Jussens venner 2009 side 155- 180 - (JV-2009-155).

Andersen, Kjell: «*Dolus eventualis*» (1996) Publisert i Jussens Venner 1996 s 116-135 - (JV1996-116).

Dommer

Rt. 1978 s. 147.

Rt. 1979 s. 429.

Rt. 1983 s. 492.

Rt. 1984 s. 659.

Rt. 1985 s. 393

Rt. 1987 s. 792.

Rt. 1987 s. 1127

Rt. 1988 s. 449.

Rt. 1991 s. 301.

Rt. 1992 s. 682

Rt. 1994 s. 49.

Rt. 1995 s. 530. «Fjordlaksdommen».

Rt. 1995 s. 20. «Sprøytedommen».

Rt. 2007 s. 940.

Rt. 2010 s. 612. «Sårstelldommen».

Rt. 2011 s. 1699.

Rt. 2014 s. 68.

Rt. 2014 s. 605.

Rt. 2014 s. 1105 «Acta».

HR-2016-1833-A.

HR-2020-111-U.

HR-2020-1724-A.

HR-2021-2510-A.

EMD avgjørelser

Malone og andre mot Storbritannia (8691/79, dom av 2 august 1984).

James og andre mot Storbritannia (8793/79, dom av 21 februar 1986).

Keenan mot Storbritannia (27229/95, dom av 4 mars 2001).

T.P og K.M mot Storbritannia (28945/95, dom av 10 mai 2001).

H.L. mot Storbritannia (45408/99, dom av 5 oktober 2004).

Kontrova mot Slovakia (7510/04, dom av 31 mai 2007).

Poghosyan og Baghdasayran mot Armenia (22999/06, dom av 12 juni 2012).

I.L mot Sveits (72939/16, dom av 3 desember 2019).

Lover og forskrifter

LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov

LOV-1902-05-22-10 Almindelig Borgerlig Straffelov

LOV-1969-06-13-26 om skadeserstatning

LOV-1981-05-22-25 om rettergangsmåten i straffesaker

LOV-1999-07-02-64 om helsepersonell

LOV-1999-07-02-62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

LOV-1999-05-21-30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

LOV-2005-05-20-28 om straff

FOR-1999-05-07-437 Forskrift om gebyr for bruk av piggdekk og tilleggsgebyr av Samferdselsdepartementet

Norske lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

Spesialisthelsetjenesten m.m. Utkast til lov med motiver. NOU 1991:7

Ny straffelov – alminnelige bestemmelser av justis- og politidepartementet. NOU 1992:23.

Helsepersonells rettigheter og plikter av Sosialdepartementet. NOU 1993:33

Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delutredning II av Justis- og politidepartementet, Metodeutvalget. NOU 1997:15

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og menneskets verdighet i forbindelse med anvendelsen av biologi og medisin: Konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin. 04-04-1997 nr. 1, ETS nr. 164

Om lov av etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av Sosial- og helsedepartementet. Ot.prp.nr.11 (1998-1999)

Om lov om helsepersonell av Sosial- og helsedepartementet. Ot.prp.nr.13 (1998-1999)

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon med merknader av Barne- og familiedepartementet (2002). Q-0819

Ny Straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning av Justis- og politidepartementet. NOU 2002:4.

Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed av Justis- og politidepartementet, NOU 2004:6.

Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff av justiskomiteen. Innst.O. nr. 72 (2004-2005).

Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr 28 mv (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet). Ot.prp.nr.8 (2007-2008)

Om lov om endringer i straffeloven av Justis- og politidepartementet. Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjoner av Barne- og familiedepartementet (2011). FOR-2011-11-15-1103.

Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven av Stortingets presidentskap. Dok.nr.16 (2011-2012).

Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten av Helse- og omsorgsdepartementet. NOU-2019-14.

Internasjonale konvensjoner og erklæringer

Menneskerettsloven, Vedlegg 6 «Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og protokoller».

Lenker

Kari Jeppestøl Artnzen, «Politiet har tatt ut tiltale mot legen som har feiloperert», 01.04.2022. Tilgjengelig fra <https://www.nrk.no/sorlandet/politiet-har-tatt-ut-tiltale-mot-legen-som-har-feiloperert-1.15789495>. Lest 24.03.2022

Helsetilsynet «Når helsepersonell gjer feil» (2009) Tilgjengelig fra https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/tilsynsmelding/2009/helsepersonell_gjer_feil.pdf Lest 23.03.2022.

Liv-Ellen Vangnes «Når det går galt» (2019). Tilgjengelig fra <https://tidsskriftet.no/2019/12/fra-redaktoren/nar-det-gar-galt>. Lest 23.03.2022.

Helsedirektoratet (2018). § 7. Øyeblikkelig hjelp. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 28. juni 2018). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/helsepersonelloven-med-kommentarer/krav-til-helsepersonells-yrkesutovelse/-7.oyeblikkelig-hjelp>. Lest 26.03.2022

Helsedirektoratet (2017). § 16.8. Øyeblikkelig hjelp. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 25 april 2017). Tilgjengelig fra <https://www.helsedirektoratet.no/retningslinjer/spiseforstyrrelser/rettslig-grunnlag-ved-behandling-av-spiseforstyrrelser/oyeblikkelig-hjelp>. Lest 26.03.2022.

