



Det juridiske fakultet

Diagnoser og diagnosenære betegnelser som vilkår for tvang

Diagnoser og diagnosenære kriterier i helselovgivningens tvangshjemler vurdert i lys av menneskerettighetskonvensjonene CRPD og EMK

Cecilie Hartvigsen Brekk

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, vår 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet	1
1.2	Begrepsavklaringer	4
1.2.1	Pasient, helsehjelp og psykisk helsevern	4
1.2.2	Tvangsbegrepet	5
1.3	Metodevalg	6
1.4	Videre fremstilling	7
2	Utviklingen av lovverket.....	9
2.1	Et paternalistisk syn	9
2.2	Selvbestemmelsesrettens fremtreden	11
2.3	Fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå.....	13
3	Rettskildene på helserettens område.....	15
3.1	Generelt om rettskildene i helseretten.....	15
3.2	Grunnloven og legalitetsprinsippet.....	15
3.3	Menneskerettighetene	16
3.3.1	Generelt.....	16
3.3.2	Forholdet mellom EMK, EMD og norsk rett.....	18
3.3.3	Forholdet mellom CRPD og norsk rett	19
3.3.4	Tolkning av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner	21
3.4	Menneskerettigheter på helserettens område	22
3.4.1	Generelt.....	22
3.4.2	EMK art. 2 – Retten til liv	22
3.4.3	EMK art. 3 – Forbudet mot tortur og umenneskelig behandling.....	23
3.4.4	EMK art. 5 – Vern mot frihetsberøvelser	24
3.4.5	EMK art. 8 – Rett til privatliv	26
3.4.6	EMK art. 14 – forbudet mot diskriminering	27

4	Menneskerettslige idealer	27
4.1	Innledning	27
4.2	Forventningene til ikke-diskriminering	28
4.2.1	Problematikken	28
4.2.2	CRPD-konvensjonen.....	28
4.2.3	Et vern mot diskriminering etter EMK artikkel 14.....	38
4.3	Forventningene til presise lovverk.....	40
4.3.1	Problematikken	40
4.3.2	Begrunnelsen for forventningene om et presist reglement	40
4.3.3	Generelt om lovkravet.....	41
4.3.4	Et lovgiveransvar å angi et tilstrekkelig presist lovverk.....	44
4.3.5	Rekkevidden av presisjonskravet for helserettslige tvangshjemler	45
4.4	Sammenligning av idealene etter CRPD og EMK.....	46
5	Aktuelle lovbestemmelser.....	47
5.1	Tvangshjemlenes hensikt.....	47
5.2	Gjeldende lovgivning.....	49
5.2.1	Generelt om dagens helselovgivning	49
5.2.2	Psykisk utviklingshemming	49
5.2.3	Grunnvilkåret «alvorlig sinnslidelse»	50
5.2.4	Begrepene «rusmiddelbruk» og «rusavhengig».....	51
5.2.5	Diagnosetilknytningen i samtykkekompetanse-vurderingen.....	51
5.3	Lovforslaget i NOU 2019: 14	53
5.3.1	Vilkårene «beslutningskompetanse» og «sterkt behov».....	53
5.3.2	Bakgrunnen for lovforslaget	54
6	Sammenstilling av idealene, aktuelle lovbestemmelser og forslaget.....	55
6.1	Presisering av problemstillingen.....	55
6.2	En konflikt mellom ulike rettslige tenkemåter.....	55

6.3	Diagnosenære vilkår i lys av et ideal om ikke-diskriminering	56
6.3.1	Problemstillingen	56
6.3.2	Krever CRPD et diagnosenøytralt tvangslovverk?	57
6.3.3	Kan EMK artikkel 14 innfortolkes som et krav om diagnosenøytrale tvangshjemler?	60
6.3.4	Nærmere vurdering om gjeldende lovgivning i lys av et ikke-diskrimineringsperspektiv	62
6.3.5	Vurdering av lovforslaget i et ikke-diskrimineringsperspektiv	69
6.4	Diagnosenære vilkår i lys av et ideal om presise lovverk.....	70
6.4.1	Problemstillingen	70
6.4.2	Diagnosekriterienes avgrensende funksjon.....	70
6.4.3	Fremtvinger lovkravet i EMK en diagnosebasert modell for tvang?.....	73
6.4.4	Nærmere vurdering om gjeldende lovgivning i lys av et ideal om presis lovgivning	78
6.4.5	Nærmere vurdering om lovforslaget i lys av et ideal om presis lovgivning....	79
6.5	En balanse mellom et presist regelverk og ikke-diskriminering.....	80
7	Avsluttende bemerkninger og oppsummering	83
7.1	Fører diagnosenøytrale tvangshjemler til noen utilsiktede virkninger?.....	83
7.2	Oppsummering.....	87
	Referanseliste.....	88
	Nasjonale kilder	88
	Internasjonale kilder.....	92

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for oppgaven er menneskerettigheter og tvang i helse- og omsorgstjenesten. Problemstillingen er anvendelse av diagnoser og diagnosenære vilkår i lovtekst, vurdert i lys av menneskerettslige forpliktelser. Lovteksten som problematiseres er tvangshjemler i helselovgivningen. I denne sammenhengen er det to menneskerettslige idealer som er sentrale: kravet om presise hjemler som står i fokus etter EMK, og ikke-diskriminering som står i fokus hos CRPD.¹ Problemstillingen vurderes fra et ikke-diskrimineringsperspektiv og fra et presisjonskravperspektiv. Til sist vurderes problematikken ut fra en helhetsvurdering hvor begge idealer spiller inn. Menneskerettighetene setter gjerne enten rammer eller idealer for hvordan loven skal utformes.² Overordnet gjelder derfor oppgaven rammene for lovgivningsadgangen når det kommer til diagnosenære kriterier i lovtekst.

Norsk helselovgivning bygger i utgangspunktet på pasienters selvbestemmelsesrett og at helsehjelpen skal være frivillig.³ Tvungen helsehjelp er derfor unntaket fra hovedregelen, som innebærer at pasienter kan frasi seg helsehjelp. Gjeldende helselovgivning for tvang er til en viss grad basert på diagnoser og diagnosenære vilkår. Dette innebærer at pasientene i større eller mindre grad må vurderes etter diagnosen ved spørsmål om tvang skal benyttes.⁴ Utviklingstendensene, både internasjonalt og nasjonalt, har imidlertid gått i retning av økt selvbestemmelse og likestilling for personer med kognitive lidelser.⁵ Økt forståelse og bredere kunnskap om psykiske lidelser og andre kognitive tilstander har ført til en holdningsendring om dette temaet i samfunnet. Utviklingen som har vært, har allerede bidratt

¹ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 33

² Se om menneskerettighetenes betydning for lovgiver i punkt 3.3

³ Eksempelvis pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd

⁴ Se eksempelvis helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 hvor «psykisk utviklingshemming» utgjør et sentralt vilkår for tvangsbruk

⁵ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 146-147

til lovendringer.⁶ Det problematiske er om det kreves flere endringer for å følge denne utviklingen, herunder fjerning av diagnoser og diagnosenære vilkår fra lovverket.

Kriteriene jeg skal redegjøre for i det følgende, er vilkår som må være oppfylt for at helsepersonell skal kunne benytte seg av tvungen helsehjelp. Diagnosekriteriene som i dag gir grunnlag for tvang, har den fellesnevner at de kan påvirke evnen til å ta rasjonelle valg og vurdere egen helsemessige situasjon, selv der pasienten er i akutt behov for hjelp.⁷ Det må antas at reglene er utformet etter et syn som tilsier at diagnosene har den effekt at de hindrer pasientens rasjonelle tankegang. Det er noe av bakgrunnen for at tvangshjemlene inneholder spesifiserte diagnoser og diagnosenære kriterier.⁸ I sammenheng med hensikten for tvang, fungerer diagnosenære vilkår som et bidrag til vurderingen om helsehjelpen er nødvendig og hensiktsmessig. En fare med generelle, diagnosenøytrale hjemler er at tvangsbruken økes.

CRPD-konvensjonen gir uttrykk for den internasjonale utviklingen hvor diagnosenære vilkår for tvang er problematisk i forhold til forventningene til ikke-diskriminering.⁹ Internasjonale menneskerettigheter og utviklingen taler derfor for at lovgivere bør forholde seg til diagnosenøytrale lovverk. Lovgiver ønsker i forbindelse med utviklingen et lovverk som tilfredsstillende forventningene, men står overfor en vanskelig vurdering som følge av andre hensyn.¹⁰ Utviklingen av kravet til ikke-diskriminering og debatten om diagnosenære tvangsvilkår bør fjernes eller ikke, er fortsatt pågående. Det er også en relativt ny problemstilling og det er lite som enda er avklart.

Debatten og utviklingen av lovverket som skal regulere tvangsbruk i helsetjenestene er, som nevnt, fortsatt pågående. Regjeringen ga i 2016 et utvalg i oppdrag å foreta en samlet gjennomgang, utrede behov for revisjon og modernisering av reglene om bruk av tvang i helsetjenestene.¹¹ Arbeidet resulterte i «*NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven: Forslag*

⁶ Innføring av menneskerettslige konvensjoner og lovendringer hvor pasienten fått større makt over egne avgjørelser som gjelder egen helsesituasjon, se EMK, Grunnloven kapittel E og begrepet «samtykkekompetanse» i pbrl. § 4-2

⁷ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten på side 314

⁸ NOU 2019: 14 - Tvangsbegrensingsloven på side 314

⁹ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

¹⁰ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 32

¹¹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven

til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten».

Tvangslovutvalget fant det mulig å etablere en felles lov til erstatning for de fire ulike regelverkene som eksisterer i dag. Loven er foreslått som den såkalte «Tvangsbegrensningsloven». Lovens navn indikerer allerede på at nasjonal lovgivning skal styrke selvbestemmelsesretten, samtidig som at tvangsbruk skal begrenses.

Et av forslagene i utredningen er at diagnoser og diagnosenære vilkår skal erstattes med diagnosenøytrale vilkår.¹² Bakgrunnen for overgangen har gjerne grunnlag i menneskerettslige forpliktelser og den internasjonale utviklingen.¹³ Et diagnosenøytralt system for tvang vil innebære at søkelyset rettes mot enkeltindividet. Tvangslovutvalget mener at et regelverk som innrettes etter situasjon heller enn diagnose, vil kunne bidra til riktig bruk av tvang og at fokuset rettes mot å gi den enkelte individuelt tilpassede tjenester basert på frivillighet.¹⁴ Vilkårene «sterkt behov» og fravær av beslutningskompetanse vil i følge utvalget ivareta samme funksjon som i dag uttrykkes gjennom diagnosenære kriterier.¹⁵

Regjeringen har i ettertid oppnevnt et ekspertutvalg som skal evaluere vilkåret om manglende samtykkekompetanse for bruk av tvang i psykisk helsevernloven. Det som omtales som Mæland-II utvalget, skal levere innstillingen innen 15. juni 2023.¹⁶ En av Mæland II-utvalgets oppgaver er å foreslå lovendringer og utvikle et regelverk som balanserer pasientenes rett til selvbestemmelse og rett innenfor rammen av Norge menneskerettslige forpliktelser, inkludert CRPD. Bakgrunnen med ekspertutvalget at det er kommet tilbakemeldinger fra helsetjenestene, pasienter og pårørende om at vilkåret samtykkekompetanse, kan ha påvirket samfunnet negativt.¹⁷ Tilbakemeldingene går ut på at lovendringen kan ha ført til økt tvangsbruk, at pasientene er sykere før behandling iverksettes og at det er økning av politiets bistand med helsevesenet. Videre er det meldt om ulik praksis.

I lovforslaget fra Tvangslovutvalget er manglende samtykkekompetanse, herunder omtalt som «beslutningskompetanse» foreslått som et sentralt vilkår for tvang og inngrep uten samtykke i

¹² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 31

¹³ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 514

¹⁴ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 709

¹⁵ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 729

¹⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/ekspertutvalg-om-tvang/id2911600/>

¹⁷ <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/ekspertutvalg-om-tvang/id2911600/>

helse- og omsorgstjenestene.¹⁸ Mæland II-utvalget har i oppgave å gjennomgå relevante høringsinnspill til oppfølgingen av Tvangslovutvalget og komme til innspill i det videre arbeidet med lovforslaget hva gjelder vilkåret om samtykkekompetanse. Det gjenstår å se hva innstillingen kommer til.

I mellomtiden vurderes problematikken knyttet til diagnosebaserte tvangshjemler i lys av menneskerettighetene. Oppgaven avgrenses mot en omfattende, generell vurdering av tvangsreglene i helselovgivningen opp mot menneskerettighetsforpliktelsene. Videre avgrenses oppgaven mot en nærmere vurdering av diagnosene nære vilkår opp i lys av andre menneskerettslige idealer enn presisjonskravet og ikke-diskrimineringskravet. Avgrensningene skjer av hensynet til relevans.

1.2 Begrepsavklaringer

1.2.1 Pasient, helsehjelp og psykisk helsevern

Teksten dreier seg om helselovgivningen. Med det kommer jeg til å benytte en rekke helserettslige begreper gjennomgående, som må avklares på et tidlig stadium. En felles forståelse av begrepene bidrar til at oppgavens budskap kommer tydeligere frem.

Begrepet «*pasient*» defineres i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav a som en «person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr i det enkelte tilfelle». Med «henvender» forstås det at enhver som oppsøker eller mottar hjelp fra helse- og omsorgstjenesten omfattes av begrepet. Det innebærer at det ikke er nødvendig å ha mottatt helsebehandling før en må anses som en «pasient». I forarbeidene heter det at en pasient er en person som «... ber om, mottar eller tilbys helsehjelp ...».¹⁹ Personen må derfor allerede ved henvendelsen defineres som pasient. Dette er hensiktsmessig da personer som får avslag på behandling kan gjøre gjeldende rettigheter i medhold av loven.

Det som er «helsehjelp» fremkommer av legaldefinisjonen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c. Det følger av bestemmelsen at «helsehjelp» er «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og

¹⁸ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 447

¹⁹ NOU 1992: 8 – Lov om pasientrettigheter på side 81

omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell», jf. bokstav c. Ordlyden tilsier at et bredt spekter av tiltak må anses som helsehjelp, men avgrenses til å gjelde tiltak som utføres av helsepersonell.

Psykisk helsevern er legaldefinert i psykisk helsevernloven § 1-2 som «spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever». Med dette forstås at psykisk helsevern omfatter all behandling som dreier seg om menneskers psykiske helse, uavhengig av om det gjelder tvangstiltak eller tiltak basert på frivillighet. Somatisk helsehjelp, altså behandling av fysiske skader eller lidelser, faller derfor ikke under betegnelsen. Betegnelsen omfatter kun behandling av psykiske lidelser eller tilstander.

1.2.2 Tvangsbegrepet

Problemstillingen dreier seg som nevnt om vilkårene i helselovgivningen som regulerer bruk av tvang. Begrepet «tvang» benyttes derfor gjennomgående i oppgaven. En rekke lover benytter seg av begrepet «tvang».²⁰ I det følgende skal det dreie seg om «tvang» som benyttes i helselovgivningen. Helselovgivningen kan etter sin ordlyd gjerne beskrives som en samlebetegnelse på all lovgivning som regulerer helse- og omsorgstjenester. Det som må avklares er det helserettslige tvangsbegrepet.

Hva som betegnes som «tvang» som del av helsebehandling fremstår ikke entydig. En naturlig språklig forståelse av «tvang» tilsier at borgeren utsettes for et tiltak som ikke behøver samtykke og han ikke kan motsette seg ved gjennomføringen av det. Det er ikke tilstrekkelig at en selv psykisk opplever tiltaket som tvang. Et hovedtrekk ved tvang, må være at det ytes motstand fra pasientens hold.

Begrepet «tvang» benyttes i dag som en betegnelse på samhandlinger mellom pasienter og helsepersonell, som av ulike grunner må innrammes av rettssikkerhetsgarantier.²¹ Det er ikke tale om ett tvangsbegrep, men flere. Det er tre hovedformer for tvang.²² For det første tvang som overvinning av motstand. For det andre tvang som fravær av gyldig samtykke. For det

²⁰ Se eksempelvis avtaleloven § 29, straffeloven §§ 251-253 m.m.

²¹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 365

²² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 365

tredje tvang som uttrykk for kontrollbehov. Jeg går ikke nærmere inn på dette av hensynet til relevans. Hovedpoenget må være at det ikke foreligger et entydig begrep.

Utvalget foreslo i 2019 at tvang skal få et nytt felles tvangsbegrep. I følge utvalget skal «tvang» forstås som en «overvinnelse av motstand med virkemidler som går ut over det som er vanlig akseptert i samhandling mellom mennesker, og i tillegg omgåelse av motstand ved at vesentlig informasjon bevisst holdes skjult».²³ Definisjonen forstås slik at det må foreligge motstand, altså at en person verbalt eller fysisk viser negativ holdning til et tiltak.

Jeg går ikke nærmere inn og problematiserer definisjonen, da det byr til omfattende drøftelser og det faller utenfor oppgavens kjerne. Definisjonen fra Tvangslovutvalget legges til grunn, hvor jeg vurderer fremtidig lovgivning. Dagens tvangsbegrep benyttes hvor jeg vurderer gjeldende lovgivning.

1.3 Metodevalg

For å vise hvordan jeg har gått frem for å løse problemstillingen, er det nødvendig at jeg fremstiller metodevalg. I denne oppgaven benytter jeg meg for det første av rettsdogmatisk metode. Graver beskriver metoden som at rettsanvender «... *forholder seg til rettskildedefaktorene, avgjør hvilken relevans de har, diskuterer hvilke slutninger de gir grunnlag for, og foretar en avveining av hvilke hensyn som alt i alt har mest for seg*».²⁴ Rettsdogmatisk metode sikter til gjeldende rett, men går likevel noe lengre enn juridisk metode.²⁵ Mæhle fremhever at uttrykket «rettsdogmatikk» må forstås som «... *rettsvitenskap som tar sikte mot systematisk fremstilling av gjeldende rett*».²⁶ Videre fremhever Mæhle at rettsdogmatikken har et «... *generelt siktemål om å systematisere og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle konkrete rettslige problemer*». Metoden innebærer altså ikke bare at rettsanvender skal finne frem til konkrete løsninger på juridiske problemstillinger, men også systematisere rettsspørsmålene og forslagene. Hensikten med

²³ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 34

²⁴ Graver H. P., «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», TfR 2008 s. 149-178, på side 167

²⁵ Mæhle, S. S., «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene»? TfR 2004 s. 329-342 på side 329

²⁶ Mæhle, S. S., «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene»? TfR 2004 s. 329-342 på side 329

metodevalget er å undersøke rettskildene systematisk. Hoveddelen vil være en fremstilling av menneskerettslige krav, og en vurdering av lovverket opp mot kravene. Det foretas med dette en avveining av ulike rettskilder i tråd med alminnelig rettsdogmatisk metode.

I oppgaven løser jeg problemstillingen ved å sammenfatte idealer som kan utledes av menneskerettighetene med gjeldende lovgivning og lovforslaget. Hensikten er å vurdere lovteksten opp mot menneskerettighetene. Oppgaven grenser derfor mot det faget som kalles lovgivningslæren. Faget går ut på å «utrede behov for lovregulering, og å utforme, analysere og evaluere lovforslag i tråd med kravene til god lov kvalitet». ²⁷ Ettersom jeg vurderer gjeldende rett og lovforslaget opp mot menneskerettslige forpliktelser, evaluerer jeg samtidig om lovene er av god kvalitet. Jeg vurderer om ordvalget i loven er treffende og effektivt oppnår menneskerettslige krav. Lovgivningslæren benyttes derfor i den grad det er nødvendig å vurdere lovenes kvalitet.

Oppgaven avsluttes med noen rettspolitiske betraktninger. Rettspolitisk metode er en analyse der det gjelder spørsmål om «*rettstilstanden er tilfredsstillende på et gitt område*» og der anvender «*kommer med forslag til forbedringer eller mer gjennomgripende reformer*». ²⁸ Formålet med den rettspolitiske drøftelsen er å problematisere konsekvensene av et diagnosenøytralt lovverk. Jeg vurderer om eventuelle lovendringer kan føre til utilsiktede virkninger. Med dette vurderer jeg hvordan retten bør være.

Problemstillingen legger hovedsakelig opp til anvendelse av internasjonale kilder. Jeg vurderer problemstillingen fra en menneskerettslig innfallsvinkel, hvor jeg tar utgangspunkt i menneskerettslige forpliktelser og vurderer de opp mot lovverket. Noen deler av oppgaven anvender jeg norsk rett, og benytter da alminnelig rettsdogmatisk metode. Jeg går nærmere inn på betydningen av menneskerettslige konvensjoner og anvendelsen av dem i kapittel 3.

1.4 Videre fremstilling

Kapittel 2 inneholder en oversikt av historiske hendelser bak utviklingstendensene man ser i dag. Kapitlet viser en nærmere redegjørelse av bakgrunnen for hovedproblemstillingen. Jeg tar for meg viktige hendelser og synspunkter som har preget dagens utvikling, som i større

²⁷ <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5502/#learning-outcomes>

²⁸ Graver, H.P., «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», Tfr 2008 s. 149-178, på side 174

grad går mot et ideal om ikke-diskriminering. Hensikten er å få et innblikk i bakgrunnen, slik at man oppnår bredere forståelse for hvorfor endringer i regelverket er debattert og hvorfor det skjer et fokusskifte.

I kapittel 3 tar jeg for meg rettskildene og metodiske spørsmål som oppstår ved behandlingen av problemstillingen i oppgaven. Det vises til hvilke rettskilder som er av særlig relevans for dette rettsområdet. Jeg avklarer metodiske spørsmål som gjelder rettskildebruk, tolkningen av internasjonale kilder og hvordan internasjonale kilder skal vektlegges. Videre i kapitlet fremstilles sentrale menneskerettslige bestemmelser på helserettens område på et generelt plan. Formålet er å gi et innblikk i hvordan de ulike bestemmelsene påvirker helseretten, herunder tvangshjemplene og bruken av dem. Fremstillingen er ment som en oversikt for å få frem et helhetlig bilde av hvordan menneskerettslige bestemmelser fungerer som retningslinje for norsk helserett.

Kapittel 4 fremstiller de menneskerettslige idealene rundt problemstillingen. Første del utledes idealet om ikke-diskriminering, hvor CRPD spiller en sentral rolle. Neste del utleder idealet om et presist lovverk for tvangslovgivning, hvor EMK stiller strenge krav. Formålet med kapitlet er å fremstille rekkevidden av forpliktelsene. Rekkevidden er hva lovgiver må forholde seg til og med det utforme lovgivningen etter.

I kapittel 5 vises det til aktuelle lovbestemmelser. I dette kapitlet blir det redegjort for gjeldende lovgivning hvor diagnose og diagnosenære utgjør en del av tvangshjelmene. Det blir innledningsvis forklart hvorfor vilkårene er utformet som i dag. Hensikten med det er å gi en bredere forståelse av bakgrunnen for dagens vilkår. Sist tar jeg for meg innholdet av lovforslaget.

I kapittel 6 sammenstiller jeg idealene etter menneskerettighetene og aktuelle lovbestemmelser. Kapitlet består i hovedsak av rene drøftelser der jeg vurderer diagnosenære vilkår opp mot de menneskerettslige idealene. Jeg vurderer diagnosenære vilkår ut i fra perspektivene hver for seg. Videre vurderer jeg vilkårene ut i fra en samlet vurdering, hvor jeg først sammenfatter og sammenligner konvensjonenes forpliktelser. Til sist vurderer jeg om de foreslåtte diagnosenøytrale vilkårene i NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven er i tråd med konvensjonenes idealer.

Kapittel 7 inneholder både avsluttende bemerkninger og oppsummeringen. For det første en rettspolitisk del som fungerer som en forlengelse av oppgavens problemstilling. Under dette

kapitlet vurderer jeg om diagnosenøytrale vilkår kan medføre utilsiktede virkninger, som gjerne utgjør problematiske forhold etter menneskerettighetene. Helt til sist oppsummerer jeg og viser til sentrale deler av oppgaven.

2 Utviklingen av lovverket

2.1 Et paternalistisk syn

Problemstillingen angående temaet belyses bedre dersom en ser til bakgrunnen for utviklingen og historien bak tvangshjemlene. I dette kapitlet redegjør jeg for noe av bakgrunnen for problematikken man står overfor i dag, altså problematikken som gjelder for diagnosenære vilkår i tvangshjemlene. Bakgrunnen for problematikken kan bidra til spørsmålet om hvordan loven bør utformes. Det må redegjøres for hvorfor tvang i utgangspunktet ble en del av helsetjenestene, hvordan fokuset på menneskets autonomi øker og hvordan denne utviklingen har ført til lovendringer.

Hvorfor blir tvang benyttet som del av helsebehandling? Et svar på dette kan være at velferdsstats paternalistiske syn.²⁹ Paternalisme er et syn som innebærer at helsepersonellet eller tjenesteyterne «vet best» og derfor kan bestemme over pasienten. Dette er nærmere kalt velferdspaternalisme.³⁰ Dette innebærer et syn om at helsepersonellet er faglig kompetente når det gjelder medisinen, og pasientene derfor må rette seg etter deres avgjørelser. Kjønstad formulerte paternalistisk tankegang som en tankegang hvor man legger til grunn at folk ikke vet sitt eget beste, og derfor ikke kan ivareta sine egne interesser.³¹ Et eksempel på lovgivning basert på dette synspunktet kan være tvungent helsevern i psykisk helsevernloven § 3-3. Bestemmelsen er en indikasjon på et syn der psykisk syke mennesker ikke evner å vurdere egen helsesituasjon, og at staten derfor må gripe inn til pasientens fordel.

Paternalistisk tankegang eksisterer langt tilbake i norgeshistorien. I 1848 fikk Norge «Sindssygeloven».³² Bakgrunnen for loven var at «galskap» er sykdom, og derfor en oppgave

²⁹ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 12

³⁰ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 12

³¹ Kjønstad, A. & Syse, A., (2011) «Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang» på side 34

³² Øvregard, M. & Lie, A. «Kriterier for tvangsinnleggelse – endringer fra 1848 til i dag», Tidsskrift for den norske legeforening 2020 DOI: 10.4045/tidsskr.19.0057

for medisinen. I følge loven var det overlegen som bestemte om pasienten skulle legges inn og vilkåret var at pasienten var «sindsyg» uten noe nærmere definisjon.³³ Innleggelsen måtte dessuten være «hensiktsmessig» eller for å bevare offentlig ro og orden. Man så det slik at et «sinnsykt» menneske ikke hadde egen vilje og ikke kunne legges inn frivillig deretter.

Dette viser at samfunnet tidlig oppfattet at mennesker med psykiske lidelser ikke kunne ivareta egne interesser og at staten derfor kan gripe inn. Det paternalistiske preget viser seg ikke bare ved hovedkriteriet «sinnsykt», men at innleggelsen også må være «hensiktsmessig» ifølge overlegen. Ettersom overlegen avgjør om pasienten oppfyller kriteriet «sinnsykt» og hva som er hensiktsmessig for pasienten, står overlegen alene for å ivareta pasientens interesser. Med det ble pasientens selvbestemmelsesrett undertrykt til fordel for det paternalistiske synet som innebar at pasientens interesser måtte ivaretas av andre.

Hvorfor har ikke det paternalistiske synet fortsatt like stort gjennomslag i norsk rett som før? Immanuel Kant (1724-1804) utviklet en tankegang som fokuserte på menneskeverdet og menneskerettigheter.³⁴ Menneskeverd er et sentralt begrep i det internasjonale menneskerettighetsvernet. Begrepet begynte med Verdenserklæringen om menneskerettigheter vedtatt av FN i 1948.³⁵ Formålet med menneskerettighetene var å sikre menneskeverdet, og reglene er ment å sikre menneskets verdi. Rettighetene består av en blanding av liberale frihetsretter og sosiale goder.³⁶ Med det oppstår et spenningsforhold mellom selvbestemmelse for enkeltindividet, og beskyttelse som preger velferdsstaten.

De nordiske statene har lenge forsøkt å finne balansen mellom selvbestemmelse og beskyttelse når det gjelder personer med kognitive svekkelser.³⁷ Aasen hevder at paternalismen kan medføre at individets autonomi og medbestemmelse tillegges liten vekt. På den andre siden argumenteres det for at der selvbestemmelsesretten vektlegges «for mye»,

³³ Øvregard, M. & Lie, A. «Kriterier for tvangsinnleggelse – endringer fra 1848 til i dag», Tidsskrift for den norske legeförening 2020 DOI: 10.4045/tidsskr.19.0057

³⁴ Aasen, H. S., «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» (2018) på side 109

³⁵ Universal Declaration on Human Rights, Paris 10. December 1948 nr. 501

³⁶ Aasen, H. S., «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» (2018) på side 110

³⁷ Aasen, H. S., «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» (2018) på side 111-112

kan det medføre at personer med kognitive vansker gis for mye frihet og ikke klarer å ivareta egne interesser tilstrekkelig.

Spenningsforholdet mellom selvbestemmelse og beskyttelse når det gjelder mennesker med kognitive vansker er fortsatt gjenstand for debatt. Debatten viser at samfunnet er i ulik oppfatning av tvangsbruk og at svaret nødvendigvis ikke er entydig.³⁸ Forslaget til 2019-utvalget medførte reaksjoner i samfunnet og ble debattert i stor grad etter det ble offentliggjort.³⁹ Likevel, kan det pekes på en utviklingstendens som ikke er å betvile. Utviklingen av velferdsretten går i retning av økt selvbestemmelse hos personer med kognitive svekkelser.⁴⁰ Med det svekkes det paternalistiske preget som lenge har dominert helseretten til fordel for den enkeltes autonomi. Synet på mennesker med kognitive svekkelser er annerledes i dag enn det var for mange år siden, og dette preger igjen rettsbildet.

2.2 Selvbestemmelsesrettens fremtreden

Selvbestemmelsesretten er sentral i helseretten. Retten til selvbestemmelse er et prinsipp som omhandler menneskers rett til å ta egne avgjørelser og bestemme over eget liv.⁴¹ Retten kommer i dag til uttrykk gjennomgående i helselovgivningen. Det heter i pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-1 at et av formålene med kapitlet, er at helsehjelpen «så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientenes selvbestemmelsesrett».

Det virker kanskje innlysende at pasienten i utgangspunktet skal ha selvbestemmelsesrett og rett til å nekte behandling, men retten er imidlertid et resultat av en nylig holdningsendring. Tradisjonelt har tvang vært en stor del av helsebehandlingen av psykisk syke mennesker og

³⁸ Eksempler på debattinnlegg om teamet: *Debatt om samtykkekompetanse-vilkåret*:

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/Or4E7V/debatten-om-samtykkekompetanse-kan-vi-sikre-at-alvorlig-syke-faar-hjelpen-de-trenger> *Debatt om tvangsbruk i psykiatrien*:

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/EavE9o/tvang-er-en-kortsiktig-og-skadelig-loesning>

³⁹ Se bl.a. Nilsen, T. M., «*Kritisk til forslag om tvangsbegrensningslov*», Tidsskrift for den norske legeförening 2020

⁴⁰ Se NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, og NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven

⁴¹ Helsedirektoratet (2021) Nasjonal veileder: Gode helse- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemming på side 1

av mennesker med nedsatt funksjonsevne.⁴² Det kan enda argumenteres for at tvang i for stor grad benyttes.⁴³

FNs verdenserklæring om menneskerettigheter ble vedtatt i 1948.⁴⁴ Den skulle være et utgangspunkt for en rekke menneskerettslige konvensjoner som oppsto i ettertid. EMK ble vedtatt i 1950.⁴⁵ Selvbestemmelsesretten kommer her til uttrykk i særlig artikkel 5 om retten til frihet og artikkel 8 om retten til familie- og privatliv.

Fokuset på selvbestemmelsesretten skulle videreføres også til særlig utsatte grupper. FNs generalforsamling vedtok i 2006 «*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*» (CRPD), som skulle bidra til å motvirke diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne.⁴⁶ Norge ratifiserte konvensjonen i 2013. Selvbestemmelsesretten kommer særlig til uttrykk i CRPD artikkel 12, som innebærer at personer med nedsatt funksjonsevne skal ha rettslig handleevne på lik linje med andre mennesker. Dessuten kommer selvbestemmelsesretten til uttrykk i CRPD artikkel 14, som innebærer at frihetsberøvelse ikke kan skje på grunnlag av funksjonsnedsettelsen. CRPD er ikke inkorporert i norsk lovgivning, men konvensjonen gir likevel uttrykk for en internasjonal utvikling der fokuset på selvbestemmelse og ikke-diskriminering står i fokus.⁴⁷ Oppmerksomheten skal rettes mot personens funksjonsnivå heller enn diagnosen som er gitt. I henhold til CRPD vil en styrkning av selvbestemmelsesretten være en viktig faktor. Norge har likevel avgitt tolkningserklæring for artikkel 12, 14 og 25 i forbindelse med ratifikasjonen av CRPD.⁴⁸ Norge har med erklæringen tatt forbehold om at psykisk helsevernloven bygger på konvensjonens standarder.⁴⁹

⁴² NOU 2016: 17 – På lik linje på side 13

⁴³ Se Tvangslovutvalgets mål om å redusere tvangsbruk i NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 31-34

⁴⁴ Universal Declaration of Human Rights, Paris 10. Desember 1948 nr. 501

⁴⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950

⁴⁶ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 13. Desember 2006 nr. 44910

⁴⁷ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) på side 24

⁴⁸ Prop. 106 S (2011-2012), se vedlegg 2

⁴⁹ HR-2016-2591-A avsnitt 59

Som en del av utviklingen innførte lovgiver kravet om «samtykkekompetanse» i 2017 når det gjaldt tvang etter psykisk helsevernloven. Etter pbrl. § 4-1 første ledd kan helsehjelp «bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». Bestemmelsen innebærer at helsehjelp i utgangspunktet skal være frivillig og at en pasient kan motsette seg det. Tvang kan først utføres ved bortfall av samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 annet ledd. Om innføringen av vilkåret uttalte departementet at en modell som går ut på at pasienters selvbestemmelsesrett styrkes er en viktig tilpasning som ligger til grunn for FN-konvensjonen.⁵⁰ Departementet mente det var viktig å gjøre endringer som fulgte den internasjonale utviklingen. Endringen over til en kompetansebasert modell var også i tråd med CRPD.⁵¹

Stadfestelsen av selvbestemmelsesretten har vært med på løfte fokuset på pasientens ønsker og menneskeverd. Både internasjonale konvensjoner og norsk lovgivning peker derfor i den retning av økt selvbestemmelse hos alle grupper mennesker. Videre økes oppmerksomheten mot ikke-diskriminering av pasientgrupper.⁵² Utvalget for NOU 2019: 14 - Tvangsbegrensningsloven viser gjennomgående at utviklingstendensen fortsetter, og det vil ikke være usannsynlig i fremtiden at det blir enda mer økt fokus på pasientens valgfrihet.

2.3 Fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå

Hva har utviklingen ført til? Etter selvbestemmelsesretten fikk større gjennomslag har også holdningen mot mennesker med gitte diagnoser blitt endret.⁵³ Om innføringen av vilkåret om samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven uttalte helsedirektoratet at endringen «innebærer en overgang fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå».⁵⁴

Beslutningsgrunnlaget for bruk av tvang ble i følge Helsedirektoratet bedre der avgjørelsen bygger på pasientens samtykkekompetanse i tillegg til diagnose og helsefaglige vurderinger om behov for behandling. Endringen var en styrking av pasientens selvbestemmelsesrett og

⁵⁰ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

⁵¹ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

⁵² Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

⁵³ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 267

⁵⁴ Rundskriv fra helsedirektoratet (IS-2017-1) på side 15

rettssikkerhet, og er en viktig tilpasning etter prinsippene om ikke-diskriminering som følger av CRPD.⁵⁵

Før samtykkekompetanse-begrepet ble en del av psykisk helsevernloven, ble problematikken med diagnosefokuset drøftet av Paulsrud-utvalget.⁵⁶ Det ble forslått at psykisk helsevernloven måtte likestilles med kravene etter pasientrettighetsloven. Tvang skulle ikke kunne brukes som del av behandling i tilfeller hvor en pasient med alvorlig psykisk lidelse, likevel var beslutningskompetent. Utvalget kunne ikke forsvare forskjellene mellom funksjonsfokuset pasientrettighetsloven kapittel 4A (om tvungen somatisk helsehjelp) og diagnosefokuset i psykisk helsevernloven kapittel 3.

Tvangslovutvalget fant det i 2019 mulig å etablere en felles lov til erstatning for de fire ulike regelverkene, såkalt «Tvangsbegrensingsloven».⁵⁷ Lovforslaget innebærer mange endringer som bidrar til økt selvbestemmelse og fokus på funksjonsnivå. Noe som er foreslått er innsnevring av tvangsbegrepet, økt fokus på forebygging av tvangsbruk og at diagnosenære vilkår i tvangshjemlene erstattes med diagnosenøytrale vilkår. Endringene er i tråd med den internasjonale utviklingen jeg har gjort rede for.

Utvalget mente at en felles lov ville gi gode muligheter for en helhetlig tilnærming til menneskerettslige krav.⁵⁸ Et av kravene som i det følgende skal drøftes er ideen om diagnosenøytrale tvangshjemler. Målet er ikke-diskriminering basert på diagnoser som er i tråd med CRPD-konvensjonen. Utvalget oppfatter konvensjonen som en kritisk vurdering av behovet for særbestemmelser for enkeltgrupper.⁵⁹ Ettersom CRPD også gir uttrykk for den internasjonale utviklingen, må derfor diagnosenøytrale tvangshjemler være et mål for norsk lovgivning. Dette er en stor endring som viser hvordan rettsbildet har endret seg fra diagnosen i fokus over til funksjonsevnen i fokus. Det er et mål at enkeltmennesket skal vurderes individuelt, slik at vedkommende kan få hjelpen hen trenger heller enn en tilnærming basert på diagnosen.

⁵⁵ Rundskriv fra helsedirektoratet (IS-2017-1) på side 15

⁵⁶ NOU 2011: 9 – Økt bestemmelse og rettssikkerhet på side 147

⁵⁷ NOU 2019: 14 - Tvangsbegrensingsloven

⁵⁸ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 32-33

⁵⁹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 32-33

3 Rettskildene på helserettens område

3.1 Generelt om rettskildene i helseretten

Menneskerettighetene er en sentral del av oppgaven, og nasjonal lovgivning skal vurderes opp mot dem. For å klargjøre betydningen av menneskerettighetene, er det nødvendig med en grundig gjennomgang av metodiske spørsmål. I det følgende skal jeg redegjøre for sentrale rettskilder, menneskerettskonvensjonenes betydning og tolkningen av dem.

Et av oppgavens tema er tvangshjemler i helselovgivningen. Rettskildene som gjelder i velferdsretten er i hovedsak lik rettskildene på andre rettsområder.⁶⁰ Den som anvender velferdsrettslige spørsmål må bygge på Grunnlov, lov, forarbeider, forskrifter og rettspraksis. Reglene i velferdsretten bygger stort sett på nasjonalt materiale. Internasjonale kilder har imidlertid fått større betydning ved utformingen og anvendelsen av eksisterende regler som berører velferdsrettens område. Som allerede vist til i kapittel 2, har menneskerettighetene fått stor betydning når det kommer til velferdsrettens mange rettsspørsmål. Særlig gjelder dette rettsspørsmål om tvangsutøvelse.

Et annet sentralt tema for oppgaven er menneskerettslige idealer. Menneskerettslige konvensjoner, herunder særlig CRPD og EMK, er sentrale rettskilder for oppgaven. Det vil gjennomgående være konvensjonenes innhold og andre relaterte kilder som blir brukt for å avgjøre spørsmålet. EMD kommer i tillegg til ordlyden som tolkningsbidrag.

Høyesterettspraksis får i mindre grad betydning som rettskildefaktor ettersom det er EMD sitt ansvar å tolke konvensjonen.⁶¹

3.2 Grunnloven og legalitetsprinsippet

Helserettslige spørsmål, særlig tvang, må ta utgangspunkt i det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet. Grunnloven § 113 fastslår det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.⁶² Etter bestemmelsen må «*Styresmaktene ... ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket*». Med «gripe inn» forstås alle inngrep i borgernes private autonomi.

⁶⁰ Kjønstad, A. og Syse, A. (2011) «Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang» på side 76-77

⁶¹ Rt.2002 s. 557 på side 565

⁶² Kjønstad, A. og Syse, A. (2011) «Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang» på side 76-77

Grunnloven har som rettskilde trinnhøyde foran andre lovbestemmelser, og omtales som *lex superior*.⁶³

Etter forarbeidene følger det at ikke enhver beslutning internt i forvaltningen som berører enkeltindivider vil utgjøre inngrep.⁶⁴ Det foreligger inngrep i situasjoner hvor «kvalifiserte forhold» som «rammer den enkelte». Frihetsberøvelse utgjør et alvorlig inngrep overfor enkeltmennesket.⁶⁵ Ved frihetsberøvelse kreves derfor lovhjæmmel.

3.3 Menneskerettighetene

3.3.1 Generelt

Menneskerettighetene har en sterk stilling i norsk rett.⁶⁶ Dette gjelder særlig for tvangsreglene i helse- og omsorgsretten. Norge har ratifisert en rekke menneskerettighetskonvensjoner. Norges internasjonale rettssystem er basert på dualismen.⁶⁷ Konvensjonene må derfor inkorporeres eller transformeres før borgerne kan nyte rettighetene, selv ved ratifisering.

Statens plikt følger av Grunnloven § 92. Det følger av bestemmelsen at «*statlige myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter*». Bestemmelsen forstås som en plikt til å gjennomføre rett som samsvarer med bestemmelsene i Grunnloven kapittel E og bindende konvensjoner om menneskerettigheter.

Det er «statens myndigheter» som skal respektere menneskerettighetene. Ordlyden fastslår med det at det er staten som er pliktsubjektet og skal sørge for at menneskerettighetene overholdes. Grunnloven § 92 inneholder ingen presisering av hvem som er vernet av bestemmelsen.

⁶³ Kjørstad, A. og Syse, A. (2011) «Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang» på side 76-77

⁶⁴ Dok. 16 (2011-2012) på side 247

⁶⁵ Dok. 16 (2011-2012) på side 116

⁶⁶ Se Grunnloven § 92, menneskerettsloven §§ 2 og 3 m.m.

⁶⁷ Ruud, M. og Ulfstein, G. (2018), «Innføring i folkeretten: 5. utgave» på side 59

Lovgiver, forvaltning og domstoler må alle opptre i samsvar med forpliktelsene menneskerettighetene medfører.⁶⁸ Lovgiver må gi lovgivning som sørger for at menneskerettighetene overholdes. I tilfeller hvor løsning ikke er i overensstemmelse med forpliktelsene, må forvaltningen presisere eller korrigere lovgivningen til gunst for rettighetshaveren.

Bestemmelsen legger ikke etter sin ordlyd opp til noe skille mellom ulike menneskegrupper. Det må derfor antas at alle individer uansett etnisitet, rase, status eller andre ulikheter faller inn under vernet. I helserettslig sammenheng indikerer dette at mennesker med kognitive vansker er beskyttet på lik linje som mennesker uten kognitive vansker. Hvordan dette utspiller seg i praksis er et annet spørsmål. Jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet som gjelder rettighetssubjektet av menneskerettsvernet.

Det har vært spørsmål om Grunnloven § 92 må tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse. I HR-2016-2554-P avsnitt 70 (Holship) kom det frem at «*Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå som det er gjennomført i norsk rett*». Høyesterett fastsetter dermed Grunnloven som den rettskilde med høyeste rang. Internasjonale menneskerettigheter står som rettskilde altså rangmessig under Grunnloven.

Grunnloven kapittel E gir menneskerettighetene grunnlovskraft som rettskilde. Ved grunnlovsreformen i 2014 ble det innført nye bestemmelser i menneskerettighetskapitlet som i stor grad er basert på EMK.⁶⁹ Etter innføringen må ordinær lovgivning samsvare med menneskerettighetsbestemmelsene. Dersom lovgivningen ikke samsvarer med bestemmelsene, må den ordinære loven vike som følge av lex-superior-prinsippet.⁷⁰ Eksempelvis, vil et vedtak om tvang med grunnlag i ordinær lovgivning måtte oppheves der loven strider med Grunnloven.

⁶⁸ Aall, J. (2021) "Rettsstat og menneskerettigheter 2 – Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning" på side 24-26

⁶⁹ Ruud, M. og Ulfstein, G. (2018), «Innføring i folkeretten: 5. utgave» på side 67

⁷⁰ Kjønstad, A. og Syse, A. (2011) «Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang» på side 78

Det er Høyesterett har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.⁷¹ EMD-praksis har ikke samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av konvensjonens parallelle artikler.

3.3.2 Forholdet mellom EMK, EMD og norsk rett

Det må først avklares hvilken betydning EMK har i norsk rett. EMK artikkel 1 innebærer at det er «The High Contracting Parties» som skal «secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention». I likhet med Grunnloven § 92, ligger også ansvaret med å overholde menneskerettighetene hos staten i henhold til EMK.

Konvensjonens betydning er fastslått i norsk lov. Det følger av Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 første ledd nr. 1 at EMK «skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge». Norge har med det inkorporert EMK og andre menneskerettighetskonvensjoner ved henvisningsmetoden. Traktaten er inkorporert i loven uten ordlysendringer.

Ved motstridstilfeller fastsetter menneskerettsloven § 3 at «bestemmelsene i konvensjoner» som nevnes i § 2 «skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning». Med dette forstås at lovgivning må stå tilbake dersom den ikke korresponderer med bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene. EMK omfattes av dette. EMK er gjennomført i norsk rett på en måte som innebærer at bestemmelsene må få forrang dersom det oppstår strid mellom EMK og norsk lov.

Sett i sammenheng med menneskerettsloven §§ 2-3 er EMK som rettskilde under Grunnloven, men igjen foran ordinær norsk lovgivning. EMK-bestemmelsene skal likevel tillegges vekt ved tolkningen av Grunnloven kapittel E, da bestemmelsene i større grad er inspirert av konvensjonen, jf. Holship-dommen avsnitt 81. Det kan trygt slås fast at vernet om menneskerettighetene i EMK står sterkt i norsk rett på mellomstadiet mellom Grunnlov og ordinær norsk lov.

Videre må det avklares hvilken rettskildemessig betydning EMD-praksis har for norsk rett. I Goodwin-sakenuttalte EMD at domstolen ikke er bundet av tidligere avgjørelser, men likevel at «*it is in the interest of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it*

⁷¹ Rt.2015 s. 93 avsnitt 57

should not depart, without good reason, precedents laid down in previous cases».⁷² EMD kommer med utfyllende retningslinjer for bestemmelsene i konvensjonen, jf. Frøberg s. 178.⁷³

Høyesterett har uttalt at det «i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen».⁷⁴ Domstolen skal i følge retten «legge vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol» når innholdet i EMK skal fastslås, jf. Rt.1999 s. 961 på side 971. Videre sies det i Rt.2001 s. 1006 at ved «tolkning av EMK må domstolen anvende de samme prinsipper for tolkning som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser», se side 1016.

Med dette til grunn kan det konstateres at EMD-praksis spiller en avgjørende rolle for tolkningen av EMK. EMD-praksis benyttes som rettskilde for å belyse konvensjonsbestemmelser, og skal med det vektlegges ved rettsspørsmål som berører EMK-bestemmelser. Dette synes hensiktsmessig, da det er EMD som har hovedrollen som utvikler av EMK. Videre skal man ved tolkningen benytte de samme metoder som EMD. Dette innebærer at Wien-traktaten skal benyttes ved tolkningen av EMK.

3.3.3 Forholdet mellom CRPD og norsk rett

Det ble gjort rede for CRPD-konvensjonens betydning for utviklingstendensene i kapittel 2, og videre for menneskerettighetenes betydning overfor lovgiver i punkt 3.3.1. Det må heretter avklares hvilken betydning CRPD har som rettskilde, og for lovgiver. Norge undertegnet CRPD 30. mars 2007 og ratifiserte den i 2013.

Ettersom konvensjonen ikke er inkorporert i lovgivningen, står den i en særstilling i forhold til andre menneskerettslige konvensjoner som EMK. Manglende inkorporasjon innebærer at den ikke får betydning som andre menneskerettighetskonvensjoner.⁷⁵ CRPD er den eneste konvensjonen av FNs konvensjoner som gjelder diskriminering som ikke er inkorporert i norsk rett etter ratifikasjon. Norge har heller ikke ratifisert tilleggsprotokollen som innebærer

⁷² Christine Goodwin v. the United Kingdom, sak.nr. 28957/95 § 74

⁷³ Thomas Frøberg, «EMDs praksis som norsk rettskildefaktor» s. 176-194 på side 178, jf. Elgesem: Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode, LoR 2003 s. 203 flg. På s. 211-212

⁷⁴ Rt.2002 s. 557 på side 565

⁷⁵ Dokument 8: 3 S (2020-2021), på side 1

at enkeltpersoner ikke kan klage til FN ved mulige brudd. Videre får ikke konvensjonen forrang før nasjonal lovgivning på samme måte som andre menneskerettighetskonvensjoner.⁷⁶

Høyesterettspraksis behandlet i HR-2016-1286-A spørsmål som gjaldt krav om utskriving fra tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-7, jf. § 3-3. Anførselen pasienten A gjorde gjeldende var at tvangsmedisinering av psykisk syke på grunnlag av sykdommen er diskriminerende og i strid med CRPD som er av relevans.⁷⁷ Høyesterett behandlet ikke rekkevidden av bestemmelsen før det ble besluttet av psykisk helsevernloven var i samsvar med CRPD artikkel 14, og det ble uttalt at føringene i CRPD er «fragmentarisk, flertydig og i noen grad også motstridende». Dette tyder på at domstolen ikke vektlegger konvensjonens bestemmelser tungt.

I en særmerknad har imidlertid Høyesterett uttalt at selv om konvensjonen ikke er inkorporert i norsk lov, er det klart at presumsjonsprinsippet får anvendelse.⁷⁸ Det har den følge av norsk lov må tolkes i samsvar med konvensjonen. Norske rettsanvendere må derfor tolke norsk lovgivning i samsvar med CRPD.

CRPD-komiteens uttalelser og retningslinjer er ikke rettslig bindende for Norge.⁷⁹ Uttalelsene må imidlertid ilegges betydelig vekt etter en «mer sammensatt og konkret vurdering», jf. avsnitt 57. Dette som følge av at det i utgangspunktet er CRPD som har ansvar for tolkningen av konvensjonen.

Regjeringen v/ Arbeiderpartiet og Senterpartiet har et ønske om å føre en offensiv likestillingsproblematikk. Det ble derfor besluttet i Hurdalsplattformen at den vil inkorporere CRPD i norsk lov.⁸⁰ Ved en inkorporasjon vil imidlertid CRPD gå foran nasjonal lovgivning ved motstridstilfeller. Inkorporasjon innebærer at norsk rett vedtar at CRPD skal gjelde som norsk lov, og med dette gis konvensjonen samme rettskildeværdi som ordinær lovgivning.⁸¹

⁷⁶ Jf. Menneskerettsloven § 3

⁷⁷ HR-2016-1286-A avsnitt 26

⁷⁸ HR-2020-1167-A avsnitt 88

⁷⁹ HR-2016-2591-A avsnitt 57

⁸⁰ Se Hurdalsplattformen (2021) på side 70

⁸¹ Ruud, M. og Ulfstein, G. (2018) «Innføring i folkeretten: 5. utgave» på side 62

Et forslag om inkorporasjon har vært problematisk og har blitt stemt ned tre ganger allerede. Til tross for manglende inkorporasjon, er det ikke tvil om at CRPD-konvensjonen er en sentral del av problematikken som gjelder diagnoser som vilkår.⁸² Dette kan begrunnes med at konvensjonen gir uttrykk for en internasjonal utvikling.⁸³ Konvensjonens innhold er derfor sentralt for delene av NOU 2019: 14, og det gjenstår å se dens betydning for Mæland II-utvalgets drøftelser.

3.3.4 Tolkning av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner må tolkes for å fastslå medlemsstatenes plikter og rettigheter. Det er derfor nødvendig å avklare hvordan internasjonale menneskerettighetskonvensjoner skal tolkes. Det er folkerettslig sedvane at internasjonale konvensjoner skal tolkes etter Wien-traktatens artikler 31-33.⁸⁴ Artikkene inneholder de folkerettslige tolkningsprinsippene.

Etter artikkel 31 skal det ved tolkning av traktater i utgangspunktet tas stilling til ordlyden. Ordlyden skal tolkes i lys av traktatens gjenstand og formål. I de fleste situasjoner vil ordlyden være avgjørende for resultatet av konvensjonsbestemmelsen. Dersom ordlyden imidlertid er uklar eller fører til urimelige resultater, skal traktatens forarbeider og forhistorie bidra som supplerende tolkningsmomenter i henhold til artikkel 32. Det synes hensiktsmessig ettersom forarbeidene og forhistorien kan fortelle noe om konvensjonspartenes vilje.

Også andre menneskerettskonvensjoner mellom medlemsstatene i konvensjonen kan tas inn i avveiningen når det gjelder tolkningen av konvensjonen, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c.

En traktat kan imidlertid være oversatt og ha flere offisielle språkversjoner som kan medføre tvil om tolkningen. Artikkel 33 regulerer dette ved at man for det første må forholde seg til offisielle tekster og at disse tekstene er likeverdige med mindre annet er bestemt.

⁸² Se NOU 2019: 14 på side 514

⁸³ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

⁸⁴ Ruud, M. og Ulfstein, G. (2018) «Innføring i folkeretten: 5. utgave» på side 93, jf. Vienna convention on The Law of Treaties, Wien 23. May 1969 (VCLT)

Det er folkerettslig sedvane at konvensjoner skal tolkes i tråd med Wien-traktaten.⁸⁵ Norge er ikke part av konvensjonen, men må derfor likevel følge dens prinsipper. Norske rettsanvendere må derfor forholde seg til disse tolkningsprinsippene ved tolkning av internasjonale traktater.

3.4 Menneskerettigheter på helserettens område

3.4.1 Generelt

De mest sentrale menneskerettighetsbestemmelsene for helseretten og tvangshjelmene er retten til liv i Grunnloven § 93 og EMK artikkel 2, forbudet mot tortur og umenneskelig behandling i Grunnloven § 93 andre ledd og EMK artikkel 3, vern mot frihetsberøvelser i Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5, vern av privatlivet i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, og vernet mot usaklig forskjellsbehandling etter Grunnloven § 98 og EMK artikkel 14. I det følgende skal jeg fokusere på innholdet av EMK-bestemmelsene på bakgrunn av oppgavens problemstilling. Etter dette foretas det en kort gjennomgang av innholdet av rettighetene.

3.4.2 EMK art. 2 – Retten til liv

Det heter i EMK artikkel 2 at «Everyone's right to life shall be protected by law».

Bestemmelsen forstås slik at medlemsstatene har en aktiv plikt til å verne om livet til menneskene i staten. Statene skal sørge for at livet vernes på alle rettsområder, herunder alt fra strafferett til helserett. På helserettens område innebærer det at lovgivningen må være utformet slik at pasientene får tilstrekkelig helsehjelp slik at liv ikke går tapt.

EMD behandlet et tilfelle der det ikke ble gitt tilstrekkelig omsorg for en romansk HIV-positiv pasient med alvorlig psykisk utviklingshemming.⁸⁶ Han skal ha blitt nektet opphold i flere institusjoner og helsepersonellet skal ha nektet han behandling grunnet frykten for HIV-smitte. Flere pasienter skal i perioden 2003-2004 ha dødd under mistenkelige omstendigheter ved det psykiatriske sykehuset. I det saken kom opp til EMD ble det uttrykt at staten har en positiv forpliktelse til å føre lovgivning med nødvendige tiltak for å beskytte mennesker mot tap av liv i enhver sammenheng der retten til livet trues.⁸⁷

⁸⁵ Aall. J., (2011) «Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave» på side 36

⁸⁶ Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, sak nr. 47848/08

⁸⁷ Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, sak nr. 47848/08 § 130

En situasjon der fare for liv er truet er ved selvmordshandlinger. En fransk mann hadde i juli 2000 hengt seg selv i en varetektscelle. Saken kom i 2009 opp for EMD. I henhold til EMD er myndighetene under «well-defined circumstances» forpliktet til å forebygge og treffe tiltak som beskytter en person mot andre, men også mot vedkommende selv i «particular circumstances».⁸⁸ Dette må tolkes dithen at myndighetene ikke bare skal forebygge at mennesker dreper andre mennesker, men også føre tiltak som hindrer at mennesker begår selvmord.

I henhold til bestemmelsen er derfor tvang nødvendig ved fare for liv. Et eksempel hvor norsk lovgivning som beskytter retten til liv ved tvangsbruk finnes i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. Etter bestemmelsen er det et alternativt vilkår for tvang at vedkommende «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv og helse». Vilkåret utgjør et unntak fra kravet om fravær av samtykkekompetanse, jf. § 3-3 nr. 4 andre setning. Dette innebærer at en selv samtykkekompetent pasient kan ilegges psykisk helsevern hvor det er fare for selvmord eller hvor det er fare for at vedkommende tar andres liv eller påfører helseskader.

3.4.3 EMK art. 3 – Forbudet mot tortur og umenneskelig behandling

I følge EMK artikkel 3 skal ingen «be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment». Bestemmelsen forbyr etter sin ordlyd tortur, umenneskelig behandling eller straff. Det forstås slik at det er glidende overgang mellom de ulike alternative vilkårene og at en hendelse kan falle under flere av bestemmelsens vilkår. Eksempelvis, vil behandling som er kategorisert som tortur også være umenneskelig behandling.

EMD har presisert at for at det skal ha skjedd en overskridelse av artikkel 3, må det kreves «a minimum level of severity».⁸⁹ Dette kan være relativt i forhold til personens kjønn, alder og helsetilstand. EMD fastsetter derfor en nedre grense for hva forbudet gjelder, men at grensen varierer ut i fra personens livssituasjon. En situasjon kan oppleves som lite belastende for et menneske, men være svært belastende psykisk eller fysisk for et annet menneske med andre utgangspunkter.

⁸⁸ Renolde v. France sak nr. 5608/05 § 81

⁸⁹ Ireland v. The United Kingdom, sak nr. 5310/71 § 162

3.4.4 EMK art. 5 – Vern mot frihetsberøvelser

Etter EMK artikkel 5 nr. 1 har «everyone has right to liberty and security of person». Ordlyden «everyone» forstås som ethvert individ som befinner seg innenfor konvensjonsområdet. Med det er alle mennesker sikret frihet og sikkerhet.

Etter tilleggsprotokoll art. 4 er det den fysiske friheten fra vilkårlig fengsling eller andre former for frihetsberøvelse som er beskyttet.⁹⁰ Artikkelen verner ikke bare fengslede personer, men enhver som er frihetsberøvet uavhengig av tiltakets karakter.⁹¹ EMD har uttalt at om en frihetsbegrensning er en frihetsberøvelse avhenger av grad og intensitet, og ikke at tiltakets karakter.⁹² Dette innebærer at også tvangsutøvelse i helseomsorgen kan utgjøre frihetsberøvelse.

Inngrep i friheten kan imidlertid skje etter gitte vilkår. Det første vilkåret er at inngrep kan skje «in accordance with a procedure prescribed by law», jf. EMK artikkel 5 nr. 1.

Frihetsberøvelser fra myndighetenes side må med det skje i samsvar med loven. Lovhjemmel er påkrevd dersom staten skal gripe inn i en persons frihet. EMD har innfortolket et krav om kvalitet på lovhjemmelen som innebærer at den må være tilgjengelig, presis og forutsigbar.⁹³ Presisjon av hjemmelen innebærer en hjemmel som er forutsigbar for borgerne. Jeg kommer tilbake om dette i kapittel 4.

For det andre må frihetsberøvelsen innfri et av formålene som er gitt i bokstavene a-f. Det er tilstrekkelig at frihetsberøvelsen utføres med et av bokstavens formål, da det er tale om alternative vilkår. Bokstav e er relevant i helserettslig sammenheng. Det følger av bestemmelsen at frihetsberøvelse kan skje ved «*the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants*». Ordlyden fastslår en rekke helsemessige tilstander som kan utgjøre grunnlag for frihetsberøvelse.

⁹⁰ Protokoll nr. 4 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen 4 (P4-2)

⁹¹ Aall, J. (2011) «Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave» på side 313

⁹² H.M. v. Switzerland, sak nr. 39187/98

⁹³ Nolan and K v. Russia, sak nr. 2512/04 § 98

Ved anvendelsen av uttrykket «unsound mind» bruker EMD det som kalles for Winterwerp-kriteriene.⁹⁴ Kriteriene ble formulert av EMD som uttalte: «...*firstly, he must be shown to be of unsound mind, that is, a true mental disorder must be established before a competent authority on the basis of objective medical expertise; secondly, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; thirdly, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder...*».⁹⁵

Etter dette gjelder tre kriterier for at frihetsberøvelse skal være lovlig. Det må kunne vises at personen er sinnslidende, at sykdommen være av den grad eller karakter at det nødvendiggjør frihetsberøvelse og at sinnslidelsen må være under hele tvangsoppholdet.

Når det gjelder det første kriteriet «a true mental disorder must be established» kunne ikke begrepet gir noen definitiv tolkning.⁹⁶ Dette er fordi begrepet er i stadig utvikling som følge av forskning og samfunnets holdninger til psykiske lidelser, som medfører bredere forståelse. Hvordan begrepet må forstås avhenger dermed av utviklingen. Det er likevel krav om at myndighetene fastslår at det gjelder en reell psykisk lidelse.⁹⁷

Det neste kriteriet er at lidelsen er av en grad eller art at det nødvendiggjør frihetsberøvelse.⁹⁸ Kriteriet utgjør et nødvendighetskrav som innebærer at ikke enhver psykisk diagnose kan utgjøre grunnlag for frihetsberøvelse. Den psykiske lidelsen må altså være av en viss alvorlighetsgrad eller art som gjør det nødvendig. Dette avgrenser anvendelsesområdet til kriteriet.

Det antas videre at Winterwerp-kriteriene også må gjelde utenfor psykisk helsevern der de passer.⁹⁹ Sett i sammenheng med nødvendighetskravet, innebærer dette at tilstanden må være av en art som gjør det nødvendig med frihetsberøvelse.

⁹⁴ Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 39

⁹⁵ Ilseher v. Germany, sak nr. 10211/12 og nr. 27505/14 § 127

⁹⁶ Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 37

⁹⁷ Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 39

⁹⁸ Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 39

⁹⁹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 177

3.4.5 EMK art. 8 – Rett til privatliv

En sentral del av helserettslige spørsmål og pasientenes rettssikkerhet gjelder retten til privatliv. EMK artikkel 8 slår fast at alle «has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Med det fastsettes dermed et utgangspunkt om at alle mennesker har rett til privatliv- og familieliv.

Etter artikkel 8 nr. 2 skal det ikke skje «interference» i privatlivet med mindre det skjer «in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests ... for the protection of health». Det som forstås med «interference» er at det kan gjelde faktiske handlinger eller rettslige vedtak. Tvangsvedtak i helseomsorgen må etter naturlig språklig forståelse falle inn under termen inngrep.

Artikkel 8 inneholder ikke et absolutt forbud mot inngrep i privatlivet. Inngrep kan for det første skje dersom det skjer «in accordance with the law». Denne delen av bestemmelsen fastslår et lovkrav, som innebærer at inngrep må ha rettslig grunnlag. Jeg kommer nærmere tilbake til rekkevidden av lovkravet i kapittel 4.

For det andre må inngrepet være «necessary in a democratic society». Uttrykket «necessary» fastslår et nødvendighetskrav. Inngrepet må i følge EMD være nødvendig og forholdsmessig for at det skal tilfredsstillende hensynet inngrepet skjer ut fra.¹⁰⁰ Spørsmålet avhenger av om myndighetene har fastslått en «... fair balance between the competing interests of the individual and of society as a whole ...».¹⁰¹

Med ordlyden «in the interests of» fastslår artikkelen en liste over formål som kan legitimere inngrep. Et av formålene som er nevnt er «for the protection of health». Dette innebærer at det kan skje et legitimt inngrep i privatlivet til den enkelte, så lenge det skjer for å ivareta personens helse. Videre kan det tolkes dithen at det kan skje inngrep overfor enkeltmennesker for å ivareta andre mennesker. Eksempelvis, vil tvang etter phvl. § 3-3 være et legitimt inngrep i privatlivet som følge av bestemmelsens formål om behandling av psykisk sykdom.

¹⁰⁰ Dudgeon v. The United Kingdom, sak nr. 7525/76 §§ 51-53

¹⁰¹ Keegan v. Ireland, sak nr. 16969/90 § 49

3.4.6 EMK art. 14 – forbudet mot diskriminering

EMK artikkel 14 innebærer at konvensjonens rettigheter må sikres «without discrimination on any ground». Bestemmelsen fastsetter en rekke utgangspunkter for mennesker som ikke kan føre til rettighetstap som følge av diskriminering. Funksjonsnedsettelse er ikke nedfelt eksplisitt. Ordlyden «other status» taler for en vid tolkning hvor en rekke andre karakteristika kan falle inn under bestemmelsens virkeområde. Listen er med dette ikke uttømmende. EMD har innfortolket et forbud diskriminering som har grunnlag i helse og funksjonshemninger.¹⁰²

Det foreligger tre vurderingskriterier for om hvorvidt diskriminering har skjedd. Det er først tale om diskriminering hvor (1) personer i sammenlignbare situasjoner behandles ulikt, (2) basert på personlige karaktertrekk (3) uten en objektiv og rimelig begrunnelse.¹⁰³

Med dette er ikke enhver forskjellsbehandling diskriminering. Diskriminering er først skjedd dersom en person behandles ulikt fra en annen uten en objektiv og rimelig grunn.

Funksjonsnedsettelsen kan ikke anses som en objektiv og rimelig grunn. Jeg går nærmere inn på bestemmelsen i punkt 4.2.3.

4 Menneskerettslige idealer

4.1 Innledning

Debatten som gjelder overgangen fra diagnosenære vilkår til diagnosenøytrale vilkår i tvangshjemlene, stammer i hovedsakelig fra menneskerettslige forpliktelser.¹⁰⁴

Problematikken kan sees ut i fra to menneskerettslige idealer som begge legger føringer for hvordan loven burde utformes. I det følgende tas det stilling til forventningene til lovverket som fremkommer av ulike menneskerettslige konvensjoner. Det tas for det første stilling til hvilke krav menneskerettslige konvensjoner stiller til et ikke-diskriminerende lovverk. Det tas deretter stilling til hvilke krav menneskerettighetene stiller til et presist lovverk. Under dette vurderes rekkevidden av de ulike forventningene eller forpliktelsene innebærer. Sist foretar jeg en sammenligning av idealene etter konvensjonene.

¹⁰² Glor v. Switzerland, sak nr. 13444/04 § 80 og G.N. and Others v. Italy, sak nr. 43134/05 § 126

¹⁰³ Biao v. Denmark, sak nr. 38590/10 § 89-90 og S.A.S. v. France, sak nr. 43835/11 § 161

¹⁰⁴ Se kapittel 2 om utviklingen og konvensjonenes betydning

4.2 Forventningene til ikke-diskriminering

4.2.1 Problematikken

En sentral del av overgangen fra diagnosenære vilkår til diagnosenøytrale vilkår i tvangshjemplene stammer fra et ideal om et ikke-diskriminerende lovverk.¹⁰⁵ Problemstillingen er hvilke generelle krav menneskerettslige konvensjoner stiller til et ikke-diskriminerende lovverk. I det videre er det den generelle rekkevidden av konvensjonenes forpliktelser som skal fastsettes. Det skal først vurderes hvilke føringer CRPD-konvensjonen legger for idealet. Deretter redegjør jeg for rekkevidden av EMK artikkel 14.

4.2.2 CRPD-konvensjonen

4.2.2.1 Konvensjonen bygger på idealet om ikke-diskriminering

Bakgrunnen for CRPD var at funksjonsevne tradisjonelt har hatt lite fokus i internasjonal menneskerettighetslovgivning.¹⁰⁶ Østenstad fremhever at CRPD blir gjerne uttrykt slik at mennesket med nedsatt funksjonsevne ikke lenger skal anses som et rettslig objekt på grunnlag av lidelsen, men som et subjekt for rettigheter med den kraft av å være et menneske.¹⁰⁷ I konvensjonens fortale erkjenner konvensjonspartene:

*«... that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others».*¹⁰⁸

Fortalen fastslår for det første at begrepet «disability» er et begrep i utvikling. Begrepet må derfor tolkes dynamisk. Hva som må anses som «disability» er et resultat av et samspill mellom personene med funksjonsnedsettelse, holdningene i samfunnet og omstendighetene rundt. Dette fraskriver «problemet» fra personene med funksjonsnedsettelse.

CRPD artikkel 1 fastslår formålet med konvensjonen. Etter artikkel 1 har konvensjonen som formål *«to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their*

¹⁰⁵ Se kapittel 2 om utviklingen

¹⁰⁶ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 23-24

¹⁰⁷ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 23-24

¹⁰⁸ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 13. December 2006 nr. 44910 (Konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne)

inherent dignity». En naturlig språklig forståelse tilsier at konvensjonens formål er å sørge for at mennesker med funksjonsnedsettelse sikres menneskerettighetene, og at deres menneskeverd må respekteres på lik linje med alle andre. Dette kan innebære at statene må gjennomføre både negative og positive tiltak for at konvensjonens formål skal oppnås.

Østenstad påpeker imidlertid at konvensjonen ikke skal skape ny rett, men heller sikre gjennomføringen av allerede eksisterende menneskerettigheter.¹⁰⁹ FN har understreket at konvensjonen er ment som en gjennomføringskonvensjon. Allerede eksisterende rettighetsinstrumenter må få virkning også når det gjelder personer med nedsatt funksjonshemming. Med dette menes at menneskerettighetene må ha tilsvarende virkning for personer med funksjonsnedsettelse, som for personer uten. Det skal ikke være forskjell i utfallet når det kommer til gjennomføringen av rettighetsbestemmelsene.

4.2.2.2 Likestilling og ikke-diskriminering som generelle prinsipper

Konvensjonens artikkel 3 inneholder åtte generelle prinsipper som gjelder for konvensjonen. I denne sammenheng står prinsippet om ikke-diskriminering («non-discrimination») sentralt, jf. CRPD artikkel 3 bokstav a og b. Konvensjonens bestemmelser må tolkes i lys av prinsippene den bygger på.

CRPD har fastsatt en egen bestemmelse som stiller krav til likhet og ikke-diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse. Det følger av artikkel 5 nr. 1 at «*States Parties recognize that all persons are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law*». Første ledd fastsetter et likhetsprinsipp. I henhold til bestemmelsen er alle like for loven og har rett til beskyttelse uten diskriminering.

Videre følger det av artikkel 5 nr. 2 at medlemsstatene «*shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds*». Med dette forstås et forbud mot diskriminering på grunnlag av funksjonsnedsettelsen. Forbudet går ut på at lovgiver er bundet til å systematisere et reglement som fungerer effektivt mot ikke-diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse. Eksempelvis innebærer bestemmelsen at en lov som fratrar

¹⁰⁹ Østenstad, B.H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 25

mennesker fundamentale rettigheter på grunnlag av funksjonsnedsettelsen, må anses som diskriminering og vil derfor være konvensjonsstridig.

Et spørsmål er hva som må anses som diskriminering. Begrepet «discrimination» er definert i artikkel 2. Med diskriminering menes “...*any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field...*”.

Det heter videre at “all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation...” omfattes. Ordlyden tilsier at diskrimineringsbegrepet har et vidt omfang. Bestemmelsen forstås slik at det ikke er en uttømmende liste over hvilke situasjoner som kan lede til diskriminering. Enhver forskjell på grunnlag av funksjonsnedsettelsen som har det formål eller en virkning som medfører at anerkjennelsen av fundamentale menneskerettigheter forringes eller svekkes, må etter dette anses som diskriminering.

Østenstad påpeker at det ikke er oppstilt et saklighetskrav som kan gi grunnlag for forskjellsbehandling.¹¹⁰ Det stilles videre spørsmål ved om henvisningen til “all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field” må anses som et innebygd saklighetskriterie. Det blir vist til formålet om at konvensjonen skal sikre alle fundamentale menneskerettigheter. Østenstad hevder at det problematiske med komiteens tolkning er at selvbestemmelsesretten alltid går fremfor sosiale rettigheter, med unntak av snevre nødrettstilfeller. Full selvbestemmelsesrett kan etter hans mening gå på bekostning av retten til god helse, som også utgjør et diskrimineringsproblem.

Etter dette kan det slås fast at alle tiltak som har den konsekvens at mennesker med nedsatt funksjonsevne fratras rettigheter de ellers ville hatt, er å anse som diskriminering. Det at det ikke er oppstilt et saklighetskrav, kan medføre konsekvenser som går utover rettighetene. Det kan tenkes at mennesker med nedsatt funksjonsevne må forskjellsbehandles i enkelte situasjoner for å oppnå reell likestilling. Ordlyden «*nullifying the recognition*» er til støtte for dette synspunktet. Et eksempel kan tenkes er en pasient som ikke forstår egne behov på grunnlag av funksjonsnedsettelsen. Hvis pasienten gis samme utgangspunkter som en med bredere sykdomsinnsikt som ville takket ja til helsehjelpen i samme situasjon, vil det ikke

¹¹⁰ Østenstad, B. H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 29-30

oppnå reell likestilling. På den andre siden må selvbestemmelsesretten stå sterkt. Ved kognitive lidelser kan det være vanskelig å skille mellom pasientens meninger og symptomene på sykdommen.

CRPD artikkel 1, artikkel 3 og artikkel 5 viser sammen at likhet og ikke-diskriminering er sentrale prinsipper for konvensjonen. Øvrige artikler er bygd etter prinsippene og har som mål å oppnå dem. Dette innebærer at prinsippene står sterkt og andre artikler må tolkes i lys av prinsippene. Likhet og ikke-diskriminering er fundamentale rettigheter etter konvensjonen.

Det som nå er gjort rede for viser at likhet må innebære at mennesker med funksjonsnedsettelse, oppnår samme menneskerettigheter som mennesker uten. Ikke-diskriminering må innebære at enhver forskjellsbehandling som medfører at en fratras en rettighet på usaklig grunnlag må forbys. I henhold til CRPD må lovgiver sørge for et regelverk som oppnår hva prinsippene er ment for.

4.2.2.3 Hvem som er vernet mot diskriminering

Det må avklares hvem som er vernet av diskrimineringsforbudet etter CRPD. CRPD-konvensjonens rekkevidde av ikke-diskrimineringsvernet begrenses av persongruppen konvensjonen omfatter. Spørsmålet er hvem som omfattes av vernet mot diskriminering etter CRPD. Det er etter CRPD artikkel 5 og 14 «persons with disabilities» som er vernet mot diskriminering etter CRPD. Ordlyden er vag og taler for at et bredt spekter av ulike tilstander faller inn under begrepet. Den norske oversettelsen er «funksjonsnedsettelse», som tilsynelatende gir et tilsvarende omfang som det engelske begrepet.

CRPD artikkel 1 definerer «persons with disabilities» som «... *those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others*». Etter bestemmelsen er både psykiske og fysiske funksjonsnedsettelse er inkludert. Det avgjørende er om nedsettelsen hindrer deres fulle deltagelse i samfunnet på lik linje med andre mennesker.

Forarbeidene legger til grunn at funksjonsnedsettelse også omfatter «psykiske lidelser som for eksempel depresjon eller bipolare lidelser».¹¹¹ Det foreligger ikke krav til varigheten eller

¹¹¹ Prop. 81 L (2016-2017) på side 313

alvorligheten, men begrepet avgrenses mot «forbigående og/eller bagatellmessige forhold». Videre avgrenses ikke begrepet mot tilstander som er forårsaket av individets egen atferd.

Etter dette kan det konstateres at vernet mot diskriminering favner vidt.

Funksjonsnedsettelsen kan innebære ulike typer utfordringer. Konvensjonen likestiller psykiske lidelser med somatiske lidelser. Med dette er også mennesker med psykiske utfordringer omfattet. Forarbeidernes uttalelse om at begrepet også omfatter tilstander som er forårsaket av individets egen atferd, kan tyde på at mennesker med rusproblemer er omfattet.

4.2.2.4 Vern av frihet og personlig sikkerhet etter CRPD artikkel 14

For at tvangshjemlene skal være utformet i samsvar med CRPD, må utformingen ikke være diskriminerende etter konvensjonens føringer. En sentral bestemmelse som fastsetter rekkevidden av diskrimineringsforbudet i CRPD, er CRPD artikkel 14. I det videre skal rekkevidden av CRPD artikkel 14 klargjøres.

Etter CRPD artikkel 14 bokstav a skal medlemsstatene «... *ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others enjoy the right to liberty and security of person*». Bestemmelsen slår fast at funksjonshemmede har samme rettigheter til frihet og sikkerhet som andre mennesker har. Hvilke rettigheter som funksjonshemmede er sikret på lik linje med andre, må sees i sammenheng med andre rettighetskonvensjoner som statene er forpliktet av. En nærliggende bestemmelse er EMK artikkel 5 som gir alle mennesker rett til frihet med mindre de tilfredsstillt kravene i unntatte situasjoner.

Etter CRPD artikkel 14 bokstav b må medlemsstatene sørge for at funksjonshemmede mennesker «... *are not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty*». Det tvilsomme knytter seg til hva som menes med «that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty».

Ordlyden av artikkel 14 er sprikende. En måte å tolke bestemmelsen på er at den forbyr vilkår for tvang som gjelder funksjonsnedsettelsen, til tross for ytterligere vilkår. En slik forståelse innebærer at tvangshjemler ikke kan benytte funksjonsnedsettelsen som et vilkår for en bredere vurdering av tvang.

Bestemmelsen kan også tolkes dithen at funksjonsnedsettelse kan være vilkår for frihetsberøvelse i kombinasjon med andre vilkår. Det er hevdet at bestemmelsen er heller nær

denne tolkningen.¹¹² Det argumenteres for at et forbud mot at funksjonsnedsettelsen kan inngå som vilkår sammen med andre vilkår, ikke virker som et naturlig tolkningsresultat.

Ordlyden «shall in no case justify» tilsier at det ikke skal være funksjonsnedsettelsen som gir grunnlag for tvang. Dette innebærer at en tvangshjemmel hvor funksjonsnedsettelsen utgjør en sentral del av grunnlaget for tvang, og ikke som del av en helhetsvurdering, også vil være i strid med loven. Eksempelvis, vil diagnosen bipolar lidelse ikke kunne utgjøre et tvangsgrunnlag, men tvangsgrunnlaget må heller være situasjonen forårsaket av symptomene.

4.2.2.5 CRPD-komiteens uttalelse

CRPD-komiteen utgjør som nevnt i punkt 3.3.3 en sentral tolkningsfaktor for CRPD-bestemmelsene. I en generell kommentar som gjelder artikkel 14, har CRPD-komiteen fastslått at funksjonsnedsettelse ikke kan inngå i begrunnelsen for frihetsberøvelse, selv hvor det foreligger andre vilkår.¹¹³ Dette innebærer en tolkning av artikkel 14 som forbyr alle former for særlovgivning overfor enkeltgrupper.¹¹⁴

Komiteen fremhever at praksis der statene tillater «*deprivation of liberty on the grounds of actual or perceived impairment*», er i strid med konvensjonen uansett unntak.¹¹⁵ Med dette fremheves det at praksis der mennesker holdes tilbake på bakgrunn av antatt eller faktisk funksjonsnedsettelse er i strid med artikkel 14, uansett videre krav som måtte gjelde for tilbakeholdelsen. Dette gjelder alle vilkår, «*including that they are deemed dangerous to themselves or to others*».¹¹⁶ Komiteen påpeker at en slik fremgangsmåte er diskriminerende og utgjør vilkårlig frihetsberøvelse.

Komiteen har videre uttalt at CRPD artikkel 14 «*prohibits the deprivation of liberty on the basis of impairment even if additional factors or criteria are also used to justify the*

¹¹² Syse, A. (2016) «*Psykisk helsevernloven med kommentarer*» på side 464

¹¹³ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015) «*Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*»

¹¹⁴ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 167

¹¹⁵ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015) «*Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*», avsnitt 6

¹¹⁶ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015) «*Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*», avsnitt 6

deprivation of liberty”.¹¹⁷ Etter dette fastslås konvensjonen et forbud mot at frihetsberøvelse kan skje på grunnlag av funksjonsnedsettelsen, selv om det foreligger tilleggskriterier.

Komiteen har med det tolket CRPD artikkel 14 som et absolutt forbud mot diagnoser og diagnosenære vilkår. Skal en legge til grunn en slik tolkning, vil tvangshjemlene ikke kunne vise til funksjonsnedsettelse under noen omstendigeet.

Komiteen uttaler i forbindelse med diskrimineringsforbudet at regler som knytter adgang til å benytte tvang til bestemte former for funksjonsnedsettelse, som utviklingshemming, psykisk sykdom, eller kognitive funksjonsnedsettelse eller beslutningskompetanse («mental capacity») er diskriminerende.¹¹⁸ Uttalelsen innebærer at alle særbestemmelser for tvang som rettes mot funksjonsnedsettelse, må avvises.

4.2.2.6 Norges tolkningserklæring av CRPD artikkel 14 og 25

Norge har avgitt sitt syn på artikkelen i en tolkningserklæring for artikkel 14 og 25. Det følger av erklæringen at “... *Norge erklærer videre om sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier*”.¹¹⁹

Tolkningserklæringene er ikke reservasjoner til CRPD, men en spesifisering av Norges syn på bestemmelsen.¹²⁰ Erklæringene er gitt med den hensikt hvor Norge viser til at norsk lovgivning er i samsvar med konvensjonen. En reservasjon ville vært en erklæring som unntar norsk lov fra konvensjonens forpliktelser.¹²¹ Tolkningserklæringene har ingen innvirkning på Norges forpliktelser.¹²²

¹¹⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015) “*Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”, avsnitt 7

¹¹⁸ NOU 2016:17 – På lik linje på side 119

¹¹⁹ Prop. 106 S (2011-2012) på side 63

¹²⁰ Rapport fra NIM (21. mars 2022) «*Inkorporering av CRPD i norsk rett: Særlig om CRPD artikkel 12 og 14*» på side 26

¹²¹ Wien-konvensjonen artikkel 2 (1) b

¹²² Rapport fra NIM (21. mars 2022) «*Inkorporering av CRPD i norsk rett: Særlig om CRPD artikkel 12 og 14*» på side 27

Norge tillater med det at personer kan ilegges tvungen behandling når dette anses nødvendig. Tvungen behandling må imidlertid være en siste utvei og være undergitt rettssikkerhetsgarantier. Tolkningserklæringens formulering indikerer at Norge finner tvang som et legitimt virkemiddel for behandling.

4.2.2.7 EMD og FNs høykommisær om CRPD artikkel 14

CRPD artikkel 14 har en uklar rekkevidde og hvilke situasjoner bestemmelsen omfatter er uklar. Det kan derfor være hensiktsmessig å se til andre menneskerettighetskonvensjoner for å fastslå det nærmere innholdet av bestemmelsen, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c.

For det første uttaler EMD at CRPD artikkel 14 ikke kan tolkes slik CRPD-komiteen fastslår innholdet, og at funksjonsnedsettelse som vilkår for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 er tillatt i henhold til konvensjonen.¹²³ Det ble hevdet at konvensjonen ikke inneholder et forbud mot frihetsberøvelse på grunnlag av funksjonsnedsettelse. På den andre siden har EMD fremhevet at funksjonsnedsettelsen alene ikke utgjør tilfredsstillende grunnlag for frihetsberøvelse, jf. *Bures v. The Czech Republic*, sak nr. 37679/08 § 95.

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 9 fastslår at alle har rett til frihet og personlig sikkerhet. FNs høykommisær har utgitt en tolkningsuttalelse i forbindelse med artikkelen, hvor CRPD ble nevnt. Om artikkel 14 har FNs høykommisær uttalt at «*restriction of liberty is determined must be de-linked from the disability and neutrally defined so as to apply to all persons on equal basis*».¹²⁴

Det ble med dette fastslått at frihetsbegrensninger som er koblet opp mot funksjonshemninger ikke er lovlige og at begrensningen må være definert nøytralt slik at den kan appledere til alle mennesker. Vilkår som er tilknyttet diagnoser er i følge FNs høykommisær ikke i samsvar med CRPD artikkel 14, jf. artikkel 12. Særreglene om frihetsberøvelse på området som gjelder psykisk helsevern eller funksjonsnedsettelse kan med det være konvensjonsstridig.

¹²³ *Rooman v. Belgium*, sak nr. 18052/11 § 205

¹²⁴ Annual report of the UN High Commissioner for Human Rights. (26. Januar 2009): A/HRC/10/48 para. 48 og 49

En forutsetning må være at lidelsen i så fall må kombineres med ytterligere vilkår. Menneskerettighetskomiteen viser i denne forbindelsen til CRPD-konvensjonens artikkel 14.

4.2.2.8 Uklar rekkevidde av CRPD artikkel 14

Jeg viser i det følgende til nasjonale organer og teoretikere som har forsøkt å tolke CRPD-konvensjonen. På bakgrunn av folkerettslig metode, kan imidlertid ikke rettskildene tillegges vekt ved spørsmålet om rekkevidden av artikkel 14.¹²⁵ Bidraget er til for å vise hvordan nasjonale organer og rettsanvendere har forstått regelverket i CRPD.

Paulsrud-utvalget har uttalt at det er usikkerhet når det kommer til det rettslige innholdet i CRPD.¹²⁶ Likevel, mente flertallet utvalget det ikke var tvil om at CRPD gir uttrykk for en internasjonal utvikling i retning av økt vektlegging av ikke-diskriminering. Flertallet i utvalget mente derfor at «en radikal tolkningstilnærming» peker i samme retning som rettsutviklingen vil ta. Til tross for konvensjonen ikke forhindrer ethvert tvangsinngrep, uttrykker flertallet at det er «... sterke holdepunkter for et krav om økt rettslig likestilling mellom mennesker med og uten psykiske lidelser, og pasientautonomiens lovfestede plass i psykisk helsevernloven bør styrkes».¹²⁷

Orefellen dissenterte mot flertallet i Paulsrud-utvalget. Det ble uttalt at i det «... nedsatt funksjonsevne er ett av flere vilkår for frihetsberøvelse, rammer slik frihetsberøvelse kun mennesker med nedsatt funksjonsevne, i det nedsatt funksjonsevne blir et nødvendig terskelvilkår for å iverksette frihetsberøvelsen».¹²⁸ Videre heter det at nedsatt funksjonsevne ikke kan «utgjøre saklig grunnlag for å innskrenke friheten til mennesker» i større grad enn andre. Med dette måtte konvensjonen i følge Orefellen tolkes slik at den ikke tillater frihetsberøvelse verken helt eller delvis basert på nedsatt funksjonsevne. Orefellen fant dermed at «... lovbestemmelser som baserer frihetsberøvelse på nedsatt funksjonsevne, slik psykisk helsevernloven gjør, må fjernes for å bringe nasjonalt lovverk i overensstemmelse

¹²⁵ Se punkt 3.3.4 om hvordan internasjonale menneskerettighetskonvensjoner skal tolkes

¹²⁶ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 145

¹²⁷ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 147

¹²⁸ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 145

med CRPD». ¹²⁹ Med dette fastslo Orefellen at dagjeldende psykisk helsevernlov var i strid med CRPD-konvensjonen.

Barne- og likestillingsdepartementet oppnevnte i desember 2014 et utvalg som hadde i oppgave å analysere og vurdere hvilke endringer som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av grunnleggende rettigheter til mennesker med utviklingshemming. ¹³⁰ Utvalget fant etter en gjennomgang av konvensjonens bestemmelser sett i helhet, komiteens merknader og innlegg fra statspartene at CRPD forbyr regler om tvangsbruk som diskriminerer personer med utviklingshemming. ¹³¹

Om CRPD artikkel 14 har Tvangslovutvalget uttalt at tolkningen av bestemmelsen er omstridt. ¹³² UD argumenterer i forbindelse med vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 for at det «... ikke kan være i strid med likhetsprinsippet å vurdere ulike sykdommer og lidelser ulikt». ¹³³ Utvalget påpeker at argumentet viser at mennesker med nedsatt psykososial evne gjerne har vært utsatt for objektivisering. Denne tankegangen fører i henhold til at enkeltindividet er «blitt sykdommen». Det vil være «... uforenelig med den sosiale modell for nedsatt funksjonsevne som CRPD bygger på». ¹³⁴

Høyesterett har uttalt i forbindelse med vurderingen av hvilke føringer konvensjonen gir for tvangsinnleggelse og tvangsbehandling av psykiske, at reglementet er «fragmentarisk, flertydig og i noen grad også motstridende». ¹³⁵ Etter dette er ikke det nærmere innholdet av CRPD artikkel 14 vurdert. Rekkevidden av bestemmelsen er usikker når det gjelder setningen «the existence of a disability shall in no case justify deprivation of liberty». ¹³⁶

¹²⁹ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 285

¹³⁰ NOU 2016: 17 På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming

¹³¹ NOU 2016: 17 På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming på side på side 128

¹³² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 165

¹³³ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 283

¹³⁴ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 283

¹³⁵ HR-2016-1286-A avsnitt 30, se også HR-2020-1167-A avsnitt 66

¹³⁶ Syse, A., (2016) Psykisk helsevernloven med kommentarer på side 460-469

I NIM-rapporten vurderes CRPD artikkel 14 ikke som et absolutt forbud mot lovgivning som anvender funksjonsnedsettelse eller diagnosenære vilkår som ett av flere vilkår.¹³⁷ Dette ble begrunnet i ordlyden, sammenhengen med resten av artikkel 14 eller andre materielle bestemmelsene. Videre ble det begrunnet av formålsbetraktninger og konvensjonen som utslag av et effektivitetsprinsipp, samt andre menneskerettskonvensjoner. NIM mener ikke at Komiteens syn kan tillegges avgjørende vekt opp mot de andre rettskildene.

Overordnet viser uttalelsene at rekkevidden for CRPD-konvensjonens bestemmelser og betydning, er usikker. Dette rår særlig usikkerhet om tolkningen av CRPD artikkel 14, og dermed hvilken betydning den har for lovgivningen.

4.2.3 Et vern mot diskriminering etter EMK artikkel 14

4.2.3.1 Innledning

Som nevnt i punkt 3.4.6 inneholder også EMK artikkel 14 et vern mot diskriminering. Til forskjell fra CRPD, som særlig rettes mot vern av mennesker med funksjonsnedsettelse, gjelder diskrimineringsforbudet mot en rekke andre grupper i EMK artikkel 14. Det skal i det følgende tas stilling til rekkevidden av diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14.

4.2.3.2 Nærmere om innholdet av diskrimineringsforbudet

Det følger av EMK artikkel 14 at ingen skal fratras rettighetene som følge av diskriminering. EMD har videre fastslått at funksjonsnedsettelse er vernet av bestemmelsen, se punkt 3.4.6 om dette. Mennesker med funksjonsnedsettelse gis derfor et menneskerettslig vern mot diskriminering av EMK. Vernet må innebære at funksjonsnedsettelsen ikke kan fungere som grunnlag for tap av grunnleggende rettigheter som følger av konvensjonen.

Det følger av bestemmelsen at diskriminering ikke kan skje «on any ground» basert på personlige karaktertrekk. Det må tas stilling til hva ordlyden «on any ground» innebærer.¹³⁸ Den norske oversettelsen forbyr diskriminering som skjer på «grunnlag» av karaktertrekkene. En naturlig språklig forståelse taler for at det i utgangspunkt gjelder et vern mot forskjellsbehandling, hvor karaktertrekkene anses som del av hjemmelsgrunnlaget. Det må

¹³⁷ Rapport fra NIM (21. mars 2022) «Inkorporering av CRPD i norsk rett: Særlig om CRPD artikkel 12 og 14» på side 24

¹³⁸ EMK artikkel 14

antas at lovbestemmelser har den virkning at de ekskluderer en gruppe mennesker fra en grunnleggende rettighet, er et brudd på diskrimineringsforbudet.

Som vist til overfor er først tale om diskriminering hvor personer i sammenlignbare situasjoner behandles ulikt basert på personlige karaktertrekk uten en objektiv og rimelig begrunnelse.¹³⁹ Karaktertrekkene som er oppstilt i bestemmelsen er med dette forbudte grunner for forskjellsbehandling hvor personene står ovenfor like situasjoner.

I følge EMDs praksis er det diskriminering dersom forskjellsbehandlingen ikke har noen objektiv og rimelig begrunnelse.¹⁴⁰ EMK-statene er gitt en viss skjønnsmargin innenfor hva som kan inngå i vurderingen.¹⁴¹

Det kan også foreligge “indirekte diskriminering” i situasjoner generelle politiske føringer har skadelige effekter på særlig en gruppe, til tross for at politikken eller regelverket ikke er utformet for å ramme gruppen og det ikke foreligger hensikt om diskriminering.¹⁴² En nøytral bestemmelse kan også føre til diskriminering.¹⁴³

4.2.3.3 Hva som kan utgjøre en objektiv og rimelig grunn for forskjellsbehandling

Det tvilsomme er hva som ligger i kravet om objektiv og rimelig grunn for forskjellsbehandling. Begrunnelsen må vurderes i forhold til formålet, virkningene, og til «the measure concerned and the principles which normally prevail in democratic societies».¹⁴⁴ Hva som er en objektiv og rimelig grunn til forskjellsbehandling, beror derfor på hva formålet og virkningene av tiltaket er, samt om det samsvarer med alminnelige prinsipper i et demokratisk samfunn.

Konvensjonen forbyr videre ifølge EMD ikke forskjellsbehandling som bygger på en «objective assessment of essentially different factual circumstances and which, being based on the public interest, strike a fair balance between the protection of the interest of the

¹³⁹ Biao v. Denmark §§ 89-90 sak nr. 38590/10 § 89-90 og S.A.S. v. France, sak nr. 43835/11 § 161

¹⁴⁰ Glor v. Switzerland, sak nr. 13444/04 § 72

¹⁴¹ Rasmussen v. Denmark, sak nr. 8777/79 § 46

¹⁴² Biao v. Denmark, sak nr. 38590/10 § 91 og S.A.S. v. France, sak nr. 43835/11

¹⁴³ Zarb Adami v. Malta, sak nr. 17209/02 § 76

¹⁴⁴ Glor v. Switzerland, sak nr. 13444/04 § 72

community and respect for the rights and freedoms safeguarded by the Convention”.¹⁴⁵ Hva som kan være legitime grunner for forskjellsbehandling må dermed ses i lys av konvensjonens øvrige bestemmelser.

4.3 Forventningene til presise lovverk

4.3.1 Problematikken

Problematikken angående diagnosenære begreper som vilkår i tvangshjemlene, er også tilknyttet menneskerettslige forpliktelser som gjelder forventningene til presise lovverk. Med dette går jeg over til den andre delen av problemstillingen. Kravet til presise lovverk kan gjerne fungere som motstykket til ikke-diskriminerende bestemmelser, som må være utformet generelt. Det problematiske som må avklares er rekkevidden av forventningene. Det skal i det videre redegjøres for hvilke krav menneskerettighetene stiller til et presist lovverk, og hvilke faktorer som kan påvirke kravet til presisjonsnivået. Spørsmålet er hvor presist lovverket må utformes for å være i tråd med menneskerettslige forpliktelser.

4.3.2 Begrunnelsen for forventningene om et presist reglement

Grunnloven § 113 oppstiller det norske kravet om lovhjemmel for inngrep, som allerede er nevnt i punkt 3.2. Etter bestemmelsen må myndighetene ha «hjemmel i lov» for at det skal kunne foretas inngrep i den enkeltes rettigheter. Grunnloven inneholder ikke et eksplisitt krav til presisjon.

EMK inneholder en rekke rettighetsbestemmelser hvor lovkravet utgjør et vilkår for inngrep. Konvensjonens artikler 2, 4, 5 og 8-11 medfører at inngrep må være «lawful», «in accordance with a procedure prescribed by law» eller «in accordance with law». Sammenhengen i konvensjonen, taler for at det stilles klare forventninger til inngrepets legitimitet. EMK bygger med det på en generell ide om at tiltak som griper inn i individets rettigheter, må ha rettslig grunnlag. EMD har uttrykt at uttrykkene skal tolkes likt, til tross for forskjellen i ordlyden.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Glor v. Switzerland, sak nr. 13444/04 § 72

¹⁴⁶ Malone v. The United Kingdom, sak nr. 8691/79

Lovkravet er essensielt i en rettsstat.¹⁴⁷ Aall påstår at et viktig hensyn er at inngrep ikke skal ramme tilfeldig, men kunne forutses. Videre at et mål med lovkravet er å sikre forutberegnelighet. Hensynet til forutberegnelighet oppnås i følge Aall ved presise og tilgjengelige regler.

Forutberegnelighetshensynet, hvor individets behov for innrettelse er av betydning, gjør seg særlig gjeldende i forbindelse med strafferettslige bestemmelser. Administrative vedtak, herunder innleggelse av psykisk syke pasienter, utgjør et omfattende inngrep når det gjelder individets privatliv og retten til frihet. Grunnleggende hensyn som behovet for legitime hjemler for tvang, bygger med det på tilsvarende hensyn som for strafferetten. Det kan likevel hevdes at innrettelsesbehovet er ikke av betydning for psykisk syke.¹⁴⁸ Psykisk syke mennesker kan ikke forutse sykdomsforløpet, og heller ikke velge bort tilstanden for å unngå oppfyllelse av materielle vilkår for inngrep etter psykisk helsevernloven § 3-3. Begrunnelsen for lovkravet er i nevnte tilfeller interessen i å kontrollere den utøvende makt. På det viset kan lovgiver redusere faren for myndighetsmisbruk.

4.3.3 Generelt om lovkravet

I denne sammenhengen, som gjelder problematikk knyttet til helserettslige tvangshjemler, utgjør EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8 sentrale bestemmelser når det kommer til myndighetenes lovkrav. Lovkravet oppstiller regler som gjelder hvor presise lovbestemmelsene må være, altså hvilken grad av presisjonsnivå som er påkrevd. Det tas videre stilling til rekkevidden av lovkravet etter EMK-retten.

Etter EMK artikkel 8 innebærer at alle inngrep i privatlivet ikke kan skje med mindre det er «in accordance with the law». Med dette fastsettes et lovkrav når det gjelder myndigheters adgang til inngrep i den enkeltes privatliv.

Bestemmelsens lovkrav inneholder to sider. For det første må inngrepet ha hjemmel i nasjonal rett.¹⁴⁹ I følge EMD inngår lovgivning, forskrifter og annen delegert regulering, men også

¹⁴⁷ Aall, J. (2011) "Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave" på side 104-105

¹⁴⁸ Aall, J. (2011) "Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave" på side 105-106

¹⁴⁹ Leyla Sahin v. Turkey, sak nr. 44774/98 § 88

ulovfestet rett. Til forskjell fra Grunnloven § 113 og Grunnloven § 108, som kun aksepterer lovhjemmel, er konvensjonens krav autonomt.¹⁵⁰

For det andre må lovhjemmelen være tilstrekkelig klar, forutsigbar og tilgjengelig.¹⁵¹ EMD har fremhevet at skjønnsmessige bestemmelser må angi rammene for skjønnnet.¹⁵² I Malone-saken uttalte EMD at «... *the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference*». ¹⁵³ I dette ligger det at skjønnnet som angis må gis med hensyn til det legitime formålet med tiltaket, og med hensyn til å gi individet tilstrekkelig vern mot vilkårlige inngrep fra myndighetene.

Et minstekrav er at individer skal kunne forutse hvilke omstendigheter og kriterier som kan føre til tiltak fra myndighetene som berører rettighetene etter EMK.¹⁵⁴ På den andre siden kreves det ikke absolutt sikkerhet om regelens rekkevidde.¹⁵⁵

EMD har innfortolket et lignende krav til presisjon som også gjelder for frihetsberøvende lovhjemler.¹⁵⁶ Det følger av EMK artikkel 5 må frihetsberøvelse må skje «in accordance with a procedure prescribed by law». Bestemmelsen fastslår at det gjelder krav om lovhjemmel dersom staten foretar frihetsberøvelse overfor den enkelte person.

Setningen «procedure prescribed by law» tyder på at det foreligger et hjemmelskrav der også fremgangsmåten beskrives. Ordlyden inneholder imidlertid lite veiledning videre i det man står overfor spørsmålet om hva som er tilfredsstillende lovkravet. Det må i det følgende avklares hva som er en tilfredsstillende lovhjemmel i henhold til artikkel 5.

¹⁵⁰ Aall, J. (2021) "Rettsstat og menneskerettigheter 2 – Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning" på side 104

¹⁵¹ Silver and Others v. the United Kingdom sak nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75

¹⁵² Sunday Times v. The United Kingdom, sak nr. 6538/74 § 49

¹⁵³ Malone v. The United Kingdom, sak nr. 8691/79 § 68

¹⁵⁴ Frenández Martínez v. Spain, sak nr. 56030/07 § 117

¹⁵⁵ Dubská and Others v. the Czech Republic, sak nr. 28859/11 og 28473/12 § 107

¹⁵⁶ Khlaifia and others v. Italy, sak nr. 16483/12

Begrepet «law» har ikke samme betydning som det norske begrepet «lov» etter Grunnloven § 113.¹⁵⁷ EMK benytter et lovbegrep som aksepterer formell lov, men også ulovfestet rett. Med dette er lovkravet etter Grunnloven strengere enn lovkravet etter EMK.

EMD har uttalt når det gjelder vilkår for frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5, er det essensielt at vilkåret er «... *clearly defined and that the law itself be foreseeable in its application*».¹⁵⁸ Vurderingen av om lovgivningen er tilstrekkelig klar, beror på om personen kan forutsi «... *to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*». I dette ligger det at vilkåret må for det første være tydelig definert og at reglene må kunne anvendes på en måte som gir forutsigbare utfall. Konsekvensene av loven få betydning for fastsettelsen av klarhetskravet. I tilfeller hvor frihetsberøvelsen er av særlig omfattende karakter, må det kunne stilles strengere klar til ordlydspresisjonen.

Forutberegneligheten må sikres proporsjonalt med hjemmelens kvalitet, tilgjengelighet og nivå av presisjon.¹⁵⁹ Det må kreves klarere hjemmel, hvor man står overfor større inngrep. Ettersom frihetsberøvelse er et sterkt inngrep, må lovens kvalitet og prosessuelle bestemmelser samsvare med inngrepets karakter. EMD har tydeliggjort dette.¹⁶⁰

Et annet element ved presisjonskravet er at loven skal verne mot vilkårlig frihetsberøvelse. EMD har utviklet et generelt prinsipp om at frihetsberøvelse er vilkårlig der det har vært element av ond tro eller svik fra myndighetenes side.¹⁶¹ Videre kreves det at pålegget om frihetsberøvelsen og gjennomføringen av den samsvarer med formålet med begrensningene som er tillatt etter EMK artikkel 5 nr. 1.

Til tross for ønsket om klarhet og forutberegnelighet i loven, har EMD fremhevet at det kan føre til overdreven stivhet og at loven må kunne følge de skiftende omstendigheter.¹⁶² Dette må tolkes dithen at EMD åpner for en viss skjønnsmessig adgang når det også gjelder

¹⁵⁷ Aall, J. (2021) «Rettsstat og menneskerettigheter 2 – Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning» på side 143

¹⁵⁸ Khlaifia and others v. Italy, sak nr. 16483/12 § 92

¹⁵⁹ Aall, J. (2021) «Rettsstat og menneskerettigheter 2 – Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning» på side 143

¹⁶⁰ Medvedyev and others v. France, sak nr. 3394/03

¹⁶¹ Saadi v. the United Kingdom, sak nr. 13229/03 § 68-69

¹⁶² Sunday Times v. The United Kingdom, sak nr. 6538/74 § 49

inngrepshjemlene. Staten gis med dette slingringsrom når det gjelder lovgivning som er ment som inngrep i friheten.

Det er imidlertid ikke alltid mulighet for å gi presise regler på områder hvor det kreves regulering.¹⁶³ Aall argumenterer for at samfunnsmessige hensyn kan gjøre det uakseptabelt å avstå fra regulering, og derfor at man i en viss grad akseptere skjønsmessige inngrepshjemler. Retningslinjen må være om det er mulig å være mer presis uten at behovet for fleksibilitet forspilles.

Etter dette gjelder det krav om at loven må være tilstrekkelig klar for å sikre forutsigbarhet og vern mot vilkårlighet. Det overordnede spørsmålet om presisjonskravet er oppfylt, er om loven er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Hensynet til behovet for fleksibilitet i tråd med utviklingen må spille inn som faktor i vurderingen.

4.3.4 Et lovgiveransvar å angi et tilstrekkelig presist lovverk

Lovkravet er som nevnt i forrige punkt et krav om presise lovhjemler, hvor inngrepets karakter spiller inn som faktor. Utformingen av lovbestemmelsene får utvilsomt betydning for den som anvender den på bakgrunn av legalitetsprinsippet. Hvem er det som har ansvar for å tilfredsstillere lovkravet?

Legalitetsprinsippet retter seg både mot lovgiver og rettsanvenderen.¹⁶⁴ Rettsanvenderens oppgave er å ikke anvende lovhjemmelen på forhold som ikke dekkes av ordlyden. For administrative tvangsvedtak har Høyesterett imidlertid tilsidesatt dette utgangspunktet ved flere anledninger, hvor det ble foretatt utvidende tolkninger.¹⁶⁵ På grunnlag av hensynet til relevans, går jeg likevel ikke nærmere inn på dette.

Lovgiver har i oppgave å gi lover, jf. Grunnloven § 49. Det er med det lovgiver som har ansvar for at presisjonskravet er tilfredsstillt ved lovgivningen, noe som følger naturlig av oppgavene etter konstitusjonen.

¹⁶³ Aall, J. (2011) «Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave» på side 120

¹⁶⁴ Aall, J., (2011) «Rettsstat og menneskerettigheter – 3. utgave» på side 106

¹⁶⁵ Rt-1993-249 og Rt-2010-612

4.3.5 Rekkevidden av presisjonskravet for helserettslige tvangshjemler

Grunnloven § 113 inneholder ingen veileder hva gjelder kravet om presisjon. Det norske kravet til presisjon er imidlertid spesifisert av Høyesterett. Høyesterett har uttalt at det for forvaltningsvedtak må stilles «strenge krav til at lovhjemmelen er klar og uomtvistelig», jf. Rt.1954 s. 96 på side 104. Videre følger det av Rt.1995 s. 530 at «... kravet til lovhjemmel må nyanseres bl.a. ut fra hvilket område man befinner seg, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».

Høyesterett har innfortolket en tilsvarende inngreps adgang i Grunnloven som etter EMK forutsatt at inngrepet har «tilstrekkelig hjemmel», jf. HR-2015-2016-A avsnitt 60. Søksmålet gjaldt Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Med dette må Grunnloven § 113 tolkes og anvendes i samsvar med lovkravet EMK stiller.

Betegnelsen «inngrep» utløser lovkravet etter EMK.¹⁶⁶ Det er allerede vist til i punkt 3.4 at helserettslige tvangshjemler utgjør «inngrep» i henhold etter EMK-bestemmelsene.

Fastsettelsen av kravet som gjelder nivået til presisjon avhenger videre som nevnt av inngrepets karakter. Det tvilsomme som må vurderes gjelder rekkevidden av inngrepets karakter når det kommer til helserettslige tvangshjemler.

EMD har som nevnt fremhevet at frihetsberøvelse er av særlig inngripende karakter.¹⁶⁷ Videre har domstolen fastslått at ikke-protesterende pasienter krever særlige rettssikkerhetsgarantier ved inngrep som er frihetsberøvelse.¹⁶⁸ EMD fastsetter dermed at frihetsberøvende tiltak, også i form av administrative tvangsvedtak, krever klar lovhjemmel. Tvungen helsehjelp som innebærer frihetsberøvelse må derfor kreve høy kvalitet når det gjelder presisjon av materielle og prosessuelle lovbestemmelser.

Tvungen helsebehandling utgjør videre som nevnt inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8. Pasienters helsesituasjon og kropp er i kjerneområdet av det bestemmelsen skal verne. Dette innebærer at kravet til presise regler om tvungen helsehjelp, økes i takt med inngrepets karakter.

¹⁶⁶ EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8

¹⁶⁷ Medvedyev and others v. France, sak nr. 3394/03

¹⁶⁸ H.L. v. The United Kingdom, sak nr. 45508/99

Inngrepets styrke når det gjelder helserettslige tvangsvedtak varierer etter hva tiltaket går ut på. Tvangsinnleggelse på institusjon etter phvl. § 3-3 utgjør et tydelig inngrep i friheten og må derfor kreve klare holdepunkter. Tvangsmedisinering etter phvl. § 4-4 er et klart inngrep i den enkeltes privatliv, som igjen må kreve ytterligere kvalitetskrav. Lovkravet må derfor defineres ut fra tiltaket tvangshjemmel er ment for.

En generell retningslinje kan konstateres når det gjelder rekkevidden av inngrepets karakter når det kommer til helserettslige tvangshjemler. En befinner seg i kjerneområdet av pasienters privatliv, og tvangshjemlene utgjør sterke inngrep i friheten. Dette må innebære at det må eksistere presise regler, som ikke gir mulighet for vilkårlige utfall. Reglene må kunne anvendes uten mulighet for analogi og ikke by tolkningstvil. Til tross for at innrettelseshensynet ikke i like stor grad kan gjøres gjeldende, må reglenes presisjonsnivå være et resultat av inngrepenes nivå. Kravets presisjonsnivå avhenger imidlertid av det enkelte tvangsvedtakets karakter.

4.4 Sammenligning av idealene etter CRPD og EMK

Konvensjonene vil sammenlignes etter en nærmere vurdering. Diagnosenære vilkår for frihetsberøvelse for tvang i EMK artikkel 5, står i utgangspunktet i motstrid med en streng ordlydsfortolkning av CRPD artikkel 14, jf. CRPD artikkel 5. Det foreligger imidlertid uklarhet om rekkevidden til artikkel 14, og om bestemmelsen skal følge en tolkningslinje som forbyr diagnosenære vilkår for tvang totalt, eller kun forbyr diagnosen som eneste vilkår.

Førstnevnte tolkningsalternativ av CRPD artikkel 14, er i direkte motstrid med EMK artikkel 5. CRPD-komiteens tolkningsresultat medfører med det at artikkelen er et brudd på ikke-diskrimineringsforbudet i CRPD. Det oppstår med det tvil om konsekvensene av et slikt tolkningsresultat ville føre til endringer. Til tross for at komiteen i utgangspunktet har ansvaret for tolkningen, taler mye for at konvensjonen ikke kan tolkes som et totalforbud mot diagnosevilkår i tvangshjemlene. Et tolkningsresultat som godtar diagnosenære vilkår som del av en bredere vurdering, er i samsvar med EMK artikkel 5 som legger opp til en forholdsmessighetsvurdering og en nødvendighetsvurdering.

Kravet om regelpresisjon i EMK art. 5 fungerer ikke som argument mot diagnosenøytralitet, da konvensjonen skal fungere som et effektivt middel og derfor må tolkes i samsvar med utviklingen. CRPD-konvensjonen gir uttrykk for en bredere internasjonal utvikling hva

gjelder rettskildebildet for funksjonsnedsettelse for tvang. Det er med det nærliggende å anta at EMK bør følge en mindre snever tolkningslinje når det gjelder kravet om regelpresisjon.

CRPD artikkel 14, jf. art. 5, legger seg på en strengere tolkningslinje hva gjelder kravet ikke-diskriminering enn EMK art. 14. Et system som følger CRPDs ønske om diagnosenøytralitet, står ikke i motstrid med EMK artikkel 14, men bør heller ses som en forlengelse av formålet. Etersom regler skal utformes med den virkning at ingen persongrupper diskrimineres, kan diagnosenøytralitet være veien å gå. Til tross for ulike krav om ikke-diskriminering, står ikke konvensjonene i motstrid på dette punktet. Det var neppe ment slik at EMK artikkel 14 har den virkning at lovgiver ikke ytterligere kan endre lovverket med likestilling som mål.

Sammenligningen av konvensjonene viser to sentrale, forskjellige idealer, og dermed foreligger to ulike forventninger til lovgiver. For det første et krav om ikke-diskriminerende lovverk. For det andre et krav om presise lovverk hvor ordlyden ikke skal by på tolkningstvil. Etersom ikke-diskriminerende lovverk gjerne må utformes vagt, utfordrer dette kravet til presisjon. Konvensjonenes idealer om rettssikkerhet er derfor to «motpoler», og lovgiver må etter dette forholde seg til begge rettssikkerhetskrav.

5 Aktuelle lovbestemmelser

5.1 Tvangshjemlenes hensikt

Diagnosenære vilkår utgjør en del av grunnlaget for tvang i dagens tvangshjemler. Tvang som del av helsebehandling har en hensikt, og grunnlaget for ordvalget av vilkårene er nøye gjennomtenkt av tidligere lovgivere. For å nærmere forstå og vurdere diagnosenære vilkår som del av lovgivningen, er det derfor hensiktsmessig å forstå bakgrunnen for tvungen helsehjelp. Helsehjelpen skal i utgangspunktet være frivillig ettersom selvbestemmelsesretten har et klart utgangspunkt i helserettslig forstand, se bl.a. pbrl. § 4-2 og phvl. § 2-1. Tvang er motstykket til frivillig helsehjelp.¹⁶⁹ Et spørsmål som oppstår er hvorfor helselovgivningen legger opp til helsehjelp mot menneskers vilje, og videre hva som er hensikten med tvang i helseomsorgen.

For det første kan man se på hensikten med tvang som en del av innholdet av retten til helsehjelp. Retten til nødvendig helsehjelp følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a

¹⁶⁹ Se definisjonen av tvang i punkt 1.2.2

og b. Ordlyden «rett» sikter til at det å motta helsehjelp ikke er et påbud, men en rettighet som enhver kan velge bort. Begrepet «nødvendige helse- og omsorgstjenester» skal etter forarbeidene tolkes som et krav på nødvendig helsehjelp med forsvarlig standard, som baseres på individuelle helsefaglige vurderinger.¹⁷⁰ Omfanget av helsehjelpen må vurderes konkret og det avgjørende må være den enkeltes hjelpebehov. Ulike helsetilstander kan føre til bortfall av egne vurderingsevner.¹⁷¹ Ettersom omfanget av helsehjelpen må vurderes konkret, kan den enkeltes vurderingsevne tale for tvangsbruk. Tvungen helsehjelp kan etter dette benyttes i et tilfelle hvor det må antas at pasienten, i en klarere tilstand, ville samtykket til helsehjelp. Etter dette kan tvang ses som en del av kravet til forsvarlig og nødvendig helsehjelp.

Et mål om bedring må være en sentral del av hensikten med tvangsbruk. Det vises til psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a hvor et alternativt vilkår for tvang, er at tvangshjelpen er nødvendig for «helbredelse eller vesentlig bedring» eller at vedkommende «i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret». Det kan etter dette ikke benyttes tvang med mindre det er hensiktsmessig for bedring, og hvor det ikke er fare for tap av eget eller andres liv, jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b. Tvang kan ikke benyttes i et tilfelle hvor det fører til forverring av helsetilstanden. Hensikten med tvang begrunnes med dette ut fra et moralsk perspektiv, hvor målet er å hjelpe andre mennesker til bedring. Det kan også tenkes at det antas at pasienten selv hadde ønsket bedring dersom vedkommende var i en annen sinnstilstand.

Tvangshjemlenes betydning må også ses i sammenheng med EMK artikkel 2 om retten til liv. Retten går ut på at enhver ikke skal frarøves livet, men retten innebærer ikke i henhold til EMD en rett til å dø.¹⁷² Mangel på tvang i en situasjon som medfører tap av liv, vil derfor utgjøre konvensjonsbrudd. Et eksempel på at norsk rett verner om denne retten ved tvangsbruk er, som jeg allerede har nevnt, farevilkåret i phvl. § 3-3 som innebærer at tvang kan utøves i forbindelse med selvmordsfare.¹⁷³ Med dette kan man se på tvangshjemlene som en livreddende hensikt.

¹⁷⁰ Prop. 91 L (2010-2011) på side 514

¹⁷¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) på side 133

¹⁷² Pretty v. The United Kingdom, sak nr. 2346/02 § 39

¹⁷³ Se nærmere om dette under redegjørelsen av retten til liv i punkt 3.4.2

5.2 Gjeldende lovgivning

5.2.1 Generelt om dagens helselovgivning

Hselovgivning er, som nevnt i punkt 1.2.2, en samlebetegnelse på all lovgivning som regulerer helse- og omsorgstjenester. For problemstillingen er aktuelle tvangshjemler i dagens helselovgivning fordelt på tre ulike lover. Dette er pasient- og brukerrettighetsloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven. Problematikken knyttet til menneskerettighetene har utspring fra dagens helselovgivning, som gjerne er basert på diagnosenære kriterier. I det videre skal jeg derfor gå nærmere inn på hver enkelt av tvangshjemlene som eksisterer i de ulike lovene, og med det klargjøre innholdet av diagnosekriteriet. Det tas med det stilling til hva som er gjeldende rett.

5.2.2 Psykisk utviklingshemming

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-2 slår fast at «psykisk utviklingshemming» må foreligge for at det skal kunne benyttes tvang etter kapittel 9. Med det forstås en tilstand som fører til funksjonsnedsettelse enten psykisk, sosialt eller intellektuelt og årsaken til tilstanden er forsinkende eller avvikende utvikling. Nærmere beskrivelse befinner seg verken i forarbeider eller rettspraksis. Helsedirektoratet har i 2015 definert innholdet bak betegnelsen «psykisk utviklingshemming».¹⁷⁴ Det heter at:

*«Psykisk utviklingshemming er en «tilstand med stagnert eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som særlig kjennetegnes av svekkede ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, som kognitive, språklige, motoriske og sosiale ferdigheter. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske eller somatiske lidelser».*¹⁷⁵

Helsedirektoratet skiller mellom lett, moderat, alvorlig og dyp utviklingshemming. Alle grader av utviklingshemming faller inn under kapittel 9. Helsedirektoratet fremhever at personene som ikke har fått diagnosen, ikke skal omfattes av reglene i kapittel 9.¹⁷⁶ Med dette avgrenses kretsen av personer mot de som ikke fått diagnosen.

¹⁷⁴ Rundskriv fra Helsedirektoratet (IS-2015-10) på side 47

¹⁷⁵ Rundskriv fra Helsedirektoratet (IS-2015-10) på side 47, jf. ICD-10

¹⁷⁶ Rundskriv fra Helsedirektoratet (IS-2015-10) på side 47

5.2.3 Grunnvilkåret «alvorlig sinnslidelse»

Hovedvilkåret for tvungent psykisk helsevern er at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse» hos pasienten, se psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3. Ordlyden tilsier at pasienten må ha en tung psykisk lidelse som er av en slik karakter at den hemmer det psykiske funksjonsnivået. Vilkåret forstås videre slik at det er diagnoserelatert.

Forarbeidene peker på at begrepet «ikke tilsvarer noen klar diagnose».¹⁷⁷ Det heter likevel videre at utgangspunktet er at «hovedkriteriet alvorlig sinnslidelse har nær tilknytning til psykosene». Rettspraksis tilsier dessuten at vilkåret avhenger av hvilken diagnose som er stilt.¹⁷⁸ Eksempelvis, kom Høyesterett til i 2014 at «paranoid psykose» må anses som en «alvorlig sinnslidelse».

Helsedirektoratet fremhever imidlertid på sin side at spørsmålet om det foreligger «alvorlig sinnslidelse» beror på om «... sykdommen får så store konsekvenser for pasientens funksjons- og realitetsvurderende evne at tilstanden kan sidestilles med en psykosetilstand».¹⁷⁹ I vurderingen må det legges vekt på «... pasientens atferdsmønster, situasjonsforståelse, sykdomsinnsikt, mestringsevne og eventuelle andre psykiske symptomer».

Betegnelsen omfatter et dermed et spekter av ulike psykiske diagnoser. Ettersom vurderingen beror på hvilke konsekvenser sykdommen har for pasienten, taler det for at den er nærmere en helhetsvurdering av pasientens tilstand snarere enn at den omhandler sykdommens i seg selv. Symptomene må imidlertid likestilles med psykose, derav kan kun visse diagnoser eller symptomer omfattes av vilkåret. Dette medfører at vurderingen av om det foreligger en «alvorlig sinnslidelse» er tilknyttet spesielle diagnoser eller symptomer på diagnoser.

Høyesterett kom i Rt.2015 s. 913 til at anoreksi var en alvorlig sinnslidelse som kunne føre til «... alvorlig svikt i evnen til å foreta en realistisk vurdering av egen kropps utseende, vekt og fungering og av de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn hun trenger», jf. avsnitt 53.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) på side 155

¹⁷⁸ HR-2014-1792-A

¹⁷⁹ Rundskriv fra Helsedirektoratet (2017). Psykisk helsevernloven med kommentarer. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 05. desember 2022) på side 39

Ved innføringen av vilkåret «samtykkekompetanse» ble imidlertid vilkårets avgjørende betydning redusert. Vilkåret at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse» utgjør i dag et av mange vilkår i vurderingen om tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3.

5.2.4 Begrepene «rusmiddelbruk» og «rusavhengig»

I helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 eksisterer diverse hjemler for tvangsbruk som benytter begrepene «rusmiddelbruk» og «rusavhengig». Ordlyden taler for at vilkårene knytter seg til en persons forhold til rusmidler uavhengig av hvilket funksjonsnivå vedkommende ellers har.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 regulerer inntak og tilbakehold i institusjon uten samtykke. Rusmiddelbrukeren kan etter bestemmelsen tilbakeholdes i institusjonen opp til tre måneder. For at bestemmelsen kan komme til anvendelse må den rusmiddelavhengige (1) «utsette sin fysiske eller psykiske helse for fare», (2) ha et «omfattende og vedvarende» misbruk, og (3) frivillige tiltak må ikke være tilstrekkelige.

Det sentrale er hva som ligger i «omfattende og vedvarende» misbruk. I NOU 2019: 14 viser utvalget til gjeldende rett og fremhever at «rusmiddelbruk» er preget av skiftende begrepsbruk.¹⁸⁰ Det heter at «rusmiddelbruk, i større grad enn psykiske problemer, blir definert i lys av hva som til enhver tid er akseptabelt og lovlig i det aktuelle samfunnet».

5.2.5 Diagnosetilknytningen i samtykkekompetanse-vurderingen

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd innebærer at pasienter kan frarøves samtykkekompetansen dersom vilkårene er oppfylt. Et av vilkårene er at vedkommende må lide av «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming» som gjør at vedkommende «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter».

Bestemmelsen fastslår at manglende forståelseevne må følge av en av de opplistede kognitive forstyrrelsene. Begrepene «demens» og «psykisk utviklingshemming» er rene diagnosevilkår og rekkevidden er dermed i liten grad omstridt. Ordlyden «fysiske og psykiske forstyrrelser» på den andre siden gir bestemmelsen et bredt virkeområde. Med dette er bestemmelsen i utgangspunktet kompetansebasert, men har likevel diagnosetilknytning.

¹⁸⁰ NOU 2019: 14 - Tvangsbegrensningsloven på side 318-319

Forarbeidene viser til at det er bare dersom pasienten «... på grunn av sinnslidelse, fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming ...» ikke forstår begrunnelsen.¹⁸¹ En «mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen» er ikke tilstrekkelig. Med dette fastslås virkeområdet for bestemmelsen.

Videre er det krav om at vedkommende «åpenbart» ikke har forståelsesevne. Ordlyden ilegger en høy terskel før samtykkekompetansen kan bortfalle. Med dette økes også selvbestemmelsesrettens rekkevidde. I HR-2021-1263-A fastslås det at kravet er ment som en anvisning til et «... strengere beviskrav enn klar sannsynlighetsovervekt, men ikke på et beviskrav som er like strengt som det strafferettslige». Etter dette må mye tale for at personen mangler evne til å vurdere egen helsesituasjon og betydningen av fraværende helsehjelp.

Høyesterett fremhever at det er tre kriterier som er avgjørende for om en person har kompetanse til å nekte behandling.¹⁸² Det er et «sykdomsvilkår», et «krav om årsakssammenheng» og et «krav om manglende forståelsesevne». Manglende forståelsesevne må altså følge av sykdommen.

I 2021 behandlet Høyesterett spørsmålet om samtykkekompetanse og fant det ikke tvilsomt at sykdomsvilkåret var oppfylt i denne saken, jf. HR-2021-1263-A avsnitt 47. Begrunnelsen bak dette var As godt dokumenterte diagnoser, som sto fortsatt ved lag, til tross for manglende symptomer på schizofreni. Videre fant ikke Høyesterett det tvilsomt at den manglende forståelsen skyldtes sykdommen, jf. avsnitt 54. Dette ble begrunnet med sykehuslegens forklaring, som sier: «... den ervervede kognitive svekkelsen av frontale funksjoner som påvirker evnen til å tenke, anerkjenne og resonnerer ...». Sykdommen må derfor være av den art at den påvirker evnen til refleksjon.

Helsedirektoratet har i et rundskriv pekt på psykiske tilstander som kan påvirke samtykkekompetansen.¹⁸³ Ved vurderingen av om samtykkekompetansen er tapt som følge av alvorlig psykisk lidelse, må det gjøres en individuell konkret vurdering ut fra den aktuelle situasjonen, erfaringer fra tidligere, og andre forhold som kan påvirke beslutningsevnen. For

¹⁸¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) på side 133

¹⁸² HR-2018-2204-A avsnitt 39

¹⁸³ Rundskriv fra Helsedirektoratet (2017). Psykisk helsevernloven med kommentarer. Oslo: Helsedirektoratet (sist faglig oppdatert 05. desember 2022) på side 26-27

vurderingen av samtykkekompetanse vil det være avgjørende hvor sterkt symptomene er og omfanget av dem.

Med dette til grunn legger samtykkekompetansevurderingen opp til en konkret vurdering hvor sykdomsvilkåret må ses i sammenheng med forståelseevnen. Terskelen er høy og den manglende forståelseevnen må være omfattende før det kan være tale om bortfall.

5.3 Lovforslaget i NOU 2019: 14

5.3.1 Vilkårene «beslutningskompetanse» og «sterkt behov»

Vilkårene «sterkt behov» og fravær av beslutningskompetanse vil ifølge utvalget ivareta systemet som i dag fungerer gjennom diagnosene kriterier.¹⁸⁴ Vilkårene som er foreslått er foreslått som en del av overgangen fra diagnosekriteriene over til diagnoseneøytrale tvangshjemler. Et forslag om at vilkår for tvang bør være «fravær av beslutningskompetanse», kom for første gang opp da Paulsrud-utvalget skulle utrede reglene om tvang i psykisk helsevern.¹⁸⁵ I 2019 sluttet Tvangslovutvalget seg til dette forslaget.¹⁸⁶ Begrepet «samtykkekompetanse» skal erstattes med «beslutningskompetanse».

Kriteriet «sterkt behov» utgjør det andre hovedkriteriet for tvang. Ordlyden taler for at det må foretas en helsefaglig konkret vurdering av pasientens behov. Betegnelsen «sterkt» snevrer inn tvangshjemmelens virkeområde til alvorlige tilstander der inngrep er nødvendig for å hindre eller forebygge omfattende pasientskade.

Pasienten må etter lovutkastets § 5-4 ha sterkt behov for behandling for a) «psykiske helseproblemer i institusjon for psykisk helsevern», b) «rusproblemer i institusjon ...», c) «andre helseproblemer i institusjon ...» og d) «somatiske helseproblemer».¹⁸⁷ Med dette fastsettes virkeområdet for bestemmelsen.

Lovforslaget presiserer at inngrep bør skje dersom «... det å la være å gripe inn gir en nærliggende og alvorlig risiko for personens eget liv eller for han eller hun skal bli påført

¹⁸⁴ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 729

¹⁸⁵ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet på side 18

¹⁸⁶ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 447

¹⁸⁷ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven kapittel 31

vesentlig helseskade».¹⁸⁸ Unntak gjelder dersom det er fare for andre mennesker enn pasienten selv. Det må være tale om «alvorlig risiko» som må sees i sammenheng med at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for at lovens krav skal være oppfylt. Det må foreligge klare holdepunkter for at det er fare for liv eller vesentlig helseskade.

Vurderingene må ifølge den foreslåtte bestemmelsen også «ta utgangspunkt i hva som er allment praksis». Etersom klinisk praksis vil være innrettet etter dagens lovgivning er det de tilstander som faller inn under dagens vilkår «alvorlig sinnslidelse», som også vil være de tilstander som kan gi grunnlag for å treffe vedtak om frihetsberøvelse.¹⁸⁹

5.3.2 Bakgrunnen for lovforslaget

Utvalget har valgt å forlate diagnosenære begreper, og heller kombinere mangel på beslutningskompetanse og «sterkt behov».¹⁹⁰ Modellen er nærliggende strukturen som i dag benyttes i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4 A.

Utvalget uttalte at en lovgivning som baseres på et funksjonskriterium må være innenfor rammene EMK setter.¹⁹¹ En annen grunn for endringen, er rettsutviklingen internasjonalt som utfordrer begrunnelsen til å opprettholde diagnosenære kriterier som avgrensning av tvangshjemlene. CRPD står i frontlinjen for endring. En diagnosenøytral fremgangsmåte for tvang vil derfor være støttet av EMK, samtidig som den er i tråd med utviklingen og CRPD-konvensjonens krav.

Videre fremhevd utvalget at fokuset på behovet for hjelp gjennomføres med et «sterkt behov»-vilkår.¹⁹² Dette vil gi en mindre presis bestemmelse og heller være tilknyttet individuelle vurderinger. Endringen vil derfor medføre en overgang fra gruppetenkning som diagnosenære begreper innebærer, over til fokuset på individet. Dette gir større rom for skjønn og usikkerhet. Utvalget fremhever likevel at det er en ønsket utvikling med sterkere individ fokus.

¹⁸⁸ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven kapittel 31: Utvalgets lovutkast § 5-4

¹⁸⁹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 729

¹⁹⁰ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 514

¹⁹¹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 514

¹⁹² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 514

Modellen utvalget har kommet med mener de tilfredsstillende balansen mellom fokuset på presisjon av bestemmelsene etter EMK, og fokuset på ikke-diskriminering etter CRPD. Det ble også lagt stor vekt på at representantene fra utsatte grupper anbefalte modellen som ble foreslått, jf. side 514.

6 Sammenstilling av idealene, aktuelle lovbestemmelser og forslaget

6.1 Presisering av problemstillingen

I dette kapitlet er jeg kommet til den delen hvor jeg sammenstiller idealene, gjeldende lovgivning og foreslåtte lovbestemmelser. Problematikken som gjelder utformingen av tvangshjemlene kan, som det allerede er vist til i kapittel 4, knyttes til et ikke-diskrimineringskrav og et presisjonskrav. Kravene fungerer som to motsetningspoler, ettersom ikke-diskriminerende bestemmelser gjerne åpner for vagere formuleringer.¹⁹³ Problemstillingen er om det er behov for å fjerne diagnoser og diagnosenære begreper som vilkår for tvang, eller om vilkårene må beholdes.

I det følgende foretas en sammenstilling av idealene etter menneskerettighetene og aktuelle lovbestemmelser. Et sentralt spørsmål er om de aktuelle menneskerettslige idealene overholdes gjennom dagens lovgivning, eller om idealene heller tilfredsstilles ved lovforslaget om diagnosenøytrale tvangshjemler. Det vises først til en generell redegjørelse av konflikten mellom idealene, og hvordan denne konflikten påvirker problematikken. For det andre vurderer jeg om idealet om et ikke-diskriminerende lovverk kan forenes med diagnosenære vilkår i tvangshjemler, eller om det stilles krav til diagnosenøytrale lovverk. For det tredje vurderer jeg om forventningene til presise lovverk er til hinder for diagnosenøytrale tvangshjemler. For det fjerde foretar jeg en helhetsvurdering av idealene, og om lovverket kan utformes på en måte som forenes med begge forventninger.

6.2 En konflikt mellom ulike rettslige tenkemåter

Det ble i kapittel 4 redegjort for menneskerettslige forventninger ut fra et ideal om ikke-diskriminering, og videre ut fra et ideal om presise regelverk.¹⁹⁴ Drøftelsene overfor viser at CRPD og EMK bygger på to forskjellige idealer. Idealet om ikke-diskriminering og idealet

¹⁹³ Se punkt 4.4 om sammenligningen av CRPD og EMK

¹⁹⁴ Se punkt 4.4 om sammenligningen av idealene etter EMK og CRPD

om regelpresisjon konkurrerer side om side som menneskerettslige prinsipper. Det skal i det følgende redegjøres nærmere om konflikten mellom idealene, og hvordan konflikten påvirker problematikken som gjelder utformingen av tvangshjemlene.

Østenstad påpeker at i det man legger CRPD og EMK ved siden av hverandre, står man overfor en fundamental konflikt mellom ulike rettslige tenkemåter.¹⁹⁵ Ved å formulere tvangshjemlene bredt slik at de omfatter alle, vil reise problemer i forhold til presisjonskravet. Det argumenteres for at det juridiske språket for konvensjonene er forskjellig og at konvensjonene «knappt kan forstå hverandre».

CRPD-konvensjonens konsentrasjon rundt ikke-diskriminering og likestilling bidrar til et manglende fokus når det kommer til viktigheten av presise lovverk. CRPD-komiteens radikale tolkning av artikkel 14 er et eksempel på dette. Konvensjonens målsetting om fullstendig likestilling, tilsier at lovverket i større grad bør være generelt. Dette utfordrer kravet til presisjon.

EMK viser på den andre yttersiden et ideal om presise regler for å unngå vilkårlighet og oppnå forutsigbare lover. Ettersom tvangshjemler er inngripende tiltak kreves derfor et høyt krav av presisjon i lovverket før lovkravet etter EMK er tilfredsstilt. Kravet til presisjonsnivået kommer i konflikt med CRPD-konvensjonens idealer om ikke-diskriminering og likestilling.

Tenkemåtene i konvensjonene tyder på at forpliktelsene etter menneskerettighetene er fragmentarisk, og i liten grad gir et «fasitsvar» hva gjelder utformingen av tvangshjemlene. I det følgende skal jeg vurdere gjeldende diagnosenære kriterier opp mot idealene. Videre skal jeg vurdere om et kompetansebasert system vil fungere som tilfredsstillende lovverk som kan erstatte gjeldende lovverk.

6.3 Diagnosenære vilkår i lys av et ideal om ikke-diskriminering

6.3.1 Problemstillingen

Det ble i punkt 4.2 redegjort for rekkevidden av menneskerettslige forpliktelser som gjelder ikke-diskriminering. I det følgende skal jeg vurdere aktuelle lovbestemmelser, som ble nevnt i

¹⁹⁵ Østenstad, B.H., (2018) «Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten» på side 33

kapittel 5, opp mot rekkevidden av idealet om ikke-diskriminerende lovverk.

Problemstillingen er om idealet om et ikke-diskriminerende lovverk kan forenes med diagnosenære vilkår i tvangshjemlene, eller om det stilles krav til diagnosenøytrale lovverk. I forlengelsen vurderer jeg konkret gjeldende lovverk sett fra et ideal om ikke-diskriminering, og dermed til lovforslaget i NOU 2019: 14 sett fra et ideal om ikke-diskriminering.

6.3.2 Krever CRPD et diagnosenøytralt tvangslovverk?

I det følgende skal jeg vurdere om idealet om et ikke-diskriminerende lovverk i CRPD kan stiller krav til fullstendig diagnosenøytrale lovverk. Det er ikke tvil om at CRPD inneholder et forbud mot frihetsberøvelser som har grunnlag i funksjonsnedsettelsen alene. Det må imidlertid foretas en vurdering om diagnoser og diagnosenære vilkår kombinert med andre vilkår er i strid med CRPD artikkel 14, jf. artikkel 5.

Den splittede ordlyden i artikkel 14 gir rom for dette tolkningsresultatet. Det er lite veiledning å hente i ordlyden videre, annet enn det klare utgangspunktet om at funksjonsnedsettelsen i seg selv ikke kan være grunnlag for frihetsberøvelse. Spørsmålet beror på hva som menes med at funksjonsnedsettelsen «shall in no case justify» frihetsberøvelser.

Det kan argumenteres for at det som ligger i at funksjonsnedsettelsen «shall in no case justify», er at tvangshjemmelen må benytte andre grunnlag for tvang. Med dette kan det tenkes at diskriminering foreligger dersom enkeltindividets situasjon ikke tas i betraktning. En tolkning som dette hvor fravær av samtykkekompetanse er grunnlaget for tvang, men hvor diagnosen inngår som en del av vurderingen, vil kanskje ikke være i strid med CRPD. Ordlyden av denne delen ilegger tilsynelatende ikke et forbud mot at funksjonsnedsettelsen ikke kan inngå som del av en helhetsvurdering. Blir dette tolkningsresultatet, er pbrl. § 4-2 om samtykkekompetanse et gyldig grunnlag for tvang i henhold til konvensjonens mål om ikke-diskriminering.

CRPD-komiteens tolkning av artikkel 14 har på den andre siden gode grunner for seg. Formålet med likhet og ikke-diskriminering oppnås enklere ved et resultat der diagnoser og diagnosenære vilkår aldri kan brukes som grunnlag for tvang. Termen «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 retter fokuset mot et spekter av diagnoser, innebærer en viss fare for at pasienten i større grad vurderes etter diagnosens mulige forløp, enn diagnosens faktiske forløp. Et fokus som fører til tvangsbruk basert på funksjonsnedsettelsens mulige forløp, er i realiteten tvang som har grunnlag i funksjonsnedsettelsen.

Jeg tar for meg et eksempel hvor Peder Ås har fått diagnosen bipolar lidelse, og helsepersonellet skal vurdere om han må tvangsinnlegges på psykiatrisk institusjon etter phvl. § 3-3. Lidelsen anser helsepersonellet som en alvorlig lidelse og skal dermed avgjøre spørsmål om samtykkekompetanse. Peder Ås er manisk, men mener selv han er samtykkekompetent. Legen er ny og kjenner ikke godt til pasienten, men vet at mani kan føre til kognitive utfordringer når det gjelder beslutningsevnen. Etter en vurdering der legen kommer til at bipolar lidelse tilfredsstillende vilkåret «alvorlig sinnslidelse», skifter legen fokus og finner ikke Peder Ås samtykkekompetent som følge av diagnosens mulige forløp. Peder påberoper seg CRPD artikkel 14 og mener han er innlagt på grunnlag av diagnosen i seg selv. CRPD-komiteens tolkning om at diagnoser aldri kan benyttes som vilkår, kan dermed være et effektivt middel for gjennomføringen av et ikke-diskriminerende lovverk. Dette er i tråd med konvensjonens formål.

Et tolkningsresultat som medfører at funksjonsnedsettelse aldri kan benyttes som vilkår vil imidlertid medføre en rekke konsekvenser. Med et lovverk hvor diagnoser og diagnosenære begreper aldri vil kunne brukes som tvangshjemler, står lovgiver igjen med diagnosenøytralt regelverk. Et diagnosenøytralt regelverk vil være i samsvar med CRPD artikkel 14 og 5. Det må i denne sammenheng nevnes at det i utgangspunktet er CRPD-komiteen som har ansvar for tolkningen.¹⁹⁶ Med dette følger også den konsekvens at deres radikale forståelse av artikkel 14 må vektlegges tungt.

Dersom man tolker CRPD artikkel 5 og 14 i sammenheng, vil man også havne på et tolkningsresultat som innebærer at grunnlaget for frihetsberøvelse ikke bør hjemles i funksjonsnedsettelsen under noen omstendighet. Artikkel 5 innebærer som nevnt at enhver forskjell på grunnlag av funksjonsnedsettelsen som har den virkning at fundamentale menneskerettigheter oppheves eller svekkes, er diskriminering. Dette må få den konsekvens at enhver indikasjon på funksjonsnedsettelse i loven, som kan føre til frihetsberøvelse av konkrete grupper av mennesker, er diskriminering. Eksempelvis, vil en tvangslovgivning som konkret retter seg mot psykisk utviklingshemming, medføre den fare for at fokuset rettes mot diagnosen i stede for enkeltmennesket. Lovgivningen vil med dette være diskriminerende.

¹⁹⁶ Se punkt 3.3.3

Sammenhengen mellom bestemmelsene taler derfor for en tolkning i samsvar med CRPD-komiteens uttalelser.

Tilfredsstill et regelverk som kombinerer bruk av diagnoser og kompetansebaserte begreper CRPD-konvensjonens prinsipper? Tolker man bestemmelsen på det vis at diagnosenære begreper er tillatt sammen med andre kriterier, bør regelverket legge opp til en bred skjønsmessig vurdering av diagnosens karakter for den enkelte. Etersom forbudet er ikke-diskriminering, må diagnosenære begreper eventuelt benyttes som et utgangspunkt for en bredere helhetsvurdering av om hvorvidt tvang skal ilegges. Det kan tenkes at et inngangsvilkår for tvangsbruk er «psykisk lidelse», men at lidelsen må være av en slik karakter at den gir grunnlag for frihetsberøvelse på annet grunnlag enn funksjonsnedsettelsen i seg selv. En slik tolkningstilnærming vil være i samsvar med psykisk helsevernloven § 3-3.

På den annen side igjen medfører at diagnosebegreper i tvangshjemler til at en rekke mennesker grupperes. En effektiv innføring av CRPD artikkel 14, jf. artikkel 5 taler for at det kun bør benyttes diagnosenøytrale vilkår som legger opp til konkrete vurderinger. Dette som følge av at vernet mot ikke-diskriminering står sterkt i CRPD. Prinsippet utgjør en sentral del av grunnlaget for konvensjonen, og med det er den «tryggeste» løsningen diagnosenøytrale vilkår. Et absolutt forbud mot enhver bruk av diagnoser som vilkår er imidlertid tvilsomt.

Drøftelsen overfor om tolkningen av artiklene i CRPD, viser at det enda er usikkert hva som er rekkevidden av innholdet.¹⁹⁷ Særlig gjelder dette artikkel 14. Artikkelen tolkningsalternativer byr på tvil om rekkevidden og teorien er omstridt. Departementet har imidlertid påpekt at det til tross for at det er omstridt hvordan artiklene skal tolkes, er «... liten tvil om at konvensjonen gir uttrykk for en internasjonal utvikling med økt fokus på selvbestemmelse og ikke-diskriminering».¹⁹⁸ Dette kan tyde på at konvensjonens artikler må sees helhetlig i en større sammenheng.

Et helhetlig bilde av CRPD og utviklingen tyder på at det bør unngås å benytte diagnoser og diagnosenære vilkår for tvang. Bruk av slike vilkår svekker vernet for enhver som faller inn under begrepet. Diagnosenære begreper i tvangshjemplene kan i det store og hele føre til et fokusskifte fra enkeltmennesket til diagnosen ved vurderingen. Dette står i motstrid med hva

¹⁹⁷ Se 4.4.2 om tolkningen av innholdet CRPD-konvensjonen

¹⁹⁸ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

CRPD forsøker å oppnå. En løsning om diagnosenøytralitet synes derfor naturlig ut i fra konvensjonens ordlyd, formål, og av de sentrale prinsippene som ligger til grunn for konvensjonen. Konklusjonen er at CRPD artikkel 14, jf. artikkel 5 krever et diagnosenøytralt tvangslovverk.

6.3.3 Kan EMK artikkel 14 innfortolkes som et krav om diagnosenøytrale tvangshjemler?

Tvangshjemlene griper inn i pasienters grunnleggende rettigheter, noe som er vist til i kapittel 3. Etersom vernet omfatter funksjonsnedsettelse, må politiske føringer bidra til at lovverket ikke diskriminerer persongrupper som faller inn under termen. Det sentrale spørsmålet er om diagnosenære begreper må anses som diskriminering i henhold til EMK artikkel 14.

Det må først tas stilling til om tiltak i form av tvungen helsehjelp kan utgjøre grunnlag for diskriminering. Formålet med helsehjelpen er å forebygge, lindre eller behandle skade eller tap av liv. EMK artikkel 2 verner om livet, og staten plikter å føre et regelverk for å sikre bestemmelsens innhold.

Likevel, er det fremhevet at selv der hensikten ikke er å diskriminere eller ramme ulike grupper, kan regelverkets oppbygging føre til at diskriminering likevel foreligger. I situasjoner der en pasient utsettes for tvungen behandling krenkes både retten til frihet og retten til privatliv.¹⁹⁹ Et regelverk som systematiserer tvangsbruk mot særlige grupper, er et regelverk som gir grunnlag for diskriminering. Tvungen helsehjelp som alene begrunnes i en funksjonsnedsettelse, kan neppe anses som en lovlig bestemmelse i lys av diskrimineringsforbudet. Det til tross for hensikten av bestemmelsen. Etter dette, tilsier den naturlige løsningen at tiltak i form av tvungen helsehjelp kan utgjøre grunnlag for diskriminering.

Det må videre avklares om diagnoser som vilkår for tvang gir et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling. Begrunnelsen av hvorfor det eksisterer diagnosenære vilkår i tvangshjemlene, er som nevnt tilstandene kan påvirke evnen til å ta rasjonelle valg og vurdere egen helsemessige situasjon til tross for akutt behov for hjelp, se punkt 1.1. En diagnosebasert tvangslovgivning er derfor et effektivt system for tvungen behandling av pasienter, selv ved

¹⁹⁹ EMK artikkel 5 og EMK artikkel 8

fravær av samtykke. På det viset, vil systemet effektivt forebygge tap av liv i samsvar med EMK artikkel 2.

Det må imidlertid fremheves at funksjonsnedsettelse alene ikke kan gi grunnlag for frihetsberøvelser, noe som EMD har konstatert i forbindelse med EMK artikkel 5.²⁰⁰ Sammenlagt med forbudet mot diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse, tilsier dette at EMK fastsetter et forbud mot tvangshjemler hvor grunnlaget for tvang er funksjonsnedsettelsen. Det tvilsomme er om funksjonsnedsettelsen kan fungere sammen med andre vilkår.

Et regelverk som eksplisitt spesifiserer ulike diagnosegrupper som vilkår for tvangsbruk, er i utgangspunktet et regelverk som bidrar til forskjellsbehandling. Kombinert med andre vilkår kan imidlertid diagnosen fungere som en veileder for nærmere drøftelse av pasientens faktiske funksjonsnivå. Grupperingen avgrensar dessuten tvangshjemlenes virkeområde, og med det dannes det et presist regelverk i samsvar med lovkravet i EMK artikkel 5 og 8.²⁰¹ I et demokratisk samfunn er det nødvendig med presise, forutsigbare regelverk for å fremme rettssikkerhet. Et lovverk med tvangselementer, som også er vagt og mangler nærmere presisering av virkeområdet, kan skape uforutsigbarhet. Det kan med det argumenteres for at hensynet til rettssikkerheten for samfunnet generelt er et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.

EMK artikkel 5 kan fungere som en pekepinn på hva konvensjonen anser som nødvendig, og med det rimelig grunnlag for forskjellsbehandling. Bestemmelsen benytter, til tross for diskrimineringsforbudet, diagnose nære begreper for tvang. EMD presiserer imidlertid krav om nødvendighet og at sykdommens art behøver frihetsberøvelse.²⁰² Konvensjonens krav til nødvendighet og behov for tvang, kan utgjøre et rimelig grunnlag for forskjellsbehandling av funksjonsnedsettelsen.

Ettersom EMK artikkel 5 opererer med diagnose nære begreper, er det naturlige tolkningsresultatet at funksjonsnedsettelsen kan fungere sammen med andre vilkår. Det må imidlertid stilles krav til regelverket, slik at en unngår vilkårlige bestemmelser hvor

²⁰⁰ Bures v. The Czech Republic, sak nr. 37679/08 § 95

²⁰¹ Se punkt 4.3.3 om lovkravet i EMK

²⁰² Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 39

mennesker med funksjonsnedsettelse opplever diskriminering. Diagnoser som vilkår for tvangshjemler i kombinasjon med andre vilkår, gir med det et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.

Et regelverk som bidrar til effektiv behandling av hjelpetrequende til tross for manglende samtykke, samtidig som tvangsbruken er en følge av en individuell vurdering hvor pasientens funksjonsnedsettelse ikke blir inntatt som sentralt element, krever en nøye vurdert balansegang. Etter en samlet vurdering legger jeg avgjørende vekt på ordlyden, EMD-praksis og sammenhengen i konvensjonen. Det konkluderes med at det ikke kan innfortolkes et krav om diagnosenøytrale tvangshjemler etter EMK artikkel 14.

6.3.4 Nærmere vurdering om gjeldende lovgivning i lys av et ikke-diskrimineringsperspektiv

Det tas stilling til gjeldende lovverk sett fra et ideal om ikke-diskriminering. I punkt 5.2 ble det vist til gjeldende lovgivning som er basert på diagnosenære kriterier. I det videre vurderes vilkårene hver for seg opp mot ikke-diskrimineringsidealet. Det som må vurderes er om tvangshjemmelen innebærer at tvang skjer på grunnlag av funksjonsnedsettelsen, jf. CRPD artikkel 14 og EMK artikkel 14, jf. EMD-praksis.²⁰³

Det første spørsmålet er om vilkåret «psykisk utviklingshemming» i hol. kapittel 9 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK. Vurderingen beror på om tvang etter loven skjer på grunnlag av diagnosen «psykisk utviklingshemming».

Virkeområdet for hol. kapittel 9 avgrenses til gruppen som omfattes av begrepet i § 9-2. Bestemmelsens ordlyd tilsier at diagnosen fungerer som et inngangsvilkår for tvangsbruk etter kapitlet. Argumentet støttes opp av rundskrivet som sier at kapitlet ikke får anvendelse for «personer som ikke har fått stilt diagnosen psykisk utviklingshemming».²⁰⁴ Helsedirektoratets negative avgrensning, innebærer for at det for diagnostiserte psykisk utviklingshemmede eksisterer særlige tvangsbestemmelser. Fastsettelsen av virkeområdet taler for at tvang etter loven skjer på grunnlag av diagnosen.

²⁰³ Se punkt om 6.3.2 og 6.3.3 om spenningsforholdet mellom diagnosenære kriterier og diskrimineringsforbudet i CRPD og EMK

²⁰⁴ Rundskriv fra Helsedirektoratet (IS-2015-10) på side 47

På den andre siden oppstiller hol. § 9-5 nærmere vilkår for bruk av tvang og makt. Bestemmelsen oppstiller krav om at andre løsninger skal være prøvd, et forsvarlighetskrav, et forholdsmessighetskrav og at tvang skal kun brukes for å avverge skade, jf. første og annet ledd. Lovbestemmelsens vilkår for tvang tilsier at grunnlaget for tvang utvides, og at tvang kan utnyttes hvor det foreligger behov for det. Dette taler for at tvang ikke skjer på bakgrunn av diagnosen psykisk utviklingshemming, men at det heller foretas en vurdering som gjelder individets atferd. Videre tilsier skadevilkåret at tvangsbruken ikke skjer på grunnlag av diagnosen.

Likevel, skiller loven mellom mennesker psykisk utviklingshemming og mennesker uten. Dette innebærer at mennesker med diagnosen psykisk utviklingshemming, gis særbestemmelser som gjelder tvang. Inngangsvilkåret som er diagnosen, er en av faktorene for at tvangsbruk skal skje. Det er mye som taler for en streng tolkning av CRPD, og et tolkningsresultat som fører til at diagnosen må fjernes som vilkår er i tråd med utviklingen.²⁰⁵ Tvang etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 skjer derfor på grunnlag av diagnosen «psykisk utviklingshemming».

Avgrensningen i rundskrivet som nevnt overfor, innebærer tilsynelatende en forskjellsbehandling fra mennesker som ikke har fått diagnosen «psykisk utviklingshemming». Dette fordi det eksisterer en særbestemmelse for tvang, som griper inn i EMK art. 5 og 8 (se punkt 3.4), og denne særbestemmelsen er rettet mot mennesker med «psykisk utviklingshemming». Forskjellsbehandling uten objektivt og rimelig grunnlag er diskriminering etter EMK artikkel 14.²⁰⁶ Det oppstår dermed tvil om vilkåret «psykisk utviklingshemming» kan utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.²⁰⁷

Spørsmålet kan likevel sees i sammenheng med formålet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, hvor det følger at «reglene i dette kapitlet er å hindre at personer med psykisk utviklingshemming utsetter seg selv eller andre for vesentlig skade og forebygge og begrense bruk av tvang og makt». Med dette fastslår et formål om helseskadeavverging. Sett i

²⁰⁵ Se punkt 6.3.2 om spørsmålet som gjelder tolkningsrekkevidden av CRPD artikkel 14 når det gjelder spørsmålet om diagnosenære kriterier

²⁰⁶ Se punkt 4.2.3.2 om hva som utgjør diskriminering etter EMK artikkel 14

²⁰⁷ Se punkt 4.2.3.2 og 4.2.3.3 om diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 og vurderingen om hva som kan utgjøre objektivt og rimelig forskjellsbehandling

sammenheng med EMK artikkel 8, hvor helse utgjør et nødvendig formål i et demokratisk samfunn, kan dette tale for at helsemessige formål er et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.²⁰⁸

Videre benytter EMK art. 5 kravet «unsound mind» som vilkår for frihetsberøvelse. Dette tilsier at kognitive svekkelser, fra et EMK-rettslig standpunkt, bør kunne utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling. Et argument som støtter dette er at vilkåret rettes mot en større gruppe mennesker, som etter inngangsvilkåret vurderes basert på funksjonsnivået. Inngangsvilkåret fungerer derfor som et målrettet virkemiddel for at denne gruppen mennesker, skal oppnå effektive helsetjenester. Dette må være i tråd med konvensjonens målsetting.

Det må likevel fremheves at funksjonsnedsettelse ikke kan utgjøre en lovlig grunn for forskjellsbehandling, som må innebære at diagnosevilkåret bør fjernes.²⁰⁹ Dette støttes opp med at det ikke nødvendigvis er individets funksjonsnedsettelse eller diagnosen som er avgjørende for om det oppstår funksjonsnivå.²¹⁰ Argumentet støttes med at det ikke nødvendigvis foreligger sammenheng mellom utviklingshemming og behov for tvangsbehov støttes ved at det kun er et mindretall av menneskene med psykisk utviklingshemming som har tvangsvedtak. Dette tilsier at vilkåret om «psykisk utviklingshemming» ikke kan utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.

Etter dette, kommer jeg til at vilkåret «psykisk utviklingshemming» i hol. kapittel 9 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK-retten.

Det andre spørsmålet er om vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven kapittel 3 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK. Vurderingen beror på om tvang skjer på grunnlag av det diagnosenære kriterier «alvorlig sinnslidelse».

Det må for det første fremheves at vilkåret «alvorlig sinnslidelse» har mistet mye av sin selvstendige betydning etter innføringen av vilkåret om samtykkekompetanse, se punkt 5.2.3

²⁰⁸ Se punkt 4.2.3.3 om EMDs uttalelser om hva som kan utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling

²⁰⁹ Se punkt 4.2.3.2 om ulovlige grunner for forskjellsbehandling

²¹⁰ NOU 2016: 17 På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming på side på side 129

om dette. Videre må det foretas en helhetsvurdering etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7 om tvungent psykisk helsevern er den beste løsningen. Høyesterett har dessuten kommet til dette tolkningsresultatet.²¹¹ Dette tilsier at tvangsbruken ikke skjer på grunnlag av diagnosene som omfattes av begrepet. Vilkåret fungerer imidlertid gjerne vilkåret som en grovsortering av hvem som har behov for helsehjelp.²¹² Med dette fastslås virkeområdet for bestemmelsen ut fra diagnosetilknytningen.

Det må imidlertid påpekes at vilkåret fører til at mennesker i større grad blir vurdert etter diagnosen. Dette innebærer at mennesker med alvorlige sinnslidelser blir vurdert etter lidelsen, og at funksjonsnedsettelsen derfor er grunnlaget for tvangsbruken. Dette tilsier at tvungent psykisk helsevern har grunnlag i diagnosen.

Avgrensningen av tvangshjemmelens virkeområde innebærer en forskjellsbehandling av mennesker med «alvorlig sinnslidelse» og mennesker uten. Dette fordi det eksisterer en særbestemmelse for tvang som rettes mot mennesker med «alvorlig sinnslidelse», som griper inn i rettighetene etter EMK art. 5 og 8 (se punkt 3.4). Det må vurderes om vilkåret «alvorlig sinnslidelse» kan utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.²¹³

For det første må det fremheves at funksjonsnedsettelse ikke kan utgjøre en lovlig grunn for forskjellsbehandling, som må innebære at diagnosevilkåret bør fjernes.²¹⁴ Vilkåret rettes mot en rekke psykiske lidelser, som etter naturlig språklig forståelse sammenholdt med en dynamisk tolkning, må omfattes av vernet som gjelder funksjonsnedsettelse.²¹⁵

Likevel, taler ordlyden i EMK art. 5 for at «unsound mind» - hvor psykiske lidelser er omfattet - for at alvorlige sinnslidelser kan utgjøre lovlig grunnlag for frihetsberøvelser, og derfor lovlig grunn for forskjellsbehandling. Hvorfor EMD er kommet til at funksjonsnedsettelse ikke kan utgjøre grunnlag for forskjellsbehandling, etter bestemmelsene i EMK åpner direkte for frihetsberøvelser av en rekke mennesker med funksjonsnedsettelse,

²¹¹ HR-2016-1286-A avsnitt 30, se også HR-2020-1167-A avsnitt 66

²¹² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 505-506

²¹³ Se punkt 4.2.3.2 og 4.2.3.3 om diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 og vurderingen om hva som kan utgjøre objektiv og rimelig forskjellsbehandling

²¹⁴ Se punkt 4.2.3.2 om ulovlige grunner for forskjellsbehandling

²¹⁵ Se punkt 3.4.6 om EMD-praksis om hvem som omfattes av vernet etter EMK artikkel 14

er ikke godt å si. Det kan tenkes at helsehjelp er et nødvendig formål som ikke kan lede til forskjellsbehandling. Tvungent psykisk helsevern, men også andre former for tvang som helsehjelp, griper gjerne inn i enkelte rettigheter for at andre rettigheter skal sikres. Det kan med dette argumenteres for at forskjellsbehandlingen er objektiv og rimelig, ettersom den skjer etter helsemessige formål og at den er effektiv for å oppnå det formålet.²¹⁶

På den andre siden igjen, er vilkåret en avgrensende faktor av bestemmelsens virkeområde. Dette fungerer som forskjellsbehandling, hvor mennesker med psykiske lidelser, kan i større grad forvente å bli frihetsberøvet enn andre mennesker. Grunnlaget er diagnosen, som etter EMD-praksis ikke kan utgjøre grunnlag for forskjellsbehandling. Konvensjonen må tolkes dynamisk. Sammenholdt med EMD-praksis og utviklingen taler dette for at diagnosekriteriet «alvorlig sinnslidelse» ikke kan fungere som et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.

Vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernloven kapittel 3 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK.

Det tredje spørsmålet er om vilkåret «rusmiddelavhengige» i hol. kapittel 10 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK. Det må først tas stilling til om «rusmiddelavhengige» faller inn under kriteriet funksjonsnedsettelse. Begrepet defineres etter hva som er akseptert i samfunnet.²¹⁷ Dette kan potensielt innebære et uklart omfang av gruppen. Bruket må imidlertid etter sin ordlyd føre til funksjonstap, og samme hensyn for denne gruppen kan gjøres gjeldende som for mennesker med ulike lidelser. Forarbeidenes uttalelse tillegges imidlertid vekt og dette innebærer at denne gruppen også er vernet mot diskriminering.²¹⁸

Det må deretter tas stilling til om tvang skjer på grunnlag av at personen omfattes av betegnelsen «rusmiddelavhengige». Overskriften i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 fastslår begrepet som et inngangsvilkår for tvang. Dette tilsier at tvangsbruken skjer på grunnlag av tilstanden.

²¹⁶ Se argumentasjon overfor om hvordan helsehjelp kan utgjøre nødvendig formål for forskjellsbehandling

²¹⁷ Se punkt 5.2.4 om hva som anses som en «rusmisbruker»

²¹⁸ Se punkt 4.2.2.3 om hvem som er omfattet av vernet

Tvilen knytter seg til hol. § 10-2. Bestemmelsen innebærer at rusmiddelavhengige kan holdes tilbake i institusjon dersom hen «utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare» og dersom «hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig». Ordlyden tilsier at rusmiddelavhengig ikke benyttes som grunnlaget i seg selv, men kun hvor dette fører til fare for vedkommende. Med dette kan det tilsa at tvangsbruken ikke skjer på grunnlag av at vedkommende er rusmiddelavhengig.

Det må vurderes om vilkåret «rusmiddelavhengig» kan utgjøre et objektivt og rimelig grunnlag for forskjellsbehandling.²¹⁹ Funksjonsnedsettelse, kan som nevnt overfor, ikke i utgangspunktet utgjøre grunnlag for lovlig forskjellsbehandling. Gravide rusmiddelavhengige kan imidlertid holdes tilbake etter § 10-3 på grunnlag av barnets helsetilstand. Bestemmelsen er ikke problematisk ettersom tvangsbruken er på grunnlag av barnet, og ikke den rusmiddelavhengiges tilstand. Dette støttes også av at EMK artikkel 8 kan tilsa at inngrep i privatlivet kan skje for helsegrunner, samt for vern av rettigheter til andre hvor EMK art. 2 må være en fundamental rettighet for barnet. Eventuell forskjellsbehandling må med dette kunne aksepteres, ettersom retten til liv er en mer fundamental rettighet enn retten til ikke-diskriminering.

Når det kommer til hol. § 10-2 er utgangspunktet at vilkåret bør bortfalle. EMK artikkel 5 støtter imidlertid et resultat hvor vilkåret enda kan eksistere, ved at bestemmelsen eksplisitt legger opp til lovlig frihetsberøvelse av narkomane og alkoholikere. Sammenhengen i konvensjonen taler derfor for at rusmiddelavhengig utgjør et lovlig grunnlag for forskjellsbehandling.

Etter dette taler det meste for at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10 ikke direkte benytter vilkåret «rusmiddelavhengige» som tvangsgrunnlag. Kapitlet må være i samsvar med tolkningen av EMK artikkel 14, og åpner ikke for diskriminering etter EMK.²²⁰ Kapitlet er likevel ikke i samsvar med tolkningsresultatet av diskrimineringsforbudet etter CRPD, hvor det meste taler for et lovverk uten henvisninger til kognitive svekkelser.²²¹ Vilkåret

²¹⁹ Se punkt 4.2.4.2 og 4.2.4.3 om diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 og vurderingen om hva som kan utgjøre objektiv og rimelig forskjellsbehandling

²²⁰ Se tolkningsresultatet av EMK artikkel 14 i 6.3.3

²²¹ Se tolkningsresultatet av CRPD artikkel 14 i 6.3.2

«rusmiddelavhengige» i hol. kapittel 10 utgjør diskriminering etter CRPD, men ikke etter EMK

Det fjerde spørsmålet er om henvisningen til «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming» i samtykkekompetansevurderingen i pbrl. § 4-2 utgjør diskriminering etter CRPD og EMK. Vurderingen beror på om vilkåret fører til tvang på grunnlag av «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming».

Et poeng, som nevnt gjennomgående overfor, er at det er funksjonsnedsettelsen som ikke kan utgjøre grunnlag for tvang. Henvisningen viser til en rekke tilstander som inngår i begrepet, og avgrenser dermed bestemmelsens virkeområde. Dette kan tilsi at samtykkekompetansen kun kan falle bort etter funksjonsnedsettelse, og tolker man CRPD strengt taler dette for konvensjonsstrid.

Kjernen av vurderingen er imidlertid pasientens funksjonsnivå.²²² Tilstandene inngår dermed som en del av vurderingen, og evnen til forståelseevnen må følge av gitte tilstander. Dette innebærer at forståelseevnen vurderes konkret, til tross for diagnosen som ligger bak. Henvisningen til tilstandene fungerer med dette som en avgrensning av bestemmelsen, og tilstandene fremstår med dette ikke som grunnlag i seg selv.

På den andre siden er henvisningen til tilstandene ikke nødvendige ettersom kjernen i bestemmelsen omhandler forståelseevnen. Som vist til, taler CRPD for at bestemmelsene i størst mulig grad bør unngå henvisninger til diagnosekriterier. Dette støttes opp med at tilstandene kan variere i omfang, og funksjonsevnen varierer ut fra enkeltindividenes tilstand.

Likevel, fører ikke bestemmelsen til at mennesker som faller inn under betegnelsene automatisk blir underlagt tvang. Det skjer en bred konkret vurdering av forståelseevnen, og med dette er det funksjonsevnen som står i fokus. Dette må være i tråd med utviklingen. På den annen side igjen, taler det meste for at CRPD bør tolkes strengt.²²³ Bestemmelsen må imidlertid være i tråd med EMK, som ikke innebærer et tolkningsresultat som fører til avskjæring av diagnosehenvisninger.

²²² Se punkt 5.2.5 om innholdet av vilkåret «samtykkekompetanse»

²²³ Se punkt 6.3.3 om tolkningen av CRPD artikkel 14

Under tvil kommer jeg til at henvisningen ikke fører til at tvang skjer på grunnlag av «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Bestemmelsen er i strid med det mest sannsynlige tolkningsresultatet av CRPD artikkel 14, men ikke med EMK artikkel 14. Konklusjonen er imidlertid åpen hva gjelder samtykkekompetansebegrepet på bakgrunn av usikker rekkevidde av diskrimineringsforbudet etter CRPD.

6.3.5 Vurdering av lovforslaget i et ikke-diskrimineringsperspektiv

Det tas stilling til lovforslaget i NOU 2019: 14 sett fra et menneskerettslig ideal om ikke-diskriminering. Det problematiske er om vilkårene i lovforslaget tilfredsstillende dette idealet. Lovforslaget innebærer at diagnosenære vilkår i tvangshjemlene fjernes, og erstattes med krav om fravær av beslutningskompetanse og «sterkt behov» for aktuelt tiltak.²²⁴ Det som må vurderes er om tvangshjemmen innebærer at tvang skjer på grunnlag av funksjonsnedsettelsen, jf. CRPD artikkel 14 og EMK artikkel 14, jf. EMD-praksis.²²⁵

Bestemmelsens ordlyd av «sterkt behov» taler for at tvang skjer etter en helhetsvurdering hvor pasientens behov står i fokus. Videre legger fravær av beslutningskompetanse opp til en bred vurdering av funksjonsnivået til pasienten.²²⁶ Tvangshjemmelens utforming legger derfor opp til en konkret, bred skjønnsmessig vurdering av enkeltindividet. Grunnlaget for tvang synes derfor å være den enkeltes funksjonsnivå. Selv om funksjonsnedsettelsen kan spille inn som en faktor for funksjonsnivået, er det lite som taler for at funksjonsnedsettelsen i seg selv utgjør grunnlaget for tvang etter lovforslagets tvangshjemmel.

Ettersom bestemmelsen er utformet etter diagnosenøytrale vilkår og inneholder skjønnsmessige vurderinger for tvang, tilsier dette for at tvang ikke skjer på grunnlag av en konkret funksjonsnedsettelse. Det kan konkluderes med at lovforslaget ikke innebærer at tvang skjer på grunnlag av funksjonsnedsettelsen. Konklusjonen er at lovforslaget tilfredsstillende det menneskerettslige idealet om ikke-diskriminering.

²²⁴ Se punkt 5.3.1 om vilkårene «sterkt behov» og «fravær av beslutningskompetanse»

²²⁵ Se punkt om 6.3.2 og 6.3.3 om spenningsforholdet mellom diagnosenære kriterier og diskrimineringsforbudet i CRPD og EMK

²²⁶ Se punkt 5.5.1. om vilkårene «sterkt behov» og «fravær av beslutningskompetanse»

6.4 Diagnosenære vilkår i lys av et ideal om presise lovverk

6.4.1 Problemstillingen

I punkt 4.3 redegjorde jeg for hvordan EMK stiller krav til presise lovhjemler, som særlig gjør seg gjeldende når det kommer til tvangsbestemmelser. Idealet om presise lovverk skal nå sammenstilles med diagnosekriteriene i gjeldende lovgivning, som jeg fremstilte i kapittel 5.

Problemstillingen er om kravene til presise lovverk hindrer lovgiver å benytte diagnosenøytrale tvangshjemler. Det tas først stilling til hvilken funksjon diagnosekriteriene har i lovteksten. Det må deretter vurderes om EMK oppstiller et krav om diagnosebaserte tvangshjemler i helselovgivningen. Videre vurderer jeg gjeldende lovgivning i lys av idealet om presise lovverk, før jeg foretar en vurdering av lovforslaget i lys av lovkravet.

6.4.2 Diagnosekriterienes avgrensende funksjon

Etter redegjørelsen av diagnosekriteriene i tvangshjemlene i dagens helselovgivning, er det hensiktsmessig å fastslå funksjonen kriteriene har. I det videre redegjøres det for diagnosekriterienes funksjon for tvangshjemlene.

Vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 viser en tydelig betydning. Det uttales i NOU 2019: 14 at dagens begrep er et grep som grovsorterer aktuelle grupper for frihetsberøvelse og dermed oppnår man presisjon i regelverket.²²⁷ Med dette avgrenses hvem som omfattes av regelverket. Avgrensningsfunksjonen kom frem i NOU 1988: 8 som uttalte: «Utvalget kan ikke se at det rettssikkerhetsmessig er mulig å beskrive de pasientkategorier det er snakk om bedre enn med henvisning til de tilstander som gjennom varig psykiatrisk praksis er blitt utskilt som de mest alvorlige».²²⁸

Vilkårets funksjon ble også drøftet av Paulsrud-utvalget. Utvalget viste til sammenhengen mellom «alvorlig sinnslidelse» og svikt i evnen til realitetsvurderinger, på grunnlag av psykosebegrepet, og koblet vilkåret opp mot en vurdering av beslutningskompetanse.²²⁹ Utvalget mente at hovedvilkåret vil føre til at samfunnet hovedsakelig benytter tvungent psykisk helsevern overfor psykoselidelsene, og dette måtte være i tråd med vektleggingen av

²²⁷ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 505-506

²²⁸ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 125

²²⁹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 506, jf. NOU 2011: 9 – Økt bestemmelse og rettssikkerhet på side 164

lovforarbeidene²³⁰, hvor tvang begrunnes med at behandlingen bidrar til at «vedkommende kommer i en sinnstilstand der han eller hun er i stand til å foreta rasjonelle valg og følge en bevisst kurs».

Et annet aspekt er at en psykisk lidelses alvorlighetsgrad gir indikasjon på behovet for psykisk helsehjelp.²³¹ NOU 1988: 8 fremhever betydningen av at tilstandene «meningsfullt skal kunne behandles i psykiatriske institusjoner», jf. side 121. Med dette forstås behandlingsbehovet som et hensyn som taler for diagnosebegrepene.

Vilkårets sentrale funksjon kan med det deles i to aspekter.²³² For det første grovsorterer det hvem som har særlig behov for psykisk helsehjelp, og dermed fastsetter aktuelle kandidater for tvang som på grunn av svikt i egen beslutningsevne. Utvalget fremhever at med det at vilkåret etter innføringen av «samtykkekompetanse»-kravet, kun fungere som en grovsortering av hvem som har behov for helsehjelp.

Diagnosetilknytningen gir snevrere adgang til bruk av tvang som del av psykisk helsevern, som igjen øker rettssikkerheten hos borgerne. Det kan likevel argumenteres for at innføringen av det kompetansebaserte begrepet «samtykkekompetanse» i phvl. § 3-3, medfører at vilkåret i realiteten har liten til null betydning. Dette ettersom vurderingen av beslutningsevnen allerede vil vurderes i lys av diagnosens symptomer. Diagnosetilknytningen kan derfor tenkes å komme som et «tillegg». Samtidig fungerer det diagnosenære begrepet som en presisering av bestemmelsen.

Videre er spørsmålet hvilken betydning betegnelsen «rusmisbruker» har for tvangshjemlene etter helse- og omsorgsloven kapittel 10. Det er påpekt at begrepet «rusmisbruk» gir en mindre klar avgrensning enn inngrepsvilkåret «alvorlig sinnslidelse».²³³ Det er hevdet i teorien at misbruksbegrepets fokus går på bekostning av betydningen av redusert selvbestemmelsesevne.²³⁴ Overskriften i hol. kapittel 10, avgrenser likevel tilsynelatende

²³⁰ Ot.prp.nr.11 (1998-1999)

²³¹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 506

²³² NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 506-507

²³³ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 506

²³⁴ Søvig, K., (2007) «Tvang overfor rusmiddelavhengige: Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3» på side 260-262

virkeområdet for kapitlets tvangshjemler til «rusmiddelavhengige». Med dette får kapitlet, i likhet med andre diagnosenære vilkår, en avgrensningsfunksjon. Avgrensningen til personer som er «rusmiddelavhengige» får den effekt at det kan kun føres tvang mot mennesker som er avhengig av rusmidler.

Vilkårene «alvorlig sinnslidelse» og «rusmisbruker» har den funksjon at de avgrenser tvangshjemlenes rekkevidde.²³⁵ Tvangslovutvalget påpeker at reguleringen medfører den viktige verdien av at tvangshjemlene ikke skal utformes bredere enn det som er strengt nødvendig. Paulsrud-valget hevdet at en videreføring av vilkåret «alvorlig sinnslidelse» er en nødvendig innsnevring av tvangshjemmelen mot personlighetsforstyrrelsene og atferdsavvik. Fjerningen av vilkåret innebærer en fare for en utvikling hvor personlighetsforstyrrelsene i større grad utsettes for tvang, noe som ikke er ønskelig.²³⁶

Innebærer diagnosetilknytningen i samtykkekompetansevurderingen etter pbrl. § 4-2 noen realitetsforskjell? Ved innføringen av samtykkekompetansebegrepet uttalte Helsedirektoratet at de er skeptisk til å fjerne diagnosetilknytningen.²³⁷ Det ble fremhevd at et vilkår om manglende beslutningskompetanse vil kunne oppfattes som vagt, upresist og vanskelig å presisere for helsepersonellet.

Diagnosetilknytningen har derfor en presiseringsfunksjon. Det kan imidlertid argumenteres for at diagnosen får betydning ved vurderingen uavhengig av presiseringen i lovbestemmelsen inneholder. Dette taler for at tilknytningen i realiteten ikke innebærer noen forskjell.

Det kan etter dette trygt konkluderes med at diagnosekriterier som regel vil ha en avgrensende funksjon. Den avgrensende funksjonen vil hindre tvangsbruk overfor grupper som ikke ønskes omfattet av tvangshjemlene. Fjerning av vilkårene vil bidra til vagere bestemmelser, som også øker faren for utvidet tvangsbruk.

²³⁵ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 509

²³⁶ NOU 2011: 9 – Økt selvbestemmelse rettssikkerhet på side 165

²³⁷ Prop. 147 L (2015-2016) på side 20

6.4.3 Fremtvinger lovkravet i EMK en diagnosebasert modell for tvang?

Det som må vurderes er om diagnosenøytrale bestemmelser er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse.²³⁸

6.4.3.1 En diagnosebasert modell i EMK artikkel 5

EMK artikkel 5 nr. 1 inneholder en uttømmende liste der inngrepet må skje i et av tilfellene som er beskrevet i bokstavene a-f. Bokstav e innebærer at frihetsberøvelse kan skje ved «*the lawful detention of ... persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts*». Den norske oversettelsen er «sinnslidende, alkoholister, narkomane».²³⁹ Den norske oversettelsen forstås slik at det må gjelde en psykisk lidelse. Rekkevidden av «unsound mind» er omdiskutert. Den engelske ordlyden favner i praksis vidt og det er tilstrekkelig at det foreligger en unormal mental tilstand.²⁴⁰ Med dette faller utviklingshemming og demens under bestemmelsens ordlyd.

Beskrivelsene i EMK art. 5 nr. 1 bokstav e er diagnosenære begreper og med det opererer EMK tilsynelatende ikke med diagnosenøytralitet. Tvert i mot benytter EMK artikkel 5 en diagnosebasert modell.²⁴¹ Bestemmelsens ordlyd begrenser i utgangspunktet virkeområdet for hvilke vilkår for tvang som kan gis.

EMD har uttalt at bokstav a-f som åpner for unntak fra retten til frihet må tolkes snevert.²⁴² Dette innebærer at utvidende tolkninger ikke kan tillattes. EMD har likevel ofte fremhevd at konvensjonen må tolkes i samsvar med tidens oppfatninger og krav.²⁴³ Konvensjonen er ment som et effektivt instrument for at grunnleggende rettigheter og friheter blir håndhevet. EMD-praksis viser at konvensjonen må tolkes i tråd med utviklingen som skjer i samfunnet. Dersom utviklingen tilsier det kan derfor tidligere snevre tolkningsresultater kan settes til side.²⁴⁴

²³⁸ Se punkt 4.3.3 om rettsregelen for lovkravet

²³⁹ Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse) artikkel 5

²⁴⁰ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 177

²⁴¹ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 177

²⁴² Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 37

²⁴³ Tyrer v. The United Kingdom, sak nr. 5856/72

²⁴⁴ Christine Goodwin v. The United Kingdom, sak nr. 28957/95 og Rees v. The United Kingdom, sak nr. 9532/81

Diagnoser inngår som en sentral del av vurderingen av om hvorvidt det er skjedd en lovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Det tyder på at bestemmelsens virkeområde, altså hvem det kan skje lovlig frihetsberøvelse overfor, er avgrenset til nevnte grupper mennesker. En diagnosenøytral tvangsbestemmelse springer ikke ut av ordlyden i bokstav e, og det kan derfor argumenteres for at modellen mangler grunnlag i EMK artikkel 5.

Kriteriet «unsound mind» utgjør som nevnt et kriterium som må være oppfylt for at det skal ha skjedd en lovlig frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. Ved vurderingen av Winterwerp-kriteriene står diagnosen sentralt, da det må foreligge en psykisk lidelse som er av en art som kan nødvendiggjøre tvang.²⁴⁵ Dette medfører at diagnosen er en sentral faktor ved vurderingen av om det er skjedd en lovlig frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Ettersom det må foreligge en diagnose hos pasienten etter Winterwerp-kriteriene, unngår en ikke diagnosen som et kriterie for tvang. Vurderingen etter EMK artikkel 5 vil uansett falle tilbake på en vurdering av diagnosen og med det faller man tilbake til en diagnosebasert vurdering av tvang. Det kan argumenteres for at Winterwerp-kriteriene taler for at et kompetansebasert system i tvangshjemlene ikke er tilstrekkelig presist.

For det første har EMD ansvaret for tolkningen av EMK. Lovgiver og andre rettsanvendere er derfor forpliktet til å følge EMDs tolkningsresultater. Med dette er lovgiver bundet kriteriene som er tett opp mot en diagnosevurdering. Dette vanskeliggjør frigjøringen fra diagnoser om vilkår for tvang, ettersom overprøvingen krever at en diagnose foreligger for tvangsbruk. Det kan tenkes at tap av beslutningskompetanse springer ut av en tilstand som ikke er diagnostisert. Det vil vanskeliggjøre vurderingen av EMK artikkel 5 som er tett knyttet til diagnosen.

Utvalget pekte på at manglende kompetanse gjerne springer ut av tilstander som dekkes av konvensjonens ordlyd, og at fravær av beslutningskompetanse er en forlengelse av konvensjonens formålskrav.²⁴⁶ Det er med det lite sannsynlig at en tilstand som nødvendiggjør helserelatert tvangsbruk etter et krav om beslutningskompetanse, ikke springer ut av tilstander som ikke dekkes av Winterwerp-kriteriene. Med det mener utvalget det er

²⁴⁵ Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 § 37

²⁴⁶ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 176-179

mulig med en tilfredsstillende vurdering av kriteriene, selv der frihetsberøvelsen er skjedd etter en kompetansebasert tvangshjemmel.

Etter dette fremkommer det at siden EMK artikkel 5 opererer med et diagnosebasert system hvor gruppene som omfattes av bestemmelsene, avgrenses bestemmelsens virkeområde. Presiseringen bidrar til at det ikke oppstår tvil om hvilke grupper mennesker som kan omfattes av artikkelens bokstav e. En diagnosebasert modell tyder på at frihetsberøvelser er begrenset til de situasjoner som er opplistet, og ettersom bestemmelsen må tolkes snevert vil en kompetansebasert modell tilsi at en går utenfor dette krav.

Utvalget i forslaget til ny Tvangsbegrensningslov tok stilling til spørsmålet hva gjelder konvensjonens avgrensning til bestemte persongrupper ved å benytte en diagnosebasert modell.²⁴⁷ Utvalget fant det imidlertid ikke sannsynlig at en kompetansebasert modell er konvensjonsstridig, ettersom manglende kompetanse ofte springer ut av tilstandene som dekkes av konvensjonens ordlyd. Fravær av beslutningskompetanse er i følge utvalget en forlengelse av konvensjonens formålskrav og ikke et brudd. Utviklingstendensene ble også trukket fram som argument.²⁴⁸

6.4.3.2 Vurderingen

Det må konkret vurderes om det kreves en diagnosebasert modell for tvang for at loven skal være tilstrekkelig forutsigbar og verne mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Spørsmålet beror på hvor inngripende vedtaket er for den enkelte.²⁴⁹

Ettersom hjemmelens presisjonsnivå avhenger av hvor inngripende vedtaket er for den enkelte, taler dette for en streng tolkning av lovkravet. Helserelaterte tvangshjemler griper omfattende inn i menneskers privatliv, da det er et direkte inngrep overfor enkeltindividets kropp og sinn.²⁵⁰ Videre utgjør tvangshjemplene et omfattende inngrep i friheten, da enkelte bestemmelser (eksempelvis phvl. § 3-3) innebærer fysisk innesperring og innlåsing på institusjon. For enkelte mennesker, kan dette oppfattes like inngripende som fengsel, til tross for at målet med innesperringen er helsehjelp. Tiltakenes karakter taler derfor for at

²⁴⁷ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 176-179

²⁴⁸ NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensningsloven på side 176-179

²⁴⁹ Se punkt 4.3.5 om rekkevidden av presisjonskravet for helsemessige tvangshjemler

²⁵⁰ Se punkt 3.4

hjemmelen bør presiseres så klart som mulig, da man befinner seg på et rettsområde som er særlig inngripende. Hvilken grad presisjonsnivået må ha etter lovkravet, må derfor fastsettes som høyt. Bestemmelsen skal ikke være mer vag enn nødvendig.

Det må fremheves at tvang som del av helsebehandling kan utgjøre et spekter av ulike inngrep. Eksempelvis, vil innleggelse på psykiatrisk senter etter phvl. § 3-3 vil utgjøre et omfattende inngrep i den fysiske friheten. Tvangsmedisinering utgjør et omfattende inngrep i privatlivet og bør kreve en klar hjemmel. Reglene må som nevnt utformes i tråd med inngrepets karakter. Tvang i helsesektoren er mindre inngripende enn straff, men er likevel av en slik karakter at det må stilles høye krav til nivået av lovens presisjon. Hvilken tvangshjemmel det er tale om, må derfor få betydning for lovkravets presisjonsnivå. Tvangshjemlene kan derfor ikke vurderes i lys av lovkravet under et.

Det kan argumenteres for at EMK artikkel 5 og kravet om «unsound mind» fungerer som en veileder i forhold til lovkravet. Etersom «unsound mind» kravet har diagnosetilknøyning når det gjelder frihetsberøvelser i forbindelse med bokstav e, kan dette tilsi at regelverket bør utformes tilsvarende. Winterwerp-kriteriene kan også tale i retning av at systemet bør være diagnosebasert. Dette ettersom EMD har ansvaret for tolkningen, og kriteriene gjerne drøfter rundt diagnosen.

EMD fremhever, som nevnt overfor, at konvensjonen må tolkes snevert. Dette kan tale for at tvangshjemlene i helseomsorgen, ikke bør benytte vilkår som går utenfor ordlyden av «unsound mind». En diagnoseøytral bestemmelse faller ikke nødvendigvis under dette kravet. På den andre siden rettes fokuset mot økt selvbestemmelsesrett og funksjonsnivå fremfor diagnose som følge av utviklingen.²⁵¹ Funksjonsnivået vil gjerne stamme fra en tilstand som uansett dekkes av kriteriet «unsound mind». Det bør likevel utvises varsomhet med ordvalget i tvangshjemlene når det gjelder lovgivning som innebærer frihetsberøvelser etter en vurdering av funksjonsnivået. Tvangshjemmelen må uansett falle inn under kravet til EMK artikkel 5, dersom den skal innebære bruk av frihetsberøvelser.

Et virkemiddel mot vilkårlige tvangshjemler kan være diagnoseære vilkår.²⁵² Systemet avgrensner nettopp persongruppene som kan rammes, og det skapes med det forutberegnelighet

²⁵¹ Prop. 147 L (2015-2016) på side 24

²⁵² Se punkt 6.4.2 om diagnosekriterienes avgrensende funksjon

når det gjelder hvem som kan utsettes for tvang. Ved bruk av diagnosenære begreper, unngår man i større grad brede skjønnsmessige begreper som kan utgjøre potensielt grunnlag for uklarheter i lovgivningen. Dessuten, må lovverket kunne følge skiftende omstendigheter og derfor utviklingen. Som nevnt taler utviklingen for et bredere vern mot ikke-diskriminering. Loven må kunne utformes etter dette og lovkravets nivå.

På den andre siden vil et lovverk som presiserer tvangshjemmelen med retningslinjer, medføre forutberegnelighet dersom pasienten vurderes etter funksjonsnivået. Pasienten selv vil oppleve det som vilkårlig å bli vurdert etter diagnosens mulige forløp i stede for eget funksjonsnivå. En vurdering hvor funksjonsnivået avgrenser tvangsbruken i stede for en vurdering basert på diagnosen, kan derfor være forutsigbar. På den andre siden avhenger tvangsspørsmålet i større grad av den enkelte lege/helsepersonells vurdering, dersom tvangshjemmelen inneholder en bred, skjønnsmessig vurdering. Faren for at samme pasient vurderes ulikt av to ulike leger øker i takt med graden av skjønn. Diagnosenære kriterier kan begrense denne faren.

Det er imidlertid vanskelig å kreve fullstendig forutberegnelighet i helselovgivningen. Mennesker avgjør ikke selv om de blir syke eller ikke, slik at det uansett vil føles tilfeldig for pasienten hvis vedkommende blir utsatt for tvangstiltak. Med diagnosene eller uten diagnosene som vilkår, er en psykisk syk person i like stor stand til å forutsi tvangsinngrepet.

Det må imidlertid fremheves at samfunnet forøvrig ønsker tvangshjemler. Helsemessige tvangsvedtak er derfor forutsigbart for et samfunn som er klar over retningslinjene bak vurderingen. Et system som benytter klare retningslinjer er et system som også gir borgerne forutsigbarhet når det gjelder helsebehandlingen. Behandlingen kan aldri forutsies av den enkelte, men et system med tilstrekkelige retningslinjer er ikke nødvendigvis avhengig av diagnoser for at det likevel skal være forutsigbart og ikke-vilkårlig.

Forsalget om diagnosenøytralitet videre er i samsvar med utviklingstendensene man ser internasjonalt. EMK artikkel 5 står ikke i veien for endringer som er i takt med dette. Til tross for at artikkel 5 er i dag bygd på en diagnosebasert modell, må konvensjonen tolkes etter samtiden og formålet. Samtiden taler for en tolkning som forebygger ikke-diskriminering, se overfor. Formålet må medføre en tolkning som gir det resultat at friheten til mennesker beskyttes til tross for diagnosen. Med dette til grunn kan det argumenteres for at EMK

artikkel 5 ikke nødvendigvis fremtvinger krav om en diagnosebasert modell. Det konkluderes under tvil med at lovkravet etter EMK ikke fremtvinger en diagnosebasert modell for tvang.

6.4.4 Nærmere vurdering om gjeldende lovgivning i lys av et ideal om presis lovgivning

Problemstillingen er om gjeldende lovgivning tilfredsstillende lovkrevet. Spørsmålet beror på om lovgivningen er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse.²⁵³

Det ble vist til i punkt 6.4.2 at diagnosekriteriene i gjeldende tvangshjemler for helselovgivningen har en avgrensende funksjon. Funksjonen fungerer som en presisering og vil hindre tvangsbruk overfor grupper som ikke er ønsket omfattet av bestemmelsens formål. Det er ikke tvil om at vilkårene «psykisk utviklingshemming» i hol. kapittel 9, «alvorlig sinnslidelse» i phvl. kapittel 3 og «rusmiddelavhengige» i hol. kapittel 10, fungerer som et effektivt virkemiddel for å oppnå ønsket målgruppe for bestemmelsene. Vilårene gjør loven tilgjengelig for de som skal anvende den. Videre oppstår ikke omfattende tolkningstvil om hvem bestemmelsene omfatter. Diagnosekriteriene gjør loven tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse.

Det tvilsomme er om vilkåret «samtykkekompetanse» i pbrl. § 4-2 er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse. For det første må det fremheves at det for tvangshjemler kreves høyt presisjonsnivå.²⁵⁴ Bestemmelsen legger som nevnt opp til en bred, konkret vurdering av den enkeltes funksjonsnivå.²⁵⁵ Det skjønsmessige elementet «åpenbart» i bestemmelsen, legger opp til en vag vurdering hvor presiseringsnivået blir svekket.

Henvisningen til tilstandene «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming» i bestemmelsen medfører imidlertid en presisering av retningslinjene. Dette bidrar til en viss presisjon av vurderingstemaet som må være i tråd med lovkravets mål om presise bestemmelser. Dessuten, vil det for pasienten selv være tillitsvekkende og føles forutsigbart å bli vurdert etter en konkret vurdering, i motsetning til en vurdering som gjør

²⁵³ Se punkt 4.3.2 om vurderingstemaet for lovkravet

²⁵⁴ Se punkt om 4.3.5 rekkevidden av lovkravet for tvangshjemler i helselovgivningen

²⁵⁵ Se punkt 5.2.5 om innholdet av samtykkekompetansevilkåret

pasienten til et objekt etter diagnosen. Retningslinjene kompensere derfor til en viss grad bestemmelsens omfattende rom for skjønn.

Vilkåret kan i teorien virke forutsigbart og verne om vilkårlig maktmisbruk som følge av retningslinjene. Det må imidlertid fremheves at vurderingene i aller størst grad skjer av ikke-jurister, men av helsepersonellet med ulik bakgrunn og ulike oppfatninger av hva som må anses som «åpenbart» mangler forståelsesevne. Tolkningen av bestemmelsen åpner dermed for større fare for uforutsigbare utfall, enn hva bestemmelsene med diagnosekriteriene gjør. Faren for forskjellige tolkningsutfall for like situasjoner, taler for at bestemmelsen ikke er tilstrekkelig forutsigbar. Det finnes eksempler på at «samtykkekompetanse» har blitt utøvd ulikt av forskjellig helsepersonell.²⁵⁶

Etter en samlet vurdering hvor jeg vektlegger den grad av presisjonsnivå tvangshjemler krever, bestemmelsen skjønnsmessige karakter og rom for tolkningstvil, er jeg under tvil kommet til at vilkåret om «samtykkekompetanse» ikke er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse. Vilkåret tilfredsstiller derfor ikke lovkravet etter EMK.

6.4.5 Nærmere vurdering om lovforslaget i lys av et ideal om presis lovgivning

Det problematiske er om vilkårene «beslutningskompetanse» og «sterkt behov» i tilfredsstiller lovkravet. Spørsmålet beror på om vilkårene er tilstrekkelig forutsigbar og verner mot vilkårlig myndighetsutøvelse.

Vilkårene legger opp etter sin ordlyd til en vag, skjønnsmessig vurdering. Noe som også tvangslovutvalget har gitt uttrykk for. Et diagnosenøytralt system vil innebære at diagnoser i seg selv ikke får betydning for tvangsbruk, men heller at det må skje en helhetsvurdering av funksjonsnivået til pasienten. Vurderingen rettes ikke lengre mot diagnosen, men heller den faktiske situasjon hvor pasientens individuelle behov står sentralt. Behovet for tvang vurderes etter den konkrete situasjonen heller enn diagnosen. Faren ved økt skjønn er imidlertid uforutsigbarhet.

²⁵⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/ekspertutvalg-om-tvang/id2911600/>, se herunder Statsforvalteren i Agder (2020) Rapport fra tilsyn med helsetjenester med tvang til personer uten samtykkekompetanse ved Høvåg bo- og aktivitetssenter 2020

Mangelen på diagnoser som vilkår, vil ikke nødvendigvis føre til at avgjørelsen om en pasient er beslutningskompetent eller ikke, er vilkårlig. Dette så lenge det eksisterer klare retningslinjer når det gjelder helhetsvurderingen. Det er likevel høyst nødvendig med retningslinjer, slik at spørsmålet om pasienten er beslutningskompetent ikke avhenger av hvilken lege vedkommende har. Et system som fungerer i den forstand, ville vært ikke vært forutberegnelig. Noe som lovkravet setter en stopper for.

Vurderingen av beslutningsevne er lik denne vurderingen og det kan tenkes at konsekvensene av innføringen av sistnevnte vilkår, vil være noe av det samme. Ettersom betegnelsen er lite spesifikk, kan en potensielt tenke seg et resultat der to ulike leger kommer til to ulike konklusjoner etter vurderingen av samme pasient, som følge av bestemmelsens skjønsmessige karakter. Ulikheter ved anvendelsen av bestemmelsen byr på problematikk når det gjelder bestemmelsens forutberegnelighet. Det kan stilles spørsmål om begrepet «beslutningskompetanse», som er basert på dagens vilkår «samtykkekompetanse», medfører videreføring av denne faren.

På den andre siden fastsetter bestemmelsen til en viss grad virkeområdet ved hjelp av hva pasienten må ha sterkt behov for. Dette gir en viss presisering og forutsigbarhet. Likevel, er det skjønsmessige elementet i «sterkt behov»-vurderingen vagt og med det er det uansett uklart hva som vurderes. Virkeområdet åpner dessuten for en bredere gruppe enn hva tidligere lovgivning har åpnet for, og det kan tale for at bestemmelsen mangler presisjon.

Likevel, kompenseres bestemmelsens skjønsmessige karakter med vurderingstemaet «utgangspunktet i hva som er allment praksis». Vurderingen må bero på dagens system, og med dette vil også mange av tilfellene som faller inn under dagens tvangshjemler også falle inn under forslaget. Hvem som er beslutningskompetent og har sterkt behov, blir derfor fastsatt etter nærmere retningslinjer. Retningslinjene avverger bestemmelsens vilkårlige potensial, samtidig som bestemmelsen er fleksibel nok til at den omfatter et bredt spekter av ulike tilstander. Kompenseringen bidrar at lovbestemmelsene ikke er vilkårlige eller uforutsigbare. Det konkluderes under tvil med at vilkårene tilfredstiller lovkravet etter EMK.

6.5 En balanse mellom et presist regelverk og ikke-diskriminering

For denne delen er jeg nå over i helhetsvurderingen av idealene, og om lovverket kan utformes på en måte som forenes med begge forventninger. Konvensjonene er preget av ulike

sentrale prinsipper. CRPD fokuserer på ikke-diskriminering, og EMK fokuserer på viktigheten presisjon av bestemmelser.²⁵⁷ Presisjon for å unngå vilkårlig maktbruk og uforutsigbare reglement. Er det mulig å oppnå et lovverk som tilfredsstillende begge krav?

Diagnosenøytrale tvangsbestemmelser medfører vage begreper som legger opp til brede vurderinger.²⁵⁸ Forutberegnelighet minimeres med dette til fordel for generelle regler, og faren for misbruk økes. Ettersom EMK artikkel 5 forbyr vilkårlig frihetsberøvelse må en være varsom med en bestemmelse som går utover konvensjonens ordlyd. Dette som følge av lovkravet, og det sterke vernet mot frihet bestemmelsen fastslår. En tolkning som går utover bestemmelsens virkeområde innebærer et brudd på konvensjonen. Modellens oppbygging kan tale for at lovgiver bør holde seg mest mulig presis når det gjelder tvangshjemler. Bestemmelsens ordlyd tilsier at lovgiver bør avgrense gruppen mennesker som kan ilegges tvangsbehandling ved en presisering av diagnoser.

På det andre siden er det skjedd en utvikling i samfunnet hvor mennesker med psykiske lidelser og funksjonsnedsettelse.²⁵⁹ Det taler for en mindre streng tolkning av EMK. Dersom EMK skulle være i veien for lovendringer som følger av utviklingen, på bakgrunn av konvensjonens ordlyd, ville konvensjonen virke mot hva den er lagd for. En løsning hvor EMK tvinger frem et diagnosebasert system, er neppe i tråd med konvensjonens formål.

Ved eventuell endring må lovgiver uansett være aktsom ved utformingen av loven. Forutsigbarheten av tvangshjemmelen svekkes ved diagnosenøytralitet.²⁶⁰ En vag bestemmelse som legger opp til brede, skjønsmessige vurderinger vil lettere kunne føre til vilkårlighet. Dette utfordrer lovkravet. Med riktige presiseringer, kan likevel en diagnosenøytral tvangshjemmel tilfredsstillende kravet til regelpresisjon. Generaliteten av et kompetansebasert system vil kompenseres ved bruk av retningslinjer i loven. Dette må være i samsvar med lovkravet, jf. ordlyden «beskrivelsene i loven», som EMK artikkel 5 fastslår.

Likestilling er imidlertid et viktig prinsipp som taler for et mer generelt lovverk, der funksjonsnivået står i fokus. Helheten tilsier at likestilling og ikke-diskriminering bør

²⁵⁷NOU 2019: 14 – Tvangsbegrensingsloven på side 514

²⁵⁸ Se punkt 6.4.2 om diagnosekriterienes avgrensede funksjon

²⁵⁹ Se kapittel 2 om utviklingen

²⁶⁰ Se punkt 6.4.2 om diagnosekriterienes avgrensede funksjon

vektlegges tungt, til tross for at presisjonsnivået senkes. Den internasjonale utviklingen går i den retning og EMK er neppe ment som et hinder for endringer i tråd med dette. EMK artikkel 14 viser dessuten at konvensjonene ikke nødvendigvis er to «motpoler».²⁶¹ Heller taler dette for at konvensjonene har verdier som vektlegges ulikt. Artikkelen er et tegn på at også EMK, samt EMD vektlegger prinsippet om ikke-diskriminering og likestilling. Dette må innebære at prinsippene generelt står sterkt som del av menneskerettighetene.

Ikke-diskrimineringen utfordrer kravet til presise regler dersom tvangshjemlene ikke kan avgrenses etter diagnoser. Dette kan medføre at tvangshjemlene gis videre anvendelse, og med det utvides også muligheten for tvangsbruk. Eksempelvis, vil kravet om beslutningskompetanse, som til forskjell fra kravet om samtykkekompetanse ikke henviser til diagnosenære begreper, gi rom for brede vurderinger.²⁶² Det kan tenkes et tolkningsresultat som går lengre enn hva den er ment for. Et kompetansebasert system må derfor avgrenses etter formålet, som jo er riktig bruk av tvang mot mennesker som ikke har forståelse for egen situasjon.

Begrepet «samtykkekompetanse» løser noe av problematikken med presisjon ved bruk av diagnosetilknytningen. Bestemmelsens kompetansevurdering er likevel bred, og rettes mot pasientens funksjonsnivå i tråd med prinsippene til CRPD. Diagnosetilknytningen innebærer likevel ikke at bestemmelsen benytter funksjonsnedsettelse som grunnlag for tvang, og tilsynelatende er derfor ikke opplistingen problematisk i henhold til konvensjonen. Tolker man imidlertid CRPD-konvensjonen strengt, vil enhver opplisting være problematisk. På den andre siden fungerer presiseringen som en indikasjon på bestemmelsens virkeområde. En henvisning til diagnoser kan derfor være med i vurderingen for å oppnå likhet i loven.

Kan løsningen være en mellomløsning? Den nedre grensen er at bestemmelsen ikke skal føre til manglende forutsigbarhet og vilkårlig myndighetsutøvelse etter EMK.²⁶³ Den øvre grensen er at bestemmelsen ikke skal være diskriminerende etter CRPD, og EMK artikkel 14.

Lovgiver må finne et lovverk som er på mellomstadiet. På det ene ytterpunktet finner man målet om fullstendig diagnosenøytrale tvangshjemler, og på det andre ytterpunkter finner man tvangshjemler som alene avgrenses etter diagnoser. Et resultat hvor lovgiver må forholde seg

²⁶¹ Se punkt 3.4.6 og 6.3.3 om EMK artikkel 14

²⁶² Se punkt 5.2.5 om samtykkekompetanse og 5.3.1 om beslutningskompetanse

²⁶³ Se punkt 4.3.3 om lovkravet

til total diagnosenøytralitet i lovgivningen, kan være mye å «be om» når det gjelder presisjonsnivået som må oppnås. Det er tross alt frihetsberøvelse og retten til privatliv som lovverket må verne om. Faren for maktmisbruk ligger der, og en løsning i midten kan være svaret. Dagens samtykkekompetanse-vilkår avgrensner vurderingen av forståelsesnivået til at tapet må være forårsaket av nevnte diagnosenære tilstander. I realiteten er det ikke diagnosene som står i fokus, men funksjonsnivået av den enkelte. Dersom beslutningskompetansebegrepet avgrenses i samme bane, strider nødvendigvis ikke bestemmelsen med CRPD artikkel 14. Spørsmålet er imidlertid uavklart med tanke på usikkerheten rundt tolkningen av konvensjonen.²⁶⁴

Det må imidlertid fremheves at fremtiden går mot diagnosenøytralitet, og det på alle rettsområder. Mellomløsningen kan allerede om noen få år være «utdatert». CRPD-komiteens standpunkt om at all bruk av diagnoser som grunnlag for tvang, kan tale for en målsetting hvor det ikke er rom for diagnoser i lovgivningen.²⁶⁵ Prinsippene om likhet og ikke-diskriminering som står sentralt ved tolkningen av regelverket. Lovgivning som bidrar til minst mulig grad av forskjellsbehandling av mennesker med funksjonsnedsettelse, må dermed antas å være i målet for fremtiden på grunnlag av utviklingen.

7 Avsluttende bemerkninger og oppsummering

7.1 Fører diagnosenøytrale tvangshjemler til noen utilsiktede virkninger?

Som en forlengelse av problemstillingen, foretas en rettspolitisk drøftelse om hvordan lovverket burde utformes som følge av idealene. Her trekkes også praktiske hensyn inn, som jeg mener bør spille inn for utformingen. Denne delen av oppgaven inneholder egne betraktninger og synspunkter hva gjelder diagnosenære vilkår i lovgivningen.

Diagnosenøytrale tvangshjemler er preget av skjønnsmessige vurderinger, i motsetning til diagnosebaserte hjemler som presiserer virkeområdet og med det avgrensner tvangsbruken. I tillegg til menneskerettslige problemer, kan det oppstå praktiske problemer med en slik utforming. Det foretas i det følgende en rettspolitisk vurdering av om diagnosenøytrale

²⁶⁴ Se punkt 4.2.2.8 om usikkerhet rundt CRPD-konvensjonen

²⁶⁵ Se punkt 4.2.2.5 om CRPD-komiteens uttalelse

tvangshjemler er hensiktsmessige i helselovgivningen. Jeg kommer til å trekke inn andre menneskerettslig problematikk som støtte for mine argumenter.

Et argument mot diagnosenøytrale hjemler er etter min mening faren for økt tvangsbruk. Dette som følge av bestemmelsens skjønnsmessige preg. Bestemmelsens avgrensede funksjon er en mangelvare. Grensen for hvem tvangshjemmelen kan skje overfor, er ikke tydelig og med dette kan tvangsbruken foregå overfor utilsiktede grupper. Jeg er enig med Helsedirektoratets vurderinger når det uttales at omfanget av beslutningsevnen er vag og upresis.²⁶⁶ Den største delen av rettsanvendelsen av helselovgivningen skjer ikke av jurister, som er opplært til å foreta juridiske avveininger av skjønn, men av helsepersonell. Det skjønnsmessige preget utgjør derfor en fare for at mange pasienter opplever urettmessig tvang. Et klagevedtak som får medhold i ettertid, vil ikke utgjøre noen forskjell for en pasient som undertiden av vedtaket opplevde frihetsberøvelsen som særlig belastende. Uriktig bruk av tvang kan føre til forverring av helsetilstanden for psykisk syke mennesker. Lovverket må være tilstrekkelig tilgjengelig og presist nok til at alle som bruker det kan anvende det riktig, særlig gjelder dette tvangsreglene som skal bidra til rettssikkerhet.

Et argument for diagnosenøytrale bestemmelser er det skjønnsmessige pregets tilsiktede virkning.²⁶⁷ Jeg er enig i at fokuset bør rettes mot den enkeltes behov, fremfor hva diagnosen tilsier. Alle mennesker er forskjellige og diagnosene har ulik virkning på individene. Funksjonsnivået avhenger av graden av symptomer, og ikke av diagnosen i seg selv. Eksempelvis vil Hanne med bipolar lidelse ikke nødvendigvis ha samme alvorlighetsgrad av mani som Ylva, med samme diagnose. Et regelverk som særlig retter fokuset mot det konkrete funksjonsnivået, vil føre til at helsepersonellet i større grad må se til hvordan den enkelte har evne til å se egen situasjon. Dette er en positiv side med et diagnosenøytralt regelverk.

Det må imidlertid fremheves at diagnosetilknypning i tvangshjemler ofte fungerer som et effektivt middel for god helsehjelp. CRPD artikkel 25 bokstav d innebærer at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal gis like god behandling som andre mennesker, herunder inngår krav om at behandlingen skal være frivillig. Psykiske funksjonsnedsettelse kan være

²⁶⁶ Se punkt 6.4.2 om diagnosekriterienes avgrensede funksjon

²⁶⁷ Se punkt 6.3 om diagnosekriteriene i lys av ikke-diskrimineringsperspektivet

vanskelig å oppdage og det kan være vanskelig avgjørelse for helsepersonellet om manglende samtykke følger av personens egne vilje, eller er et symptom på lidelsen.

Diagnosetilknytningen kan derfor fungere som pekepinn for helsepersonellet og gjøre vurderingen om tvang skal benyttes «enklere». Vilkåret «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 kan indikere på at pasientens samtykkekompetanse er bortfalt som følge av symptomene etter diagnosen. Kravet om ikke-diskriminering etter CRPD artikkel 14 er neppe ment som en hindring av kravet om god og tidlig helsehjelp etter CRPD artikkel 25.

Det kan også argumenteres for at for høy terskel for tvangsbruk fører til en fare som gjelder menneskers helse. Et vilkår om «sterkt behov» er vagt presisert og kan medføre en tydelig høyere terskel for tvangsbruk enn hva kravene etter samtykkekompetansen fastsetter.

Ettersom vurderingen er skjønnsmessig, og videre utøves daglig av helsepersonell som utfører lovverket medfører dette en fare for at mennesker i større grad er sykere før de får behandling. Det verst tenkelige utfallet er feilvurderinger som fører til tap av liv, noe som må være i strid med EMK art. 2. Etter min mening må det fastsettes en klarere grense enn hva «sterkt behov»-vurderingen fastslår, gjerne en nedre terskel for når tvang anses nødvendig. Det kan oppstå fare for at helsepersonellet vil «være på den sikre siden», og velger å ikke utøve tvang i en situasjon hvor det egentlig er påfallende nødvendig. En diagnosetilknytning kan potensielt ha den funksjon at den senker terskelen igjen.

Videre ettersom høy terskel for tvangsbruk kan føre til at mennesker blir sykere før de får behandling, kan dette tale for at mennesker med funksjonsnedsettelse ikke får lik helsehjelp som andre mennesker med andre helsebehov. Mennesker med psykiske vansker vil være vanskeligere å vurdere enn mennesker med somatiske plager, og kanskje kan forskjellsbehandlingen i lovverket bidra til bedring. Det er et reelt poeng at forskjellsbehandling kan skape reell likestilling. Kanskje kan diagnosekriteriene bidra til tidligere helsehjelp overfor psykisk vanskeligstilte, slik at også de kan oppleve tilstrekkelig bedring i tide.

Dessuten, tenker jeg at diagnosenøytralitet kan føre til ulike vurderinger i forvaltningen. Realiteten er slik at flesteparten av helsepersonellet opplæres av sine egne overordnede, og det er et bredt spekter av ulike avdelingsledere og sjefer rundt om i landet. Helsefagarbeidere, sykepleiere og leger vil oftest gjøre vurderinger etter hva «sjefen» har omtalt som riktig bruk av tvang. Potensialet for at diagnosenøytrale bestemmelser fører til ulikheter i forvaltningen, og med det uforutsigbare utfall ligger der. Jeg mener dette er problematisk i forhold til

pasientenes behovsprøving. Det vil daglig måtte foretas vanskelige avveininger basert på et upresist lovverk, som igjen er basert på et fragmentert menneskerettsbilde.

Sist tenker jeg at vilkårenes utforming i stor grad utformes etter hva som egentlig er hensikten med tvang.²⁶⁸ Som jeg har vist til er dagens diagnosenære vilkår et resultat av at gitte diagnoser gjerne påvirker menneskets evne til å se egen situasjon og vurdere egen helsetilstand på en hensiktsmessig måte.²⁶⁹ Diagnosevilkårene kan derfor være til hjelp for mennesker med kognitive vansker, som kanskje ikke selv forstår «alvoret» av egen situasjon. En som er psykisk syk kan ha et påtrengende behov for helsehjelp uten å se det selv. Vilkårene kan derfor fungere som en veileder for hva som er behovet for tvang. På den andre siden igjen, må en ikke gå for langt med å påstå at diagnosene fører til det ene og andre. Psykisk sykdom og andre kognitive vansker påvirker som nevnt ulikt. Diagnosenære vilkår kan derfor fungere som et bidrag til forhåndsdomte tvangsavgjørelser, som ikke skaper tillitt og sikkerhet for pasienten.

Det er gjort nøye vurderinger hva gjelder menneskerettighetene. Lovgiver har kanskje funnet «fasitsvaret» på hvordan reglementet bør utformes ved utformingen av NOU 2019: 14. CRPD får stadig større betydning og med dette er nok lovgiver nærmest «tvunget» til å foreta endringer i tråd med konvensjonens innhold. Det tryggeste for lovgiver, er dermed å legge seg på en linje som går mot diagnosenøytrale tvangshjemler. Retningslinjene lovgiver har gitt, kan potensielt begrense problematikken jeg har gitt uttrykk for. Jeg mener at et diagnosenøytralt tvangslovverk kan fungere med presise angitte retningslinjer. Dersom tvangsbruken skal reduseres, må lovverket utformes så presist som mulig og det er noe begrunnelsen for skepsisen rundt diagnosenøytrale bestemmelser. Retningslinjer som bidrar til et forutsigbart tvangslovverk, og som gir helsepersonellet en sjanse til å effektivt vurdere behovet til den enkelte pasient vil fungere som en løsning på problemet. Det er opp til lovgiver å angi retningslinjene. Jeg mener at menneskerettslige forpliktelser om ikke-diskriminering, ikke bør være til hinder for retningslinjer som kan bidra til riktig behovsprøving. Samtidig er jeg enig i at funksjonsnivået er det sentrale når det gjelder

²⁶⁸ Se punkt 5.1 om hensikten for tvang

²⁶⁹ Se punkt 5.2 om begrunnelsen for diagnosekriteriene

spørsmålet om helsehjelpbehov. Det kan likevel tenkes at for nøytrale hjemler kan gå på bekostning av god helse. Lovverket skal tross alt være livreddende og fremme god helsehjelp.

7.2 Oppsummering

Gjennomgangen viser det tilsynelatende største problemet som gjelder avveiningene angående diagnosekriteriene i tvangshjemlene. Problematikken er vurdert ut i fra to fundamentale rettigheter. Vernet mot ikke-diskriminering på den ene siden og klarhetskravet på den andre siden. Begge innfallsvinkler er utledet fra internasjonale menneskerettighetsforpliktelser. Kravet til presise regelverk etter EMK-standard på den ene siden. Vernet mot ikke-diskriminering etter CRPD-standard på den andre siden.

Internasjonale kilder, herunder menneskerettighetene har fått større betydning i norsk rett enn noen gang tidligere.²⁷⁰ Utviklingen medfører forventinger til lovendringer i tråd med menneskerettslige forpliktelser. Norge har vedtatt og gjennomført en lang rekke med konvensjoner. Det er bare Grunnloven som går over menneskerettighetene som rettskilde på rangstigen.²⁷¹ Videre må norsk lovgivning tolkes i samsvar med menneskerettighetene som følge av presumpsjonsprinsippet. Menneskerettighetene har derfor sentral betydning for det norske rettskildebildet.

EMK har allerede en sentral rolle for norsk lovgivning.²⁷² Grunnloven kapittel E er basert på bestemmelsene og dette viser hvor sterkt konvensjonen har påvirket norsk rett. CRPD får også stadig større betydning internasjonalt. Snart får kanskje konvensjonen avgjørende betydning for norsk lovgivning når det er tale om inkorporasjon.²⁷³ Det heter at konvensjonen er en gjennomføringskonvensjon, og med dette skal mennesker med funksjonsnedsettelse «bare» sikres samme rettigheter som alle andre.²⁷⁴ Det tvilsomme er da om CRPD-konvensjonen må medføre et lovverk som likestiller alle lidelser for tvangshjemlene.

Vernet mot ikke-diskriminering taler for at diagnosekriterier bør fjernes, mens klarhetskravet taler for at bestemmelsene bør utformes så presist som mulig, da gjerne med

²⁷⁰ Se punkt 2 og 3.3 i sammenheng

²⁷¹ Se punkt 3.3 om menneskerettighetenes nivå som rettskilde

²⁷² Se punkt 3.3.2 om EMK sin betydning i norsk rett

²⁷³ Se punkt 3.3.3 om CRPD sin betydning i norsk rett

²⁷⁴ Se punkt 4.2.1.1. om Østenstads uttalelse om CRPDs gjennomføringseffekt

diagnosekriterier. Dette er i hovedsak de to konkurrerende hensyn lovgiver må vurdere ved utformingen av lovverket. Det er en gjennomgående vurdering i lovforslaget i NOU 2019: 14.

Etter en gjennomgang av lovverket og menneskerettslige forpliktelser, havner man egentlig på samme sted som før. De to konkurrerende hensynene bak vurderingen er to sentrale, fundamentale prinsipper som står mot hverandre. Nøkkelen for lovgiver er å finne balansen. Det er opp til lovgiver å finne et system som tilfredsstillende kravene på best mulig måte.

Debatten er pågående og avveiningene er brede. Det gjenstår å se hva som skjer med tvangslovgivningen, og hva Mæland II-utvalget kommer til. Et punkt som det likevel er bred enighet om, er at lovverket ikke skal være diskriminerende. Hvor presis hjemmelen kan være før lovverket er diskriminerende, er et spørsmål om som kan endre seg med tiden. Fremtidig lovgivning trekker nok i retning av diagnosenøytralitet.

Jeg mener at lovverket i dag i for stor grad er preget av diagnosenære hjemler, men at et fullstendig diagnosenøytralt lovverk kan også føre til uheldige situasjoner. Det er viktig at lovverket ikke utformes for vidt med tanke på faren for uforutsigbare regler og økt tvangsbruk. Jeg savner en tydeligere rekkevidde av CRPD-konvensjonens innhold og dette vanskeliggjør mulighetene for klare retningslinjer. Konklusjonen min er foreløpig åpen når det gjelder hvilke krav menneskerettslige forventninger stiller når det kommer til spørsmålet om diagnosenære kriterier for tvang.

Referanseliste

Nasjonale kilder

Lov

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

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

Lov av 6. februar 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Lov av 7. februar 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

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

Forarbeider og stortingsmeldinger

NOU 1992: 8 – Lov om pasientrettigheter

Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

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

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet – Balansen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern

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

Dok. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2016: 17 På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming

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

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

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

Dokument 8: 3 S (2020-2021) Representantforslag om å inkorporere FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) i menneskerettsloven

Høyesterettsavgjørelser

Rt-1993-249

Rt-2002-557

Rt-2010-612

HR-2014-1972-A

Rt-2015-93

HR-2016-2554-P

HR-2016-1286-A

HR-2016-2591-A

HR-2018-2204-A

HR-2020-1167-A

Rundskriv

IS-2015-10 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 1. juli 2015: Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming

IS-2017-1 Rundskriv fra Helsedirektoratet av 29. november 2017: Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer

Litteratur

Aall, J. (Bergen 2021) *“Rettsstat og menneskerettigheter 2: Statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning”*, 1. utgave, Fagbokforlaget

Aall, J. (Bergen 2011) *«Rettsstat og menneskerettigheter»*, 3. utgave, Fagbokforlaget

Elgesem, F. *«Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode»*, LoR, 2003 s. 2003 flg.

Frøberg, T., *«EMDs praksis som norsk rettskildefaktor»*, Jussens venner, 2007 vol. 24, s. 176-194

Graver, H. P., *«Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger»*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2008 vol. 121, s. 149-178

Kjønstad, A. & Syse, A. (Oslo 2011) «*Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*», 4. utgave, Gyldendal

Mælhe, S. S. «*Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*» Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2004 vol. 39, s. 329-342

Nilsen, T. M., «*Kritisk til forslag om tvangsbegrensningslov*», Tidsskrift for den norske legeforening, utg. 3, 25. februar 2020

Ruud, M. & Ulfstein, G. (Oslo 2018) «*Innføring i folkerett*», 5. utgave, Universitetsforlaget

Syse, A., (Oslo 2016) «*Psykisk helsevernloven med kommentarer*», 3. utgave, Gyldendal

Søvig, K., (Bergen 2007) «*Tvang overfor rusmiddelavhengige: Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*», 1. utgave, Fagbokforlaget

Østenstad, B. H., Adolphsen, C., Naur, E. & Aasen, H. S. (red.) (Bergen 2018) «*Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesteloven*», Fagbokforlaget

Øvregard, M. & Lie, A. «*Kriterier for tvangsinnleggelse – endringer fra 1814 til i dag*», Tidsskrift for den norske legeforening, utg. 5, 31. mars 2020

Nasjonale veiledere, retningslinjer og rapporter

Helsedirektoratet (2021) Nasjonal veileder: Gode helse- og omsorgstjenester til personer med utviklingshemming

Norges institusjon for menneskerettigheter (21. mars 2022) Rapport: «Inkorporering av CRPD i norsk rett: Særlig om CRPD artikkel 12 og 14»

Regjeringen v/ Arbeiderpartiet og Senterpartiet (2021) Hurdalsplattformen

Statsforvalteren i Agder (2020) Rapport fra tilsyn med helsetjenester med tvang til personer uten samtykkekompetanse ved Høvåg bo- og aktivitetssenter 2020

Annet

<https://www.regjeringen.no/no/dep/hod/org/styrer-rad-og-utvalg/ekspertutvalg-om-tvang/id2911600/>

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5502/#learning-outcomes>

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/Or4E7V/debatten-om-samtykkekompetanse-kan-vi-sikre-at-alvorlig-syke-faar-hjelpen-de-trenger>

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/EavE9o/tvang-er-en-kortsiktig-og-skadelig-loesning>

Internasjonale kilder

Konvensjoner

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 13. December 2006 nr. 44910 (Konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne)

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

Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg 16. September 1963 (Protokoll nr. 4 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen 4 (P4-2))

Universal Declaration on Human Rights, Paris 10. December 1948 nr. 501 (Verdenserklæringen om menneskerettigheter – Menneskerettighetserklæringen)

Vienna Convention on The Law of Treaties, Wien 23. May 1969 (Wien-konvensjonen)

EMD-avgjørelser

Biao v. Denmark, sak nr. 38590/10 (24. May 2016)

Bures v. The Czech Republic, sak nr. 37679/08 (18. January 2012)

Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, sak nr. 47848/08 (17. July 2014)

Christine Goodwin v. The United Kingdom, sak nr. 28957/95 (11. July 2002)

Dubská and Krejzová v. The Czech Republic, sak nr. 28859/11 og 28473/12 (11. December 2014)

Dudgeon v. The United Kingdom, sak nr. 7525/76 (22. October 1981)

Frenández Martínez v. Spain, sak nr. 56030/07 (12. June 2014)

Glor v. Switzerland, sak nr. 13444/04 (30. April 2009)

G.N and Others v. Italy, sak nr. 43134/05 (15. March 2011)

H.L v. The United Kingdom, sak nr. 45508/99 (5. October 2004)

H.M. v. Switzerland, sak nr. 39187/98 (26. February 2002)

Inseher v. Germany, sak nr. 10211/12 og nr. 27505/14 (4. December 2018)

Ireland v. The United Kingdom, sak nr. 5310/71 (20. March 2018)

Keegan v. Ireland, sak nr. 16969/90 (26. May 1994)

Khlaifia and Others v. Italy, sak nr. 16483/12 (15. December 2016)

Leyla Sahin v. Turkey, sak nr. 44774/98 (10. November 2005)

Malone v. The United Kingdom, sak nr. 8691/79 (26. April 1985)

Medvedyey and others v. France, sak nr. 3394/03 (29. March 2010)

Nolan and K v. Russia, sak nr. 39187/98 (12. February 2009)

Pretty v. The United Kingdom, sak nr. 2346/02 (29. April 2002)

Rasmussen v. Denmark, sak nr. 8777/79 (11. January 2006)

Renolde v. France, sak nr. 5608/05 (16. October 2008)

Rees v. The United Kingdom, sak nr. 9532/81 (17. October 1986)

Rooman v. Belgium, sak nr. 18052/11 (31. January 2019)

Saadi v. The United Kingdom, sak nr. 13229/03 (29. January 2008)

S.A.S. v. France, sak nr. 43835/11 (1. July 2014)

Silver and Others v. The United Kingdom, sak nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75 (24. October 1983)

Sunday Times v. The United Kingdom, sak nr. 6538/74 (26. April 1979)

Tyrer v. The United Kingdom, sak nr. 5856/72 (25. April 1978)

Winterwerp v. The Netherlands, sak nr. 6301/73 (24. October 1979)

Zarb Adami v. Malta, sak nr. 17209/02 (20. June 2006)

Andre internasjonale kilder

Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015) *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*

UN Commissioner (26. Januar 2009) *Annual report of the UN Commissioner for Human Right, A/HRC/10/48*

