

Det juridiske fakultet

Tvangstiltak som kan gjennomføres mens barn er institusjonsplassert

En sammenligning av regler i barnevernloven og psykisk helsevernloven

—
Martine Lange Sætre

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	4
1.1	PROBLEMSTILLING OG TEMA	4
1.2	MÅLSETTING OG AVGRENSNING	5
1.3	METODISKE AVKLARINGER	6
1.4	KORT OM VILKÅRENE FOR TVANGSPLOSSERING I INSTITUSJON	9
1.5	VIDERE FREMSTILLING	10
2	BARNES RETTIGHETER VED GJENNOMFØRING AV TVANGSTILTAK	11
2.1	INNLEDNING	11
2.2	BARNES MENNESKEVERD OG INTEGRITETSVERN	11
2.3	KORT OM RETTEN TIL OMSORG OG UTVIKLING	13
2.4	RETTSSIKKERHET	14
2.4.1	RETTSSIKKERHETSBEGREPET	14
2.4.2	LEGALITETSKRAVET SOM SKRANKE FOR TVANGSBRUK	15
2.5	RETTE TIL RESPEKT FOR PRIVATLIVET OG FAMILIELIVET	16
2.5.1	EMK ART. 8	16
2.5.2	INNGREP I RETTEN TIL PRIVAT- OG FAMILIELIV	17
2.6	KRAVET TIL FORHOLDSMESSIGHET	18
2.6.1	UTGANGSPUNKTET	18
2.6.2	FORHOLDSMESSIGHETSKRAVET VED TVANGSINNGREP MOT BARN	18
2.7	HENSynet TIL BARNETS BESTE	19
3	TVANG MOT BARN PÅ INSTITUSJON	21
3.1	INNLEDNING	21
3.2	INSTITUSJONSANSATTES ADGANG TIL Å BENYTTTE TVANG	21
3.2.1	FORELDREANSVARET SOM SKRANKE	21
3.2.2	LIKEARTEDE TYPER INNGREP MED HJEMMELSGRUNNLAG PÅ ULIKT NIVÅ	22
4	TVANG I AKUTTE FARESITUASJONER	24
4.1	INNLEDNING	24
4.2	TERSKELN FOR INNGREP	25
4.2.1	«UOMGJENGELIG NØDVENDIG» SOM VILKÅR FOR INNGREP	25
4.2.2	VERNEDE RETTSGODER	29
4.3	INNGREPETS ART	30

4.3.1	LOVLIGE TVANGSMIDLER	30
4.3.2	GJENNOMFØRINGEN AV INNGREPET	32
4.4	INNGREPETS VARIGHET	33
4.5	OPPSUMMERING	35
5	<u>MULIGHETEN TIL Å FORETA KROPPSVISITASJON</u>	35
5.1	INNLEDNING	35
5.2	TERSKELN FOR INNGREP	36
5.2.1	«BEGRUNNET MISTANKE» SOM VILKÅR FOR INNGREP	36
5.2.2	BESITTELSE ELLER INNFØRING AV ULOVLIGE GJENSTANDER	39
5.2.2.1	Når kroppsvisitasjon foretas	39
5.2.2.2	Ulovlige gjenstander	40
5.3	INNGREPETS ART	42
5.3.1	UNDERSØKELSEN	42
5.3.2	GJENNOMFØRINGEN AV KROPPSVISITASJON	43
5.4	OPPSUMMERING	45
6	<u>ADGANGEN TIL Å SETTE BEGRENSNINGER I RETTEN TIL FRI FORBINDELSE MED OMVERDEN</u>	46
6.1	INNLEDNING	46
6.2	TERSKELN FOR INNGREP	47
6.2.1	PLASSERINGSGRUNNLAGET	47
6.2.2	KRAVET TIL NØDVENDIGHET SOM VILKÅR	48
6.3	INNGREPETS ART	52
6.3.1	ADGANG TIL Å NEKTE BEBOEREN BESØK	52
6.4	INNGREPETS VARIGHET	54
6.5	OPPSUMMERING	55
7	<u>AVSLUTNING: RETTSSIKKERHETSBETRAKTNINGER</u>	56
7.1	INNLEDNING	56
7.2	RETTSPOLITISK VURDERING	57
	<u>KILDELISTE</u>	60

1 Innledning

1.1 Problemstilling og tema

Både barnevernloven og psykisk helsevernloven inneholder regler som gir adgang til å gjennomføre tvangstiltak overfor barn som oppholder seg i institusjon. Den rettslige reguleringen er imidlertid ulik, og av den grunn vil jeg foreta en sammenlikning av reglene for å vurdere om barns rettssikkerhet er ivaretatt på en tilfredsstillende måte. Den videre problemstillingen er *hvilken* lov som sikrer barns grunnleggende rettigheter i størst mulig grad.

En del barn har særlige behov som gjør at de kommer i grenseland mellom barnevern og psykisk helsevern. I følge Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet er et kjennetegn ved barn på barneverninstitusjon at de i større grad enn barnebefolkningen forøvrig har psykiske lidelser.¹ Nyere forskning fra NTNU viser stor forekomst av psykiske lidelser hos barn på barneverninstitusjon.² Hele 76% av de spurte i undersøkelsen hadde fått en psykiatrisk diagnose de tre siste månedene. I tillegg viser undersøkelsen at det i stor grad dreier seg om samsykelighet mellom atferdsproblemer og internaliserte lidelser, som angst og depresjon. De fleste av barna som inngår i undersøkelsen oppfyller imidlertid ikke kravene til tvungent psykisk helsevern. Undersøkelsen viser den høye forekomsten av barn under barnevernets omsorg som har en tilstand som gjør at de kan ha behov for tjenester etter et annet regelverk, noe som kan lede til at de havner i grenseland mellom to regelverk.

Barn har en alminnelig rett til «nødvendig helsehjelp» fra spesialisthelsetjenesten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 2-1b.³ Tjenestens plikt til å sørge for nødvendig helsehjelp følger av spesialisthelsetjenesteloven (sphlsl.).⁴ Psykisk helsevern er spesialisthelsetjenestens tilbud til mennesker med psykiske lidelser, jf. sphlsl. § 3-1 andre ledd, jf. psykisk

¹ Prop. 106 L (2012–2013) punkt 4.1.2.2.

² Resultat fra forskningsprosjektet «*Psykisk helse hos barn og unge i barnevernsinstitusjoner*», NTNU Regionalt kompetansesenter for barn og unge, mars 2015.

³ Lov 02.07.1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

⁴ Lov 02.07.1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.

helsevernloven (phvl.) § 1-2 første ledd.⁵ Formålet er å sikre etablering og gjennomføring av psykisk helsevern i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, jf. phvl. § 1-1. Barnevernets ansvar for å sikre barn nødvendig helsehjelp og omsorg inntreffer når de som innehar foreldreansvaret ikke oppfyller pliktene de har etter barnelova (bl.)⁶ § 30, se barnevernloven (bvl.) § 1-1.⁷

1.2 Målsetting og avgrensning

Målsettingen med oppgaven er å klarlegge det *materielle* innholdet i gjeldende rett. De prosessuelle og personelle reglens betydning for rettssikkerheten blir dermed ikke behandlet.

Barnevernloven har egne særregler for barn som er plassert på grunnlag av «alvorlige atferdsvansker», jf. bvl. § 4-24. Jeg avgrenser oppgaven mot situasjoner hvor barnet er i barnevernstjenesten av andre forhold enn barnet selv. Det interessante er overlappingen mellom alvorlige atferdsvansker og psykiske lidelser.

Fellestrekket med barna som har behov for både barneverntjenester og bistand fra det psykiske helsevernet er at de har en atferd som skaper utfordringer. Dette gir en faktisk forbindelse mellom regelverkene som gjør at det kan være vanskelig å ta stilling til hvilket regelverk de bør plasseres under. De eksisterende ulikhetene mellom regelverkene kan føre til mangel på likebehandling og ulik ivaretagelse av rettssikkerheten til denne barnegruppen, med mindre de rettslige ulikhetene lar seg forklare ut fra barnas situasjon og behov. Følgelig er dette en barnerettslig oppgave, der et videre siktemål er å bidra til en forbedring av barns stilling.⁸

Forutsetningen for å utøve tvang mot barn som er plassert i institusjon er for det første at vilkårene for plasseringen er oppfylt. Problemstillingen i denne oppgaven er knyttet til

⁵ Lov 02.07.1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

⁶ Lov 08.04.1981 nr. 7 om barn og foreldre.

⁷ Lov 17.07.1992 nr. 100 om barneverntjenester.

⁸ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, «Barneperspektiv i rettsvitenskapelig forskning», *Retfærd* 2011 s. 82.

plassering i institusjon på grunnlag av tvang.⁹ Jeg legger følgelig til grunn at vilkårene for tvangsplassering er oppfylt, og plassering er gjennomført.

Oppgaven omhandler tvang mot *barn*. Barn er definert etter FNs barnekonvensjon art. 1 som «*ethvert menneske under 18 år*».¹⁰ I norsk rett finnes ingen lignende definisjon, men skillet mellom barn og voksne ved 18 år samsvarer med myndighetsalderen i vergemålsloven, hvor personer under 18 år regnes som mindreårige, jf. § 8.¹¹

Barn over 16 år er helserettslig myndige, jf. pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b. Bestemmelsen gir barn over 16 år samtykkekompetanse til helsehjelp. Rettssikkerheten til barn over 16 år er på denne måten betydelig styrket, ved at de selv avgjør om de ønsker helsehjelp. I tilfeller hvor barnet uttrykker motstand, foreligger det klare materielle regler for innleggelse på grunnlag av tvang. På den annen side er de fortsatt barn, og har rett på et særskilt vern. Når vilkårene for tvungent psykisk helsevern er til stede risikerer de å bli møtt med ytterligere tvangstiltak under institusjonsoppholdet. Disse reglene er ikke tilpasset barn over 16 år. Det er rettssikkerheten til barn over 16 år jeg ønsker å se nærmere på i denne oppgaven. Jeg vil imidlertid komme med enkelte bemerkninger til barn under 16 år.

Selv om personer mellom 16 og 18 år gjerne omtales som ungdommer, kommer jeg til å bruke begrepet barn gjennom hele oppgaven.

1.3 Metodiske avklaringer

Ettersom problemstillingen skal besvares ved å klarlegge innholdet i gjeldende rett benyttes rettsdogmatisk metode. Den rettsdogmatiske metoden er normativ, og baserer seg på hvilke rettsregler som gjelder her og nå.¹² Noen særskilte metodetrekk i oppgaven må fremheves.

Gjennomføring av tvangstiltak på barneverninstitusjon i stor grad regulert i forskrift.¹³ I tilknytning til forskriften foreligger det et rundskriv med detaljerte tolkninger fra Barne-

⁹ Se punkt 1.4.

¹⁰ FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

¹¹ Lov 26.03.2010 nr. 9 om vergemål.

¹² Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn», *Lov og Rett 2006* s. 87.

likestillings- og inkluderingsdepartementet. Et spørsmål er hvilken rettskildemessig betydning rundskrivet har i den rettsdogmatiske metode. I teorien er det lagt til grunn at tolkningsuttalelser fra forvaltningen i form av å klargjøre hvordan reglene skal forstås, er en relevant rettskilde.¹⁴ Dette taler for at rundskriv kan tillegges en viss rettskildemessig betydning. Men på grunn av maktfordelingsprinsippet hvor det er domstolen som skal dømme i siste instans, bør en være forsiktig med å legge til grunn slike tolkningsuttalelser i større grad enn som et støttemoment. Jeg bruker rundskrivet med retningslinjer fra departementet aktivt i mine drøftelser.

Det foreligger lite praksis fra domstolene angående tvangstiltak mot barn. Det kan spørres om det er for vanskelig for barn å ta initiativ til et slikt skritt, eller om det skyldes manglende initiativ fra foreldrenes side. Det er generelt vanskelig å ta denne typen tvangsbruk til domstolen. Den er av mer kortvarig art, og søksmålsadgangen kan falle bort som følge av manglende rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3.¹⁵ Dette preger metoden i den utstrekning at rettspraksis ikke er en gjennomgående rettskilde i oppgaven.

Følgelig er oppgaven på barnerettens område. I tillegg til norske rettskilder, preger internasjonale rettskilder, særlig barnekonvensjonen og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) oppgaven.¹⁶ Både barnekonvensjonen og EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og skal ved motstrid gå foran annen intern norsk rett, jf. § 3, jf. § 2.¹⁷ Det må nevnes at Norge har grunnlovsfestet enkelte særskilte grunnleggende rettigheter for barn i Grunnloven § 104, og viser at de legger stor vekt på å fremme barns rettigheter.¹⁸

Tolkninger av traktater må gjøres etter reglene for traktatstolkning som fremgår av Wienkonvensjonen.¹⁹ Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men reglene følger av

¹³ Se FOR-2011-11-15-1103, jf. bvl. § 5-9 fjerde ledd.

¹⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 95.

¹⁵ Lov 17.06.2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹⁶ Den europeiske menneskerettskonvensjon av 04. november 1950.

¹⁷ Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

¹⁸ Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹⁹ Wienkonvensjonen om tolkning av traktater av 23. mai 1969.

ulovfestede folkerettslige prinsipper, som gjør det naturlig å ta utgangspunkt i disse.²⁰ I henhold til art. 31 nr. 1 skal konvensjoner tolkes i tråd med ordenes alminnelig betydning, og bestemmelsene må ses i sammenheng med konvensjonens formål, jf. nr. 2.

Barnekonvensjonen har ingen håndhevingsorgan i form av en domstol, men overvåkes av FNs barnekomité gjennom et rapporteringssystem der statene rapporterer om hvordan de gjennomfører konvensjonen, jf. Barnekonvensjonen art. 44. Tilbakemeldingene fra barnekomiteen er verken rettslig bindende for statene eller fungerer som en form for sanksjon.²¹

I tillegg utgir barnekomiteen generelle kommentarer med veiledninger om tolkninger av konvensjonen.²² Disse er heller ikke rettslig bindende for statene.²³ Et spørsmål er dermed hvilken vekt de skal tillegges. På grunnlag av at barnekomiteen er konvensjonens overvåkningsorgan og omtales som en ekspertkomité taler for at de kan tillegges rettskildemessig betydning. I norsk teori er også oppfatningen at de «bør tillegges relativt stor vekt».²⁴ På grunnlag av dette legges det vekt på barnekomiteens generelle kommentarer når konvensjonens bestemmelser skal tolkes i denne oppgaven.

Avslutningsvis i oppgaven skal jeg foreta en rettspolitisk vurdering av om gjeldende rett ivaretar barns rettssikkerhet i tilstrekkelig grad, eller om det burde gjøres endringer.

²⁰ Kåre Lilleholt, *Knops oversikt over Norges rett*, 13. utgave, Oslo 2009 s. 804.

²¹ Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 20.

²² Randi Sigurdson, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer» *Retfærd 2014* side 43.

²³ Karl Harald Søvig, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Bergen 2009 s. 37.

²⁴ Se blant annet Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 22 og Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 26.

1.4 Kort om vilkårene for tvangsplassering i institusjon

Adgangen til bruk av tvang i institusjon er en forlengelse av spørsmålet om tvangsplassering og tilbakeholdelse. At det foreligger rettslig grunnlag for plassering i institusjon er en forutsetning for adgangen til å ta i bruk tvangstiltak under oppholdet. Dette er et eget tema som trenger sin plass, så noen inngående drøftelse av dette vil ikke bli foretatt.²⁵ Det er likevel naturlig å si noe innledningsvis om plasseringsgrunnlaget.

Etter bvl. § 4-24 første ledd må barnet ha «alvorlige atferdsvansker» for å kunne plasseres i institusjon uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet. Begrepet er konkretisert i alternativene «alvorlig eller gjentatt kriminalitet», «vedvarende misbruk av rusmidler», eller «på annen måte». Kriteriet «alvorlig» viser at terskelen for tvangsinngrep er høy.²⁶

I tillegg til krav knyttet til barnets atferd må institusjonen være faglig og materielt i stand til å tilby barnet tilfredsstillende hjelp, jf. § 4-24 fjerde ledd. Avgjørelsen om inngrep beror på en konkret skjønnsutøvelse, jf. «kan» i § 4-24 første, andre og fjerde ledd. Tvangsbruken skal være subsidiær til hjelpetiltak, jf. § 4-25 første ledd første punktum, ved at det skal være vurdert om mindre inngripende hjelpetiltak etter § 4-4 ivaretar formålet. Plasseringen skjer etter vedtak fra fylkesnemnda, jf. § 4-25 andre ledd, og kan avgjøres for inntil ett år av gangen, jf. § 4-24 andre ledd.

Hovedregelen for helsehjelp etter psykisk helsevernloven er at den ytes på bakgrunn av samtykkereglene i pasient- og brukerrettighetsloven, jf. phvl. § 2-1 første ledd. For barn over 16 år, som motsetter seg helsehjelp, stiller psykisk helsevernloven materielle vilkår for adgang til plassering i institusjon i § 3-3, jf. pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b. Her er det betydelig forskjell mellom barn over og under 16 år. Barn *under* 16 år er underlagt foreldresamtykke som fungerer som selvstendig rettslig grunnlag. Vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern i phvl. § 3-3 kommer følgelig ikke til anvendelse. Jeg skal ikke behandle dette nærmere.

²⁵ For inngående drøftelse se Randi Sigurdsen, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Bergen 2015.

²⁶ Randi Sigurdsen, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Bergen 2015 s. 212.

For barn over 16 år, stiller phvl. § 3-3 både materielle og prosessuelle vilkår for innleggelse når pasienten enten ikke avgir gyldig samtykke eller motsetter seg innleggelsen.

Hovedvilkåret i § 3-3 første ledd nr. 3 stiller krav til at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse», samt at minst ett tilleggsvilkår i bokstav a eller b må være oppfylt. Syse definerer begrepet «alvorlig sinnslidelse» kortfattet som

«klare, aktive psykoser samt visse svært manifester avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser.»²⁷

Avgjørelsen beror på en helhetsvurdering, og kan bare fattes hvis det antas å være den klart beste løsningen for pasienten, jf. § 3-3 første ledd nr. 6.

Både barnevernloven og psykisk helsevernloven knytter hovedvilkåret til barnets atferd. Begrunnelsen for tvangsplasseringen er barnets særlige omsorgs- og behandlingsbehov. Grensen mellom barnevern og psykisk helsevern utfordres i de tilfellene det ikke er et like klart skille mellom barnets faktiske behov. Barn med behov for både barnevernstiltak og helsehjelp for psykiske vansker er avhengig av et samarbeid mellom tjenestene. I blant annet bvl. § 5-6 er det lovfestet en plikt til samarbeid hvis det blir vurdert å plassere et barn i en institusjon etter annen lov. Samarbeid mellom tjenestene er viktig for å sikre et best mulig tilbud tilpasset barnets behov, samt en best mulig utnyttelse av ressursene.²⁸

1.5 Videre fremstilling

Først ønsker jeg å få frem barns særegne behov for beskyttelse, og deres rettigheter som aktualiseres når det er snakk om bruk av tvang, jf. kapittel 2.

I kapittel 3 behandler jeg institusjonsansattes adgang til å gjennomføre tvangstiltak. Deretter har jeg valgt ut tre typer tvangstiltak for å vurdere barns rettslige stilling på institusjon. De ulike tvangstiltakene er valgt på bakgrunn av at de enten er de mest brukte, eller etter min mening de mest inngripende for barn. Bruk av tvang i akutte faresituasjoner behandles i

²⁷ Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 79.

²⁸ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 73.

kapittel 4, gjennomføring av kroppsvisitasjon i kapittel 5 og begrensninger i forbindelse med omverden i kapittel 6. Fremstillingen er en fortløpende sammenligning mellom regelverkene, hvor formålet er å tydeliggjøre forskjeller og likheter med fokus på barns rettslige stilling.

Endelig i kapittel 7 foretar jeg den rettspolitiske drøftelsen av hvilken lov som ivaretar barns rettssikkerhet best, og diskuterer tiltak til forbedringer.

2 Barns rettigheter ved gjennomføring av tvangstiltak

2.1 Innledning

Barn har selvstendige grunnleggende rettigheter. Dette fremkommer både av Grunnloven og barnekonvensjonen. I noen tilfeller kan det forekomme at rettighetene kommer i konflikt med hverandre, og man må foreta en avveining og prioritering av forskjellige rettigheter. Når det gjelder barn er utfordringen å finne en balanse mellom barns rett til å være med på å påvirke eget liv, og hensynet til at barn er sårbare og trenger beskyttelse. I dette punktet skal jeg se på hvilke rettigheter som er særlig relevant dersom et barn som oppholder seg på institusjon, blir møtt med tvangstiltak eller blir ilagt restriksjoner som ikke er vanlig for andre barn.

2.2 Barns menneskeverd og integritetsvern

Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd, jf. Grunnloven § 104 første ledd første punktum. Bestemmelsen fremhever barns likeverd og individualitet, og viser at barn har samme grunnleggende verdimeslige utgangspunkt som voksne.²⁹ At det skal tas særlig hensyn til barns individualitet viser at de ikke nødvendigvis skal behandles på samme måte som voksne. Bestemmelsen gir uttrykk for at barn har andre behov som setter rammer for lovgiver.

Grl. § 104 tredje ledd første punktum må ses i sammenheng med barns rett til respekt for sitt menneskeverd og slår fast at

²⁹ Dok. nr. 16 (2011–2012) punkt 32.5.2.

«[b]arn har rett til vern om sin personlige integritet.»

Integritetsvernet bygger på tanken om at ethvert menneske har en iboende verdighet.³⁰ I § 104 tredje ledd gis barn en individuell rett til respekt for sin integritet, som går lengre enn den generelle bestemmelsen i GrL. § 102 andre ledd.

Barn, og deres sårbarhet og særlige behov trenger en sterkere beskyttelse enn voksne.³¹ Som et utgangspunkt er det en forutsetning for å kunne nyte godt av andre rettigheter at man har rett til å handle i kraft av egen vilje og å kunne bestemme over seg selv og sin egen kropp. Dette omtales som selvbestemmelsesretten. Barn har ikke samme evne til å klare å treffe rasjonelle beslutninger. Beskyttelseshensyn taler for at noen må ta ansvar for disse beslutningene. Frem til barnet er 18 år, er hovedregelen at de som innehar foreldreansvaret har både en rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet, jf. bl. § 30 første ledd andre punktum. Barn har dermed ingen alminnelig selvbestemmelsesrett.

Når en person motsetter seg en handling anses dette som et uttrykk for personens egen vilje. Selv om vernet mot inngrep er et utslag av retten til å bestemme over seg selv, må disse to verdiene skilles fra hverandre. Mens selvbestemmelsesretten beskytter retten til å ta egne valg, beskytter integritetsvernet mot inngrep i den personlige sfære. Dette skillet er mer markant når det gjelder barn. Barn har samme rett til respekt for sitt menneskeverd, og en krenkelse av barns integritet er en krenkelse av deres iboende menneskeverd.³² Det er derfor viktig å ivareta barnets verdighet på andre måter. Sigurdsen argumenterer med dette for at integritetsvernet er sterkere når det gjelder barn, og står som en mer grunnleggende verdi i forhold til selvbestemmelsesretten.³³

Som en følge av den manglende selvbestemmelsesretten er retten til å bli hørt viktig for barn. I GrL. § 104 første ledd andre punktum er barns rett til å bli hørt uttrykkelig slått fast. Dette innebærer at barn har rett til å medvirke i spørsmål som angår dem selv ut fra deres alder og

³⁰ Knut Erik Tranøy, *Medisinsk etikk i vår tid*, 4. utgave, Bergen 2005 s. 38.

³¹ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 52–53.

³² Randi Sigurdsen, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Bergen 2015 s. 70.

³³ *Ibid.*

utvikling. Denne rettigheten fremgår også av barnekonvensjonen art. 12, som barnekomiteen har anerkjent som et av fire generelle prinsipper. Dette gir bestemmelsen betydning ved tolkning og gjennomføring av hele konvensjonen.³⁴

Spørsmålet er hvor omfattende barns innflytelse skal være. Som det fremgår av Grl. § 104 første ledd andre punktum skal dette avgjøres etter en konkret vurdering i hver enkelt sak ut fra barnets alder og modenhet, samt sakens art og kompleksitet.³⁵ Etterhvert som barnet vokser opp og blir i stand til å danne seg egne synspunkter, øker retten til medbestemmelse.³⁶ Frem til barnet blir myndig og oppnår full selvbestemmelsesrett, får barnet stadig større grad av innflytelse. Problemet oppstår når det er snakk om barn med særlige utfordringer. Barns medbestemmelsesrett avhenger ofte av hvordan det enkelte barn fungerer forstandsmessig.

Særlovgivningen gir enkelte eksempler på full selvbestemmelsesrett før barnet er myndig. Den helserettslige myndighetsalderen i pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b er et eksempel på det.

2.3 Kort om retten til omsorg og utvikling

Barnekonvensjonen art. 6 nr. 1 gir barn rett til liv. Art. 6 nr. 2 pålegger statene å sikre

«the survival and development of the child.»

Direkte oversatt betyr det en rett til *overlevelse* og *utvikling*. Spørsmålet er hva som omfattes i denne retten. Retten til å få dekket grunnleggende omsorgsbehov er en avgjørende forutsetning for barnets mulighet til å overleve. Tilgang til et godt helsetilbud vil også være en del av ivaretagelsen av barnets utvikling.³⁷ Retten til helsehjelp kan dermed anses som en særskilt del av retten til omsorg.³⁸ Dette støttes av Grl. § 104 tredje ledd hvor Norges

³⁴ General Comment No. 5 (2003) punkt I nr. 12.

³⁵ Randi Sigurdson, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Bergen 2015 s. 91.

³⁶ Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 19 og General Comment No. 7 (2005) punkt III nr. 14.

³⁷ General Comment No. 15 (2013) punkt I nr. 2.

³⁸ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 96.

forpliktelse til gode oppvekstvilkår for barn omfatter helsemessig trygghet i form av helsetjenester.

Retten til liv gjennom barnekonvensjonen art. 6 gir en minimumsrett til omsorg. Et *verdige* liv følger av ivaretagelsen av barnets menneskeverd og integritet.³⁹ For barn som ikke har generell selvbestemmelsesrett er det desto viktigere å ivareta barns grunnleggende rettigheter.

Barn som oppholder seg på institusjon har et omsorgs- eller behandlingsbehov som andre barn på samme alder ikke har. Dette fører med seg større krav til de som skal yte omsorgen. Omsorgsbehovet kan oppleves forskjellig, og i de tilfeller barnet selv er uenig har de kun en begrenset mulighet til å bestemme over seg selv. De har ingen fullstendig selvbestemmelsesrett som krenkes, og kan dermed føre til at barnets egen mening blir forbigått. Det kan nettopp være barnets rett til omsorg som kan begrunne inngrep.⁴⁰

Barn som har et særlig omsorgsbehov danner utgangspunktet for rettsikkerhetsproblematikken.

2.4 Rettssikkerhet

2.4.1 Rettssikkerhetsbegrepet

Som en følge av barns rett til respekt for sitt menneskeverd og sin integritet er kravet til rettssikkerhet også viktig for barn.

Rettssikkerhet omtales både i en formell og materiell form.⁴¹ Dette innebærer både formelle krav for å oppnå rettsriktige avgjørelser, og materielle krav til rettsreglenes innhold.⁴² Kjernen i rettssikkerhetsbegrepet er regler for forholdet mellom myndighetene og borgerne, hvor hovedelementet er å beskytte borgernes fundamentale rettsgoder og menneskeverd.⁴³

³⁹ Kirsten Sandberg, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Oslo 2003 s. 94.

⁴⁰ *Op.cit.*, s. 98.

⁴¹ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 4. utgave, Oslo 2010 s. 108.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Bente Ohnstad, *Velferd, rettssikkerhet og personvern*, Bergen 2011 s. 27.

Borgerne står ofte i en svakere stilling overfor myndighetene. Formålet er å forhindre blant annet myndighetsmisbruk og at avgjørelser ikke strider mot grunnleggende rettigheter.

Når det gjelder barnerettslige problemstillinger skiller rettssikkerheten seg ut. Barn kan i langt mindre grad enn voksne sikre sine rettigheter, og den avhengighetsstilling de har til andre private parter, hører med til diskusjonen om barns rettssikkerhet.⁴⁴ Som en følge av at barn ikke har full selvbestemmelsesrett er det et betydelig større skille i maktbalansen mellom den som utøver tvangen og den tvungne.⁴⁵ Barn kan ikke motsette seg inngrep fra det offentlige på samme måte som voksne, og har behov for andre virkemidler for å utligne ubalansen.

2.4.2 Legalitetskravet som skranke for tvangsbruk

Kravet til lovhjemmel er en sentral del av rettssikkerheten. Dette utgangspunktet er nedfelt i Grl. § 113.

Legalitetskravet går ut på at det er loven som skal sette rammer for hvilke inngrep det offentlige kan foreta seg. Ved integritetskrenkende inngrep er et klart hjemmelsgrunnlag med på å ivareta rettssikkerhetshensyn som forutberegnelighet og likebehandling, samt hindre vilkårlige avgjørelser. Det må dermed stilles visse krav til hjemmelen i form av at den må være tilstrekkelig presist utformet og tilgjengelig.⁴⁶

Kravet til lovhjemmel er ikke mindre vesentlig når det gjelder tvangsinngrep mot barn. Kanskje mer betydelig, fordi de i mindre grad enn voksne klarer å ivareta sine egne interesser. Dette kan medføre at de i større grad blir utsatt for urettmessige inngrep og krenkelse av sine rettigheter. På den annen side står hensynet til barnas sårbarhet og behov for beskyttelse. Syse påpeker imidlertid at det må foreligge visse krav for å foreta tvangsinngrep begrunnet i hensynet til barnet selv eller samfunnshensyn.⁴⁷ I barnerettsteorien er det argumentert for at

⁴⁴ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave Oslo 2015, s. 24.

⁴⁵ Trude Haugli, «Barns rettssikkerhet», *Retts hjelp fra kyst til vidde*, Oslo 2009 s. 183.

⁴⁶ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 4. utgave, Oslo 2010 s. 433.

⁴⁷ *Op.cit.*, s. 434.

det må skje en avveining mellom rettssikkerhetstankegangen og hensynet til barnets beste.⁴⁸ Men det bør fortsatt foreligge et klart hjemmelsgrunnlag selv om inngrepet utføres i barnets egen interesse.

2.5 Retten til respekt for privatlivet og familielivet

2.5.1 EMK art. 8

EMK art. 8 nr.1 gir enhver

«the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.»

Det generelle anvendelsesområdet til EMK og ordlyden «rett til respekt» taler for at bestemmelsen favner over et bredt spekter av beskyttende rettigheter, og gir et generelt *vern mot inngrep* i privat- og familielivet, sitt hjem og sin korrespondanse. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har uttalt at kjernen i artikkelen er retten til selv å bestemme over sitt eget liv, og inneholder en beskyttelse av «privatsfæren».⁴⁹

Et spørsmål som dukker opp er *hvilken* rett som omfattes av EMK art. 8. Begrepet *privatliv* er vidt, og dekker en rekke rettigheter. Enkelt sagt omfatter det en rett til å bestemme over seg selv. Barn på institusjon har som et utgangspunkt samme frihet som andre barn. Retten til privatliv for barn på institusjon viser seg både gjennom integritetsvernet, og en rett til å opprettholde kontakt med de man måtte ønske.

Når det gjelder begrepet *familieliv* har EMD i flere saker blant annet slått fast utgangspunktet ved at foreldre og barn har en gjensidig glede i å være sammen.⁵⁰ Å oppholde seg på institusjon uten sin familie vil være et inngrep i disse rettighetene, og særlig hvis man oppholder seg der til tross for sin motstand. Retten til respekt for familielivet opphører likevel ikke selv om barnet oppholder seg på institusjon.⁵¹ For disse barna gjelder retten til respekt

⁴⁸ Trude Haugli, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Oslo 2000 s. 215.

⁴⁹ Jf. *Christine Goodwin vs. The United Kingdom*, 11. juli 2002, avsnitt 90.

⁵⁰ Se blant annet *Vojnity vs. Hungary*, 12. februar 2013, avsnitt 28.

⁵¹ Lena R.L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer*, Bergen 2008 s. 130.

for sitt familieliv som en beskyttelse av mulighetene til å opprettholde en personlig forbindelse med sine foreldre. Dette er direkte uttrykt i barnekonvensjonen art. 9 nr. 3.

2.5.2 Inngrep i retten til privat- og familieliv

EMK art. 8 nr. 2 slår fast at inngrep i retten etter art. 8 nr. 1 som utgangspunkt *ikke* skal skje bortsett fra i nevnte tilfeller som er ramset opp i bestemmelsen. Ordlyden taler for at retten til å bestemme over seg selv og sitt eget liv er høyt verdsatt. Selv om retten ikke er absolutt, må adgangen til inngrep være snever.

For det første må inngrepet ha lovhjemmel for å kunne utføres. Dette er i samsvar med legalitetskravet, jf. punkt 2.4.2.

I tillegg er det listet opp en rekke formål som inngrepet må kunne begrunnes ut fra. Listen er uttømmende, men likevel så vidt formulert at de kan omfatte en hel del.⁵² Formålene kan vanskelig sies å sette en reell skranke, og dekker de fleste tilfeller som kan begrunne inngrep.

Et spørsmål er om retten til barn som er institusjons plassert står like sterkt. Gjennom barnekonvensjonen er Norge forpliktet til å ta særlig hensyn til barn som er fratatt sitt familiemiljø, jf. art. 20. På denne måten er de forpliktet til å tenke gjennom hvilke regler vi har for denne barnegruppen. Sammen med barnekonvensjonen art. 16 gir det en henvisning til at det bør stilles ekstra krav til avgjørelser som gjelder barn. Dette taler for at adgangen til inngrep i retten til privat- og familielivet til barn er enda strengere.

Retten til privat- og familieliv er en sterk rettighet. Retten holdes så høyt at det ikke er nok at inngrepet må ha en klar hjemmel, og være begrunnet i opplistede hensyn. Hensynene må i tillegg være *nødvendig* og gjenspeile en forholdsmessighet mellom det som er ønskelig å oppnå og inngrepet.⁵³

⁵² Lena R.L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer*, Bergen 2008 s. 138.

⁵³ Randi Sigurdsen, «Rett til barneverntjenester», *FAB 2015-4*, s. 342 i note 57.

2.6 Kravet til forholdsmessighet

2.6.1 Utgangspunktet

Det stilles krav om forholdsmessighet når det er snakk om inngripende tiltak overfor enkeltpersoner.⁵⁴ For at det offentlige skal kunne gripe inn er det ikke nok å vise til de positive virkningene for inngrepet. I tillegg må det foretas en avveining mot de negative konsekvensene, for derved å kunne begrunne hvorfor de positive virkningene kan *rettferdiggjøre* de negative motstående hensyn.⁵⁵ Det må være forholdsmessighet mellom formålet med inngrepet og ulempen det representerer for den krenkende part.

2.6.2 Forholdsmessighetskravet ved tvangsinngrep mot barn

EMK art. 8 nr. 2 gir uttrykk for at inngrepet må være nødvendig i det enkelte tilfellet. Nødvendighetskravet er en grunnleggende forutsetning for forholdsmessighet. Hvis ikke et inngrep er nødvendig, er det ikke forholdsmessig.

Begrepet «nødvendig» gir et signal om at det må foreligge et klart behov. Et tiltak er nødvendig når andre tiltak er utilstrekkelige for å nå formålet. Dessuten stilles et krav om at inngrepet ikke må gå lenger enn det som er nødvendig.⁵⁶ Dette omtales også som det minste inngreps prinsipp.

Reglene for bruk av tvangstiltak mot barn på institusjon er regulert i bvl. § 5-9, og phvl. kap. 4.

Det er ikke mulig å lese et forholdsmessighetskrav direkte ut fra bvl. § 5-9. Likevel gir bestemmelsen uttrykk for at begrensninger i barnas bevegelsesfrihet kan skje så lenge det er *nødvendig*, jf. § 5-9 andre ledd andre punktum. Kravet til nødvendighet går igjen i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, heretter kalt rettighetsforskriften, § 12.⁵⁷ Bestemmelsen danner et utgangspunkt om forholdsmessighet,

⁵⁴ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007 s. 128.

⁵⁵ Karl Harald Søvik, *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Bergen 2015 s. 28.

⁵⁶ Randi Sigurdson, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd*, Bergen 2015 s. 340.

⁵⁷ FOR-2011-11-15-1103.

ved at det må foretas en vurdering av om tiltaket er nødvendig, og sørge for at inngrepet står i forhold til formålet med det en ønsker å oppnå.⁵⁸ På bakgrunn av dette kommer kravet til forholdsmessighet til syne i vurderingen av tvangstiltak på barneverninstitusjon.

I psykisk helsevernloven er utgangspunktet for bruk av tvang statuert i § 4-2. Denne bestemmelsen gir uttrykk for flere viktige prinsipper. En lovfesting av kravet til forholdsmessighet følger av første ledd andre punktum, ved at tiltak bare kan benyttes når det

«gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket.»

Bestemmelsen gir klart uttrykk for en forholdsmessighetsvurdering der fordelene og ulempene skal veies opp mot hverandre, og at fordelene må kunne rettferdiggjøre de ulempene inngrepet medfører.

Utfordringen med forholdsmessighetsvurderingen er at den i stor grad baserer seg på skjønn. Vurderingen vil variere i den enkelte sak og hvilke motstående hensyn som foreligger. Et spørsmål som oppstår er om forholdsmessighetskravet er annerledes for barn enn for voksne.

Barn opplever tvang annerledes enn voksne. De har ikke samme virkemidlene for å motsette seg inngrep, som gjør opplevelsen mer inngripende. Begrunnet i barns sårbarhet bør det stilles strengere krav til begrunnelsen for tvangsinngrep overfor barn. Det er sikker rett at mer inngripende tiltak skjerper kravene til begrunnelsen.⁵⁹ Dette taler for at det bør være et strengere forholdsmessighetskrav når det er snakk om tvangstiltak mot barn.

2.7 Hensynet til barnets beste

Barnets beste er et av de mest sentrale hensyn i barneretten. Prinsippet kommer til uttrykk i barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Selv om barnekonvensjonen er en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven har prinsippet blitt inntatt i Grl. § 104 andre ledd med nesten likelydende ordlyd som barnekonvensjonen. Bestemmelsen i Grunnloven er med på å synliggjøre

⁵⁸ Rundskriv Q-19/2012, s. 18.

⁵⁹ Se blant annet RT. 1981 s. 745 (s. 748).

hensynet på generelt grunnlag, men har ikke endret rettstilstanden.⁶⁰ Dette medfører at selv om grunnlovsbestemmelsen er ny, vil praksis og teori fra bestemmelsen i barnekonvensjonen være nyttig som bidrag ved tolkningen.

Både Grunnloven og barnekonvensjonen slår fast at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som «berører barn». Formuleringen fører med seg et vidt anvendelsesområde, og gjelder for alle beslutninger og handlinger som både direkte og indirekte angår barn.⁶¹

Et spørsmål er hva det betyr at barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn». Formuleringen tilsier at hensynet har en grunnleggende vekt og skal være styrende i saker som angår barn. Menneskerettsutvalget begrunner formuleringen i at hensynet skal spille en stor rolle i vurderingen, men at det ikke trenger å være avgjørende for beslutningen.⁶² Barnekomiteen har uttalt at «grunnleggende hensyn» gir uttrykk for at hensynet står sterkere i forhold til andre juridiske hensyn, begrunnet i barns omsorgs- og beskyttelsesbehov.⁶³ Det er klart at prinsippet er av stor betydning. Vekten av hensynet vil imidlertid variere fra den konkrete sak ut fra hvor sterkt barnet er berørt.⁶⁴ *For stor vekt* på barnets beste vil skape usikkerhet og rom for vilkårlighet i enkelte tilfeller, og skape mindre grad av forutberegnelighet. Vurderingen glir inn i forholdsmessighetsvurderingen opp mot øvrige motstående hensyn.

Hva som ligger i barnets beste er vanskelig å si, og hensynet definerer heller ingen konkret rettighet. Formålet er å finne løsninger og treffe avgjørelser som er det beste for det enkelte barnet. Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor ulike hensyn som berører barnet løftes frem og veies mot hverandre. Barnekomiteen er kommet med enkelte elementer som skal tas i betraktning i en barnets beste-vurdering, som blant annet barnets synspunkter,

⁶⁰ Dok. 16 (2011–2012) punkt 32.5.4.

⁶¹ General Comment No. 14 (2013) punkt IV nr. 19.

⁶² Dok. 16 (2011–2012) punkt 32.5.4.

⁶³ General Comment No. 14 (2013) punkt IV nr. 37.

⁶⁴ Lena R.L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 52.

oppretholdelse av relasjoner til familien, barnets sårbarhet og behov for omsorg, beskyttelse og sikkerhet, og barnets rett til helse.⁶⁵

3 Tvang mot barn på institusjon

3.1 Innledning

Formålet med denne delen er å få et bilde av hvordan tvangstiltak er regulert i de to lovene. Kapitlet er en innledning til de tre neste, hvor jeg skal fremstille, analysere og sammenligne de materielle vilkårene for å kunne utføre enkelte former for tvang overfor barn på institusjon.

3.2 Institusjonsansattes adgang til å benytte tvang

3.2.1 Foreldreansvaret som skranke

Det kan være nærliggende å spørre hvilken adgang *foreldrene* har til å gripe inn i situasjoner overfor barn som bor hjemme. Foreldre setter ofte begrensninger overfor barnet som et ledd i utøvelsen av omsorgen. Her er det innholdet i foreldreansvaret som setter de nødvendige grenser, jf. bl. § 30. Begrensningene i foreldreansvaret følger først og fremst av plikten til å tilfredsstille barnets interesser og behov, jf. bl. § 30 første ledd andre punktum. I tillegg følger barnets med- og selvbestemmelsesrett med seg en tilsvarende begrensning av foreldrenes rett, jf. bl. §§ 31 til 33. Når det gjelder bruk av fysisk makt er det i § 30 tredje ledd satt inn et forbud mot vold og annen skremmende oppførsel. Dette innebærer at lettere klaps heller ikke vil være tillatt, selv om det skjer som en del av barneoppdragelsen.⁶⁶ Handlinger som innebærer mindre inngripende fysisk tvang for å avverge fare eller som er til barnets beste omfattes ikke av forbudet i tredje ledd. Eksempelvis hvis barnet nekter å ha på seg klær når det skal ut i kulden, må foreldrene kunne fysisk tvinge barnet til å ha på seg mer klær, eller nekte barnet å gå ut.

Neste spørsmål er hvilke rammer institusjonsansatte må forholde seg til når de opplever situasjoner hvor de føler behov for å sette begrensninger. Det er i teorien uttalt at selv om bl. § 30 retter seg mot de som har foreldreansvaret, gir bestemmelsen rammer og veiledning for

⁶⁵ General Comment No. 14 (2013) punkt V nr. 52.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 72.

adgangen til ansatte på barneverninstitusjon å gripe inn i situasjoner.⁶⁷ Selv om teorien knytter seg til barnevernretten, må den også kunne overføres til andre typer institusjoner. Institusjonene utøver den daglige omsorgen overfor barnet i foreldrenes sted. Personalet på institusjonen har derfor ikke større rett til å bruke tvang eller makt overfor barnet enn det foreldrene har. Det bør heller stilles strengere krav for personalet på institusjon, enn hva som gjelder for foreldrene.⁶⁸ Den fagkompetansen institusjonsansatte har vil i større grad stille krav til at institusjonene jobber mer forebyggende for å unngå å havne i situasjoner hvor det vil bli behov for maktbruk.

3.2.2 Likeartede typer inngrep med hjemmelsgrunnlag på ulikt nivå

Barnevernloven § 5-9 fastsetter innledningsvis plikter til de ansatte overfor barn i institusjon, og fremhever deres rett til selvbestemmelse og selvutfoldelse. Dette er begrunnet med at barn i barneverninstitusjon i størst mulig grad skal ha et normalt liv, og ha like gode utviklingsmuligheter som andre barn.⁶⁹ Bestemmelsen legger likevel opp til enkelte begrensninger i rettighetene. I tillegg er det i likhet med foreldreansvaret satt et forbud mot fysisk refselse av barn i tredje ledd bokstav a. Utgangspunktet er at ansatte på barneverninstitusjon ikke har adgang til å utføre tvang eller bruke fysisk makt.⁷⁰

Lovgiver har vært oppmerksom på at det kan oppstå situasjoner der de ansatte får behov for å sette begrensninger eller bruke tvang. Departementet har fått fullmakt til å regulere dette i forskrift, jf. fjerde ledd bokstav a.⁷¹ Rettighetsforskriften kapittel 3 inneholder hjemler for bruk av tvang og andre integritetskrenkende tiltak uansett plasseringsgrunnlag. Kapittel 4 inneholder enkelte særregler for barn plassert etter bvl. §§ 4-24 og 4-26.

Det rettslige utgangspunktet følger av rettighetsforskriften § 12. Bruk av tvang skal

«ikke benyttes i større grad enn det som er nødvendig for formålet.»

⁶⁷ Rundskriv Q-19/2012, s. 20.

⁶⁸ Kari Ofstad og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 4. utgave, Oslo 2004 s. 260.

⁶⁹ Rundskriv Q-19/2012, s. 2.

⁷⁰ Prop. 43 L (2011-2012) punkt. 3.4.

⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) punkt 5.10.

Det er følgelig et krav om å finne andre tiltak fremfor å anvende tvang. Dette er en naturlig følge av barnas rett til respekt for sin personlige integritet, jf. forskriften § 7.

Forskriften hjemler forskjellige former for tvang og begrensninger i de forskjellige bestemmelsene i kapittel 3 og 4. Fellestrekket ved alle bestemmelsene er at avgjørelsen om bruk av tvang baserer seg på en konkret og individuell vurdering for den enkelte beboer i den aktuelle situasjonen.⁷²

Psykisk helsevernloven gir adgang til bruk av tvang under opphold i institusjon i lovens kapittel 4. Oppbyggingen av kapitlet har visse likhetstrekk med rettighetsforskriften. De ulike tiltakene er lagt til den enkelte paragraf. Bestemmelsene gjelder både for frivillige innlagte og tvangsinnlagte, men inneholder enkelte bestemmelser som kun gjelder for de som er innlagt på grunnlag av tvang, jf. lovens § 3-3.

Det rettslige utgangspunktet følger av § 4-2 første ledd. Bruk av tvang og andre begrensninger

«skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt som det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak.»

Bestemmelsen tar utgangspunkt i respekten for pasientens personlige integritet og at bruk av tvang bør unngås. Av hensyn til beskyttelse av pasienten selv eller andre på institusjonen er det åpnet opp for bruk av tvang i særlige tilfeller.⁷³

Det kan stilles spørsmålsteget ved reguleringsmåten i de to forskjellige lovverkene. Mens adgangen til bruk av tvang og andre begrensninger i barneverninstitusjoner følger av forskrift, er det i psykisk helsevern regulert i lov.

Psykisk helsevernloven er av nyere dato enn barnevernloven. I tidligere lovgivning var lignende inngrep i psykisk helsevern regulert i forskrift. Ved utarbeidelsen av nåværende lov ble det valgt å flytte reguleringen over i lovs form. Det gir en indikasjon på at lovgiver mener

⁷² Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 3.

⁷³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 99.

at hjemmelsgrunnlaget i forskrift ikke er tilstrekkelig ved tvangsinngrep.⁷⁴ Inngripende tiltak krever større grad av legalitet, og taler for at lovgiver selv skal ta stilling til og vurdere hva slags tiltak som kan aksepteres.

Rettighetsforskriften for barneverninstitusjoner ble innført etter dagens psykisk helsevernlov, men opprettholdt reguleringsmåten i forskrift. I høringsnotatet fra 2010 har Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet nevnt kravet til legalitet, men fastholdt at tvang regulert i forskrift er tilfredsstillende.⁷⁵ Dette synspunktet er videreført i forarbeidene til barnevernloven. Her er det direkte sagt at barns rettssikkerhet er ivaretatt i henhold til kravet om klare og spesifikke regler gjennom bvl. § 5-9 med fullmakt til å gi utfyllende regler i forskrift.⁷⁶

Reguleringen i rettighetsforskriften fører med seg en svakere legitimitet enn hva gjelder for tvangstiltak etter psykisk helsevernloven. Avveiningen av hvilke tvangsmidler som anses som forholdsmessig overfor barn i barnevernsinstitusjon er foretatt av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og ikke av Stortinget. Tvang er så inngripende overfor den enkelte at det bør være lovgiver selv som tar stilling til hva som skal være tillatt. Dette gjelder særlig når barn utsettes for tvang. Dette taler for at hjemlene i rettighetsforskriften burde være en del av barnevernloven.

4 Tvang i akutte faresituasjoner

4.1 Innledning

For barn med en utfordrende atferd kan det kanskje oftere enn ellers oppstå situasjoner hvor barnet slår seg vrang, kommer med trusler eller annen form for utagering mot personalet. Alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger etter straffeloven §§ 17 og 18 hjemler *nødvendig* tvang for den som utsettes for et slikt *angrep*.⁷⁷ Det vil si at en handling som ellers ville vært ulovlig, anses som straffri etter straffelovens bestemmelser. En forutsetning er at

⁷⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 99.

⁷⁵ Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 3.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) punkt 5.10.

⁷⁷ Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff.

tvangen utføres for å redde liv eller helse, eller avverge et ulovlig angrep, og at dette ikke kan utføres på en mindre inngripende måte.

For barneverninstitusjoner regulerer rettighetsforskriften bruk av tvang i akutte faresituasjoner i § 14 første ledd, når dette er

«uomgjengelig nødvendig for å avverge fare for skade på person eller vesentlig skade på eiendom».

I psykisk helsevernloven er bruk av tvangsmidler i akutte faresituasjoner hjemlet i § 4-8 første ledd, når

«dette er uomgjengelig nødvendig for å hindre ham i å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting.»

Bestemmelsen er videre utdypet i psykisk helsevernforskriften, jf. § 4-8 femte ledd.⁷⁸

I det følgende skal jeg se nærmere på hjemmelsgrunnlaget for tvang i akutte faresituasjoner i de to lovene. For det første skal jeg se om det foreligger forskjeller i adgangen til å iverksette tvangstiltak. Deretter skal jeg se på hvilke tvangsmidler som kan benyttes og hvordan dette gjennomføres. Endelig skal jeg se på om det er noen forskjeller i hvor lenge et tvangstiltak kan opprettholdes.

4.2 Terskelen for inngrep

4.2.1 «Uomgjengelig nødvendig» som vilkår for inngrep

Både rettighetsforskriften § 14 første ledd og phvl. § 4-8 første ledd stiller krav om at tvangsbruken må være «uomgjengelig nødvendig» for å kunne iverksettes. Spørsmålet blir hva som ligger i dette begrepet.

Begrepet «uomgjengelig» legger føringer for et strengt krav. Begrepet taler for at inngrepet må være uunngåelig, på den måten at man ikke kan komme seg ut av situasjonen på annen

⁷⁸ FOR-2011-12-16-1258.

måte. Det kan tale for at situasjonen må være av en svært alvorlig karakter som gjør at andre tiltak ikke anses å kunne løse situasjonen.

I retningslinjene til rettighetsforskriften er det uttalt at vilkåret må tolkes strengt.⁷⁹ Andre tiltak må ha vært vurdert som utilstrekkelige i den konkrete situasjonen, jf. § 12 første punktum. Nødvendighetskravet gir en indikasjon på at tiltak ikke må være uforholdsmessig inngripende.⁸⁰ Det strenge vilkåret viser at bruk av tvangsmidler i akutte faresituasjoner er forbeholdt spesielle situasjoner. Dette støttes av uttalelser i retningslinjene om at det skal utvises tilbakeholdenhet i bruken av tvangstiltak.⁸¹

Forarbeidene til psykisk helsevernloven uttrykker at «uomgjengelig nødvendig» fører til at inngrep er forbeholdt ekstreme situasjoner, som ikke kan håndteres på andre måter.⁸² Helsedirektoratet tolker uttrykket strengt, og at tiltak kun skal iverksettes når det er snakk om nødrettslignende situasjoner.⁸³ Departementet har uttrykkelig fremhevet viktigheten av en forholdsmessighetsvurdering, jf. § 4-2, når det er snakk om avgjørelse om bruk av tvangsmidler.⁸⁴ Dette fører med seg et krav om at integritetskrenkelsen et tvangsmiddel representerer for vedkommende må veies opp mot formålet med inngrepet.

Terskelen for inngrep ligger høyt etter både rettighetsforskriften og psykisk helsevernloven. Det er på grunnlag av det som er nevnt ikke noen nevneverdig forskjell i de to lovverkene som gjør at vilkåret må tolkes forskjellig. Det må foretas en konkret vurdering av situasjonen, og hva som er nødvendig bruk av tvang.

Dernest er spørsmålet *hva* som må være uomgjengelig nødvendig. Både rettighetsforskriften § 14 første ledd og phvl. § 4-8 første ledd krever at nødvendigheten er begrunnet i å hindre en «skade». Andre hensyn enn å forhindre skade kan derfor ikke begrunne tvang. Dette medfører at det ikke er tillatt å bruke tvang verken i behandlings- eller oppdragelsesøyemed. I

⁷⁹ Rundskriv Q-19/2012, s. 21.

⁸⁰ Se punkt 2.6.

⁸¹ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

⁸² Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 120.

⁸³ Rundskriv IS-9/2012, s. 76.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 119.

rettighetsforskriften er forbudet mot all bruk av tvang i straffe-, behandlings- eller oppdragelsesøyemed presisert i § 13 første ledd. For psykisk helsevernloven er forbud mot bruk av tvang i behandlingsøyemed ytterligere presisert i psykisk helsevernforskriften § 25.

Skadebegrepet er noe uklart. Begrepet gir ingen indikasjon på hvilken skade som må foreligge. Rettighetsforskriften § 14 første ledd krever at tiltaket må kunne

«avverge fare for skade på person eller vesentlig skade på eiendom».

Ordet «avverge» taler for at det må foreligge en konkret situasjon, og en reell fare for skade. Retningslinjene uttaler at situasjoner hvor barnet er *i ferd med* å skade seg selv eller andre omfattes av bestemmelsen.⁸⁵ Dette medfører at bruk av tvangsmidler av ren forebyggende karakter i utgangspunktet ikke er lov.

I phvl. § 4-8 første ledd er tvangstiltak begrunnet i

«å hindre [pasienten] i å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade».

Skaden er knyttet opp mot en konkret situasjon som skal avverges eller hindres. Begrepet «hindre» er imidlertid litt uklart, og gir ikke samme uttrykk for en påbegynt situasjon. I forarbeidene til loven synes begrepene å være likestilt, og gir uttrykk for «situasjoner hvor det foreligger en fare for skade».⁸⁶ Dette betyr at det må foreligge en konkret og reell fare for skade, men man trenger ikke vente til noen eller noe blir skadet. Departementet er likevel klar på at det ikke kan legges til grunn et ”føre var”-prinsipp for bruk av tvangstiltak.⁸⁷ Dette er i samsvar med at tvang er et ekstraordinært tiltak, og at vilkårene skal være strenge.

Frostating lagmannsrett har i en avgjørelse inntatt i RG. 2002 s. 195 tolket begrepet «hindre skade».⁸⁸ Retten har uttalt at det må være adgang til bruk av tvangsmidler ved «pågående

⁸⁵ Rundskriv Q-19/2012, s. 21.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 120.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ LF-2000-1026 – inntatt i RG-2002-195 (31-2002).

latente aggresjonsutbrudd». ⁸⁹ Det vil si at selv om pasienten fysisk har roet seg ned, er det adgang til bruk av tvang for å forebygge en fortsatt faresituasjon. Det vil være tilfeller hvor personalet *med sikkerhet* klarer å forutse en utagerende atferd. ⁹⁰ Forutsetningen for dette er at mindre inngripende tiltak viser seg å være utilstrekkelig.

På barneverninstitusjon er det mer betenkelig å bruke tvang på samme måte. Det er i større grad lagt opp til mer forebyggende tiltak, uten bruk av tvang. Retningslinjene til rettighetsforskriften nevner gode forskningsbaserte og anerkjente metoder, som tydelig kommunikasjon og en god dialog hvor man er klare på hvilke regler man må følge, for å forebygge behovet for tvang. ⁹¹

Lovverkene inneholder et mer kvalifisert skadebegrep når det er snakk om materielle goder. I rettighetsforskriften § 14 første ledd er vilkåret «vesentlig skade», mens phvl. § 4-8 første ledd verner «betydelig skade». Begrepene «vesentlig» og «betydelig» legger føringer for ulikheter i skadeomfanget, men gir i seg selv liten veiledning. En naturlig språklig forståelse av ordlyden kan trekke i retning av at *vesentlig* er et sterkere adjektiv enn *betydelig*, men begrepene brukes gjerne om hverandre. Forarbeidene til psykisk helsevernloven viser til forholdsmessighetsvurdering når det er snakk om skadeomfanget, og uttaler at

«skaden på det rettsgodet man beskytter må være særdeles betydelig i forhold til den integritetskrenkelsen pasienten blir utsatt for ved bruk av tvangsmidler.» ⁹²

Bruk av tvang er svært inngripende, og at skader på materielle ting må være av et visst omfang for å kunne begrunne tvang, gjelder både på barneverninstitusjon og psykisk helseverninstitusjon.

⁸⁹ Se særlig dommens siste avsnitt på side 11 og første og annet avsnitt på side 12 i lovdatas utskriftsformat.

⁹⁰ Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 196.

⁹¹ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

⁹² Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 119.

4.2.2 Vernede rettsgoder

Begge bestemmelsene verner om personer. I dette ligger det at tvangstiltak kan begrunnes i hensynet til barnet selv eller andre på institusjonen. Tvilen angående de vernede rettsgoder knytter seg til de materielle gjenstandene.

Rettighetsforskriften § 14 første ledd verner vesentlig skade på «eiendom».

Eiendomsbegrepet kan tolkes i retning av at det må foreligge eierskap til gjenstanden. En annen tolkningsmulighet er at «eiendom» viser til en gjenstand, altså fysiske objekter i motsetning til personer. Eiendomsbegrepet taler for at det ofte er gjenstander av en ikke ubetydelig verdi. Dette støttes av at alle gjenstander som står i fare for å bli skadet ikke kan begrunne bruk av tvang. Kravet til forholdsmessighet krever at gjenstanden må være av en ikke ubetydelig verdi med tanke på å kunne hjemle bruk av tvang.

I phvl. § 4-8 første ledd er de vernede rettsgodene «bygninger, klær, inventar eller andre ting.» Begrepene er beskrevet i ubestemt form flertall, som viser at hvem som har eierskap heller ikke her er avgjørende. Ordlyden «andre ting» tilsier at så godt som alle slags gjenstander er beskyttet. Det kan tolkes i retning av at gjenstander uten betydelig verdi også er vernet etter bestemmelsen. Men også her stiller forholdsmessighetsprinsippet krav til gjenstandens verdi. I forarbeidene er det uttalt at bruk av tvang kun er tillatt ved

«beskyttelse av materielle goder av betydelig verdi.»⁹³

Enhver gjenstand er dermed ikke beskyttet etter psykisk helsevernloven. Av hensyn til tvangens inngripende karakter må de materielle godene ha en betydelig verdi for å nyte beskyttelse.

Terskelen for å benytte tvangsmidler for å beskytte materielle goder er etter gjeldende rett ikke forskjellig i de to lovverkene. Ordlyden i phvl. § 4-8 er likevel vanskelig å få tak på, og spørsmålet om gjenstandenes verdi er ikke drøftet noe særlig i teorien. Her burde lovgiver få frem et tydeligere bilde av når terskelen for inngrep er nådd, og særlig når det er snakk om barn.

⁹³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 120.

4.3 Inngrepets art

4.3.1 Lovlige tvangsmidler

Neste vurdering går ut på *hvilke* inngrep de ansatte har anledning til å benytte seg av. Rettighetsforskriften § 14 tredje ledd nevner kun isolasjon som et alternativ til tvangsmiddel, mens phvl. § 4-8 andre ledd har listet opp i bokstav a til d hvilke tvangsmidler som kan benyttes.

I bvl. § 5-9 tredje ledd er det satt forbud mot enkelte tvangstiltak. Det er blant annet ikke tillatt med fysisk refselse, jf. § 5-9 tredje ledd bokstav a. Rettighetsforskriften § 14 første ledd uttrykker kun at «nødvendig tvang» kan benyttes. Hva som omfattes er ikke oppregnet i bestemmelsen. I § 14 tredje ledd er isolering direkte nevnt som et mulig tvangsmiddel. Bestemmelsen regulerer gjennomføringsmåten ved isolasjon, men gir en indikasjon på at det aksepteres som et lovlig tvangsmiddel.

I § 13 første ledd annet punktum er kortvarig fastholding og bortvisning fra fellesrom akseptert hvis dette gjøres som ledd i å gi forsvarlig omsorg eller for å opprettholde trygghet og trivsel i institusjonen. Det kan spørres om denne formen for tvangstiltak kan overføres til akutte faresituasjoner. Etter en forholdsmessighetsvurdering bør tiltak som kan benyttes i en mindre krevende situasjon tilsi at samme tiltak kan anvendes i en mer utfordrende situasjon. Å holde fast beboeren eller bortvise personen fra situasjonen vil kunne avverge en akutt situasjon til å eskalere, og bør kunne anvendes i slike tilfeller.

I retningslinjene til forskriften er det lagt til grunn at begrepet «nødvendig tvang» omfatter tiltak som å

«holde fast beboeren for å hindre at han/hun skader seg selv eller andre eller at beboeren isoleres til faren for skade har opphørt.»⁹⁴

Bruk av mekaniske tvangsmidler er ikke tillatt.⁹⁵ Nødvendig tvang i § 14 første ledd er dermed begrenset til fastholding og isolering.

⁹⁴ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

Psykisk helsevernloven § 4-8 andre ledd bokstav a til d regulerer uttømmende hvilke tvangsmidler som kan anvendes.⁹⁶ De nevnte midlene er mekaniske tvangsmidler, kortvarig isolering bak låst dør, bruk av korttidsvirkende legemidler og kortvarig fastholding. Inngrep som ikke er nevnt i loven kan dermed ikke anvendes. I forarbeidene til psykisk helsevernloven er det uttalt at man skal være ytterligere restriktiv i bruk av tvangsmidler overfor barn.⁹⁷ Derfor er isolering og bruk av mekaniske tvangsmidler forbudt overfor barn *under* 16 år, jf. § 4-8 tredje ledd. Barn *over* 16 år er derimot likestilt med voksne når det gjelder bruk av tvangsmidler.

Begrepet «kortvarig fastholding» ble inntatt i § 4-8 andre ledd bokstav d ved en lovendring i 2006, fordi mekaniske tvangsmidler og isolasjon ikke kan brukes overfor barn under 16 år.⁹⁸ Som en følge av dette ble fastholding av barn under 16 år ofte praktisert i for stor grad uten at dette ble betraktet som tvangsmiddel.⁹⁹ Det ble i forarbeidene til endringsloven vist til lovreguleringen for barneverninstitusjoner i rettighetsforskriften, og at en lovendring vil føre til større grad av harmoni mellom tvangsmidlene overfor barn under 16 år på barneverninstitusjon og i institusjon i medhold av psykisk helsevernloven.¹⁰⁰

Et spørsmål er om enhver form for kortvarig fastholding betraktes som et tvangsmiddel. I forarbeidene er fastholding som skjer som en del av omsorgen eller som grensesetting ikke omfattet av bestemmelsen.¹⁰¹ Det vil lett kunne oppstå grensetilfeller, hvor det ofte vil være uklart om fastholdingen oppfattes som et tvangsmiddel som krever at det må treffes et vedtak. Det avgjørende er om hovedformålet er noe annet enn skadeavverging. Hvis det er tilfellet, og tiltaket er mindre inngripende og pasienten ikke viser motstand, faller det utenfor bestemmelsen.¹⁰² De tilfellene hvor personalet mener de utfører fastholding som faller utenfor

⁹⁵ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 163.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) punkt 8.8.4.6.

⁹⁸ Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 136.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 79.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 90.

¹⁰² Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 137.

bestemmelsen er det imidlertid ikke krav om at det skal treffes vedtak som må begrunnes eller mulighet for å klage på fastholdingen. Det svekker rettssikkerheten til barna at det ikke finnes noen former for regulering som kan fange opp feilaktig tolkning av om situasjonen anses som et tvangsmiddel.¹⁰³

Når det gjelder bruk av legemidler som tvangsmiddel, jf. § 4-8 andre ledd bokstav c er dette forbeholdt svært urolige pasienter i akutte krisesituasjoner.¹⁰⁴ Når formålet er å dempe en akutt urolighet er det kun korttidsvirkende preparater som kan anvendes.

Isolasjon bak avlåst dør uten at personalet er tilstede, jf. § 4-8 andre ledd bokstav b er et svært inngripende og alvorlig tiltak. I forarbeidene er det sagt at det skal en del til for at denne type tiltak benyttes. Det skal kun brukes som «en ren nødforanstaltning», som situasjoner hvor personalet ikke får kontroll på annen måte.¹⁰⁵ I så måte ser det ut til at terskelen for bruk av isolasjon er høyere etter psykisk helsevernloven enn etter rettighetsforskriften.

I tillegg tillater psykisk helsevernloven bruk av mekaniske tvangsmidler, jf. § 4-8 andre ledd bokstav a. Bruk av denne type tvangsmidler fører til at pasientens bevegelsesfrihet blir svært innskrenket. Det vil være bruk av belter og remmer, eller andre type spesialklær som låser fast armer og/eller ben. Dette kan virke skremmende og nedverdiggende overfor barnet som blir låst fast, og er et særdeles inngripende tiltak.

4.3.2 Gjennomføringen av inngrepet

Rettighetsforskriften § 14 tredje ledd stiller krav til gjennomføringen ved isolasjon, og krever at minst en av personalet er til stede, eller i et rom med ulåst dør. Når det gjelder fastholding er det ingen holdepunkter i forskriften om hvordan dette skal gjennomføres. Retningslinjene legger vekt på at tvangsbruken ikke må være mer inngripende enn helt nødvendig, og at beboeren ikke blir behandlet på en «røff eller uvøren måte».¹⁰⁶ Dette er i samsvar med kravet

¹⁰³ Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 200.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 120.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

til forholdsmessighet. Hva som er minst inngripende kan variere, og må vurderes konkret. For noen vil det være verre å bli holdt fast av en person av motsatt kjønn.

I psykiatrien er det psykisk helsevernforskriften § 26 som inneholder utfyllende regler om gjennomføringen av bruk av tvangsmidler etter psykisk helsevernloven. I § 26 første ledd første punktum er det slått fast at inngrepet skal gjennomføres så skånsomt som mulig, og på en omsorgsfull måte. Dette medfører at pasienten får tilstrekkelig informasjon om tiltaket og hvorfor det blir gjort, samt at det gjennomføres på en så lite inngripende måte som mulig.¹⁰⁷ Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfellet, ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Helsedirektoratet har uttalt at fastholding bør skje av personale av samme kjønn som pasienten.¹⁰⁸

Bortsett fra når det gjelder isolasjon er gjennomføringsmåten mer utfyllende regulert i psykisk helsevernloven, gjennom forskrift og retningslinjer fra helsedirektoratet. Det er en svakhet at rettighetsforskriften ikke inneholder klarere regler for hvordan kortvarig fastholding skal gjennomføres.

4.4 Inngrepets varighet

Begge lovverkene gir uttrykk for at tvangsmidler bare kan benyttes når dette er uomgjengelig *nødvendig*. I tillegg til å fastsette terskelen for inngrep, legger det føringer for at adgangen til å bruke tvangsmidler opphører når det ikke lenger foreligger en nødssituasjon som kan begrunne tiltaket.

I rettighetsforskriften § 14 andre ledd andre punktum er det presisert at

«tiltaket skal opphøre straks skaden eller faren er avverget.»

Begrepet «straks» gir en indikasjon på at tvangsbruken skal opphøre med en gang faren er avverget.

¹⁰⁷ Rundskriv IS-9/2012, s. 140–141.

¹⁰⁸ *Ibid.*

I phvl. § 4-8 er det ikke nevnt noe krav til varigheten av tvangsmiddelbruken. Derimot fremgår det av psykisk helsevernforordningen § 26 første ledd første punktum at tvangsmiddelbruken

«skal gjøres så kortvarig som mulig».

Lengden på tiltaket er videre konkretisert ved at isolering maksimalt kan benyttes «inntil to timer av gangen». I tillegg slås det fast at ved inngrep i form av mekaniske tvangsmidler over åtte timer, skal det om mulig gis «friere forpleining» i kortere eller lengre tid. Dette betyr eksempelvis at reimene forlenges eller løsnes på, eller at pasienten får gå på toalettet selv i såkalte transportbelter.¹⁰⁹

Det er forskjell mellom begrepene «straks» og «så kortvarig som mulig». Begrepet «straks» i rettighetsforordningen er mye klarere på at tvangsbruken skal opphøre når det ikke lenger foreligger en faresituasjon. «Så kortvarig som mulig» er en vag formulering, som gjør det vanskelig å sette en klar grense, og terskelen for å la tvangsbruken gå ut over nødvendighetskriteriet synes å være lavere. I psykisk helsevernforordningen § 26 tredje ledd er det likevel et krav om at tvangsbruken skal vurderes fortløpende, og «straks» avsluttes hvis den ikke virker som forutsatt. Helsedirektoratet har uttalt at dette medfører at tvangsbruken skal opphøre så snart faren for skade ikke lenger er til stede.¹¹⁰ Det er imidlertid en svakhet at dette ikke kommer klarere frem.

Arten av tvangsmiddelet legger også føringer for lengden på tiltaket. Fastholding uten mekaniske tvangsmidler er fysisk krevende å holde over lengre tid. Fastholdingen etter rettighetsforordningen vil sjeldent varer i flere timer, i motsetning til bruk av mekaniske tvangsmidler etter psykisk helsevernloven. Dette støttes av tidsbegrensningen som er målt i timer i psykisk helsevernforordningen. Foruten bruk av mekaniske tvangsmidler, inneholder de resterende tvangsmidlene i psykisk helsevernloven en form for betegnelse av «kortvarig». Dette er med på å presisere at tvangsmiddelet ikke skal opprettholdes lengre enn nødvendig.

¹⁰⁹ <http://www.helsebiblioteket.no/fagprosedyrer/ferdige/mekaniske-tvangsmidler-bruk-i-psykisk-helsevern>.

¹¹⁰ Rundskriv IS-9/2012, s. 141.

4.5 Oppsummering

Det er store forskjeller mellom regelverkene når det gjelder tvangstiltak i akutte faresituasjoner. Den største forskjellen er hvilke former for tvangsmiddel barn på institusjon risikerer å bli møtt med. Det er gjennomgående mer inngripende tvang i psykisk helsevernloven, og adgang til mer langvarig tvangsbruk.

Forskjellen i regelverket kan begrunnes i at rettighetsforskriften kun gjelder for barn, mens psykisk helsevernloven gjelder både for barn og voksne. Ut over visse restriksjoner i bruk av tvangsmidler for barn under 16 år, skiller ikke psykisk helsevernloven mellom barn og voksne. Barn mellom 16 og 18 år er fortsatt barn, og har krav på særlig beskyttelse i kraft av å være barn. At den helserettslige myndighetsalderen som i utgangspunktet retter seg mot barnas selvbestemmelsesrett fører til at de blir behandlet som voksne, er lite heldig og svekker deres rettssikkerhet.

Norge er folkerettslig forpliktet til å ta særlig hensyn til barn gjennom barnekonvensjonen. Begge institusjonene er pålagt å sikre at barn får den hjelpen de trenger. En svakhet med rettighetsforskriften er imidlertid at det ikke fremkommer klarere hvilke tvangsmidler som kan benyttes. Samt hvor grensene går for hva som anses som et tvangsmiddel og hva som utføres som en del av omsorgen.

5 Muligheten til å foreta kroppsvisitasjon

5.1 Innledning

For å oppnå formålet med oppholdet kan det være nødvendig å føre kontroll med at barnet ikke besitter gjenstander som er farlig for seg selv eller andre på institusjonen. Eksempelvis vil det for et barn som sliter med rusmisbruk være negativt for oppholdet om barnet har tilgang til rusmidler på institusjonen.

Bvl. § 5-9 fjerde ledd bokstav b gir departementet hjemmel til å gi forskrift for å hindre at det bringes inn «rusmidler eller farlige gjenstander» i institusjonen. Barne- og likestillingsdepartementet har uttalt at det av hensyn til institusjonens sikkerhet, må være

adgang til å få kontroll over hva som kommer inn på enkelte institusjoner.¹¹¹ I rettighetsforskriften § 15 første ledd er det adgang til å foreta kroppsvisitasjon

«ved inntak eller under opphold i institusjonen ... dersom det foreligger begrunnet mistanke om at beboeren besitter tyvegods, farlige gjenstander, rusmidler eller andre skadelige medikamenter».

Psykisk helsevernloven hjemler muligheten til å foreta kroppsvisitasjon i § 4-6 første ledd ved

«begrunnet mistanke om at medikamenter, rusmidler, rømningshjelpemidler eller farlige gjenstander vil bli forsøkt eller er innført i institusjon for døgnopphold».

Forarbeidene til psykisk helsevernloven begrunner kroppsvisitasjon med å vise til nødvendigheten ved tilfeller hvor pasienter forsøker å føre inn rusmidler eller andre farlige gjenstander på kroppen.¹¹²

I det følgende skal jeg se nærmere på hvordan hjemmelsgrunnlagene i de to lovverkene gir mulighet til å foreta kroppsvisitasjon. Spørsmål som reiser seg i den forbindelse er hvor terskelen for inngrep ligger etter gjeldende rett og hva inngrepet innebærer, herunder hva som kan undersøkes og hvordan kroppsvisitasjon skal gjennomføres.

5.2 Terskelen for inngrep

5.2.1 «Begrunnet mistanke» som vilkår for inngrep

Rettighetsforskriften § 15 første ledd og phvl. § 4-6 første ledd oppstiller «begrunnet mistanke» som vilkår for kroppsvisitasjon.

Terskelen for begrunnelsen er situasjonsavhengig og i stor grad basert på faglig skjønn. Det kan stilles spørsmål om *graden* av mistanke stiller seg annerledes innenfor de to lovverkene, selv med sammenfallende ordlyd.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 75.

¹¹² Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

Et spørsmål er om det stilles krav om sannsynlighetsovervekt. Vurderingen går ut på hvor stor grad av mistanke som regnes som «begrunnet» etter rettighetsforskriften. I retningslinjene til rettighetsforskriften er det uttalt at begrepet «begrunnet mistanke» krever «konkrete og individuelle forhold» som sannsynliggjør situasjoner der kroppsvisitasjon er aktuelt.¹¹³ Dette medfører at det ikke er hjemmel til å foreta rutinemessig kroppsvisitasjon. Det er ikke nok at barnet har brukt farlige medikamenter tidligere. Retningslinjene uttrykker imidlertid at forhistorien kan være et moment i vurderingen, sammen med den konkrete situasjonen.¹¹⁴ Hvis barnet ser ruset ut, er det disse konkrete ytre forholdene som kan begrunne en mistanke om at barnet har medikamenter tilgjengelig.

Den tidligere rettighetsforskriften for barneverninstitusjoner fra 1993 krevde «skjellig grunn til mistanke» som vilkår for kroppsvisitasjon.¹¹⁵ Endringen til «begrunnet mistanke» kom med forskrift fra 12.12.2002.¹¹⁶ Dette er således videreført til den nåværende rettighetsforskriften. «*Skjellig grunn til mistanke*» defineres etter straffeprosessen som en god eller rimelig grunn til mistanke, hvor det kreves sannsynlighetsovervekt.¹¹⁷ Dette medfører at det må foreligge objektive holdepunkter som gjør det mer sannsynlig at barnet besitter ulovlige gjenstander, enn at vedkommende ikke gjør det. Endringen til «*begrunnet mistanke*» ble foretatt for å senke terskelen for å gjennomføre kroppsvisitasjon.¹¹⁸ Dette må tolkes dithen at det ikke lenger kreves sannsynlighetsovervekt. Det ble i høringsnotatet vurdert å fjerne «begrunnet» og åpne opp for et enda lavere sannsynlighetskrav.¹¹⁹ Forslaget ble ikke tatt til følge, og departementet understreker at det fortsatt kreves «objektive indisier som kan begrunne mistanken».¹²⁰ Men selv om det må foreligge objektive holdepunkter for mistanken, kan subjektive momenter som barnets tidligere befatning med rusmidler legges vekt på i vurderingen.

¹¹³ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Se FOR-1993-02-09-549 § 9 – opphevet.

¹¹⁶ FOR-2002-12-12-1594 – opphevet.

¹¹⁷ John Christian Elden m.fl., *Straffeprosess – en veiledning*, punkt 9.8.2. Via <https://rettsdata.no>.

¹¹⁸ Knut Lindboe, *Barnevernloven*, 7. utgave, Oslo 2011 s. 85.

¹¹⁹ Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 24.

¹²⁰ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

Å senke terskelen for å foreta kroppsvisitasjon fra «skjellig grunn» til «begrunnet mistanke» svekket rettssikkerhet til barna. På den annen side får barnevernet større kontroll, og dermed større mulighet til å reagere og avverge en uønsket atferd på et tidligere tidspunkt.

Kravet til «begrunnet mistanke» i phvl. § 4-6 første ledd er beskrevet som et krav om «konkrete holdepunkter for mistanken».¹²¹ På samme måte som etter rettighetsforskriften er det heller ikke her adgang til å foreta rutinemessig kroppsvisitasjon.¹²² I forarbeidene er ytre faktorer som tegn på beruselse eller annen påvirkning av medikamenter, eller en atferd som kan tyde på aggressivitet eller selvmordsfare, nevnt som eksempler på slike situasjoner.¹²³ Dette gir en henvisning til at det må foreligge objektive holdepunkter for mistanken. Forarbeidene uttrykker imidlertid at personalets tidligere erfaringer med pasienten kan tas hensyn til i vurderingen.¹²⁴ Vurderingen skal basere seg på konkrete ytre forhold, hvor subjektive momenter kan inngå.

Skillet til straffeprosessens krav om «skjellig grunn til mistanke» er også nevnt i forarbeidene til psykisk helsevernloven. I den forbindelse er det klarlagt at meningsinnholdet i de to kravene er annerledes, og at terskelen for kroppsvisitasjon er lavere.¹²⁵ Det tyder på at det heller ikke etter psykisk helsevernloven kreves sannsynlighetsovervekt til mistanken for å kunne foreta kroppsvisitasjon.

Begge lovverkene legger til grunn en objektiv vurdering i kravet om «begrunnet mistanke». Det trenger ikke være sannsynlighetsovervekt, men det må foreligge konkrete holdepunkter for mistanken. Kroppsvisitasjon er en alvorlig krenkelse av den personlige integriteten og privatlivet. I retningslinjene fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet er dette fremhevet, og kroppsvisitasjon skal derfor ikke foretas i større utstrekning enn det som er helt nødvendig.¹²⁶ Det samme er lagt til grunn i forarbeidene til psykisk helsevernloven, hvor

¹²¹ Rundskriv IS-9/2012, s. 70.

¹²² Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 117.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Rundskriv Q-19/2012, s. 23.

viktigheten av at pasienten behandles med respekt er fremhevet.¹²⁷ Dette fører til at det må foreligge en klar mistanke, og terskelen bør være høy for å kunne foreta et slikt inngrep.

Hvor terskelen for «begrunnet mistanke» ligger er noe uklar, og det kan være vanskelig å sette en grense. Det kan spørres om det burde være et krav om sannsynlighetsovervekt. Det er likevel viktig at institusjonene klarer å føre en kontroll med hva beboerne besitter, og hensynet til barnas integritet kan også tilsi at terskelen ikke må være for høy. Med sannsynlighetsovervekt vil det kun være snakk om at det må antas å være *mer sannsynlig* at vedkommende er i besittelse av ulovlige gjenstander, enn at vedkommende ikke er i en slik besittelse.

5.2.2 Besittelse eller innføring av ulovlige gjenstander

5.2.2.1 Når kroppsvisitasjon foretas

Rettighetsforskriften § 15 første ledd gir adgang til å foreta kroppsvisitasjon om det foreligger mistanke om at beboeren «besitter» ulovlige gjenstander

«ved inntak eller under oppholdet i institusjonen».

Begrepet «besitter» gir indikasjoner på at mistanken er knyttet til oppbevaring på kroppen, enten i klær eller klistret til kroppen på annen måte. En kroppsvisitasjon vil ikke gi mening hvis de ikke tror at gjenstandene er på personen.

Kroppsvisitasjon kan gjennomføres både når beboeren blir inntatt i institusjonen, eller når som helst under oppholdet. På bakgrunn av at kroppsvisitasjon må være knyttet til en konkret situasjon kan den gjennomføres når som helst så lenge det foreligger begrunnet mistanke.

Phvl. § 4-6 første ledd hjemler kroppsvisitasjon når det foreligger mistanke om at nærmere angitte gjenstander

«vil bli forsøkt eller er innført i institusjon for døgnopphold».

¹²⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

Bestemmelsen er formulert annerledes enn rettighetsforskriften, og sier ingenting om hvordan gjenstandene blir innført eller oppbevares. Av samme begrunnelse som nevnt over, må pasienten være i besittelse av gjenstandene for å kunne begrunne kroppsvisitasjon. Det finnes egne regler for postkontroll, og ransakelse av rom og eiendeler som tar seg av problemstillinger for tilfeller hvor pasienten ikke selv besitter gjenstandene på kroppen. Kroppsvisitasjon kan gjennomføres både når det foreligger begrunnet mistanke om at vedkommende vil forsøke å bringe noe inn i institusjonen, og hvis det er mistanke om at noen av de angitte gjenstandene allerede er innført i institusjonen.¹²⁸

5.2.2.2 Ulovlige gjenstander

Siste vurdering hva angår terskelen for inngrep går ut på *hva* det må være begrunnet mistanke om at beboeren har i sin besittelse.

I rettighetsforskriften § 15 første ledd er det adgang til å foreta kroppsvisitasjon dersom mistanken er knyttet til

«tyvegods, farlige gjenstander, rusmidler eller andre skadelige medikamenter, for eksempel dopingmidler, samt utstyr til bruk av rusmidler og andre skadelige medikamenter.»

Et spørsmål vil være om listen er uttømmende, eller om det kan tolkes inn flere gjenstander enn de som eksplisitt fremgår av bestemmelsen. Ordlyden taler for at listen av gjenstander er uttømmende. Retningslinjene gir heller ikke uttrykk for at det kan trekkes inn andre gjenstander.¹²⁹ Dette støttes av legalitetskravet, og hensynet til integritetsvernet. Det skal være klare regler, og barna som bor på institusjon skal kunne forutberegne sin stilling. Det kan dermed ikke fattes vedtak om kroppsvisitasjon ved mistanke om beboeren besitter andre gjenstander enn de som spesifikt er nevnt.

Begrepene «tyvegods», «farlige gjenstander», «rusmidler» og «andre skadelige medikamenter» åpner likevel opp for tolkning. Tyvegods er ment å gjelde gjenstander

¹²⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 162.

¹²⁹ Rundskriv Q-19/2012, s. 22.

beboeren selv har stjålet, eller oppbevaring av tyvegods for andre.¹³⁰ Når det gjelder farlige gjenstander er det vanskelig å si spesifikt hva som omfattes, og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹³¹ Rusmidler og andre skadelige gjenstander omfatter både medikamenter med og uten ruseffekt. Ordlyden lister opp eksempler som dopingmidler, samt utstyr til bruk av rusmidler. Brukerutstyr for rusmidler kan imidlertid skape særlige tolkningsproblemer. Ordlyden taler for at rent brukerutstyr kan begrunne kroppsvisitasjon på selvstendig grunnlag. Departementet ønsket en utvidelse av anvendelsesområdet ved innføringen av alternativet av hensyn til den enkelte beboer.¹³² Det kan være betenkelig å utføre kroppsvisitasjon kun på grunnlag av mistanke om brukerutstyr. Brukerutstyret bør ikke danne selvstendig grunnlag for kroppsvisitasjon før det kan kobles sammen med rusmidler. En sprøyte vil derimot kunne anses som «farlig gjenstand». På den annen side kan det være vanskelig for de ansatte å skille mellom brukerutstyr som er helt rent, uten tilknytning til rusmidler, og brukerutstyr med rusmidler. På bakgrunn av ordlyden og uttalelsene i høringsnotatet kan også rent brukerutstyr danne grunnlag for kroppsvisitasjon.

I phvl. § 4-6 første ledd er grunnlaget for kroppsvisitasjon begrunnet mistanke om

«medikamenter, rusmidler, rømningshjelpemidler eller farlig gjenstand».

Også denne ordlyden synes å være uttømmende, og forarbeidene gir heller ikke noe grunnlag for å kunne trekke inn flere gjenstander.¹³³ Det kan dermed ikke fattes vedtak om kroppsvisitasjon på grunnlag av mistanke om andre gjenstander enn de som er nevnt i bestemmelsen. Gjenstandsbegrepene er noe forskjellig fra rettighetsforskriften, men tilsvarende for kontroll av post i phvl. § 4-5 fjerde ledd, og forarbeidene viser til at begrunnelsen for disse er den samme.¹³⁴ Begrepet «medikamenter» ble foretrukket fremfor «ikke-forskrevne medikamenter» som ble foreslått i høringsutkastet.¹³⁵ Departementet mente at alle medikamenter som det ikke er ønskelig at pasienten skal ha i sin besittelse må

¹³⁰ Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 24.

¹³¹ Rundskriv Q-19/2012, s. 25.

¹³² Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 24.

¹³³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

¹³⁴ *Op.cit.*, s. 117.

¹³⁵ *Op.cit.*, s. 115.

omfattes, både medikamenter som tidligere er forskrevet, ikke-forskrevne medikamenter, og medikamenter som er reseptfrie.¹³⁶ Det må foretas en konkret vurdering av hvilke medikamenter dette er for den enkelte pasient. «Farlig gjenstand», som også nevnt i rettighetsforskriften, er i forarbeidene uttalt til kun å omfatte gjenstander som er egnet til å volde fysisk skade.¹³⁷ Om gjenstanden anses for farlig må vurderes ut fra en konkret vurdering av pasientens tilstand. For pasienter som er innlagt på grunnlag av tvang er «rømningshjelpemidler» særlig aktuelt. Hva som omfattes av dette må vurderes konkret opp mot mistanken om at det er fare for at pasienten vil rømme.

Begge lovverkene lister opp til dels skjønnsmessige begreper med tanke på hvilke gjenstander som kan begrunne en mistanke. Psykisk helsevernloven legger opp til større grad av skjønn, hvor beslutningstakeren må foreta en konkret vurdering av hvilke gjenstander som kan begrunne en kroppsvisitasjon.

5.3 Inngrepets art

5.3.1 Undersøkelsen

I rettighetsforskriften § 15 andre ledd er det spesifisert at kroppsvisitasjon *bare* kan omfatte

«kroppens overflater, munnhulen samt gjennom søking av klær.»

Ordlyden «bare» slår fast at kun det nevnte kan undersøkes, og kroppens hulrom med unntak av munnhulen kan dermed ikke undersøkes. Undersøkelse av munnhulen er i retningslinjene begrunnet med at det kan være problematisk at beboerne gjemmer gjenstander i munnhulen, og viktigheten av ivaretagelsen av beboeren, samt hensyn til behandlingen gjør det nødvendig å avdekke slike tilfeller.¹³⁸ Undersøkelse av munnhulen kan utløse sterke reaksjoner, og oppleves svært krenkende for barnet. Det må foretas en vurdering om målet med undersøkelsen kan rettferdiggjøre krenkelsen barnet opplever. Forholdsmessighetskravet tilsier at undersøkelse av munnhulen ikke bør skje med mindre det er helt nødvendig.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 115.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Rundskriv Q-19/2012, s. 23.

Departementet påpeker at undersøkelsen bør utføres med særlig varsomhet, og gi beboeren tilstrekkelig informasjon om undersøkelsen.¹³⁹

Phvl. § 4-6 andre ledd avgrenser kroppsvisitasjon ved å forby

«[u]ndersøkelse av kroppens hulrom».

Det er i forarbeidene begrunnet med at undersøkelse av kroppens hulrom er for inngripende til å tillate.¹⁴⁰ Dette innebærer at en kroppsvisitasjon etter § 4-6 første ledd kun kan omfatte undersøkelse av kroppens overflate, samt undersøkelse av klær. Det er dermed ikke utelukket at man kan undersøke kroppens hulrom med hjemmel i nødrett, dersom det for pasienten «er fare for liv eller alvorlig helseskade».¹⁴¹

Den største forskjellen mellom regelverkene her er at rettighetsforskriften tillater undersøkelse av munnhulen, mens dette er forbudt etter psykisk helsevernloven.

5.3.2 Gjennomføringen av kroppsvisitasjon

Neste vurdering går ut på hvordan kroppsvisitasjon skal gjennomføres.

I rettighetsforskriften § 15 tredje ledd skal kroppsvisitasjon, hvis beboeren eller den ansatte ønsker det,

«gjennomføres med to ansatte til stede. Kroppsvisitasjonen skal foretas av en person av samme kjønn som beboeren, og skal skje så skånsomt som mulig.»

Unntak fra reglene kan gjøres hvis beboeren av særlige grunner ønsker det.¹⁴²

¹³⁹ Rundskriv Q-19/2012, s. 23.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

¹⁴¹ *Op.cit.*, s. 162.

¹⁴² Rundskriv Q-19/2012, s. 23.

Av hensyn til de ansattes trygghet har departementet gitt adgang til at også de ansatte kan kreve at to personer skal være til stede under undersøkelsen.¹⁴³ Kravet om at den som foretar undersøkelsen skal være av samme kjønn som beboeren, gjelder således begge.

Rettighetsforskriften § 15 tredje ledd siste punktum presiserer at kroppsvisitasjon skal skje så skånsomt som mulig. Av hensyn til den integritetskrenkelsen kroppsvisitasjon representerer har departementet understreket at kroppsvisitasjon ikke skal foretas i større utstrekning enn det formålet med bestemmelsen tilsier, og det som anses som nødvendig.¹⁴⁴ Dette er forenelig med rettighetsforskriftens § 12 og forholdsmessighetskravet. Kroppsvisitasjon kan innebære avkledning.¹⁴⁵ Det er imidlertid presisert i retningslinjene at avkledning er svært inngripende og skal bare skje dersom det anses som helt nødvendig. Dette medfører at kroppsvisitasjon i utgangspunktet skal foretas med klærne på.

Phvl. § 4-6 inneholder ingen presisering av hvordan kroppsvisitasjonen skal gjennomføres. Det er imidlertid viktig å understreke betydningen av § 4-2, og at inngrepet skal gjennomføres på en slik måte at prinsippene om integritetsvern ivaretas.¹⁴⁶ Respekten for pasientens integritet og verdighet er også presisert i forarbeidene. Her er det lagt vekt på at kroppsvisitasjon er et svært inngripende tiltak, som medfører at gjennomføringen av inngrepet må skje så skånsomt som mulig.¹⁴⁷ Det kan stilles spørsmål om det på bakgrunn av dette ligger et krav om også psykisk helsevernloven krever at kroppsvisitasjonen skal gjennomføres av en person av samme kjønn som pasienten. Som nevnt vil det for mange oppleves som en ekstra belastning om kroppsvisitasjonen gjennomføres av en person av motsatt kjønn. Det må foretas en konkret vurdering, men av hensyn til pasientens personlige integritet og verdighet bør det som et utgangspunkt foreligge et slikt krav.

Det er ikke nevnt verken i lovteksten eller i forarbeidene om loven tillater avkledning som en del av undersøkelsen. Avkledning er svært inngripende, og hensyn til pasientens verdighet og

¹⁴³ Høringsnotat fra BLD, august 2010 s. 25.

¹⁴⁴ Rundskriv Q-19/2012, s. 23.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 182.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 116.

integritet tilsier at utgangspunktet bør være at kroppsvisitasjon gjennomføres uten avkledning. Dette støttes også av kravet om at gjennomføringen skal være så skånsomt som mulig. Men av hensyn til formålet med bestemmelsen bør det være en adgang til avkledning når dette er nødvendig.

I rundskriv fra Helsedirektoratet er det uttalt at det er anledning til å benytte metalldetektor for å lokalisere farlige gjenstander med hjemmel i § 4-6.¹⁴⁸ Bruk av metalldetektor kan oppleves krenkende for pasienten, og bør derfor brukes med forsiktighet. Det må foretas en grundig forholdsmessighetsvurdering av «om effekten av tiltaket oppveier disse negative konsekvensene.»¹⁴⁹

5.4 Oppsummering

Forskjellene i reguleringen av kroppsvisitasjon er ikke like fremtredende som ved tvangstiltak i akutte faresituasjoner. Begge lovverkene har «begrunnet mistanke» som vilkår for kroppsvisitasjon, som danner grunnlaget for inngrepet. Det er riktignok ute på høring et lovendringsforslag i psykisk helsevernloven hva angår blant annet adgangen til kroppsvisitasjon.¹⁵⁰ Dette skal jeg kommentere nærmere i avslutningskapittelet. Per i dag er gjeldene rett at det kreves begrunnet mistanke både etter rettighetsforskriften § 15 første ledd og phvl. § 4-6 første ledd.

Som nevnt i kapittel 4 er det en svakhet med psykisk helsevernloven at den ikke gir uttrykk for barns sårbarhet, og deres behov. Psykisk helsevernloven legger i større grad opp til skjønn, og av den grunn burde lovbestemmelsen gi uttrykk for skillet mellom barn og voksne. Lovbestemmelsen i psykisk helsevernloven mangler klarere regler for gjennomføringen av inngrepet. Presiseringen av gjennomføringsmåten i rettighetsforskriften er med på å styrke barnets rettssikkerhet og forutberegnelighet ved kroppsvisitering. Det er viktig at de ansatte har klare regler for hvordan de skal gå frem ved en kroppsvisitasjon. Det skaper trygghet både for barnet og de ansatte. Det er en svakhet at psykisk helsevernloven ikke inneholder klarere regler for gjennomføringen av inngrepet.

¹⁴⁸ Rundskriv IS-9/2012, s. 71.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Høringsnotat fra HOD, oktober 2015 punkt 6.5.

Utenom de svakheter som er påpekt er bestemmelsene ganske like. Dette kan begrunnes med at det er de samme grunnleggende verdiene som ligger til grunn, uansett om man tilhører barnevern eller psykisk helsevern. Reglene bygger i stor grad på integritetsvernet og at hvert enkelt menneske skal behandles med respekt.

6 Adgangen til å sette begrensninger i retten til fri forbindelse med omverden

6.1 Innledning

I enkelte tilfeller kan det være ønskelig at barnet ikke har kontakt med personer som kan utøve en påvirkning som strider mot formålet med institusjonsplasseringen. Eksempelvis vil det være uheldig for et barn som sliter med rusmisbruk å være sammen med personer som har samme problem.

I noen tilfeller medfører et institusjonsopphold en naturlig begrensning i kontakt med omverden. Barn som bor på institusjon har likevel som et utgangspunkt rett til besøk, bevegelsesfrihet, sende og motta post, samt benytte seg av telefon.

Retten til fri forbindelse med omverden omfatter flere rettigheter. I denne delen avgrenser jeg til kun å behandle adgangen til å sette begrensninger i *besøksretten*. Grunnen til dette er at det etter min mening er mer tvilsomt å begrense besøksretten når det gjelder barn, sammenlignet med voksne. Barndommen er en særlig formative fase, og barn bør i større grad opprettholde kontakt med sin familie og sine venner med tanke på en gjenforening.

I rettighetsforskriften følger utgangspunktet om retten til samvær og besøk av § 10. Adgangen til å sette begrensninger i besøksretten er hjemlet i § 23 første ledd, når det er

«nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen.»

I psykisk helsevernloven følger utgangspunktet om retten til fri kommunikasjon med omverden, herunder besøk, av § 4-5 første ledd. Adgangen til å vedta begrensninger i retten følger av § 4-5 andre ledd for personer som er underlagt *tvungent psykisk helsevern*,

«i den utstrekning sterke behandlingsmessige eller velferdsmessige hensyn eller sterke hensyn til nærstående person gjør dette nødvendig.»

Både rettighetsforskriften og psykisk helsevernloven bygger på utgangspunktet om at retten til fri kommunikasjon med omverden står sterkt. Dette medfører at begge lovverkene har strenge vilkår for begrensninger.

I det følgende skal jeg se nærmere på hjemmelsgrunnlagene. Første spørsmål som reiser seg er hvor terskelen for inngrep i besøksretten ligger. Dernest hvilke begrensninger som kan fastsettes, herunder hvem barnet ikke kan få besøk av. Endelig kan det stilles spørsmålstegn med hvor lenge det er adgang til å opprettholde begrensningen.

6.2 Terskelen for inngrep

6.2.1 Plasseringsgrunnlaget

Første spørsmål er om besøksrestriksjoner kan gjennomføres overfor alle barn på institusjon, uavhengig plasseringsgrunnlag.

Reglene i rettighetsforskriften kapittel 4 gjelder kun for barn som er plassert på grunnlag av «alvorlige atferdsvansker», jf. bvl. §§ 4-24 eller 4-26, jf. rettighetsforskriften § 21 første punktum. Også beboere som er plassert etter midlertidige vedtak etter bvl. § 4-25 andre ledd andre punktum omfattes, jf. § 21 andre punktum.

Forarbeidene til barnevernloven uttrykker behov for å tilpasse reglene etter type institusjon.¹⁵¹ Særlig lukkede institusjoner og institusjoner med tvangsplasseringer har barn med særegne behov, som kan gjøre det nødvendig med ytterligere begrensninger. Barn som er plassert etter bvl. § 4-24 har et behandlingsbehov. Grunnlaget for plasseringen er barnets normbrytende

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) s. 76.

atferd, og har ikke noe med foreldrenes omsorgsevne å gjøre. Det er barnet som trenger behandling for å styrke sine utviklingsmuligheter.

Adgangen til å sette begrensninger i besøksretten etter § 23 første ledd er ikke mulig overfor barn som er plassert etter reglene om omsorgsovertakelse, jf. bvl. § 4-12 eller frivillig plassering, jf. bvl. § 4-4 femte ledd.

I psykisk helsevernloven § 4-5 andre ledd første punktum er det satt som vilkår at begrensninger i retten til kommunikasjon med omverden etter første ledd bare kan vedtas overfor

«den som er under tvungent psykisk helsevern», jf. § 3-3.

Dette medfører at barn som er plassert på grunnlag av samtykke ikke kan bli møtt med besøksrestriksjoner etter § 4-5 andre ledd.

Barn som er under tvungent psykisk helsevern har en «alvorlig sinnslidelse», jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 3. På samme måte som bvl. § 4-24, viser phvl. § 3-3 til et behandlingsbehov. Forarbeidene til psykisk helsevernloven uttrykker at hensynet til gjennomføringen av behandlingen kan nødvendiggjøre begrensninger i retten til fritt å kunne kommunisere med omverden.¹⁵² På grunnlag av dette er det de behandlingsmessige hensyn som danner grunnlaget for besøksrestriksjoner overfor pasienter som er under tvungent psykisk helsevern.

Begge lovverkene stiller kvalifiserte krav til plasseringsgrunnlaget.

6.2.2 Kravet til nødvendighet som vilkår

Både rettighetsforskriften § 23 første ledd og phvl. § 4-5 andre ledd første punktum stiller krav om at begrensningen må være «nødvendig».

Begrepet «nødvendig» må forstås som at formålet ikke kan oppfylles på andre måter, og gir også en henvisning til det mildeste inngreps prinsipp. Begrensninger i besøksretten er svært

¹⁵² Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 112.

inngripende, noe som tilsier det at det må foreligge en klar faglig begrunnelse for å kunne nekte besøk i den konkrete situasjon. Avgjørelsen beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. Vurderingen videre er hvilke formål og hensyn som kan begrunne nødvendighetskravet.

Etter rettighetsforskriften § 23 første ledd kan det settes begrensninger i beboerens rett til besøk

«hvis det er nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen.»

Første spørsmål er hva som ligger i «formålet med plasseringen». Bestemmelsen knytter begrensningen opp mot plasseringsgrunnlaget i bvl. § 4-24. Forståelsen av hva som er formålet med plasseringen må bero på en faglig vurdering av vedtaket og hvilke planer som er lagt for barnet.¹⁵³ Dette medfører at det må gjøres en konkret vurdering av hva som er nødvendig for hvert enkelt barn, i den enkelte situasjon. Det er derfor vanskelig å gi et konkret svar. Som et eksempel kan det sies å være nødvendig å nekte barnet besøk fra personer som kan påvirke barnet i en negativ retning. En del av formålet med plasseringen av barn med «alvorlige atferdsvansker» vil være å hindre barnet i å komme i problemer, og styrke deres utviklingsmuligheter. En begrensning i besøksretten vil være med på å beskytte barnet mot negativ påvirkning. Uten en slik adgang vil det være enkelt å undergrave formålet.

Neste spørsmål er hva som ligger i hensynet til «behandlingsopplegget». Barn med «alvorlige atferdsvansker» har som nevnt et behandlingsbehov begrunnet i deres normbrytende atferd. Når formålet med besøksrestriksjonene er begrunnet i behandlingsopplegget, betyr det at gjennomføringen av behandlingen skal være mest mulig tilfredsstillende. I retningslinjene er det uttalt at besøksrestriksjoner er særlig aktuelt dersom en eller flere personer vil kunne ha en negativ innvirkning på behandlingen.¹⁵⁴ Begrensningen må være nødvendig for å beskytte barnet og gi det den behandlingen barnet trenger.

¹⁵³ Rundskriv Q-19/2012, s. 30.

¹⁵⁴ *Op.cit.*, s. 32.

Om det er adgang til å nekte besøk i institusjon må vurderes konkret. Dette medfører at besøksrestriksjoner må være i samsvar med det som anses å være det beste for barnet i det aktuelle tilfellet. Retningslinjene til rettighetsforskriften gir uttrykk for at terskelen for begrensningene er forholdsvis høy, og omtaler bestemmelsen som en «unntaksregel som skal anvendes med forsiktighet».¹⁵⁵ Det skal dermed ganske mye til for å kunne nekte besøk. En nyansering i den skjønsmessige vurderingen følger av § 23 andre ledd. Her er det uttrykt at det ikke er adgang til å nekte besøk hvis det vil være «urimelig overfor beboeren». Hva som er urimelig må vurderes i hvert enkelt tilfelle, og fører med seg en forholdsmessighetsvurdering av inngrepet. Hensynene bak nektelsen av besøk må vurderes opp mot hensynet til beboeren, og rettfærdiggjøre de ulempene begrensningene medfører.

I psykisk helsevernloven følger adgangen til å sette begrensninger i retten til besøk av § 4-5 andre ledd første punktum

«i den utstrekning sterke behandlingsmessige eller sterke velferdsmessige hensyn eller sterke hensyn til nærstående person gjør dette nødvendig.»

Bestemmelsen stiller med dette opp tre alternative vilkår, jf. ordlyden «eller». Det er kun de nevnte hensyn som kan begrunne innskrenkninger i retten til kommunikasjon med omverden for de som er under tvungent psykisk helsevern. Ordlyden «sterke» hensyn legger terskelen for begrensninger høyt, som medfører at det skal mye til for å kunne vedta begrensninger i retten. I forarbeidene er dette beskrevet som et kvalifikasjonskrav, og at det bør være et uttrykk for en unntakssituasjon.¹⁵⁶ Det er lagt vekt på at retten til fri kommunikasjon skal være hovedregelen også for pasienter under tvungent psykisk helsevern.¹⁵⁷ Begrensninger i besøksretten skal brukes med forsiktighet, og holdes på «et absolutt minimum».¹⁵⁸ Dette samsvarer med forholdsmessighetskravet, og at hensynene som begrunner inngrep må være betydelig sterkere enn barnets interesser.

¹⁵⁵ Rundskriv Q-19/2012, s. 32.

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 114.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

De tre alternative kravene som kan begrunne begrensninger er både hensyn som angår pasienten selv og behandlingen, og hensyn til andre personer. Når det gjelder saker som angår barn er det imidlertid hensynet til barnets beste som skal være et grunnleggende hensyn.¹⁵⁹ Som en følge av dette bør det derfor mer til for å begrunne inngrep ut fra hensyn til andre personer enn barnet selv.

Det kan stilles spørsmålsteget ved hva som ligger i «behandlingsmessige», «velferdsmessige» og «hensyn til nærstående person».

Hva som ligger i «behandlingsmessige» hensyn beror på en konkret vurdering, ut fra hvilket behandlingsbehov barnet har. Forarbeidene beskriver det som situasjoner hvor pasienten er i en tilstand som gjør at kommunikasjon med omverden vil være uheldig for pasientens sykdom.¹⁶⁰ Det kan være at barnet er svært sårbar eller ustabil som gjør at et besøk kan påvirke behandlingen negativt. I slike tilfeller vil det være anledning til å sette begrensninger.

Begrepene «velferdsmessige» hensyn og «hensyn til nærstående person» er mer uklart, og kan omfatte ulike situasjoner. I forarbeidene er det nevnt en rekke eksempler på hva som kan omfattes. Eksempelvis er det nevnt tilfeller hvor pasientens sykdomsbilde fører med seg en ukontrollert atferd som kan medføre stor skade for seg selv eller andre personer.¹⁶¹ Dette kan tolkes dithen at det må foretas en konkret vurdering av om kontakt med enkelte personer medfører en belastning for barnet. Hensynet til nærstående er tatt med i bestemmelsen med utgangspunkt i tanken om rehabilitering etter oppholdet på institusjon.¹⁶² En begrensning av hensyn til nærstående er tilsynelatende begrunnet i å begrense potensielle skadevirkninger som kan ha betydning for miljøet utenfor institusjonen når tiden for utskrivning kommer. Hensynet til barnets beste tilsier imidlertid at det er hensynet til barnets interesser og behov som skal være styrende i vurderingen. Dette medfører at hensynet til nærstående personer ikke står like sterkt når det er snakk om begrensninger i besøksretten for barn. Det er likevel en presumsjon for at et godt miljø med familien er det beste for barnet. Av den grunn vil det

¹⁵⁹ Se punkt 2.7.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 114.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Rundskriv IS-9/2012, s. 68.

være en forutsetning for begrensningen at en eventuell kontakt vil kunne skade forholdet med de utenfor, og derfor det beste for barnet å sette besøksrestriksjoner.

Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering av barnets behov, og hvem som nektes besøk. Terskelen for å sette begrensninger i retten til besøk etter psykisk helsevernloven er svært høy. Hensynet til barnets beste tilsier at begrensninger i besøksretten bare kan gjennomføres hvis det vil være det beste for barnet i den konkrete situasjon.

6.3 Inngrepets art

6.3.1 Adgang til å nekte beboeren besøk

I rettighetsforskriften følger beboerens rett til besøk av § 10. Den innebærer en rett til besøk av foreldre og andre som barnet måtte ønske så lenge det oppholder seg på institusjonen.¹⁶³ Det er viktig å opprettholde kontakt med tanke på en senere gjenforening, samt at retten til privatliv innebærer en rett til å ha kontakt med de man selv ønsker.

Rettighetsforskriften § 23 første ledd gir institusjonen adgang til å

«nekte beboeren besøk».

Bestemmelsen sier ingenting om hvem barnet kan nektes besøk av. Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved hvem som omfattes av besøksnektelsen. Ordlyden tyder på at all form for besøk kan nektes. Både fra familie og venner. I retningslinjene fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet er det imidlertid forutsatt at begrensningene i § 23 første ledd ikke gir adgang til å begrense samvær med barnet og dets foreldre.¹⁶⁴ Et vedtak etter § 4-24 eller § 4-26 innebærer ingen formell omsorgsovertakelse, og deres samværsrett følger av bvl. § 4-19 første ledd. Rettighetsforskriften § 23 er i større grad beregnet på tilfeller hvor beboeren får besøk fra miljøer som vil være negativt for behandlingen.¹⁶⁵ Det kan være venner fra et uheldig miljø, som institusjonen vil holde borte fra barnet av hensyn til behandlingen. Rettighetsforskriften § 23 er likevel ikke til hinder for begrensninger i samværsretten til

¹⁶³ Rundskriv Q-19/2012, s. 16.

¹⁶⁴ Rundskriv Q-19/2012, s. 32.

¹⁶⁵ *Ibid.*

foreldrene, som følge av nødrettsbetraktninger. Det er klart at foreldrene må kunne nektes besøk hvis det er fare for at barnet blir skadet. Retningslinjene påpeker at besøket må utøves slik at det er forenelig med institusjonsoppholdet.¹⁶⁶ På bakgrunn av dette må det kunne settes begrensninger i besøksretten, selv av foreldrene, hvis det viser seg at besøket er forstyrrende for behandlingsopplegget. Eksempelvis om mor eller far er ruset, og barnet er plassert på grunnlag av rusbehandling.

Det følger videre av retningslinjene at § 23 ikke under noen omstendigheter gir rett til å nekte besøk av advokat, barneverntjenesten, tilsynsmyndighet, helsepersonell, prest annen sjelesørger eller lignende, jf. § 3 andre ledd.¹⁶⁷ Besøk av de nevnte organene vil aldri kunne være negativt for verken plasseringsgrunnlaget eller behandlingsopplegget, og kan dermed ikke begrunnes etter § 23 første ledd.

Retten til besøk etter psykisk helsevernloven følger av § 4-5 første ledd. Det er like viktig for barn med psykiske lidelser å kommunisere med nærstående personer, familie eller venner.

Phvl. § 4-5 andre ledd første punktum gir institusjonens adgang til å

«vedta innskrenkninger i retten som nevnt i første ledd».

Dette innebærer at institusjonen har adgang til å sette begrensninger i barnets rett til besøk. Spørsmålet blir også her hvem som omfattes av besøksnektelsen. Ordlyden tyder på at all form for besøk omfattes. Heller ikke forarbeidene har spesifisert hvem som omfattes av besøksnektelsen. En begrensning i besøksretten kan føre til at besøk fra både familie og venner kan nektes. Retten til familieliv innebærer en rett for barnet til å opprettholde kontakt med sin familie, selv under et institusjonsopphold. Dette fører med seg et strengere krav til besøksrestriksjoner mellom barn og foreldre. I rundskrivet fra Helsedirektoratet er det presisert at bestemmelsen gir adgang til å begrense kontakt mellom foreldre og barn, i tilfeller hvor en forelder er pasient.¹⁶⁸ Det er imidlertid forutsatt et høyere krav, med klare holdepunkter for at besøket vil skade relasjonen mellom barn og foreldre. Dette er i samsvar

¹⁶⁶ Rundskriv Q-19/2012, s. 32.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Rundskriv IS-9/2012, s. 68.

med det som er nevnt i punkt 6.2.2. om hensynet til «nærstående personer». Selv om det ikke er nevnt forhold hvor barnet er pasient, bør det være minst like strenge krav i slike tilfeller.

På samme måte som rettighetsforskriften setter phvl. § 4-5 tredje ledd et forbud mot innskrenkninger i retten til kommunikasjon med visse offentlige eller private organer.

I den utstrekning det kan fattes vedtak etter phvl. § 4-5 andre ledd, forutsetter forarbeidene at pasienten får nødvendig informasjon om sine pårørende og andre forhold utenfor institusjonen som har betydning for pasienten.¹⁶⁹ Dette fører til en styrking av pasientens integritet, og er med på å hindre at pasienten blir isolert som følge av begrensningene.

6.4 Inngrepets varighet

Tiden påvirker vedtakets inngripende effekt. Jo lengre varighet, desto mer inngripende er begrensningen. Nødvendighetskriteriet legger føringer for varigheten ved at vedtaket ikke skal være mer inngripende enn nødvendig.

I rettighetsforskriften § 23 første ledd andre punktum er grensen for vedtaksperiodens lengde satt til «inntil 14 dager av gangen». Ordlyden taler for at det er en maksimumsgrense. Barne-, likestilling- og inkluderingsdepartementet slår fast at kommentarene til vedtaksperiodens lengde i § 22 gjelder tilsvarende for § 23.¹⁷⁰ Her er det gitt uttrykk for at bestemmelsen imidlertid ikke legger hindringer for å forlenge begrensningen over 14 dager.¹⁷¹ Det må foretas en ny vurdering og treffes et nytt vedtak.¹⁷² Dette kan føre til at inngrepet kan opprettholdes over lang tid. Barnets behov med tanke på en gjenforening etter endt opphold tilsier imidlertid at inngrepet ikke bør opprettholdes over for lang tid.

Fastsettelsen av inngrepets varighet beror på en vurdering av hvor lenge det antas å være behov for begrensningen i hvert enkelt tilfelle.¹⁷³ Det må på bakgrunn av dette avgjøres

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 114.

¹⁷⁰ Rundskriv Q-19/2012, s. 33.

¹⁷¹ Rundskriv Q-19/2012, s. 31.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

konkret hvor lenge det er nødvendig å opprettholde begrensningene for det enkelte barnet. At vedtaket ikke kan opprettholdes lengre enn nødvendig er slått fast i § 23 første ledd andre punktum. Dette gjelder også innenfor rammen på 14 dager. Barnets behov vil kunne variere i løpet av oppholdet, og det fører med seg et krav til at institusjonen fortløpende må vurdere om begrensningene kan opprettholdes. Dersom det ikke lenger foreligger faktiske forhold som nødvendiggjør inngrepet, skal vedtaket opphøre. I samsvar med kravet om forholdsmessighet, bør det kreves at nødvendigheten vurderes oftere jo mer inngripende vedtaket er.

Tilsvarende som i rettighetsforskriften kan vedtaksperioden etter psykisk helsevernloven § 4-5 andre ledd fastsettes inntil 14 dager av gangen. I forarbeidene til psykisk helsevernloven presiseres det at grensen er en maksimumsregel, og det avgjørende for om vedtaket skal opprettholdes er at det fortsatt er nødvendig.¹⁷⁴ Selv om det ikke er spesifisert i bestemmelsen, fører det med seg et krav om at institusjonen hele tiden må vurdere om inngrepet skal opprettholdes, også innenfor de 14 dagene.

Det er også presisert i forarbeidene at inngrep i retten til fri kommunikasjon i utgangspunktet bare kan forsvares som tiltak i «helt kortvarige krisepregede situasjoner».¹⁷⁵ Det kan tolkes dithen at hovedregelen er at vedtaket ikke skal opprettholdes over lengre perioder. Det avgjørende for opprettholdelsen av vedtaket er at barnets behov tilsier at det er nødvendig. Det er derfor også her mulighet for å forlenge begrensningene ut over 14 dager. Det må imidlertid fattes et nytt vedtak. I realiteten kan begrensninger i besøksretten på samme måte som etter rettighetsforskriften forsvares over relativt lang tid. Som nevnt over bør det likevel utøves forsiktighet når det er snakk om barn. Opprettholdelse av vedtaket bør derfor ikke gå over lengre tid.

6.5 Oppsummering

Rettighetsforskriften har flere bestemmelser om begrensninger i forbindelsen med omverden. I tillegg til begrensninger i retten til besøk i § 23, er det også adgang til å sette begrensninger i bevegelsesfriheten og bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Psykisk helsevernloven

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 114.

¹⁷⁵ *Op.cit.*, s. 113.

har samlet all kommunikasjon med omverden i én bestemmelse, som omfatter besøk, bruk av telefon, samt motta og sende post, jf. phvl. § 4-5 første ledd.

Terskelen for inngrep er forholdsvis høy etter både rettighetsforskriften § 23 og phvl. § 4-5 andre ledd. Begge lovverkene stiller for det første særlig krav til plasseringsgrunnlaget. Dette medfører at det kun i kvalifiserte tilfeller er adgang til å sette begrensninger. På den annen side er adgangen til å sette begrensninger betydelig større for de som er tvangsplassert på grunnlag av en utfordrende atferd.

Psykisk helsevernloven gir imidlertid uttrykk for en høyere terskel enn rettighetsforskriften, som er med på å styrke rettssikkerheten. Der rettighetsforskriften stiller krav til alminnelig nødvendighet, stiller psykisk helsevernloven krav til et nødvendighetskrav begrunnet i sterke hensyn.

På den andre siden, er psykisk helsevernloven mer uklar når det gjelder innholdet i nektelsesretten. Rettighetsforskriften gir som et utgangspunkt ikke begrensninger i retten til å nekte samvær mellom barnet og foreldrene. Psykisk helsevernloven regulerer ikke dette, og det er en svakhet at den ikke gir uttrykk for tilfeller hvor barnet er pasient, og legger strengere krav til begrensninger av samvær mellom barn og forelder. Bestemmelsen er lite tilgjengelig overfor barn som pasientgruppe.

7 Avslutning: Rettssikkerhetsbetraktninger

7.1 Innledning

Det er først og fremst uheldig at barnets utfordrende atferd kan subsumeres under flere regelverk. Det blir uoversiktlig for både brukere og behandlere. I tillegg skaper det utfordringer i avgjørelsen av hvilken institusjon barnet skal plasseres i. Flere alternativer gir mulighet til å tilpasse plasseringen etter barnets behov. Utfordringen er når de rettslige ulikhetene i reguleringen av tvangstiltak ikke kan begrunnes ut fra faktiske ulikheter i barnets behov. Dette kan føre til situasjoner hvor valg av institusjon gjøres ut fra hvordan regelverket er utformet, og ikke det som er det beste alternativet ut fra barnets behov.

Staten er forpliktet etter barnekonvensjonen til å iverksette tiltak for å sikre barns grunnleggende rettigheter. Gjennom lovgivningen må staten stille krav for å styrke barns rettslige stilling i nasjonal lovgivning. Grunnlovfesting av barns rettigheter er et steg i riktig retning, men en gjennomgang av tvangslovgivningen overfor barn er nødvendig.

7.2 Rettspolitisk vurdering

Jeg har sett på tre forskjellige typer tvangsinngrep med utgangspunkt i barnevernloven og psykisk helsevernloven. Det har gjort det mer fremtredende at det foreligger to regelverk som er ulikt utformet med tanke på å anerkjenne barns rettigheter.

Når det gjelder bruk av tvang under opphold i institusjon går barnevernloven i retning av en formell rettssikkerhetsmodell. Rammer for inngrep følger av bvl. § 5-9, som videre er utdypet i forskrift. Utgangspunktet er at barn som oppholder seg i institusjon innehar de samme rettighetene som andre barn, og at tvang ikke skal benyttes. Unntak fra dette er hvis inngrep er nødvendig av hensyn til barnet selv, eller til trygghet og trivsel på institusjonen. Det mest kritikkverdige er at tvangsreglene er regulert i forskrift, og ikke fremkommer av barnevernloven selv.

Rettighetsforskriften inneholder ikke så sterke rettssikkerhetsgarantier som jeg mener bør foreligge. Mange av de materielle vilkårene er upresise og ikke så omfattende som de burde være ved inngripende tiltak. Det foreligger svært lite rettspraksis på området, og dermed er det desto viktigere at lovverkene er presist utformet. Det forventes i større grad at barnet ivaretar sine egne interesser. Det bør derfor ikke være rom for tvil i vurderingene.

Psykisk helsevernloven skiller seg fra barnevernloven, først og fremst fordi den i liten grad skiller mellom barn og voksne. Det er kun deler av § 4-8 om bruk av tvangsmidler i akutte faresituasjoner som nevner tilfeller hvor pasienten er barn, og da kun barn under 16 år. Det er en svakhet med psykisk helsevernloven at den ikke får frem barns særlige sårbarhet. Psykisk sykdom kan arte seg forskjellig for barn og voksne. Det blir uklart om hvorvidt bestemmelsene i kapittel 4 er tilpasset barn, og kommer til anvendelse overfor de. Ordlyden skiller imidlertid kun mellom frivillig og tvungent psykisk helsevern. Barn over 16 år som er tvangsinnlagt etter § 3-3 risikerer å bli møtt med samme inngripende tvang som voksne.

Utfordringen er gråsoneproblematikken hvor det kan være vanskelig å skille regelverkene fra barnas behov. Barnevernloven retter seg mot barnets behov for omsorg og trygghet. Psykisk helsevernloven har en mer helserettslig tradisjon, hvor behandling er en større del av oppholdet. Som nevnt innledningsvis er det ikke alltid et like klart skille mellom de behovene for barn med en utfordrende atferd. For å sikre denne barnegruppen størst mulig rettssikkerhet, bør det vurderes å lage en felles lov om tvang mot barn. Hvis det har seg sånn at faglige hensyn tilsier at det må foreligge et skille mellom regelverkene, bør et minstekrav uansett være harmoni.

Barnevernloven bør i større grad få frem forholdet til psykisk helsevern, og få til en avklaring for de barna som kommer i grenselandet. Selv om jeg ikke har tatt stilling til de personelle spørsmålene bør det i tillegg etter min mening vurderes om en styrking av barnevernutdanningen må til. Styrking av kompetansen kan føre til at flere barn får riktig hjelp. Kunnskap om psykiske lidelser i barnevernet kan bidra til dette.

28. november 2014 ble det satt ned et lovutvalg for endring av barnevernloven. Formålet er å bedre barns rettssikkerhet med en mer sammenhengende, oversiktlig og tidsriktig barnevernlov. Trude Haugli, professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultetet ved Universitetet i Tromsø er satt til å lede utvalget. Det er positivt at det nå ser ut til å bli endringer i barnevernloven. Det støtter min oppfatning at behovet er der.

Psykisk helsevernloven må få inn regler som i større grad er tilpasset barn. Den bør få frem forskjellen mellom barn og voksne, og tilpasse reglene til de ulike pasientgruppenes behov.

Det er for øyeblikket et lovforslag til psykisk helsevernloven ute på høring. Forslaget gjelder muligheten til å foreta kroppsvisitasjon som en rutinemessig undersøkelse.¹⁷⁶ Bakgrunnen for dette er at det foreligger rapporter som tyder på at inngrepet i stor grad blir gjennomført rutinemessig, til tross for at loven stiller krav om «begrunnet mistanke», jf. phvl. § 4-6.¹⁷⁷ Hvis forslaget blir tatt til følge, vil forskjellen til barnevernloven bli betydelig større. Etter

¹⁷⁶ Høringsnotat fra HOD, oktober 2015 punkt 6.5.

¹⁷⁷ Ellen Kjelsberg og Pål Hartvig, «Ransaking av pasienter innlagt i psykiatriske avdelinger», Kompetansesenter for sikkerhet-, fengsel- og rettspsykiatri Helseregion Sør-Øst, prosjektrapport 2008-1.

min mening blir dette et steg i feil retning. Det vil være en ulempe for barn i grenseland mellom barnevern og psykisk helsevern å bli møtt med flere forskjeller i regelverkene. For å sikre barn størst mulig rettssikkerhet bør barn fortsatt ha som et minstekrav for kroppsvisitasjon at det må foreligge en klar mistanke.

Helseminister Bent Høie kom med en kronikk i Aftenposten 11.04.16, hvor han kritiserte dagens tvangsregler.¹⁷⁸ Han uttrykker et behov for å tilpasse reglene i større grad etter de ulike pasientgruppenes behov, med blant annet egne regler for barn og unge. Han mener også at det bør vurderes ett felles regelverk for tvang. Det er positivt at helseministeren har satt problemstillingen på dagsorden. Det tyder på at det kan komme endringer som kan bidra til å styrke barns rettslige stilling.

Det er styrker og svakheter ved begge lovverkene. Det er uansett et gjennomgående trekk at barnevernloven i større grad enn psykisk helsevernloven anerkjenner barns rettigheter. For å svare på min problemstilling er det barnevernloven som i størst grad ivaretar barns rettssikkerhet. Men vi må ikke si oss fornøyd av den grunn. Ulikheter i regelverkene bidrar til å svekke barns rettssikkerhet. Et forslag om ett lovverk som skal ta utgangspunkt i den enkeltes behov og ressurser, vil helt klart være en styrking av rettssikkerheten.

¹⁷⁸ <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Bruken-av-tvang-i-psykiatrien-gar-ikke-ned-Det-kan-vi-ikke-leve-med--Bent-Hoie-8421476.html>.

Kildeliste

Lover:

Grunnloven	Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
Barnelova	Lov 08.04.1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Barnevernloven	Lov 17.07.1992 nr. 100 om barneverntjenester.
Menneskerettsloven	Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Spesialisthelsetjenesteloven	Lov 02.07.1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.
Psykisk helsevernloven	Lov 02.07.1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov 02.07.1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.
Straffeloven	Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff.
Tvisteloven	Lov 17.06.2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Vergemålsloven	Lov 26.03.2010 nr. 9 om vergemål.

Internasjonale konvensjoner:

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon av 04. november 1950 – Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
-----	---

Wienkonvensjonen

Wienkonvensjonen om tolkning av traktater av 23. mai 1969 – Vienna Convention on the Law of The Treaties.

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 – Convention on the Rights of the Child.

Rettspraksis:

Høyesterett

RT. 1981 s. 745

Lagmannsretten

RG. 2002 s. 195 (Frostating)

Den europeiske menneskerettsdomstol

Christine Goodwin vs. The United Kingdom, 11. juli 2002.

Vojnity vs. Hungary, 12. februar 2013.

Forarbeider og stortingsdokumenter:

Ot.prp. nr. 44 (1991–1992)

Om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

Ot.prp. nr. 11 (1998–1999)

Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).

Ot.prp. nr. 65 (2005–2006)

Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv.

Ot.prp. nr. 104 (2008–2009)

Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.).

Prop. 43 L (2011-2012)

Endringer i barnevernloven.

Prop. 106 L (2012–2013)

Endringer i barnevernloven.

Innst. 186 S (2013–2014)

Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Dok. nr. 16 (2011–2012)

Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Forskrifter:

FOR-1993-02-09-549 (opphevet)

Forskrift om rettigheter under opphold i barneverninstitusjon.

FOR-2002-12-12-1594 (opphevet)

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon.

FOR-2011-11-15-1103

Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon, (rettighetsforskriften).

FOR-2011-12-16-1258

Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften).

Rundskriv:

Rundskriv Q-19/2012

Rundskriv fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Retningslinjer til forskrift 15. november 2011 om rettigheter og

*bruk av tvang under opphold på
barneverninstitusjon (rettighetsforskriften).*

Rundskriv IS-9/2012

Rundskriv fra Helsedirektoratet. *Psykisk
helsevernloven og psykisk helsevernforskriften
med kommentarer.*

Høringsnotater:

Høringsnotat fra BLD

Høringsnotat fra Barne-, likestillings- og
inkluderingsdepartementet. *Revidering av
forskrift om rettigheter og bruk av tvang under
opphold i barneverninsitusjon, august 2010.*

Høringsnotat fra HOD

Høringsnotat fra Helse- og
omsorgsdepartementet. *Forslag til endringer i
psykisk helsevernloven – kontroll for å hindre
innføring av legemiddel, rusmiddel, skadelige
stoff, farlige gjenstander og
rømmingshjelpemiddel, oktober 2015.*

Juridisk litteratur:

Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og
adopsjon* (Bergen 2008).

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, «Barneperspektiv i rettsvitenskapelig forskning»,
Rætfærd 2011 s. 79–99.

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave (Oslo 2015).

Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn – En praktisk
tilnærming til et teoretisk problem», *Lov og Rett 2006*, s 83–97.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (red.) (Oslo 2001).

Elden, John Christian, Anders Brosveet og Håkon Bodahl-Johansen, *Straffeprosess – en veiledning* (2012) via <https://rettsdata.no>.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave (Oslo 2007).

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave (Oslo 2000).

Haugli, Trude, «Barns rettssikkerhet», J.P. Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009, s. 173–184.

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 4. utgave (Oslo 2010).

Lilleholt, Kåre, *Knops oversikt over Norges rett*, 13. utgave (Oslo 2009).

Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 7. Utgave (Oslo 2011).

Oftstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 4. utgave (Oslo 2004).

Ohnstad, Bente, *Velferd, rettssikkerhet og personvern* (Bergen 2011).

Riedl, Tore Roald og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utgave (Oslo 2014).

Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse* (Oslo 2003).

Sigurdson, Randi, «Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer», *Rættferd 2014*, s. 43–59.

Sigurdson, Randi, «Rett til barneverntjenester», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2015*, s. 316 – 345.

Sigurdson, Randi, *Tvangsplassering av barn med utfordrende atferd – En sammenligning av regler i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og psykisk helsevernloven* (Bergen 2015).

Smith, Lucy, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», Høstmølingen m.fl. (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Oslo 2012, s. 17–30.

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave (Oslo 2007).

Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FN's barnekonvensjon og norsk rett*, Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultetets skriftserie nr. 115, 2009.

Søvig, Karl Harald, *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten* (Bergen 2015).

Tranøy, Knut Erik, *Medisinsk etikk i vår tid*, 4. utgave (Bergen 2005).

FNs barnekomite:

General Comment No. 5 (2003)

General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6).

General Comment No. 7 (2005)

Implementing child rights in early childhood.

General Comment No. 15 (2013)

on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24).

General Comment No. 14 (2013)

on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1).

Andre kilder:

Kayed, Nanna S. m.fl., Resultater fra forskningsprosjektet «Psykisk helse hos barn og unge i barnevernsinstitusjoner», NTNU Regionalt kompetansesenter for barn og unge – Psykisk helse og barnevern, 23. mars 2015.

Kjelsberg, Ellen og Pål Hartvig, «*Ransaking av pasienter innlagt i psykiatriske avdelinger*», Kompetansesenter for sikkerhet-, fengsel- og rettspsykiatri Helseregion Sør-Øst, prosjektrapport 2008-1.

Internett:

<http://www.helsebiblioteket.no/fagprosedyrer/ferdige/mekaniske-tvangsmidler-bruk-i-psykisk-helsevern> (sist sjekket 29.04.16).

<Http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Bruken-av-tvang-i-psykiatrien-gar-ikke-ned-Det-kan-vi-ikke-leve-med--Bent-Hoie-8421476.html> (sist sjekket 27.04.16).

Antall ord i oppgaven: 17 181.