



UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

UiT Norges arktiske universitet

Bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming

I hvilket omfang gir norsk lov hjemmel til bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede, og hvilke grenser setter EMK artikkel 8 for bruk av tvang og makt?

Kjersti Wågø Rød

Masteroppgave i rettsvitenskap – Mai 2016



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Det faktiske problemet.....	1
1.1.1	Om utviklingshemming.....	1
1.1.2	Aktualitet.....	3
1.2	Det juridiske problemet.....	4
1.2.1	Kort presentasjon av norsk rett.....	4
1.2.2	Aktualitet.....	5
1.3	Avgrensninger.....	6
2	Metode og rettskilder.....	8
2.1	Rettskilder.....	8
2.2	Metodiske utfordringer.....	8
3	Historikk.....	11
3.1	Utviklingen av lovverket frem til dagens helse- og omsorgstjenestelov.....	11
4	Grunnleggende forutsetninger for anvendelse av makt og tvang.....	14
4.1	Om samtykke som rettslig grunnlag.....	14
4.2	Om tvang og makt.....	16
4.3	Hvilket tvangsbegrep er lagt til grunn i avhandlingen?.....	17
4.3.1	Hvilken selvstendig betydning har "makt" ved siden av "tvang"?.....	18
4.4	Rettsikkerhet.....	19
4.4.1	Generelt om rettssikkerhet.....	19
4.5	Legalitetsprinsippet.....	21
4.5.1	Hva er lov i EMKs forstand?.....	22
4.6	Rett til medvirkning og informasjon.....	25
4.6.1	Klageadgang.....	26
4.7	Hva gir § 9-5 (3) c hjemmel til?.....	27
4.7.1	Bestemmelsens virkeområde.....	27
4.8	Vilkårene.....	28
4.8.1	Andre løsninger skal være forsøkt – kan fravikes i særlige tilfeller.....	28
4.8.2	Fravikes i særlige tilfeller.....	30
4.8.3	Faglig og etisk forsvarlig.....	31
4.8.4	Forholdsmessighet.....	33
4.8.5	Hindre eller begrense vesentlig skade.....	34
4.8.6	Tiltak for å dekke grunnleggende behov.....	35
4.8.7	Særlig om opplærings- og treningstiltak.....	36

4.9	Oppsummering.....	38
5	EMK som skranke for bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede.....	39
5.1	Artikkel 8 (1).....	39
5.2	Artikkel 8 (2).....	42
5.2.1	Nærmere om inngrep	42
5.3	I samsvar med lov	43
5.3.1	Kvalitetskrav	44
5.4	Beskyttelse av helse eller moral	47
5.5	Nødvendig i et demokratisk samfunn	48
5.5.1	Motsvare et pressende sosialt behov.....	49
5.5.2	Proporsjonalitet.....	50
5.5.3	Relevant og tilstrekkelig begrunnelse.....	51
6	Avsluttende bemerkninger	53
7	Kilder.....	55
7.1	Lover, konvensjoner og forskrifter.....	55
7.2	Rundskriv	55
7.3	Litteratur.....	55
7.3.1	Bøker.....	55
7.3.2	Artikler.....	56
7.4	Internettkilder.....	57
7.5	Rettspraksis.....	57
7.5.1	EMD	57
7.5.2	Norsk rett.....	58
7.6	Offentlige dokumenter.....	58

1 Innledning

1.1 Det faktiske problemet

1.1.1 Om utviklingshemming

Psykisk utviklingshemming er en samlebetegnelse for personer som har enten medfødte eller tidlig ervervede varig kognitiv svikt. Norge benytter kodeverket ICD-10¹ utgitt av WHO², som diagnoseverktøy. Etter ICD-10 er psykisk utviklingshemming:

*"Tilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f.eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale. Utviklingshemming kan forekomme med eller uten andre psykiske og somatiske lidelser."*³

Kognisjon betyr erkjennelse, og erkjennelse brukes til å tilegne seg kunnskap. Hos en person med utviklingshemming vil evnen til å lære være svekket. For at diagnosen utviklingshemming skal settes er det flere faktorer som må være til stede. Personen må fungere intelligensmessig klart under gjennomsnittet, og den kognitive svikten må forekomme enten ved fødsel, eller tidlig i livet.⁴ Det kan forekomme store variasjoner i deres kognitive funksjonsevner, og i hvilke utfordringer de har.⁵ ICD-10 benytter fire grader av utviklingshemming; lett, moderat, alvorlig og dyp utviklingshemming. Personer med lett psykisk utviklingshemming kjennetegnes ved at de ofte har sen språkutvikling og utfordringer knyttet til lese- og skriveferdigheter, men at de gjerne har full selvstendighet for sin egenomsorg.⁶ For personer som faller under denne diagnosen vil det som regel ikke være behov for bruk av tvang og makt, da de i stor grad har innsikt i egne behov og utfordringer. Bruk av tvang og makt blir ofte aktuelt for

¹ ICD-10: Det internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer.

² World Health Organization, et særorgan for helse som ligger under FN. WHO arbeider for at alle folk skal ha den best mulige helsetilstanden, som følger av organets konstitusjon artikkel 1.

³ ICD-10, kapittel V, F70-F79.

⁴ Tøssebro, Jan, *Hva er funksjonshemming* (Oslo 2010) s. 40.

⁵ Mæhle, Ivar R., Eknes, Jarle, og Houge, Gunnar, *Utviklingshemming* (Oslo 2011), forord.

⁶ ICD-10, kapittel V, F70.

personer som har moderat og alvorlig grad av utviklingshemming. Kjennetegn ved moderat utviklingshemming er at evne til å meste egenpleie og motoriske ferdigheter er hemmet.⁷ Alvorlig utviklingshemming kjennetegnes ved betydelig motorisk svikt, og mangelfull utvikling av sentralnervesystemet.⁸ Dyp utviklingshemming forutsetter en IQ på under 20, samt alvorlige begrensninger av egenomsorg, kontinens, kommunikasjon og bevegelighet.⁹

Felles utfordringer for de tre alvorligste formene for utviklingshemming er at de vil ha vansker med å ta vare på seg selv, og at de vil trenge hjelp til alminnelige gjøremål, og for å dekke behov som mat og drikke, hygiene, søvn og trygghet.¹⁰ Jeg konsentrer meg om denne gruppen, voksne¹¹ utviklingshemmede av mer alvorlig grad som bor hjemme i egen bolig, og som får helse- og omsorgstjenester fra det offentlige med hjemmel i lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m 24.06.2011 nr. 30 (heretter hol.)

Det er cirka 20 000 personer i Norge som har diagnosen psykisk utviklingshemming, tilsvarende 0,45% av befolkningen.¹² Fra år 2000 til 2014 har antallet personer med tvangsvedtak økt fra henholdsvis 178 til 1289.¹³ Dette tilsvarer en stor andel mennesker som har fått fattet vedtak som griper inn i deres selvbestemmelsesrett. I en skyggerapport fra Likestillings- og diskrimineringsombudet til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, pekes det på flere utfordringer ved bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming.¹⁴ Det vises

⁷ ICD-10, kapittel V, F71.

⁸ ICD-10, kapittel V, F72.

⁹ ICD-10, kapittel V, F73.

¹⁰ Tøssebro 2010, s. 43.

¹¹ Personer over 18 år.

¹² Tøssebro 2010, s. 42.

¹³ Tilsynsmelding for 2014, utgitt av Helsetilsynet side 41.

¹⁴ CRPD 2015 – "Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne – et supplement til Norges første periodiske rapport" s. 29.

til at bruken av tvang og makt har økt vesentlig siden 2000, paradoksalt nok samtidig med at adgangen til bruk av tvang og makt i lovverket er blitt ytterligere skjerpet.^{15 16}

Norsk lov bygger på begrepet psykisk utviklingshemming. Mange hevder at dette er misvisende, da utviklingshemmingen i større grad er knyttet til vansker med å lære, og er ikke knyttet til psykiske lidelser. Norsk forbund for utviklingshemmede (NFU Norge) har valgt å fjerne ordet "psykisk" fra tittelen sin, for å markere et skille mellom psykiske lidelser og utviklingshemming. På bakgrunn av dette benyttes begrepet "personer med utviklingshemming" eller "utviklingshemmede" i denne avhandlingen.

1.1.2 Aktualitet

Bruk av tvang og makt vil alltid krenke et individs autonomi. Personer som ikke er utviklingshemmede har bedre forutsetninger for å ta til motmæle mot det de opplever som krenkelser av sine rettigheter. Det er stor fare for rettssikkerhetsbrudd mot sårbare grupper på områder som ikke er rettslig regulert, eller hvor rettstilstanden er uklar.¹⁷ I forarbeidene til hol. kapittel 9 står det:

*"I de fleste tilfeller vil det være uproblematisk å avgjøre om det foreligger tvang eller ikke. De fleste vil ha en mer eller mindre intuitiv følelse av på hvilken side av grensen en handling befinner seg."*¹⁸

Helse- og omsorgstjenesteloven er et lovverk som i stor grad anvendes av personer uten juridisk kompetanse. Å skulle lite på magesfølelsen når faren for krenkelser og overtramp er så stor kan potensielt føre til store rettssikkerhetsbrudd. Uklarheter og misforståelser

¹⁵ Statens Helsetilsyn – Årsrapport 2014

<https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/aarsrapporter/aarsrapport2014.pdf>.

¹⁶ Årsakene til dette er sammensatt. Det er grunn til å tro at de økte tallene ikke nødvendigvis utelukkende skyldes økt bruk av tvang og makt, men at flere helsepersonell rapporterer inn hendelser hvor det er brukt tvang og makt, og at det sendes inn flere vedtak til Fylkesmannen for overprøving.

¹⁷ Østenstad, Bjørn Henning *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente* (Bergen 2011) s. 64-69.

¹⁸ NOU 1991:20 "Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming". pkt. 2. Bakgrunnen for utvalgets oppgave" del IV pkt. 1.6 (hentet fra rettsdata.no).

ved anvendelse av lovverket kan ha store og alvorlige konsekvenser for en gruppe som på grunn av sine utfordringer ikke har de samme mulighetene til å tale sin sak. Personer med utviklingshemming er en gruppe som på grunn av svekkede kommunikasjonsferdigheter ofte ikke er i stand til å være delaktig i den offentlige debatten om deres livsvilkår. Nettopp på grunn av deres funksjonsnedsettelse er det viktig at andre tar debatten og hele tiden setter fokus på at også denne gruppen har ukrenkelige rettigheter. Når man bruker tvang og makt som et middel for å nå et mål mot en person som motsetter seg dette tiltaket, griper dette inn i grunnleggende menneskerettigheter som alle har. Jeg ønsker å belyse hvorfor vi tillater dette, på hvilke vilkår og hvordan rettssikkerheten ivaretas.

1.2 Det juridiske problemet

1.2.1 Kort presentasjon av norsk rett

Formålet med helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er å forhindre vesentlig skade, samt å forebygge bruk av tvang og makt, jf. hol. § 9-1 (1). I dette ligger det at loven er ment som et vern mot unødig bruk av tvang og makt, og for å forhindre vesentlig skade. Det er den utviklingshemmedes behov som skal være styrende for anvendelse av tvang og makt.

En grunnforutsetning for at helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 skal komme til anvendelse er at personen må ha diagnosen psykisk utviklingshemming. Hol. §§ 3-2 nr. 6 bokstav a til d jf. 9-5 (3) c angir avgrensede situasjoner hvor tvang og makt kan brukes. Dette er helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse (eksempelvis støttekontakt), ved institusjonsopphold som sykehjem, og ved avlastningstiltak. Bruk av tvang og makt kan brukes i akutte og gjentatte nødstilfeller etter hol. § 9-5 (3) a og b, og som tiltak for å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov etter hol. § 9-5 (3) c. Jeg avgrenser imidlertid mot hol. § 9-5 (3) a og b. Dette fordi jeg mener at de mest interessante problemstillingene ligger i formuleringen til bokstav c, og det ville blitt for omfattende dersom jeg skulle behandlet alle situasjoner hvor bruk av tvang og makt kunne være aktuelt.

Helse- og omsorgstjenestelov § 9-5 (3) c lyder:

[...] c. Tiltak for å dekke brukeren eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak."

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det er grunnleggende behov som oppstår i dagliglivet som blir vernet om av bokstav c, behov som må være dekket for at man skal ha et godt liv og helse. Behov som ikke er grunnleggende faller følgelig utenfor. Dette tilsier at terskelen for inngrep etter denne bestemmelsen skal ligge høyt.

1.2.2 Aktualitet

Ved Grunnlovsvedtak 13. Mai 2014 ble det inntatt flere menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven i et nytt kapittel E med tittelen Menneskerettigheter. Ved Grl. § 92 har Norge påtatt seg å sikre menneskerettighetene i Grunnlovs form, og menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven skal gis forrang foran annen lovgivning. Bestemmelsen lyder:

"Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter."

Bestemmelsen er av generell karakter, og pålegger domstoler, forvaltning og lovgiver å sikre at menneskerettighetene som fremgår av Grunnloven og andre menneskerettighetstraktater, herunder EMK, blir håndhevet og sikret.

Ved Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.05.1999 nummer 30 (heretter mrl.) § 2 ble Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 03.09.1953 (heretter EMK) tatt inn som norsk lov, og etter § 3 gitt forrang foran annen norsk rett dersom motstrid skulle oppstå. Inkorporering av EMK pålegger Norge en rekke plikter, blant annet kravet om en klar og tydelig lovhjemmel for inngrep i borgernes rettssfære, etter EMK artikkel 8 (2). På bakgrunn av uklarheten i vilkårene i hol. § 9-5 (3) ønsker jeg å drøfte dette hjemmelsgrunnlaget for tvang og makt opp lovkravet og nødvendighetsvilkåret i EMK artikkel 8 (2).

Ved utarbeidelsen av opphevede sosialtjenesteloven § 4A, som tilsvarer dagens hol. § 9-5, ble det reist kritikk mot ordlyden i bestemmelsen. Mye av kritikken ble reist av Institutt for menneskerettigheter, som gikk langt i å hevde at lovhjemlene var i strid med lovkravet i EMK artikkel 8 (2).¹⁹ Kritikken ga visse utslag på ordlydsutformingen, og "adferdsendrende tiltak" ble endret til "opplærings- og treningstiltak".²⁰ Det ble også gitt sterkere prosessuelle garantier for personer med utviklingshemninger.²¹ Imidlertid er dagens helse- og omsorgstjenestelov § 9-5 (3) c en direkte videreføring av sosialtjenesteloven § 4A.²² Dette gjør det rettslig interessant å se om bestemmelsen er i samsvar med de forpliktelser EMK pålegger Norge.

På bakgrunn av dette har jeg formulert to følgende problemstillinger: I hvilken grad gir helse- og omsorgstjenesteloven hjemmel til bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemming, og hvilke grenser setter EMK artikkel 8 for bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemming?

1.3 Avgrensninger

Det er flere konvensjoner som hjemler menneskerettigheter ved siden av EMK. FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter samt FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter verner begge om grunnleggende menneskerettigheter, og er tatt inn som norsk lov ved menneskerettsloven § 2. Konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), ratifisert av Norge i 2013, er også av betydning for rettsområdet. Det avgrenses imidlertid mot disse konvensjonene da EMK, og spesielt artikkel 8 har vært sentral i diskusjonen rundt tvangshjemler for personer med utviklingshemninger i Norge.²³ De aller fleste utviklingshemmede mottar tjenester

¹⁹ Østenstad 2011 s. 67.

²⁰ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) "Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester mv. Og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemming)" ss. 31-32.

²¹ Østenstad, Bjørn Henning, *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma under yting av kommunale sosial- og helsetjenester* (Bergen 2000) s. 160.

²² Prop.91 L (2010-2011) "Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven)" s. 501.

²³ Østenstad 2000 s. 161.

etter helse- og omsorgstjenesteloven i sitt eget private hjem, et område som er vernet av EMK artikkel 8. Ofte har tiltakene en slik natur at de griper inn i svært private områder av livet som personlig hygiene, mat og drikke og bekledning. EMK er i større grad relevant på grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD). EMD har avgitt en svært omfattende rettspraksis, hvor innholdet av EMK har blitt uttrykkelig presisert. Dette er avgjørende for tolkning av innholdet av EMK artikkel 8, og spesielt viktig på grunn av den manglende norske rettspraksisen på dette rettsområdet.

2 Metode og rettskilder

2.1 Rettskilder

Kjernen i oppgaven er en studie av ordlyden i helse- og omsorgstjenesteloven og EMK artikkel 8 med tilhørende rettspraksis. Jeg vil med denne masteroppgaven drøfte nasjonal rett mot de forpliktelser inkorporeringen av EMK har gitt. Oppgaven er således rettsdogmatisk. Primær rettskilde for avhandlingen er derfor lovt tekst. Lovens ordlyd vil være det rettslige utgangspunktet for vurderingene. Forarbeidene har stor betydning for å avklare innholdet i lovbestemmelsene. Fra den tidligere sosialtjenestelovens midlertidige kapittel 6A og frem til dagens hol. kapittel 9 var det bare gjort mindre endringer i reglene om bruk av tvang og makt overfor personer med utviklingshemming. Forarbeidene til den tidligere sosialtjenesteloven har derfor stor betydning for forståelsen og tolkningen av dagens lovverk.

Andre aktuelle rettskilder er juridisk litteratur, rettspraksis fra norske domstoler og EMD samt forvaltningspraksis uttrykt i et rundskriv fra Helsedirektoratet.

2.2 Metodiske utfordringer

EMDs rettspraksis har med tiden vokst til et svært stort omfang. Ut av denne praksisen er det blitt fastlagt flere generelle prinsipper som må benyttes ved fortolkning og anvendelse av EMK. Eksempler på slike generelle prinsipper er statenes skjønnsmargin (margin of appreciation), legalitetskravet og proporsjonalitetsprinsippet.²⁴ Wien-konvensjonen spiller en avgjørende rolle når EMD skal tolke EMK.²⁵ Wien-konvensjonen artikkel 31 lyder:

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".²⁶

²⁴ Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere* (København 2010) 3. Utgave, s. 17.

²⁵ Se eksempelvis *Golder mot Storbritannia* 21.01.1975 nr. 4451/70 premiss 29.

²⁶ Wien-konvensjonen 23.05.1969 om traktatretten, artikkel 31.

Dette betyr at EMD tar utgangspunkt i en normal språklig forståelse av ordlyden i den relevante bestemmelsen. Videre skal bestemmelsen tolkes i sammenheng med formålet og rettsområdet bestemmelsen regulerer.

EMD har ved flere anledninger uttalt at EMK er et levende instrument, og legger stor vekt på dynamisk tolkning av konvensjonen.²⁷ En dynamisk tolkning av konvensjonen innebærer at et tolkningsresultat fra 1976 ikke nødvendigvis vil få gjennomslag i 2016. EMK skal fortolkes i lys av aktuelle forhold, og den vitenskapelige og samfunnsmessige utvikling i samfunnet.²⁸ I praksis fra EMD har det blitt stilt stadig strengere krav til statenes etterlevelse av menneskerettighetene. Det økende fokuset på menneskerettigheter, uttrykt i blant annet *Rantsev mot Kypros og Russland*,²⁹ innebærer at det kan være nødvendig å tolke legalitetskravet og proporsjonalitetsvurderingen i EMK artikkel 8 (2) strengere enn hva som ble gjort under arbeidet med sosialtjenestelovens kapittel 4 A.

Det er ingen Høyesterettspraksis på dette området, men det finnes en beskjeden mengde underrettspraksis. Dette byr på utfordringer da det mangler en vesentlig rettskilde for tolkning av lovbestemmelsene. Underrettspraksis har som utgangspunkt lav rettskildemessig vekt. I følge Eckhoff kan det tillegges dem noe større vekt dersom man er på rettsområder hvor det sjeldent blir påanket, noe som er tilfelle på dette rettsområdet.³⁰ Dette taler for underrettspraksis kan gis noe større vekt på dette rettsområdet. Mangelen på rettspraksis medfører at jeg i større grad må støtte meg på forarbeider, litteratur og rundskriv for å avklare innholdet i lovbestemmelsene.

Juridisk litteratur er i utgangspunktet en rettskilde med lavere vekt. Litteraturen på dette rettsområdet er imidlertid veldig grundig og gjennomarbeidet, og med et stort fokus på rettssikkerhet. Dette taler for at juridisk litteratur kan tillegges større vekt i

²⁷ *Tyrer mot Storbritannia* 25.04.1978 nr.5856/72 premiss 31.

²⁸ Kjølbrot 2010 s. 25

²⁹ Se *Rantsev mot Kypros og Russland* 07.01.2010 nr. 25965/04 premiss 277, hvor EMD utvider nedslagsfeltet til EMK artikkel 4 til å også verne mot menneskehandel. Den økende forekomsten av human trafficking som et globalt fenomen talte for at det var behov for at vern mot menneskehandel også ble omfattet av artikkel 4.

³⁰ Eckhoff, Thorstein, *Rettskildelære* (Oslo 2001) 5. Utgave, s. 162.

denne avhandlingen. Litteraturen henviser i stor grad til den tidligere sosialtjenestelovens kapittel 4 A. Da dagens helse- og omsorgstjenestelov § 9-5 (3) c ikke tok sikte på å foreta en realitetsendring i bestemmelsen er dette ganske uproblematisk.

Rundskriv er retningslinjer utgitt av overordnede forvaltningsorgan til underordnede organ. Rundskriv som rettskilde er mer problematisk, da det som utgangspunkt har liten til lav rettskildemessig vekt. På dette rettsområdet er rundskriv imidlertid viktig for å avklare innholdet i lovhjemlene, da det er forvaltningen som befatter seg med disse retts spørsmålene, og i liten grad domstolene. Rundskrivet består av en samordning av praksisen til de ulike Fylkesmannsembetene, og gir derfor et sikkert uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis.³¹ Rundskrivet som benyttes i denne avhandlingen er Rundskriv IS-10/2015 "Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemming", utgitt av Helsedirektoratet. Dokumentet har stor faktisk betydning for hvordan regelverket blir oppfattet og anvendt.³² Dette taler for å gi rundskriv høyere rettskildemessig vekt. Høyesterett har ved flere anledninger åpnet for å gi forvaltningspraksis vekt som rettskildefaktor.³³ I Rt. 1997 side 527 vektlegger Høyesterett praksis fra relevante myndigheter, i dette tilfellet blant annet praksis fra Helsedirektoratet som er det relevante forvaltningsorganet for denne avhandlingen. EMD har i sin rettspraksis også åpnet for å gi rundskriv begrenset vekt som rettskildefaktor, noe som blir drøftet senere i oppgaven. Mangelen på rettspraksis på dette rettsområdet tale videre for at rundskriv må tillegges større vekt ved tolkningen av innholdet i bestemmelsene på dette rettsområdet.

³¹ Østenstad 2011 s. 89.

³² Østenstad 2011 s. 89.

³³ Rt. 1991 s. 1182. Her la Høyesterett stor vekt på uttalelser fra Skattedirektoratet. Se også Rt. 1962 s. 614. Her vektla Høyesterett uttalelser fra forvaltningsmyndighet, sammen med reelle hensyn i sin argumentasjon.

3 Historikk

Frem til 1970- og 1980-tallet var omsorgen av personer med utviklingshemninger institusjonsbasert, HVPU-boliger (Helsevern for psykisk utviklingshemmede). Bruken av tvang og makt var først og fremst hjemlet i Tvangsmiddelforskriften 03. Juni 1977³⁴, men også i samtykke fra omsorgspersonene, og delvis i straffelovens bestemmelser om nødverge og nødrett.³⁵ På 1970- og 1980-tallet ble det reist sterk kritikk mot disse store institusjonene i media, og spesielt bekymringsverdig var bruken av tvang og makt. Avsløringer i media vitnet om behandlingsopplegg som var grunnet på belønning og straff, og straffen besto av bruk av reimer, vold og frihetsberøvelse. At denne behandlingen faktisk fant sted er ubestridt, og ble lagt til grunn av Høyesterett i dom Rt. 1979 side 272.³⁶ Spesielt satte medias dekning av den såkalte Gro-saken i stand en massiv debatt i Norge om behandlingen av personer med utviklingshemming, og hvordan denne sårbare gruppen ble ivaretatt på datidens institusjoner.³⁷

3.1 Utviklingen av lovverket frem til dagens helse- og omsorgstjenestelov

På bakgrunn av kritikken mot HVPU-boligene ble det nedsatt et utvalg som skulle vurdere levevilkårene til personer med utviklingshemming i de store institusjonene. I NOU:1985:43 foreslo et enstemmig Lossius-utvalg å reformere hele HVPU-ordningen, og denne innstillingen ble vedtatt av Stortinget og godkjent i Statsråd 04. Mai 1990. Midlertidig lov av 10. Juni 1988 nummer 48 om avvikling av institusjoner og kontrakter om privatpleie under det fylkeskommunale helsevern for psykisk utviklingshemmede, ga hjemmel for avviklingen av HVPU-institusjonene.³⁸

Lov om sosiale tjenester 13.12.1991 nr. 81 (sosialtjenesteloven) og Lov om helsetjenester i kommunen 19.11.1982 nr. 66 (kommunehelsetjenesteloven) tok sikte

³⁴ "Forskrifter om begrenset adgang til bruk av tvangsmidler og forbud mot korporlig refselse innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevern for epileptikere" 03. Juni 1977.

³⁵ Østenstad 2011 s. 64.

³⁶ Rt. 1979 s. 727, s. 733 av dommen.

³⁷ Østenstad 2011 s. 65.

³⁸ Prop.91 L (2012-2013) s. 37.

på å samle reglene på helse- og sosialfeltet. Reglene skulle gis en klarere utforming, som et ledd i å styrke rettssikkerheten for personer som trengte tjenester etter disse lovene. Hverken sosialtjenesteloven eller kommunehelsetjenesteloven inneholdt hjemler for bruk av tvang og makt i sin opprinnelige form. Både pårørende og fagfolk var bekymret for rettssikkerheten når det ikke var rettslig regulering av bruken av tvang og makt overfor personer med utviklingshemming. I forarbeidene til daværende sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven av 1991 står det:

"I dag er det ingen særskilt rettslig regulering av adgang til tiltak som innebærer bruk av tvang overfor psykisk utviklingshemmede. Den undersøkelsen som er referert til i pkt. 2.2 i Ot.prp.nr 58 dokumenterer at det utøves tvang og makt som det ikke er juridisk hjemmel for. Av rettssikkerhetsgrunner er det nødvendig å etablere lovregler som skal gi grunnlag [sic] for å trekke grensen mellom lovlig tvang i omsorgs- og opplæringsøyemed og uakseptabel maktbruk."³⁹

Den 21. mai 1990 oppnevnte daværende Sosialdepartementet et utvalg til å utrede spørsmål vedrørende etiske retningslinjer, bruk av tvang og kontrollordning eller lignende for mennesker med psykisk utviklingshemming og andre med tilsvarende problemer og behov under kommunalt ansvar. Dette er kjent som Røkke-utvalget. Bakgrunnen for Røkke-utvalgets oppgave fremgår av punkt to i NOU-en;

"Det har vært og er betydelige rettssikkerhetsproblemer ved HVPU-mstisusjonene [sic]. Disse problemer er først og fremst beskrevet i NOU 1985:34. Det er behov for klarere regler/retningslinjer for tiltak i forbindelse med mennesker med psykisk utviklingshemming."⁴⁰

Røkke-utvalget avga sin innstilling⁴¹ i 1991. Til tross for dette ble ikke lovreguleringen av bruk av tvang og makt effektivt før 01.01.1999 med det midlertidige kapittel 6A i sosialtjenesteloven.⁴² Kapittel 6A ble erstattet av det permanente kapitlet 4A ved lov 19. desember 2003 nr. 134, og trådte i kraft 01. januar 2004. Det fremgår av forarbeidene til kapittel 4A at intensjonen med det permanente kapitlet ikke var å endre innholdet i

³⁹ Ot.prp nr. 57 (1995-1996) s. 5 (sidetall hentet fra lovdata.no).

⁴⁰ NOU 1991:20 pkt. 2. Punktsetting hentet fra lovdata.no.

⁴¹ NOU 1991:20.

⁴² Kroken, Jørn, *Bruk av tvang og makt – sosialtjenesteloven kapittel 4A i praksis* (Oslo 2011) ss. 39-40.

vilkårene.⁴³ Det har således vært lite innholdsmessige endringer i ordlyden fra fortidens sosialtjenestelov § 6A-5 og frem til dagens helse- og omsorgstjenestelov § 9-5 (3) c.

Lov om Kommunale helse- og omsorgstjenester 24.juni 2011 nr. 30 trådte i kraft 01.01.2012, og erstattet den tidligere kommunehelsetjenesteloven og deler av sosialtjenesteloven. Loven opphevet det lovmessige skillet mellom sosiale tjenester og helsetjenester.⁴⁴

⁴³ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57.

⁴⁴ Prop.91 L (2010-2011) s. 485.

4 Grunnleggende forutsetninger for anvendelse av makt og tvang

Oppgaven begynner med utgangspunktet for all helse- og omsorgshjelp; samtykket. Videre følger en redegjørelse for begrepene tvang og makt, rettssikkerhet, herunder en drøftelse av Grunnlovens legalitetsprinsipp og lovkravet etter EMK. Deretter følger en redegjørelse for unntaket til utgangspunktet om samtykke; bruk av tvang og makt. Her drøftes vilkårene etter hol. § 9-5 (3) c. Deretter drøfter jeg hvorvidt denne bestemmelsen er i samsvar med EMK artikkel 8. For å kunne legge premissene for denne drøftelsen begynner jeg først med å redegjøre for nedslagsfeltet til artikkel 8, og hvilke rettigheter denne artikkelen verner. Videre redegjør jeg for hvilke forpliktelser EMK legger på norsk rett, og hvilke krav artikkel 8 stiller til norsk intern lovgivning. Deretter vil jeg drøfte disse kravene opp mot innholdet av hol. § 9-5 (3) c. Avhandlingen avsluttes med en konklusjon.

4.1 Om samtykke som rettslig grunnlag

Hovedregelen for all helsehjelp er at det må foreligge et gyldig samtykke for at helsehjelpen skal gis, jf. Lov om pasient og brukerrettigheter 02. Juli 1999 nummer 63 (heretter pbrl.) § 4-1. Bestemmelsen lovfester det alminnelige rettsgrunnlaget for all helsehjelp, det skal foreligge et samtykke. Utgangspunktet er at enhver har kompetanse til å avgi samtykke, i kraft av egen autonomi. Ordet samtykke tilsier at det må foreligge en godkjennelse eller bifallelse av noe. Det er bare unntaksvis at helse- og omsorgshjelp skal gis ved bruk av tvang og makt. Et samtykke fra den utviklingshemmede vil som utgangspunkt utelukke bruk av tvang og makt. For at samtykket til hjelpen skal være gyldig må den som samtykker være tilstrekkelig informert, jf. pbrl. § 4-1 (1) annet punktum.⁴⁵

⁴⁵ Se også Aslak Syses forståelse av hva som regnes som et gyldig samtykke til helsehjelp: *"Med et gyldig samtykke vil jeg derfor forstå et samtykke som står seg i en eventuell etterfølgende kontroll der eventuelle mangler ved samtykket etterprøves, og der konklusjonene er at samtykket står seg"*. (Syse 1991, vedlegg 1 i NOU:1991:20 punkt 1.2.).

Utgangspunktet er at enhver person over 18 er samtykkekompetent, jf. prbl. § 4-3 a, og kan samtykke til helse- og omsorgshjelp. Etter prbl. § 4-3 (2) kan samtykkekompetansen falle helt eller delvis bort dersom psykiske eller fysiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming gjør at personen åpenbart ikke forstår omfanget av samtykket. Hvorvidt det foreligger et gyldig samtykke eller ikke, har betydning for om man faktisk har med tvang og makt å gjøre. Bruk av tvang og makt forutsetter at det foreligger motstand. Problemene oppstår når den utviklingshemmede på grunn av sin redusert kognitive funksjon ikke er i stand til å avgi et samtykke, at vedkommende ikke forstår hva tiltaket innebærer, eller at den utviklingshemmede ikke vil samtykke til tiltaket uansett hva konsekvensene blir. Dersom den utviklingshemmede samtykker til tiltaket, og det ikke er av en slik inngripende art at det uansett må regnes som bruk av tvang og makt, trenger man ikke hjemle tiltaket i hol. kapittel 9.

Det er viktig å merke seg at et samtykke må avgis fritt. Gir vi den utviklingshemmede en rett til å samtykke må den utviklingshemmede også ha rett til å nekte. Dersom samtykket er gitt under trussel om tvangsbruk, foreligger det ikke et gyldig samtykke.⁴⁶ At samtykket må bli avgitt fritt og være tilstrekkelig informert for å være gyldig har også støtte i rettspraksis fra EMD. I *Juhnke mot Tyrkia* fant ikke EMD bevis for at samtykket var fritt eller informert. Det manglende frie og informerte samtykke ble tillagt stor vekt når EMD fant at det forelå brudd på artikkel 8.⁴⁷

Samtykket strekker seg bare til det konkrete tiltaket den utviklingshemmede har samtykket til. Dersom en utviklingshemmet har samtykket til bistand til tannpuss hver kveld, er ikke dette samtykket rettslig grunnlag for eksempelvis dusjing mot den utviklingshemmedes vilje.⁴⁸

⁴⁶ Kjørstad, Asbjørn og Syse, Aslak, *Velferdsrett 1* (Oslo 2012) 5. Utgave s. 480.

⁴⁷ *Juhnke mot Tyrkia* 13.05.2008 nr. 52515/99 premiss 77.

⁴⁸ Østenstad 2011 s. 428.

4.2 Om tvang og makt

Utgangspunktet er at enhver voksen person er fri, og har selvbestemmelsesrett over sitt eget liv. Dette gjelder naturligvis også for personer med utviklingshemninger. Å tvinge noen til å gjøre noe er straffbart etter Lov om straff 20.05.2005 nummer 28 (heretter strl.) § 251, som lyder "*Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som ved straffbar eller annen urettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlat noe*".

Etter ordlyden er det straffbart å tvinge noen til å gjøre noe, å tvinge noen til å unnlate å handle, eller tvinge noen til å tåle noe. For at handlingen skal rammes av dette straffebudet, må det enten rammes av et straffebud i straffeloven, eller på annen måte være urettmessig. Dette innebærer at dersom tvangen har hjemmel i lov, og formålet med tvangen og gjennomføringen ellers anses å være legitim er den ikke urettmessig.

Tvang har likhetsstrekk med straff etter strafferettens innhold, men et vesentlig skille går ved formålet. Straff tilføyes den enkelte i den hensikt at den skal oppleves som et onde.⁴⁹ Tvang i velferdsretten har som formål å verne om personens interesser, og hindre skade på vedkommende eller andre.⁵⁰ Juridiske teoretikere har tatt til orde for at bruk av tvang og makt kan være et uttrykk for vern av menneskeverdet.⁵¹

Typiske tvangstiltak er blant annet fastholding, låsing av dører og skap, håndledning, skjerming eller å gjemme mat og drikke fra den utviklingshemmede. Sengehest som forhindrer at den utviklingshemmede faller ut eller forlater senga og klesplagg som avskjærer den utviklingshemmedes adgang til eget underliv for å forhindre tilgrising av avføring er også praktiske eksempler på tiltak som dekkes av hol. § 9-5 (3) c.⁵²

⁴⁹ Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, (Oslo 2004) 5. Utgave, side 9.

⁵⁰ Kjørstad og Syse s. 73.

⁵¹ Østenstad 2011 s. 110.

⁵² Østenstad 2000 s. 84.

4.3 Hvilket tvangsbegrep er lagt til grunn i avhandlingen?

Helse- og omsorgstjenesteloven har en egen definisjon for begrepene tvang og makt.

Denne definisjonen fremgår av hol. § 9-2 (2):

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

En naturlig forståelse av begrepene tvang og makt tilsier at noen står i en maktposisjon, og bruker den til å tvinge noen til å gjøre noe de ikke ville gjort. Av bestemmelsen fremgår det at bruk av tvang og makt har en subjektiv og en objektiv side. Den subjektive siden er at den utviklingshemmede faktisk må motsette seg bruken av tvang eller makt. Dersom den utviklingshemmede samtykker til tiltaket, er det i utgangspunktet ikke utøvelse av tvang og makt. Subjektive forhold ved brukeren eller pasienten er altså avgjørende for om man er innenfor nedslagsfeltet for tvang og makt eller ikke. Den objektive delen er de tiltakene som er så inngripende at de uansett må regnes som tvang- og maktbruk. Her er eventuelt samtykke fra den utviklingshemmede irrelevant, på grunn av tiltakets inngripende karakter.⁵³ Hva som skal regnes som slike inngripende tiltak fremgår av ordlyden i annet punktum; ”*inngripende varslingsystemer med tekniske innretninger*”.⁵⁴ Med dette menes systemer for sporing, lokalisering og overvåkning, herunder fotfølging.⁵⁵

Det blir videre en problemstilling hvor den nedre grensen for tvang skal ligge. I skjæringspunktet mellom samtykke og tvang ligger passivitet. Et fravær av motstand fra den utviklingshemmede kan skyldes mer enn faktisk likegyldighet, for eksempel at vedkommende ikke forstår situasjonen eller ikke evner å formidle motstand slik at det blir oppfattet av tjenesteyterne som et stilltiende samtykke.⁵⁶ Forarbeidene er klare på

⁵³ Rundskriv IS-10/2015 ”Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming – Lov av 24.juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester kap. 9” 01.07.2015, s. 52.

⁵⁴ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester mm. 24.06.2011 nr. 30. § 9-2 (2) annet punktum.

⁵⁵ Rundskriv IS-10/2015 side 57.

⁵⁶ Østenstad 2011 s. 61-62.

at passivitet som utgangspunkt ikke skal regnes som et samtykke til tvang, men at passivitet fra den utviklingshemmede kan være en indikasjon på at det ikke foreligger bruk av tvang og makt i det hele tatt. Etter forarbeidene skal man i slike situasjoner foreta en helhetsvurdering av situasjonen, hvor graden av motstand, både fysisk og psykisk motstand, vil være et tungtveiende moment.⁵⁷ Et slikt synspunkt er det grunn til å problematisere. Nettopp på grunn av sin kognitive svikt kan det være vanskelig for den utviklingshemmede å forstå situasjonen, og velger derfor å forholde seg taus eller passiv. Østenstad argumenterer for at det avgjørende i slike situasjoner må være en objektiv vurdering av hvor inngripende tiltaket er.⁵⁸ Dersom den utviklingshemmede ikke får anledning til å vise motstand ved for eksempel at tiltaket blir gjennomført når den utviklingshemmede sover, vil den nedre grense for bruk av tvang være overskredet.⁵⁹ Hvis tjenesteyterne har opptrådt som om det forelå et formelt tvangsvedtak, taler også dette for at den nedre grensen er overskredet.⁶⁰ Av dette sluttes at terskelen for når passivitet skal regnes som motstand må ligge lavt. Den kognitive svekkelsen som kjennetegner personer med diagnosen utviklingshemming kan ikke gi grunnlag for en større adgang til inngrep i deres autonomi enn hva man ville ha akseptert for funksjonsfriske mennesker.

4.3.1 Hvilken selvstendig betydning har "makt" ved siden av "tvang"?

Ordlyden "bruk av tvang *eller* makt" (min kursivering) i hol. § 9-5 (2) første punktum indikerer at begrepet makt har en selvstendig betydning ved siden av tvang. Ordet makt tilsier at en av partene har en større grad av kontroll over situasjonen, at man står i en sterkere posisjon. Det er en maktubalanse mellom personer med mer alvorligere grader av utviklingshemming og de som yter tjenester til denne gruppen.

I et høringsnotat utgitt av Helse- og sosialdepartementet står det:

"Med "tvang" vil i dette regelsettet forstås tiltak som tjenestemottakeren motsetter seg [...] Dette skaper problemer i forhold til [sic] korreksjoner og

⁵⁷ NOU 1991:20 del IV pkt. 1.7, hentet fra rettsdata.no.

⁵⁸ Østenstad 2011 s. 239.

⁵⁹ Østenstad 2011 s. 241.

⁶⁰ Østenstad 2011 s. 242.

*andre stopptiltak, hvor det kan variere etter omstendighetene om det er naturlig å si at tjenestemottakeren motsetter seg dem. Vi inkluderer derfor også "maktbruk".*⁶¹

Av dette slutes at ble makt tatt inn i tillegg til tvang fordi enkelte tiltak vil kanskje ikke falle inn under den tradisjonelle forståelsen av begrepet tvang. Tradisjonell forståelse av tvang innebærer at det må foreligge motstand, men i tilfeller hvor det blir brukt makt er det ikke alltid tydelige protester fra den tiltaket retter seg mot. Manipulasjon er et praktisk eksempel, hvor tjenesteyterne utnytter sin maktposisjon eller den utviklingshemmedes kognitive svikt til å avstå fra å vise motstand. Et eksempel på dette er en utviklingshemmet person som viser sterk motstand mot å dra på dagtilbudet sitt. Den utviklingshemmede er derimot veldig glad i å handle på butikken. Under lovnad om å dra på butikken blir den utviklingshemmede med tjenesteyterne sine. På veien hjem kjører imidlertid tjenesteyterne til dagtilbudet hennes, og spør om hun ikke vil gå inn. Tjenesteyterne vet at den utviklingshemmede ikke vil dra på dagtilbudet, men tenker at terskelen for å si nei vil være lavere hvis hun blir kjørt dit uten at hun vet det. Her har tjenesteyterne utnyttet maktposisjonen sin i et forsøk på å overvinne motstanden, og tiltaket er således bruk av makt.

Ordet "makt" ble inkludert for å nå et større nedslagsfelt for regelverket. Det har også en viktig symbolverdi, da det vil bevisstgjøre tjenesteytere om at det er en asymmetri i maktforholdet mellom tjenestemottaker og tjenesteyter.

4.4 Rettsikkerhet

4.4.1 Generelt om rettsikkerhet

Bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede reiser flere viktige rettsikkerhetsspørsmål om vern mot overgrep. Krav om rettsikkerhet stiller ikke bare krav til begrensninger av tjenesteyternes handlefrihet, men også til den utviklingshemmedes selvbestemmelsesrett.⁶² Tittelen på kapittel 9 i hol. er

⁶¹ Høringsnotat om særregler om tvang- og maktbruk, utgitt av Helse- og sosialdepartementet i 1994, inntatt i Østenstad 2000 side 81.

⁶² NOU 1991:20 pkt. 2.7, punktsetting hentet fra Rettsdata.no.

”Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming”. Formålet med kapitlet er altså å sikre rettsikkerheten for utviklingshemmede som får tatt tvangstiltak etter hol. kapittel 9.

Rettsikkerhet er et vidt begrep som ikke alltid har likt innhold, og både materielle og prosessuelle regler kan være rettsikkerhetsregler. Kjernen i begrepet rettsikkerhet er nettopp *sikkerheten*. Individene skal kunne forutberegne sin rettsstilling. I forarbeidene til opphevede sosialtjenesteloven er rettsikkerhet definert slik:

*”Rettsikkerhet er normer for forhold mellom den offentlige forvaltning og private rettssubjekter, som åpenbarer seg gjennom lov, forskrift, retningslinjer eller ulovfestede rettsprinsipper, og som har som formål å sikre den private part fundamentale rettsgoder, rettigheter og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser”.*⁶³

Av dette forstås at rettsikkerhet sikres gjennom regler som regulerer forholdet mellom den offentlige myndighet og privatpersoner, og som gir individer vern mot vilkårlig behandling fra myndighetene. Innholdet i rettsikkerhetsbegrepet beskrives gjennom verdier som åpenhet, likebehandling, kontradiksjon, forutsigbarhet, at inngripende vedtak blir truffet av kompetente personer og organer, og at det er adgang til overprøving av vedtakene. Flere av de tradisjonelle rettsikkerhetsverdiene i norsk rett gjenfinnes i EMK, blant annet i artikkel 6 om retten til rettferdig rettergang og uavhengige domstoler, og legalitetskravet ved straff i artikkel 7.

Å sikre grunnleggende rettsikkerhetsprinsipper er en vesentlig del av verdigrunnlaget for norsk helse- og sosialvesen.⁶⁴ Som vist i definisjonen over, forteller begrepet rettsikkerhet om flere grunnleggende verdier. Rettsikkerhetsgarantier skal sikre absolutte minstekrav, som fremgår av ordlyden ”*fundamentale rettsgoder*”. At en rettighet er ”fundamental” tilsier at den tilfaller alle mennesker. Man kan ikke snakke om rettsikkerhet dersom det bare tilfaller noen heldige utvalgte i et samfunn, eller rettsikkerhet kun for de som faktisk evner å kreve den.

⁶³ NOU 1991:20 pkt. 2.1, punktsetting hentet fra Lovdata.no.

⁶⁴ Kjønstad og Syse 2012 s. 45.

Videre er det en forutsetning for rettssikkerhet at forvaltningsavgjørelsene som treffes er riktige. Dette stiller krav til både det innholdsmessige og det prosessuelle ved en avgjørelse.⁶⁵ Avgjørelsen som treffes må være i samsvar med gjeldende rett, og avgjørelsen må være nådd ved riktig saksbehandling. Hva som til enhver tid er gjeldende rett vil endre seg, noe som medfører at begrepet rettssikkerhet er dynamisk.

4.5 Legalitetsprinsippet

Ved inngrep inn i menneskets rettssfære og autonomi oppstår spørsmålet om lovhjemmel for slike inngrep. Dette er kjernen i legalitetsprinsippet som fremgår av Grunnloven § 113. Paragrafen lyder: *"Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov"*. Rettssikkerhet skal tilfalle borgerne, og det hver enkelt borger som skal beskyttes mot overgrep fra myndighetenes side. Kravet om at inngrepet må ha hjemmel i lov sikrer forutberegnelighet, hver enkelt borger har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Legalitetsprinsippet er helt grunnleggende for rettssikkerhet. Dess mer inngripende tiltaket er, dess strengere krav stilles det til hjemmelens rettskildemessige rang og innhold. Dette er kjent som legalitetsprinsippets relativitet. Høyesterett uttalte i den såkalte Fjordlaksdommen at:

"Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes".⁶⁶

Høyesterett sier her at svært inngripende tiltak fra myndighetenes side skjerper lovkravet i legalitetsprinsippet. Videre sier Høyesterett at subjektive forhold ved den som rammes av tiltaket kan være avgjørende. Hvor tyngende et tiltak rammer kan variere fra person til person.

For personer med utviklingshemming som har tiltak om bruk av tvang og makt er dette av praktisk viktig betydning. Inngrep i deres rettssfære ved bruk av tvang og makt er

⁶⁵ Kjønstad og Syse 2012 s. 114-115.

⁶⁶ Rt. 1995 s. 530, side 537.

tyngende og inngripende, og dette stiller strenge krav til hjemmelen for inngrep etter hol. § 9-5 (3) c, jf. Fjordlaksdommen.

EMK artikkel 7 inneholder et generelt lovkrav om forbud mot straff uten hjemmel i lov. Det følger videre av EMK artikkel 8 (2) at inngrep i rettighetene artikkel 8 oppstiller må skje i samsvar med lov. I det videre behandles lovkravet etter artikkel 8 (2), da denne avhandlingen ikke omhandler straff. EMK artikkel 8 nr. 2 fastslår et lovkrav som må være oppfylt for at et inngrep i rettighetene etter artikkelen skal være forenelig med konvensjonen. Legalitetskravet i EMK har to sider. For det første må inngrepet ha hjemmel i nasjonal lovgivning. Den andre siden er at det stilles visse kvalitative krav til hjemmelsgrunnlaget.⁶⁷

4.5.1 Hva er lov i EMKs forstand?

Legalitetskravet innebærer i første rekke at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lovgivning, jf. ordlyden "i samsvar med loven", jf. EMK art. 8 nr. 2 første punktum. I *Kruslin mot Frankrike* sier EMD følgende om lovkravet:

*"The expression "in accordance with the law", within the meaning of Article 8 § 2 (art. 8-2), requires firstly that **the impugned measure should have some basis in domestic law** [...]"*.⁶⁸ (Min utheving).

Uttrykket "lov" i konvensjonen må tolkes utvidende. Inngrepet må ha et visst grunnlag i nasjonal lovgivning, jf. ordlyden "some basis in domestic law". Formell lov, og rettskildefaktorer av lavere trinnhøyde, forvaltningspraksis, herunder rundskriv, samt rettspraksis kan alle være lov i konvensjonens forstand, og det er opp til domstolene i konvensjonsstatene å vurdere om det foreligger et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for inngrepet.⁶⁹

Kvalitetskravet som stilles etter EMK art. 8 nr. 2 innebærer et krav til presis ordlyd. rettsreglene må være formulert så tilstrekkelig klart og presist at de berørte har

⁶⁷ Kjølbro 2010 s. 589.

⁶⁸ *Kruslin mot Frankrike* 24.04.1990 nr. 11801/85 premiss 27.

⁶⁹ *Kruslin mot Frankrike* 24.04.1990 nr. 11802/85 premiss 29.

mulighet for å innrette seg etter reglene, og kunne forutse med en rimelig grad av sikkerhet hvilke følger en handling vil kunne få.⁷⁰ Kravet til presis ordlyd har også sammenheng med kravet til tilgjengelighet. Tilgjengelighetskravet innebærer at lovverket skal være tilgjengelige for borgeren. I Kruslin-dommen har EMD uttalt følgende om lovens tilgjengelighet for individet:

*"[...] it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be **accessible to the person concerned**, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law."⁷¹ (Min utheving).*

Dersom ordlyden er for uklart eller vanskelig formulert vil selve innholdet i bestemmelsen være utilgjengelig for leseren uavhengig om lovteksten formelt sett er tilgjengelig eller ikke. Dommen viser at det viktige er at kvaliteten på loven gjør at individet kan forutse lovens konsekvenser for vedkommende. For personer med utviklingshemming vil krav til en tilgjengelig og presis ordlyd ha mindre å si. På grunn av sin kognitive svikt har utviklingshemmede begrensede muligheter for å kunne tilegne seg innholdet i en lovbestemmelse. Det viktige for denne gruppen er hvor tilgjengelig og presis ordlyden fremstår for tjenesteyterne som skal yte tjenester etter hol. kapittel 9. Dette ble problematisert av EMD i dommen Herczegfalvy mot Østerrike. Saken gjaldt bruk av tvang overfor en person med sinnslidelser ⁷² hvor EMD i premiss 91 første ledd uttalte følgende:

*"These very vaguely worded provisions do not specify the scope or conditions of exercise of the discretionary power which was at the origin of the measures complained of. **But such specifications appear all the more necessary in the field of detention in psychiatric institutions in that the persons concerned are frequently at the mercy of the medical authorities, so that their correspondence is their only contact with the outside world.**"⁷³ (Min utheving).*

⁷⁰ Kjølbro 2010 s. 592.

⁷¹ *Kruslin mot Frankrike* 24.04.1990 11801/85 premiss 27.

⁷² Se Østenstad 2010 ss. 451 følgende. I Norge skiller vi tydelig mellom diagnosene psykisk utviklingshemming og psykiske lidelser. EMK bruker fellesbetegnelsen "unsound mind" etter artikkel 5 bokstav e.

⁷³ *Herczegfalvy mot Østerrike* 24.09.1992 nr. 10533/83 premiss 91.

Kravet til en tydelig ordlyd er av spesielt stor viktighet når man er på et felt hvor klageren er prisgitt sine tjenesteytere, jf. ordlyden "at the mercy of medical authorities". Ved slike tilfeller blir kravet til en klar og presis ordlyd skjerpet. Videre sier EMD i premiss 91 annet ledd:

*"Admittedly, as the Court has previously stated, it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality [...] For all that, in the absence of any detail at all as to the kind of restrictions permitted or their purpose, duration and extent or the arrangements for their review, **the above provisions do not offer the minimum degree of protection against arbitrariness required by the rule of law in a democratic society.** According to the information provided to the Court, there has been no case-law to remedy this state of affairs. There has therefore been a violation of Article 8 (art. 8) of the Convention."*
(Min utheving).

EMD drøfter i Herczegfalvy-dommen medisinske inngrep. Bruk av tvang og makt er ikke et medisinsk inngrep, men dommen har likevel relevans på dette området i den grad den drøfter bruk av tvang og makt mot personer som ikke er samtykkekompetente. I slike tilfeller blir det avgjørende om lovverket gir en tilstrekkelig grad av beskyttelse mot vilkårlige angrep, ikke hvorvidt lovverket var tilgjengelig for den utviklingshemmede. I tilfeller hvor den utviklingshemmede uansett ikke vil kunne nyttiggjøre seg en lovtekst, vil det være uten betydning hvor klar og tydelig den fremstår. Det viktige er at loven gir et tilstrekkelig vern mot vilkårlig behandling, herunder hvorvidt tjenesteyteren handlet i samsvar med lov. Dette innebærer at hol. § 9-5 (3) c ikke kan vurderes isolert sett mot lovkravet, men at bestemmelsen må sees i sammenheng med de andre bestemmelsene i kapittel 9 som også gir vilkår for bruk av tvang og makt.

Legalitetskravet etter EMK er således et innholdsmessig krav, og ikke et formelt krav.⁷⁴ Dette innebærer at det er ikke er tilstrekkelig at inngrepet har hjemmel i norsk lov, det må videre vurderes om lovverket gir et tilstrekkelig grad av vern mot vilkårlige inngrep fra myndighetene.

⁷⁴ Kjølbro 2010 s. 590.

Legalitetsprinsippet i Grunnloven og lovkravet etter EMK art. 8 nr. 2 tar begge sikte på å sikre forutberegnelighet samt å forhindre maktmisbruk.⁷⁵ Det er imidlertid noen ulikheter ved legalitetsprinsippet og lovkravet. Etter Grunnloven § 75 a tilkommer det Stortinget å gi og oppheve lover i Norge. Legalitetsprinsippet skal sikre den demokratiske prosessen ved at lover som gir adgang til inngrep i borgernes rettssfære behandles av Stortinget.⁷⁶ Etter legalitetsprinsippet vurderer man om det foreligger en sammenhengende hjemmelskjede fra lovgiver og ned til den som treffer beslutning om inngrep. Lovkravet etter EMK forankrer ikke et slikt krav til den demokratiske prosessen. Lovkravet etter EMK tar sikte på om lovverket gir et tilstrekkelig grad av vern, og ser lovkravet fra borgerens side, jf. *Herczegfalvy mot Østerrike* premiss 91.

4.6 Rett til medvirkning og informasjon

Tilrettelagt informasjon og brukermedvirkning er et viktig virkemiddel i forebyggingen av bruk av tvang og makt. Individenes adgang til medvirkning og informasjon sikrer kontradiksjon, som er et grunnleggende rettssikkerhetsprinsipp. Tilrettelagt informasjon sikrer åpenhet rundt prosessen, og ivaretar kontradiksjonshensynet. Retten til informasjon fremgår av hol. § 9-3 (2) annet punktum, som lyder:

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

Ordlyden ”skal” viser at denne bestemmelsen er ufravikelig. Personen vedtaket retter seg i mot skal gis informasjon før det treffes tiltak, og vedkommende skal gis adgang til å uttale seg om vedtaket. Også pårørende og verge skal gis informasjon om vedtaket, og har mulighet til å uttale seg i saken. Retten til kontradiksjon fremgår her tydelig av lovteksten.

⁷⁵ Solberg, Raymond og Hopsnes, Roald ”Legalitetsprinsippet” *Jussens Venner* 02/2005 ss. 78- 155, s. 88.

⁷⁶ Solberg og Hopsnes 2005 s. 88.

Det fremgår ikke av lovbestemmelsen hvilken vekt det skal legges på uttalelsene. Den tidligere sosialtjenesteloven § 4A-3 henviste til sosialtjenesteloven § 8-4, hvor det fremgikk at det skulle i stor grad legges vekt på uttalelser fra den vedtaket retter seg mot. Denne bestemmelsen er videreført i pbrl. 3-1 (2). Av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven fremgår det at kapittel 9 ikke er ment som en realitetsendring fra fortidens sosialtjenestelov § 4A-3.⁷⁷ Av dette er det naturlig å slutte at det uttalelser fra den utviklingshemmede med pårørende og verge skal vektlegges i stor grad.

En viss reservasjon må likevel kunne innfortolkes i bestemmelsen. Det kan tenkes at det ikke er samsvar mellom de faglige og etiske vurderingene tjenesteyterne har gjort, og ønskene fra den utviklingshemmede med pårørende. Det vil i slike tilfeller være nødvendig med en avveining mellom uttalelsene fra den utviklingshemmede med pårørende på den ene side, og uttalelsene og vurderingene gjort av fagkyndige på den annen side. Det styrende må være hva som er til det beste for den utviklingshemmede, i samsvar med helse- og omsorgstjenestelovens formål.

4.6.1 Klageadgang

Vedtak om bruk av tvang og makt fattes av kommunene, med obligatorisk overprøving av Fylkesmannen, jf. hol. § 9-8. Det følger av lovbestemmelsen at Fylkesmannen har kompetanse og plikt til å overprøve alle sider av saken. Ordlyden "alle sider av saken" innebærer det faktiske grunnlaget som vedtaket bygger på, lovanvendelsen, saksbehandlingen og skjønnet. En obligatorisk overprøving trygger rettssikkerheten ved at et uavhengig organ kvalitetssikrer vedtaket.

Etter hol. § 9-11 har personen vedtaket retter seg mot samt pårørende, adgang til å klage over vedtak som er overprøvd av Fylkesmannen. Klageorgan for vedtak fattet av Fylkesmannen er Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker, jf. hol. § 9-11 (2). Oversikt over fylkesnemndspraksis og klager over Fylkesnemndas saker er i liten grad tilgjengelig. Østenstad forsøkte i 2011 å samle avgjørelser som kunne gi en pekepinn på i

⁷⁷ Prop.91 L (2010-2011) s. 413.

hvilken grad utviklingshemmede benytter seg av klageadgangen sin.⁷⁸ En utfordring er hensynet til taushetsplikten. Enkelte utviklingshemmede har en adferd som kan være lett gjenkjennelig. Et annet moment er om personer med utviklingshemninger faktisk påklager vedtakene om tvang og makt. Den manglende rettspraksisen på dette området kan tale for at det er liten grad av overprøving av tvangsvedtakene også i Fylkesnemndene.

4.7 Hva gir § 9-5 (3) c hjemmel til?

Helse- og omsorgstjenestelov § 9-5 (3) c lyder:

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

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

Det kan anvendes tvang og makt i følgende tilfeller:

[...]c. tiltak for å dekke brukerens eller pasientens grunnleggende behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak.

Etter ordlyden kan det brukes tvang og makt som en siste utvei for å verne om grunnleggende behov, så fremt det vil være etisk og faglig forsvarlig. De legislative hensynene bak adgangen til bruk av tvang og makt for å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende følger av hol. § 9-5 (3) c. Grunnleggende behov som mat og drikke, personlig trygghet og søvn er forutsetninger for den utviklingshemmedes liv og helse.

4.7.1 Bestemmelsens virkeområde

Bruk av tvang og makt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven må skje som et ledd i det kommunale tjenestetilbudet, jf. hol. § 9-2 (1). Virkeområdet til kapittel 9 er

⁷⁸ Østenstad 2011 s. 88.

avgrenset til tjenestene etter hol. § 3-2 nr. 6 bokstav a til d. Dette inkluderer helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, herunder praktisk bistand, opplæring og støttekontakt, plass i institusjon, herunder sykehjem, og avlastningstiltak. Helsetjenester i hjemmet må tolkes innskrenkende slik at reglene bare omfatter pleie- og omsorgstjenester i hjemmesykepleie, altså pleietjenester gitt til utviklingshemmede i eget hjem.⁷⁹ En normal forståelse av ordlyden tilsier at tilbud den utviklingshemmede har som ikke er i regi av det kommunale tjenestetilbudet, faller utenfor virkeområdet til bestemmelsen. Dette har støtte i underrettspraksis, jf. Gulating Lagmannsretts avgjørelse fra 2012.⁸⁰

4.8 Vilkårene

I hol. § 9-5 oppstilles fire generelle kumulative vilkår for bruk av tvang og makt. Disse vilkårene er krav om andre forsøkte løsninger, at tiltaket må være faglig og etisk forsvarlig, tiltaket må være forholdsmessig, og formålet med tiltaket er å begrense eller hindre vesentlig skade. De generelle vilkårene må være oppfylt uavhengig av om man skal fatte vedtak etter bokstav a, b eller c. Videre er det et særvilkår i hol. § 9-5 (3) c om at tiltaket må ha som formål å dekke grunnleggende behov. Jeg vil i det videre først drøfte de fire generelle vilkårene, før jeg tar for meg det konkrete vilkåret i bestemmelsens tredje ledd bokstav c.

4.8.1 Andre løsninger skal være forsøkt – kan fravikes i særlige tilfeller

Vilkåret om at andre løsninger skal være forsøkt fremgår av hol. § 9-5 (1). Vilkåret lyder:

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

Etter en normal forståelse av ordlyden skal man forsøke å løse problematikken ved mindre inngripende tiltak først, før man kan iverksette bruk av tvang og makt. Det er

⁷⁹ Prop.91 L (2010-2011) s. 501.

⁸⁰ LG-2012-105767 (Gulating Lagmannsrett).

bare når disse løsninger er forsøkt men anses som utilstrekkelige for å nå målet, at makt og tvang kan iverksettes. Dersom det ikke er absolutt nødvendig å ty til et så inngripende tiltak som bruk av tvang og makt, skal det heller ikke skje. Begrunnelsen for dette vilkåret har sammenheng med formålsbestemmelsen i kapittel 9, hol § 9-1 (1) som sier reglene etter kapittel 9 skal "[...]forebygge og begrense tvang og makt."

Utgangspunktet er at man skal finne andre metoder for å nå målet som vil gjøre bruk av tvang og makt overflødig. Ordet "løsninger" i bestemmelsen vitner om et kvalitetskrav, det må ha skjedd reelle forsøk på å løse den problematiske adferden ved hjelp av andre tiltak. Målet er å fjerne behovet for bruk av tvang og makt helt. Men også tiltak som vil bidra til en reduksjon av behovet for bruk av tvang og makt vil også bidra til å tjene formålet om begrensnig av bruk av tvang og makt, jf. ordlyden "begrense bruk av tvang og makt" i hol. § 9-1 (1).

Et eksempel på en situasjon hvor man kan velge en annen løsning er hvis den utviklingshemmede motsetter seg å bli dusjet. Personlig hygiene er avgjørende for god helse, og er et av de grunnleggende behovene § 9-5 (3) c oppstiller. Vilåret om at andre løsninger skal være forsøkt innebærer først og fremst at tjenesteyterne må kartlegge hvorfor vedkommende motsetter seg dusjingen. Er det noe med hendelsesforløpet som vedkommende reagerer på, eller opplever vedkommende det som utrygt å måtte dusje? Kan man oppnå tilfredsstillende personlig hygiene på andre måter, eksempelvis ved badekar fremfor dusjing? Dersom man greier å tilnærme seg problematikken på en annen måte, kan dette føre til at behovet for bruk av tvang og makt i situasjonen bortfaller helt.

Ordlyden i hol. § 9-5 (1) byr imidlertid på noen utfordringer. Det er ikke tydelig hvor mange andre løsninger som må være forsøkt. Det fremgår heller ikke over hvor stort tidsrom andre løsninger må ha vært forsøkt.

For å klargjøre innholdet av ordlyden er det nødvendig å gå til forarbeidene. I forarbeidene henvises det til dagjeldende forskrift § 1-2, hvor det står at "*Det er en forutsetning at alle tilgjengelige og forsvarlige faglige tilnærminger utnyttes for å unngå*

bruk av tvang".⁸¹ Videre står det i proposisjonen at "*Dette må anses å følge av lovteksten. Presiseringen er derfor ikke videreført som et tillegg til lovutkastet*".⁸² Alle tilgjengelige tilnærminger skal etter dette utnyttes, jf. ordlyden i forarbeidet. Adgangen til å fravike dette vilkåret behandles i det følgende.

4.8.2 Fravikes i særlige tilfeller.

Det fremgår av ordlyden at kravet kan fravikes i "særlige tilfeller". Dette er en rettslig standard som innebærer at det bare kan fravikes i helt spesielle tilfeller. Kravet om at andre løsninger skal være forsøkt gjelder uavhengig om man iverksetter tvangstiltak med hjemmel i bokstav a, b eller c. Spørsmålet blir i det videre om hvilke tilfeller som kan regnes som særlige, og om vurderingen av dette kriteriet ligger under forvaltningens frie skjønn.

Etter en normal forståelse av ordlyden skal kravet om andre løsninger kun fravikes i spesielle situasjoner, hvor behovet for bruk av tvang og makt fremstår for tjenesteyteren som den eneste løsningen. Tilfellene kan ikke være så generell karakter at de kan påberopes i mange saker. Hensynet til begrensning av bruk av tvang og makt tilsier at terskelen for når dette vilkåret kan fravikes skal være høy.

Høyesterett har i en avgjørelse fra 2013⁸³ gitt en generell redegjørelse for hva som skal regnes som "særlige grunner". Ordlyden "særlige grunner" fraviker noe fra hol. § 9-5 (1)s "særlige tilfeller", men det kjernen i særlighets-kriteriet som er interessant, og dommen har således relevans for denne sammenhengen. I avgjørelsen sier Høyesterett at "*Særlige grunner er de som skiller seg helt fra de alminnelige*".⁸⁴ Ut av dette fremgår det at de tilfeller hvor vilkåret om andre løsninger kan fravikes, må være helt spesielle. Dette taler videre for at terskelen for når dette vilkåret kan fravikes ligger høyt.

⁸¹ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57.

⁸² Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 57.

⁸³ Se Rt. 2013 s. 1630. Tvisten i dommen var et felleseieskifte av et ekteskapsoppgjør.

⁸⁴ Rt. 2013 s. 1630 premiss 33.

For at kravet skal fravikes, må faglige og etiske hensyn gjøre dette nødvendig.⁸⁵ Et særlig tilfelle kan være tilfeller hvor skadepotensialet er så stort at tvangstiltaket må iverksettes umiddelbart mens andre løsninger er under prøving. Eksempelvis hvor den utviklingshemmede nekter å kle seg tilstrekkelig etter været. Her kan det bli aktuelt med tiltak hvor man tvinger den utviklingshemmede til å bli påkledd, mens tjenesteyterne arbeider for å kartlegge hva det er som er årsaken til denne adferden og hvordan den kan løses på en mindre inngripende måte. I rundskrivet står det at også tilfeller hvor det er behov for å få på plass vedtak raskt for å forhindre at behovet for bruk av tvang og makt skal øke på sikt, kan være et slikt særlig tilfelle.⁸⁶

Kravet om at disse særlige tilfellene må begrunnes taler for at kriteriet er underlagt streng regelanvendelse. Hverken manglende ressurser eller tidsfaktorer kan alene begrunne hvorfor vilkåret er fraveket.⁸⁷ Kravet om faglig og etisk forsvarlighet vil også ligge til grunn for avgjørelsen, hvor det må foretas en skjønnsvurdering med hensynet til den utviklingshemmede og risikoen for vesentlig skade må avveies. Kriteriet må sees mot de hensyn som helse- og omsorgstjenesteloven skal ivareta, den utviklingshemmedes sikkerhet og helse. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

4.8.3 Faglig og etisk forsvarlig

Av hol. § 9-5 (3) første punktum følger at tiltaket må være faglig og etisk forsvarlig. Etter en normal forståelse av ordlyden "faglig forsvarlig" skal tiltaket være forankret i helse- og omsorgsfaglige metoder, fagpersoner skal kunne stå inne for tiltaket. "Etisk forsvarlig" innebærer at det må være en allmenn oppfatning om at tiltaket er riktig og så lite inngripende som mulig. Av forarbeidene fremgår det at:

"Dette vilkåret gjelder både vedtakets innhold og ved gjennomføring av tiltak. Fag og etikk vil normalt inngå i hverandre, men slik loven er utformet, er etisk forsvarlighet et selvstendig krav. Dette kan innebære at tiltak som etter en

⁸⁵ Rundskriv IS-10/2015 side 72

⁸⁶ Rundskriv IS-10/2015 side 72.

⁸⁷ Rundskriv IS-10/2015 side 72.

faglig vurdering er forsvarlig, ikke uten videre kan anses som etisk forsvarlig.”⁸⁸

Dette innebærer at det må foretas en konkret helhetsvurdering av tiltaket i hver enkelt sak, det er ikke mulig å gi en klar og entydig definisjon på hvilke tiltak som er faglig og etisk forsvarlige. Et tiltak som på papiret fremstår som faglig forsvarlig, kan på grunn av måten det gjennomføres på oppleves som krenkende, og slik være i strid med kravet om etisk forsvarlighet.⁸⁹ Etisk forsvarlighet er således et selvstendig krav ved siden av kravet om faglig forsvarlighet.

Kravet om at faglig forsvarlighet i alle tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven er en minstestandard følger av hol. § 4-1. Kravet om forsvarlighet er en rettslig standard, noe som innebærer at innholdet i standarden bestemmes av normer som står utenfor loven.⁹⁰ Hva som er faglig og etisk forsvarlig er ikke nødvendigvis egnet for en juridisk vurdering, men en vurdering grunnet i den fagkompetansen tjenesteyterne besitter.

For å nærmere kartlegge nøyaktig hva som legges i kravet om faglig og etisk forsvarlighet vil det være nærliggende å se til forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, hvor det fremgår:

”Kravet til et verdig tjenestetilbud kan allerede i dag innfortolkes i dagens forsvarlighetskrav. Kravet til forsvarlighet innenfor helse- og omsorgstjenesten har utviklet seg over tid. Et tjenestetilbud som ikke oppfyller grunnleggende verdighetskrav, vil heller ikke kunne oppfattes som et forsvarlig tjenestetilbud. Ved å fremheve begrepet verdighet tydeliggjøres at dette er et grunnleggende element i en forsvarlig helse- og omsorgstjeneste. Retten til et verdig tjenestetilbud faller inn under, og er en del av, det generelle forsvarlighetskravet.”⁹¹

Av ordlyden er det derfor naturlig å tolke at kravet om etisk og faglig forsvarlighet er dynamisk, og kan endres i takt med ervervelse av ny kunnskap og verdiendringer i samfunnet forøvrig, jf. ordlyden *”kravet til forsvarlighet innenfor helse- og*

⁸⁸ Prop.91 L (2010-2011) s. 414.

⁸⁹ Østenstad 2011 s. 366.

⁹⁰ Prop.91 L (2010-2011) s. 494.

⁹¹ Prop.91 L (2010-2011) s. 494.

omsorgstjenesten har utviklet seg over tid". Kjernen i kravet må sies å være at tiltaket skal kunne forankres i faglige anerkjente metoder, og at fagpersoner må kunne stå inne for tiltaket. Ved vurderingen om tiltaket er etisk forsvarlig skal verdigheten til den utviklingshemmede være avgjørende.

4.8.4 Forholdsmessighet

Tiltaket skal ikke gå lengre enn nødvendig, og det må stå i forhold til det mål som søkes oppnådd jf. § hol. § 9-5 (2) annet punktum. Dette er kravet om forholdsmessighet. Etter en normal forståelse av ordlyden må fordelene ved tvangstiltaket veie tyngre enn belastningen den utviklingshemmede blir påført. Dette støttes av rundskrivet.⁹² Belastningen som blir påført den utviklingshemmede må anses som rimelig når man vurderer den mot de positive effekter tiltaket vil ha enten for den utviklingshemmede.⁹³

En annen side av forholdsmessighetsvurderingen er nødvendighetsvurderingen. Dette fremgår tydelig av ordlyden av bestemmelsen, "tiltaket skal ikke gå lengre enn nødvendig for formålet". I dette ligger det en vurdering om hvor stort skadepotensiale adferden til den utviklingshemmede har. Er det nødvendig å gripe inn med tvang og makt dersom adferden kun har mindre alvorlige konsekvenser? Nødvendighets-vurderingen innebærer det minste inngreps prinsipp. Dette har sammenheng med vilkåret om andre løsninger, som innebærer at mer inngripende tiltak ikke skal benyttes før mindre inngripende tiltak er forsøkt. Man skal ikke bruke sterkere skyts enn nødvendig for å nå målet.

Av forarbeidene til opphevede sosialtjenesteloven fremgår det følgende om forholdsmessighetsvurderingen:

"Det er konsekvensene av å ikke gripe inn som kan gjøre et inngrep berettiget. Inngrep i de alminnelige rettighetene kan bare forsvares dersom tiltaket har som formål å verne rettigheter av større verdi. Det skal foretas en

⁹² Rundskriv IS-10/2015 s. 79.

⁹³ Rundskriv IS-10/2015 s. 79

totalvurdering av hvor inngripende tiltaket er i tjenestemottakerens integritet og verdighet.”⁹⁴

Av dette sluttet at det må foretas en vurdering av alvorligheten av konsekvensene av å ikke gripe inn. Det er det skadepotensialet som kan berettige at man griper inn med tvang og makt, dersom tjenesteyterne vurderer skadepotensialet til å være mer alvorlig enn selve tvangstiltaket.

Man kan ikke på forhånd avklare hvilke tiltak som vil være forholdsmessige og hvilke som vil være uforholdsmessige. Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle. I en situasjon kan det være rimelig å gripe inn med gitte metoder, men i andre tilfeller kan de samme metodene være så belastende for den utviklingshemmede at tiltaket må anses som uforholdsmessig. Et eksempel kan være en utviklingshemmet person som tvangsspiser. Et tiltak for å hindre dette er å fjerne maten fra boligen til vedkommende. For noen kan dette være en god løsning, den utviklingshemmede reagerer i liten grad på at maten fjernes. For andre kan det være at dette oppleves som svært belastende for personen, fjerning av maten fører til stress og panikk for at vedkommende skal sulte. I slike tilfeller kan belastningen for den utviklingshemmede være uforholdsmessig stor, og den utfordrende adferden må møtes på en annen måte.

4.8.5 Hindre eller begrense vesentlig skade

Etter ordlyden skal tvang og makt bare brukes for hindre eller begrense vesentlig skade på de rettsgoder som litra c verner om, jf. hol. § 9-5 (2) siste punktum. Terskelen for inngrep er altså høy, jf. begrepet ”vesentlig” i ordlyden.

Spørsmålet blir i det videre hvilken type skade som omfattes av skadebegrepet. Loven gir ingen presisering av hva som skal ligge i begrepet skade. Av forarbeidene fremgår følgende om skadebegrepet:

”Begrepet skade skal dekke ulike former for påvirkning på legeme eller gjenstander i tillegg til tap av sosial aktelse på grunn av støtende atferd og liknende immaterielle forhold. Det er ikke meningen å foreta noen avgrensning

⁹⁴ Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) s. 22.

i forhold til type skade. Det avgjørende er om atferden medfører en skade som er vesentlig. At skaden skal være vesentlig, innebærer at den må ha et betydelig omfang. [...]Som eksempler på forhold som kan komme inn under begrepet vesentlig skade, kan nevnes omfattende fysisk skade som tjenestemottakeren påfører seg selv eller andre og ødeleggelse av gjenstander av betydelig verdi.”⁹⁵

Skadebegrepet favner vidt, og det har ikke vært ønskelig å foreta en innsnevring av selve skadebegrepet i loven, og hva slags type skade det kan være snakk om. Østenstad er tydelig på at skadebegrepet kan tolkes til å også gjelde skade av økonomisk art.⁹⁶ Av dette sluttet at i vurderingen om det foreligger en skade eller ikke er det omfanget av skaden som er det essensielle. Vilkåret om at skadepotensialet må være vesentlig innebærer at tjenesteyterne må foreta en vurdering om hva slags skadepotensiale adferden til den utviklingshemmede kan ha. Dersom de vurderer skaden til å ikke være vesentlig, kan de ikke bruke tvang og makt for å stoppe adferden. Tjenesteyterne må da ta i bruk andre metoder og virkemidler for å stoppe eller endre adferden.⁹⁷

4.8.6 Tiltak for å dekke grunnleggende behov

Hol. § 9-5 (3) c gir hjemmel for bruk av tvang og makt for å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov. En normal forståelse av ordlyden tilsier at det er ved fare for vesentlig skade på livsnødvendige behov som kan hjemle bruk av tvang og makt etter denne bestemmelsen. Videre er det bare grunnleggende behov hos den utviklingshemmede selv som kan hjemle tvangsbruk etter bokstav c. Det kan ikke hjemles bruk av tvang og makt for å ivareta andre personers grunnleggende behov.⁹⁸

Hvilke behov som er grunnleggende fremgår av bestemmelsen; mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, herunder opplærings- og treningstiltak for å dekke disse behovene. Et meget praktisk eksempel er motvilje mot dusjing eller bading. Personer med utviklingshemming kan på grunn av sine utfordringer være ute av stand til å ivareta sine grunnleggende behov, og de kan

⁹⁵ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) s. 17 (sidetall hentet fra lovdata.no).

⁹⁶ Østenstad 2011 s. 366.

⁹⁷ Rundskriv IS-10/2015 ss. 74-75

⁹⁸ Rundskriv IS-10/2015 s. 88.

motsette seg at tjenesteyterne bistår dem i ivaretagelsen av eksempelvis bistand til personlig hygiene. Det kan derfor være aktuelt med tvangstiltak for å få dekket behovene. For de fleste av tiltakene etter denne hjemmelen må det oppstilles et krav om at adferden skal ha skjedd gjentatte ganger. Det er ikke tilstrekkelig for tiltak om bruk av tvang og makt at den utviklingshemmede bare nekter å dusje sporadisk. Dette vil ikke medføre fare for vesentlig skade. Tiltak av mer akutt art vil kunne dekkes av bokstav a og b.

Adferd som kan dekkes av ordlyden i bokstav c er eksempelvis selvskading, å konsekvent motsette seg hygienefremmende tiltak, eller ekstreme inntak av visse typer mat og drikke (både inntak i for store og for små kvantum). Sistnevnte er et veldig praktisk eksempel fra virkeligheten. En mann på 44 år har et ukontrollert inntak av kaffe. Han venter ikke til kaffen er kald nok til å drikkes, men tømmer den ned umiddelbart. Dersom inntaket ikke begrenses, drikker han opp til fem liter kaffe om dagen. Dette fører til umiddelbare brannskader i munnhulen samt søvnforstyrrelser, men tjenesteyterne frykter at det store koffein-inntaket også vil føre til lever- og nyreskader på sikt. Her kan det være aktuelt med tvangstiltak hvor den utviklingshemmedes tilgang på kaffe begrenses. Også andre løsninger hvor det ikke blir nødvendig med bruk av tvang og makt, som eksempelvis å bare servere kald kaffe kan motvirke helseskadene adferden kan medføre.

4.8.7 Særlig om opplærings- og treningstiltak

Opplærings- og treningstiltak kan iverksettes ved bruk av tvang og makt. Formålet med treningen eller opplæringen må være å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov som fremgår av ordlyden i bokstav c, eller å forebygge adferd som kan medføre vesentlig skade på sikt, jf. ordlyden "opplæring". Ordlyden "trening" tilsier at den utviklingshemmede skal trene på og utvikle allerede eksisterende ferdigheter slik at behovet for tvang og makt kan forminskes eller bli overflødig i fremtiden. I forarbeidene fremgår det følgende om opplærings- og treningstiltak:

"Samtidig viser uttalelsene at det [...] er behov for å ha en viss adgang til å bruke tvang i opplærings- og treningstiltak for å påvirke de forhold som er

årsaken til den skadevoldende atferden, slik at denne formen for atferd kan unngås eller begrenses i framtiden.”⁹⁹

Opplærings- og treningstiltak skal etter dette være tiltak som tar sikte på å redusere årsakene til adferden som betinger bruken av tvang. Et eksempel på dette er planlagte tiltak mot selvskading.¹⁰⁰ Østenstad gir et eksempel på opplærings- og treningstiltak ved motvilje mot tannpuss. God tannhelse er avgjørende for å hindre vesentlig skade på tennene. I et slik tilfelle kan det være aktuelt at tjenesteyteren gjennom håndledning tvinger den utviklingshemmede til å pusse tennene. Sammen med en positiv konsekvens av tannpussen, eksempelvis å se film eller gjøre noe morsomt sammen etterpå, kan det være at behovet for bruk av tvang og makt faller bort på sikt.¹⁰¹

Ved iverksettelse av opplærings- og treningstiltak må man ta høyde for den kognitive svikten som kjennetegner diagnosen utviklingshemming. Utviklingshemming kjennetegnes av at evnen til å lære og utvikle seg er hemmet, og dette krever tjenesteyterne foretar fortløpende vurderinger om tiltaket faktisk tjener formålet, eller om det på grunn av utviklingshemmingen ikke er formålstjenlig. Personens alder kan også være av betydning. I forarbeidene er det fremholdt at opplærings- og treningstiltak vil være spesielt aktuelt for barn og unge.¹⁰² Dersom den utviklingshemmede er eldre, kan det spørres hvor aktuelt det er med opplærings- og treningstiltak. Spesielt kan opplæring og tilegnelse av nye ferdigheter være mindre aktuelt på grunn av svekkelse av hukommelse som følge av høy alder.¹⁰³ Trening på allerede eksisterende ferdigheter kan for voksne og eldre utviklingshemmede være mer aktuelt.

Videre kan det spørres hvor stort nedslagsfeltet til opplærings- og treningstiltakene skal være. Av forarbeidene fremgår det:

”Departementet er enig med høringsinstansene i at det er behov for å presisere nærmere i lovteksten i hvilke tilfeller opplærings- og treningstiltak kan brukes.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 32.

¹⁰⁰ Rundskriv IS-10/2015 s. 88.

¹⁰¹ Østenstad 2011 ss. 428-439.

¹⁰² Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 31.

¹⁰³ Hedden, Trey og Gabrieli, John D. E, ”Insights into the aging mind: a view from cognitive neuroscience”, *Nature Reviews Neuroscience* nr. 5 februar 2004, ss. 87-96.

*Departementet foreslår derfor at det presiseres i bokstav c at opplæring og trening kan brukes i tiltak for å dekke den utviklingshemmedes grunnleggende behov for mat, påkledning, hvile, søvn, personlig hygiene og personlig trygghet. **Ut over disse tilfellene vil det ikke være anledning til å bruke planlagte trenings- og opplæringstiltak etter dette lovforslaget.**"¹⁰⁴ (Min utheving).*

Bestemmelsens liste er således uttømmende. Nedslagsfeltet for bestemmelsen er avgrenset til å gjelde de behov som fremgår av ordlyden i loven. At tiltak som bærer preg av atferdsendring, som det var adgang til etter kapittel 6A i nå opphevede sosialtjenesteloven faller utenfor. Dette følger av ordlyden i bestemmelsen og ble presisert i samme forarbeider.¹⁰⁵

4.9 Oppsummering

Kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven er et omfangsrikt kapittel, og stiller strenge materielle og prosessuelle vilkår til bruk av tvang og makt i omsorgen av personer med utviklingshemming. Imidlertid har jeg funnet at jeg synes at innholdet i vilkåret om "andre løsninger" i hol. § 9-5 (3) c har vært vanskelig å funnet frem til, og at lovgivers intensjon med vilkåret fraviker den normale forståelsen av ordlyden noe i sin fremstilling.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) s. 32.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) ss. 30-32.

5 EMK som skranke for bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede

EMK artikkel 8 gir individer rett til vern om privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. Disse rettighetene er ikke absolutte, da statene kan foreta inngrep i rettighetene når vilkårene etter art. 8 (2) er oppfylt. I det videre vil jeg drøfte om bruk av tvang og makt mot utviklingshemmede i sitt privat hjem kan kvalifisere til inngrep etter EMK artikkel 8. Først følger en redegjørelse for de rettigheter som vernes etter EMK artikkel 8 (1). Deretter redegjøres det for vilkårene for at inngrep i disse rettighetene skal være i samsvar med konvensjonen etter art. 8 (2).

5.1 Artikkel 8 (1)

EMK artikkel 8 (1) lyder:

"Art. 8 Retten til respekt for privatliv og familieliv,

1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.

Rettighetene som er listet opp tilfaller alle, jf. ordlyden "enhver". At også personer med utviklingshemming også nyter vern etter artikkel 8 er således klart. Artikkelens første ledd oppstiller de rettigheter som nyter vern mot inngrep. Det er særskilt respekt for privatlivet og respekt for sitt hjem som er aktuelle for denne avhandlingen, da tiltak gjennomført med bruk av tvang og makt medfører en fare for krenkelse av autonomien. Behandling av medisinsk karakter uten samtykke fra den det gjelder faller innenfor vernet av privatlivet etter artikkel 8, uansett hvor lite inngrepet er.¹⁰⁶ Videre gjennomføres tiltakene i den utviklingshemmedes private hjem. Retten til vern om familieliv og korrespondanse er således ikke like aktuelle i denne sammenheng, og det avgrenses i det følgende mot disse.

¹⁰⁶ Harris, O'Boyle og Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford, England 2014), 3. Utgave s. 544.

Kjernen i artikkel 8 er å gi individene vern mot inngrep i sitt hjem fra myndighetene.

Dette fremgår av *Pibernik mot Kroatia*:

*"[...]the Court reiterates that while the **essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities**, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for the applicant's rights protected under Article 8 of the Convention".¹⁰⁷*

Individets rett til vern mot inngrep fra myndighetene har etter denne ordlyden to sider. Myndighetene har ikke bare en forpliktelse til å avstå fra vilkårlige inngrep. Myndighetene er også forpliktet til å forhindre at andre privatpersoner griper inn i rettighetene som vernes av artikkel 8, ved legislative og prosessuelle rammeverk som skal forhindre inngrep.¹⁰⁸

Det kan være vanskelig å skulle trekke klare linjer mellom retten til privatliv og retten til respekt for sitt hjem. EMD har i sin praksis i liten grad trukket skiller mellom rettighetene.¹⁰⁹ I avgjørelsen *Smirnova mot Russland* sier EMD følgende:

*"The Court has a number of times ruled that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition [...] It has nevertheless been outlined that **it protects the moral and physical integrity of the individual** [...] including the right to live privately, away from unwanted attention. It also secures to the individual a sphere within which he or she can freely pursue the development and fulfilment of his personality."^{110 111} (Min utheving).*

¹⁰⁷ *Pibernik mot Kroatia* 04.03.2004 nr. 75139/01 premiss 64.

¹⁰⁸ Harris og O'Boyle 2014 s. 533.

¹⁰⁹ Se for eksempel *Stubbings and others mot Storbritannia* 22.10.1996 nr. 22083/93 premiss 61, hvor EMD gir både individets psykiske og fysiske integritets vern i artikkel 8. *"The Court observes, first, that Article 8 (art. 8) is clearly applicable to these complaints, which concern a matter of "private life", a concept which covers the physical and moral integrity of the person"*

¹¹⁰ *Smirnova mot Russland* 24.07.2003 nr. 46133/99 premiss 95.

¹¹¹ Se også *Niemietz mot Tyskland* 16.12.1992 nr. 1379/88, hvor en advokat fikk sitt kontor ransaket av tyske myndigheter. EMD sier at definisjonen av privatliv ikke kan bli så snever at den bare dekker den innerste sirkel, hvor borgerne bor og lever. Også arbeidsplassen er en del av borgerens privatliv.

Etter en normal forståelse av uttalelsen er det ikke fra EMDs side ønskelig å gi en konkret og uttømmende definisjon av hvilke rettigheter som dekkes av artikkel 8. Begrepet privatliv har et vidt nedslagsfelt, og det er nettopp dette som er kjernen i bestemmelsen: å verne om den moralske og fysiske integriteten til borgerne, og dette inkluderer en rett til et privatliv uten uønsket oppmerksomhet fra myndighetene.

Hjemmet nyter også høy grad av beskyttelse etter EMK artikkel 8. I *Giacomelli mot Italia* har EMD definert et hjem til å være et fysisk avgrenset sted hvor ens privatliv og familieliv utvikles. Om vernet sier EMD følgende:

"[...] will usually be the place, the physically defined area, where private and family life develops."¹¹²

Det er ikke et krav at individet eier boligen selv for at det skal være vedkommendes hjem. I *Pibernik mot Kroatia* var det ubestridt at en leilighet var vedkommendes hjem, selv om individet ikke eide boligen selv.¹¹³ Spørsmålet som har vært avgjørende for EMD er om individet har en tilknytning til boligen.¹¹⁴ Mange personer med utviklingshemming eier ikke sin egen bolig, men leier av kommunen som yter tjenester til dem. Rettspraksis fra EMD viser at dette er uten betydning for om boligen er den utviklingshemmedes hjem, det som blir avgjørende er om boligen er det stedet hvor den utviklingshemmede lever sitt dagligliv.

Rettspraksis fra EMD viser at nedslagsfeltene for rettighetene artikkel 8 verner om skal tolkes utvidende og dynamisk, og at det i praksis ikke er hensiktsmessig å trekke skarpe linjer mellom de fire rettighetene artikkel 8 verner om. Både retten til privatliv og retten til å kunne nyte hjemmet sitt uten inngrep fra myndighetene skal vektlegges tungt. Når nedslagsfeltet til artikkel 8 skal tolkes utvidende vitner dette om at privat- og familielivet, hjemmet og korrespondanse nyter høy grad av beskyttelse, og at terskel for inngrep i disse rettighetene skal ligge høyt.

¹¹² *Giacomelli mot Italia* 26.03.2007 nr. 59909/00 i premiss 76.

¹¹³ *Pibernik mot Kroatia*, premiss 64-70.

¹¹⁴ Harris og O'Boyle 2014 s. 528.

5.2 Artikkel 8 (2)

EMK artikkel 8 (2) lyder:

2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Artikkelens andre ledd åpner for inngrep i disse rettighetene, så fremt de kumulative vilkårene er oppfylt. Eventuelle inngrep i rettighetene må være i samsvar med lov, og nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til de nærmere angitte formål i annet ledd. Dersom vilkårene i EMK artikkel 8 (2) er oppfylt, er tiltaket lovlig og ikke i strid med konvensjonen, til tross for at bruk av tvang og makt uforenelig med retten til privatliv og vern om hjemmet.

5.2.1 Nærmere om inngrep

Et inngrep i noens rettighet kan etter en normal forståelse enten være en handling som griper inn i rettssfæren, eller en ikke-handling, hvor man unnlater å gripe inn. Omsorgstiltak som gis ved bruk av tvang og makt vil være av privat karakter, og slike omsorgstiltak ytes ofte i de utviklingshemmedes private hjem. Bruk av tvang og makt vil aldri være forenelig med respekt for den enkeltes autonomi og integritet, de er gjensidig utelukkende. Om dette sier EMD følgende:

*”In so far as the applicant argued that she had been medically treated against her will while detained, the Court reiterates that **even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life** under Article 8 if it is carried out against the individual’s will [...]”¹¹⁵ (Min utheving)*

¹¹⁵ *Storck mot Tyskland* 16.06. 2005 nr. 61603/00 premiss 143.

Etter dette skal selv små medisinske inngrep regnes som å være i strid med retten til privatliv, så lenge behandlingen blir utført med bruk av tvang.¹¹⁶ EMD har ikke praktisert et skille mellom medisinske og andre velferdsmessige inngrep. Dommen har således mindre relevans i denne sammenhengen. Imidlertid er kjernen i uttalelsen er at terskelen for hva som skal regnes som inngrep i privatlivet må ligge lavt når inngrepet utføres ved bruk av tvang og makt. Dette taler for at bruk av tvang og makt overfor utviklingshemmede utgjør et inngrep i privatlivet.¹¹⁷ For at slike inngrep skal være i samsvar med konvensjonen må begge de kumulative vilkårene i art. 8 (2) være oppfylt.¹¹⁸ Hvis ikke vilkårene er oppfylt, strider inngrepet mot konvensjonen.

5.3 I samsvar med lov

Det første vilkåret EMK stiller er at inngrepet må ha hjemmel i lov, "i samsvar med lov". Lovkravet i EMK har to sider. For det første må inngrepet ha hjemmel i nasjonal lovgivning.¹¹⁹ Dette innebærer at inngrepet må fylle de vilkår den nasjonale lovgivningen setter. Når man skal iverksette tiltak med bruk av tvang og makt etter holl. kapittel 9 innebærer dette at alle kumulative vilkår må være til stede for at lovkravet etter EMK skal være oppfylt. Den andre siden ved lovkravet er at det stilles visse kvalitative krav til hjemmelen. Tidligere i oppgaven har lovkravet i EMK blitt drøftet opp mot legalitetsprinsippet i Grunnloven. Praksis fra EMD viste at ordlydens tilgjengelighet har mindre å si for personer som har liten forutsetning for å tilegne seg innholdet av dem, kjernen i lovkravet er at lovverket må gi tilstrekkelig vern mot vilkårlige inngrep. I det videre fokuseres det derfor på kvalitetskravet og bruk av rettskilder av lavere rang for å tolke og avklare innholdet i helse- og omsorgstjenesteloven.

¹¹⁶ Se Østenstad 2011 side 235. Her argumenterer Østenstad for at tiltak iverksatt med bruk av tvang og makt dekkes av ordlyden "medisinske inngrep", det avgjørende er at det har skjedd et inngrep i selvbestemmelsesretten over egen kropp ved bruk av tvang og makt.

¹¹⁷ Østenstad 2011 s. 236.

¹¹⁸ Kjølbro 2010 s. 625.

¹¹⁹ Kjølbro 2010 s. 589.

5.3.1 Kvalitetskrav

Kravet til en presis ordlyd blir skjerpet når man er på spesielt inngripende områder hvor tiltaket blir gjennomført med tvang og makt.¹²⁰ Adgangen til inngrep i retten til privatliv og hjem skal såldes være snever. EMD har sin praksis stilt krav til både rekkevidden av hjemlene, og krav til presisjon ved rekkevidden av skjønnsutøvelsen til lovanvenderen.

*"Consequently, the law must indicate **the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity**, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference."*¹²¹ (Min utheving).

I arbeidet med vilkårene for bruk av tvang og makt etter hol. kapittel 9, fant jeg adgangen til fravikelse av vilkåret om at andre løsninger må være forsøkt vanskelig å få tak på. Faren ved dette er at tjenesteyterne i mindre grad forsøker mindre inngripende tiltak, og at det blir brukt tvang og makt i større grad enn hva som kan være nødvendig. Praksis fra EMD viser at kravet til ordlydens presisjon skjerpes når man er på inngripende rettsområder, noe som er tilfelle ved bruk av tvang og makt i omsorgstjenester. Dette skjerper kravet til presisjon i helse- og omsorgstjenesteloven. For å kunne avklare det nøyaktige innholdet i vilkårene for bruk av tvang og makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er det nødvendig å se hen til forarbeidene og aktuelle rundskriv. Spørsmålet blir om denne utstrakte bruken av rettskilder av lavere vekt er i samsvar med klarhetskravet etter EMK. EMD har i dommen *Olsson mot Sverige* tatt stilling til bruk av forarbeider som rettskilde:

*"Moreover, in interpreting and applying the legislation, the relevant preparatory work (see paragraphs 36 and 38 above) provides guidance as to the exercise of the discretion it confers. Again, safeguards against arbitrary interference are provided by the fact that the exercise of nearly all the statutory powers is either entrusted to or is subject to review by the administrative courts at several levels".*¹²²

¹²⁰ Kjølbros 2012 s. 592.

¹²¹ *Malone mot Storbritannia* 02.08.1984 nr. 8691/79 premiss 68.

¹²² *Olsson mot Sverige* 24.03.1984 nr. 10465/83 premiss 62.

Etter ordlyden gir EMD relevante forarbeider både relevans og vekt ved tolkning og anvendelse av ordlyden. Bruk av forarbeider er etter dette ikke i strid med lovkravet i konvensjonen. Videre blir vernet mot vilkårlige inngrep styrket av prosessuelle garantier, blant annet hol. §§ 9-3 og 9-7. Dette innebærer at rettsreglene om bruk av tvang og makt ikke kan vurderes opp mot lovkravet i EMK isolert sett, men at man må se på om rettsreglene sammen gir et tilstrekkelig vern mot vilkårlige inngrep fra myndighetene. Bruk av forarbeider er etter dette ikke i strid med lovkravet i EMK.

Innholdet av rettsreglene i helse- og omsorgstjenesteloven blir også tolket i rundskriv IS-10/15. Rundskriv er en rettskilde med lav vekt etter norsk rettskildelære, og er lite tilgjengelig for andre utenfor forvaltningen. Innholdet i et rundskriv har ikke vært igjennom de samme demokratiske lovsprosesser som formell lov, og på grunn av den manglende rettspraksisen på dette feltet har ikke rundskrivet vært overprøvd av en nasjonal domstol. Spørsmålet videre blir om utstrakt bruk av rundskriv på et så inngripende område kan være i strid med lovkravet i EMK.

Dette tar EMD stilling til i *Silver mot Storbritannia*:

*"[...]the Court considers that although those directives did not themselves have the force of law, they may - to the admittedly limited extent to which those concerned were made sufficiently aware of their contents - be taken into account in assessing whether the criterion of foreseeability was satisfied in the application of the Rules."*¹²³

EMD fremholder at selv om et rundskriv (directives) ikke har lovs vekt, så har de likevel relevans for å tolke og avklare innholdet i rettsreglene. Kjølbro har imidlertid innfortolket et særlig krav om tilgjengelighet for rettskilder med lavere vekt:

*Instruktioner [...] fra en offentlig myndighet til en anden om den underordnede myndigheds udnyttelse af skønmessige beføjelser, administrativ praksis eller retspraksis. Retsregler av den nævnte art vil kun opfylde konventionens krav, hvis de pågjældende cirkulæreskrivelser, administrativ praksis eller retspraksis er tilgængelige.*¹²⁴

¹²³ *Silver and others mot Storbritannia* 24.10.1983 nr. 5947/72 premiss 88.

¹²⁴ Kjølbro 2010 s. 591.

Tilgjengelighetskravet er etter dette strengere for rettskilder av lav vekt. Rundskrivet IS-10/15 er lett tilgjengelig på internett for allmennheten. Av dette sluttes at rundskriv har begrenset vekt som rettskildefaktor, i samsvarer med norsk rettskildelære. Etter dette er det naturlig å slutte at bruk av rundskriv for å avklare innholdet i rettsreglene ikke er i strid med lovkravet i EMK.

Hol. § 9-5 (3) c gir ingen positiv avgrensning til hvilke tvangstiltak som kan være aktuelle etter bestemmelsen, hvor stor rekkevidden til bestemmelsen er. Det avgrenses negativt mot bruk av frihetsberøvelse som tvangstiltak i forarbeidene,¹²⁵ men gir ingen anvisning på konkrete tiltak som kan være aktuelle. Å kreve at loven gir en uttømmende liste over aktuelle tvangstiltak kan være praktisk umulig på grunn av det store mangfoldet i utfordringene til utviklingshemmede som gruppe. Dette legger EMD også til grunn i Herczegfalvy-dommen i premiss 91, "*it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality*".¹²⁶ Videre er det helse- og sosialfaglige feltet i konstant endring, og en sementering av aktuelle tiltak kan i verste fall føre til mer bruk av tvang og makt.¹²⁷ Imidlertid bærer lovverket preg av at den rettslige reguleringen i helse- og omsorgstjenesteloven favner svært vidt, og tar ikke høyde for den store variasjonen i funksjonsnivået til personer som har diagnosen utviklingshemming. Utviklingshemming er en diagnose hvor utfordringene kan variere fra manglende sosiale ferdigheter, til å være multifunksjonshemmet. For å best mulig imøtekomme det manglende presisjonsnivået i ordlyden tar Østenstad til orde for å i større grad avgrense negativt mot tvang- og makttiltak som vil være uaktuelle.¹²⁸

Rettspraksis fra EMD har vist at det som er avgjørende for personer som ikke er i stand til å ivareta sine interesser at lovverket gir en tilstrekkelig grad av vern mot vilkårlighet. Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 (3) c er ikke den eneste lovhjemmelen som gir rettsvern mot vilkårlighet ved bruk av tvang og makt. Det er sterke prosessuelle garantier i lovverket som skal forhindre vilkårlighet i anvendelse av lovverket, herunder klageadgangen og den obligatoriske overprøvingen av vedtakene hos Fylkesmannen.

¹²⁵ NOU 1991:20 s. 110 (sidetall hentet fra lovdata.no).

¹²⁶ *Herczegfalvy mot Østerrike* 24.09.1992 nr. 10533/83 premiss 91.

¹²⁷ Østenstad 2011 s. 600.

¹²⁸ Østenstad 2011 s. 608.

Østenstad kaller de prosessuelle garantier i helse- og omsorgstjenesteloven for "*ei mønsterlovjevning i internasjonal sammenheng*".¹²⁹ De prosessuelle garantier i helse- og omsorgstjenesteloven med obligatorisk overprøving og adgang til domstolskontroll med tvangsvedtakene fungerer som et sikkerhetsnett for eventuelle konvensjonsbrudd. Dette taler for at lovverket gir en tilstrekkelig grad av beskyttelse mot vilkårlige inngrep. En noe vag ordlyd er etter dette ikke tilstrekkelig for å konstatere konvensjonsbrudd.

På bakgrunn av den overnevnte praksis og juridisk litteratur konkluderes det med at lovkravet i EMK ikke legger strenge føringer på hva som kan være relevante tolkningsmomenter ved lovanvendelsen. Helse- og velferdsfeltet er i konstant endring, og det vil ikke nødvendigvis være formålstjenlig å detaljregulere et så dynamisk rettsområde. Bruk av tvang og makt har hjemmel i norsk formell lov, og bruk av forarbeider og rundskriv for å avklare innholdet i loven er ikke i strid med klarhetskravet i EMK. Lovverket gir utviklingshemmede tilstrekkelig vern mot vilkårlige inngrep.

5.4 Beskyttelse av helse eller moral

EMK artikkel 8 (2) oppstiller flere formål som kan legitimere inngrep rettighetene etter artikkel 8 (1). Det er beskyttelse av "helse eller moral" som vil være det aktuelle hensynet for denne avhandlingen. God helse er en grunnforutsetning for et godt liv. Begrepet helse må tolkes utvidende til å gjelde både den utviklingshemmedes fysiske og den psykiske helse. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven fremgår det at det skal legges til grunn en vid forståelse av hva som regnes som helsehjelp, og også tiltak som bærer preg av omsorgstiltak til personer med funksjonshemminger kan regnes som helsehjelp, så lenge behandlingen har et formål om helsefremming.¹³⁰

Skadebegrepet i helse- og omsorgstjenesteloven dekker også skader på eiendeler. I forarbeidene ble det lagt til grunn at skade som den utviklingshemmede påfører sine eiendeler vil falle utenfor begrepet beskytte helse etter artikkel 8.¹³¹ Spørsmålet blir da

¹²⁹ Østenstad 2011 s. 611.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 126 (sidetall hentet fra lovdata.no).

¹³¹ Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) s. 9.

om skade på eiendeler kan falle under moral-begrepet i artikkel 8. I forarbeidene fremgår det at "*Umotiverte masseødeleggelse av gjenstander er i strid med de holdninger som anses som moralsk akseptable.*"¹³² Lovgiver tok her utgangspunkt i en mer tradisjonell forståelse av moral-begrepet. Etter dette faller også skade av immateriell art under beskyttelse av helse eller moral.

EMD har vært tilbakeholden med å definere moral-begrepet i artikkel 8 (2), og har i stor grad overlatt det til statenes skjønnsmargin å definere kjernen i moral-begrepet.¹³³

Imidlertid er det nærliggende å tolke moral i denne sammenheng som den moralske integriteten til individet. I *Dudgeon mot Storbritannia* sa EMD at i saker som angikk de private og intime områdene av privatlivet, må det det være tungtveiende grunner for inngrep for beskyttelse av helse eller moral; "*Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of Article 8 (2).*"¹³⁴ EMD knytter moralbegrepet til de private og intime områdene i livet. Etter en tolkning av ordlyden er moral-begrepet i artikkel 8 er knyttet til individets integritet og moral. Ordlyden "helse *eller* moral" tilsier at den moralske integriteten skal tillegges like stor vekt som hensynet til helse.

I helse- og omsorgstjenesteloven er det et grunnleggende vilkår om at tiltaket om bruk av tvang og makt skal forhindre vesentlig skade. Vesentlighet-vilkåret innebærer at terskelen for inngrep skal ligge høyt. Dette taler for at formålet om beskyttelse av helse eller moral er oppfylt, og konklusjonen er at inngrep med hjemmel i kapittel 9 fyller vilkårene om legitime formål etter EMK artikkel 8 (2).

5.5 Nødvendig i et demokratisk samfunn

Det er ikke tilstrekkelig at myndighetene har godtgjort at inngrepet har et legitimt mål som følger av drøftelsen overfor. Inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. ordlyden i EMK art. 8 (2). I Olsson-saken legger EMD tre vurderingsmomenter til grunn for nødvendighets-vilkåret. Inngrepet skal motsvare et

¹³² Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) s. 9.

¹³³ *Handyside mot Storbritannia* 07.12.1976 nr. 5493/72 premiss 48.

¹³⁴ *Dudgeon mot Storbritannia* 23.09.1981 Series A nr. 45, premiss 58.

pressende sosialt behov, inngrepet må være proporsjonalt med det formål som søkes å ivaretas¹³⁵, og det må være relevant og tilstrekkelig begrunnelse for inngrepet.¹³⁶ Summen av disse vurderingene tilsvarer at behovet for inngrep må være godtgjort på en overbevisende måte.¹³⁷ Spørsmålet videre blir hvor strengt dette nødvendighetsvilkåret skal tolkes. I *Handyside*-saken sa EMD at nødvendighet ikke var synonymt med adjektivet "uunnværlig", men at vilkåret heller ikke hadde samme innhold som standardene "rimelig" eller "ønskelig".¹³⁸ Dette taler for at terskelen for at et inngrep er nødvendig skal ligge høyt. Drøftelsen av nødvendighetsvilkåret blir lagt opp etter de tre vurderingskriterier gitt i *Olsson*-saken.

I nødvendighetsvurderingen har EMD innrømmet statene en viss grad av skjønnsmargin, kjent som margin of appreciation. Dette innebærer at statene overlater en stor grad av skjønnsmargin i vurderingen om inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn eller ikke. Begrunnelsen for skjønnsmarginen er at nasjonale myndigheter anses bedre egnet til å vurdere hvorvidt inngrepet er nødvendig, da de har større innsikt i de særlige forholdene i hvert enkelt land og har hatt direkte kontakt med begge partene i saken. Skjønnsmarginen er også et utslag av subsidiaritetsprinsippet, som innebærer at det er konvensjonsstatene som har det primære ansvaret for å sikre og håndheve konvensjonen.¹³⁹

5.5.1 Motsvare et pressende sosialt behov

Ordlyden "pressende behov" tilsier at behovet må være tvingende. Ordlyden vitner også om et tidsaspekt, det er behov for å møte behovet som oppstår raskest mulig. På det medisinske feltet har EMD vært forsiktig med å overprøve legeprofesjonens vurderinger, da de blir ansett for å være de mest kompetente til å avgjøre om inngrepet er nødvendig eller ikke.¹⁴⁰

¹³⁵ *Olsson mot Sverige* premiss 67.

¹³⁶ *Olsson mot Sverige* premiss 68.

¹³⁷ *Funke mot Frankrike* 25.02.1993 nr. 10828/84 premiss 55.

¹³⁸ *Handyside mot Storbritannia* premiss 48.

¹³⁹ Skoghøy, Jens Edvin A. "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", *Lov og Rett* 04/2011, s. 189.

¹⁴⁰ Østenstad 2000 s. 228.

Bruk av tvang og makt etter hol. § 9-5 (3) c skal forhindre skade på grunnleggende behov hos den utviklingshemmede. Vilkåret i helse- og omsorgstjenesteloven om at skadepotensialet må være vesentlig, samt de materielle krav til begrunnelse for tvangstiltaket og den obligatoriske overprøvingen av tvangsvedtak taler for at dette vilkåret er oppfylt. Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 oppstiller strenge vilkår for bruk av tvang og makt, herunder en grundig vurdering om tiltaket er faglig og etisk forsvarlig. Dette taler for at vilkårene i hol. kapittel 9 tilsvarer et "pressende behov".

5.5.2 Proporsjonalitet

Kravet om proporsjonalitet innebærer at inngrepet vil være egnet til å oppnå det anerkjennelsesverdige formål, og at dette formålet er mer nødvendig enn å unnlate å gripe inn.¹⁴¹ Den utviklingshemmedes rett til respekt for sitt privatliv og hjem må veies opp mot de grunner som begrunner tvangstiltaket. Også i proporsjonalitetsvurderingen har EMD vært lite villige til å overprøve statenes skjønnsmargin. Det avgjørende for EMD har vært om statene har avgitt en tilstrekkelig og relevant begrunnelse for inngrepet.¹⁴²

Helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 pålegger kommunene å gi en begrunnelse for hvorfor tiltaket må gjennomføres med tvang og makt, og hvorfor det ikke kan løses ved mindre inngripende tiltak. Kravet om begrunnelse taler for at det norske lovverket er i samsvar med kravet om proporsjonalitet.

Hol. § 9-3 setter krav om at den utviklingshemmede skal bli tilstrekkelig informert, og gis adgang til å uttale seg før det iverksettes tiltak om tvang og makt. Dette er et utslag av den personlige autonomien til den utviklingshemmede. I *Pretty mot Storbritannia* sier EMD følgende om autonomiens tyngde:

¹⁴¹ Kjølbro 2010 s. 600.

¹⁴² Kjølbro 2010 s. 599.

*"The more serious the harm involved the more heavily will weigh in the balance considerations of public health and safety against the countervailing principle of personal autonomy."*¹⁴³

Etter en normal forståelse av ordlyden kan det bli nødvendig å la den personlige autonomien vike dersom skadepotensialet er vesentlig. Imidlertid kan det spørres om dette innebærer at autonomien må vike helt. For at inngrepet skal oppleves som mindre tyngende kan det være grunn til å vektlegge den utviklingshemmedes synspunkter på hvordan inngrepet skal bli utført, for eksempel om de utviklingshemmede kan stille krav til hvilke tjenesteyteren som skal gjennomføre tiltaket. Dette blir spesielt viktig når tvangstiltakene gjennomføres i den utviklingshemmedes private hjem. Dersom den utviklingshemmedes synspunkter og ønsker blir vektlagt i stor grad under gjennomføringen kan dette føre til at inngrepet blir mindre tyngende for den utviklingshemmede. Tiltak som bygger på den utviklingshemmedes ønsker og selvbestemmelse vil bidra til at maktubalansen kan bli jevnere, og det kan argumenteres i større grad for at inngrepet er proporsjonalt.

Proporsjonalitetskravet innebærer også at de midler som brukes til gjennomføringen av inngrepet må være i samsvar med målet som søkes å oppnå. Dette kravet speiles i hol. § 9-5 (2) annet punktum, hvor det fremgår at tiltaket ikke må gå lenger enn hva som er nødvendig for formålet.

Etter dette er kravet om proporsjonalitet i helse- og omsorgstjenesteloven i samsvar med kravet om proporsjonalitet i EMK art. 8 (2).

5.5.3 Relevant og tilstrekkelig begrunnelse

Relevant og tilstrekkelig begrunnelse innebærer at kommunen må gi en begrunnelse som tar utgangspunkt i de faktiske forhold som tvangstiltaket bygger på. Videre må begrunnelsen for hvorfor inngrepet er nødvendig være tilstrekkelig. Kravet om relevant og tilstrekkelig begrunnelse har en side til proporsjonalitetsvurderingen. Hvor det snakk om særlig alvorlige inngrep, eksempelvis klesinnretninger som begrenser den

¹⁴³ *Pretty mot Storbritannia* 29.04.2002 nr. 2346/02 premiss 74.

utviklingshemmede adgang til egen kropp, kreves det meget tungtveiende grunner til for at inngrepet kan anses i samsvar med konvensjonen.¹⁴⁴ Tiltak om tvang og makt gitt i den utviklingshemmedes hjem er uansett et alvorlig inngrep i autonomien. Helse- og omsorgstjenesteloven krever at kommunen godtgjør hvorfor tvangstiltaket er den eneste muligheten til å dekke den utviklingshemmedes behov. Dette innebærer at helse- og omsorgstjenesteloven går lengre i å stille krav til begrunnelsen enn hva EMK stiller. Etter dette er helse- og omsorgstjenesteloven i samsvar med EMK.

¹⁴⁴ Kjølbros 2010 s. 602.

6 Avsluttende bemerkninger

I en studie gjort i 2005 av Statens Helsetilsyn ble 53 kommuner i Norge undersøkt om de etterlevde datidens sosialtjenestelov kapittel 4A. Det ble avdekket brudd hos 46 av de 53 undersøkte kommunene.¹⁴⁵ I en årsrapport utgitt av Statens Helsetilsyn i 2014 fremgår det at det er store avvik mellom fylkesmannsembetene når det gjelder registrering av meldte beslutninger. Fylkesmenn har også registrert tiltak om bruk av tvang og makt for å dekke grunnleggende behov som ikke er regulert i vedtak.¹⁴⁶ På bakgrunn av disse funnene melder Helsetilsynet i årsrapporten om bekymringer om at det utøves mye tvang og makt som ikke er regulert i vedtak. Dette kan ha mange årsaker, men det er nærliggende å anta at manglende kunnskap om lovverket hos tjenesteyterne må ta en stor del av skylden.

Å kreve at loven dekker alle tilfeller hvor bruk av tvang og makt kan være aktuelt, samt tydelige vilkår for alle disse tilfellene vil være praktisk umulig. Imidlertid bærer lovverket preg av at den rettslige reguleringen i helse- og omsorgstjenesteloven favner svært vidt, og tar ikke høyde for den store variasjonen i funksjonsnivået til personer som har diagnosen utviklingshemming. Østenstad tar til orde for en presisering av det materielle innholdet til lovbestemmelsene, som i større grad tar høyde for mangfoldet.¹⁴⁷ Spesielt typiske og praktiske utfordringer som denne gruppen bør skilles ut i en særlig regulering. En fullstendig revisjon av helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 ble det også støttet fra flere hold under arbeidet med helse- og omsorgstjenesteloven.

I arbeidet med denne avhandlingen har jeg funnet at de krav EMK stiller til inngrep i rettighetene etter EMK artikkel 8 er i stor grad gjenspeilet i helse- og omsorgstjenesteloven. Imidlertid viser rettspraksis fra EMD at domstolen stiller stadig strengere krav til statenes etterlevelse av menneskerettighetene. Dersom det blir

¹⁴⁵https://www.helsetilsynet.no/upload/publikasjoner/rapporter2006/helsetilsynetrapport2_2006.pdf

¹⁴⁶<https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/aarsrapporter/aarsrapport2014.pdf>

¹⁴⁷ Østenstad 2011 s. 607.

utarbeidet et nytt regelverk om bruk av tvang og makt som det ble tatt til orde for i forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, vil det være naturlig å i større grad inkorporere menneskerettighetene i denne nye lovgivningen for å sikre Norges etterlevelse av EMK.

Videre har jeg funnet at innholdet i vilkårene for bruk av tvang og makt er tydelige, men at meningsinnholdet i vilkårene finnes i liten grad i forarbeider. De mest utførlige anvisninger på hvor terskelen skal ligge finnes i et rundskriv, som i stor grad er en skjult og lite tilgjengelig rettskilde. Den praktiske betydningen av dette trenger ikke å være så stor, da de tjenesteyterne som skal fatte vedtak om bruk av tvang og makt vil ha rundskrivet tilgjengelig. Likevel kan en allmenngjøring av forståelsen for rettsikkerhet for denne gruppen kanskje bidra til at man snart vil se saker om bruk av tvang og makt for norske domstoler.

7 Kilder

7.1 Lover, konvensjoner og forskrifter

- Kongeriket Norges Grunnlov 17.05.1814
- Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m 24.06.2011 nr. 30.
- Lov om pasient- og brukerrettigheter 02.06.1999 nr. 63.
- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 03.09.1953
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.05.1999 nr. 30.
- Forskrifter om begrenset adgang til bruk av tvangsmidler og forbud mot korporlig refselse innen psykisk helsevern, helsevernet for psykisk utviklingshemmede og helsevern for epileptikere 03. Juni 1977.
- Wien-konvensjonen om traktatretten 22.05.1969.

7.2 Rundskriv

- Rundskriv IS-10/2015 "Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming", utgitt av Helsedirektoratet, oppdatert utgave 2015.

7.3 Litteratur

7.3.1 Bøker

- Tøssebro, Jan, *Hva er Funksjonshemming*, (Oslo 2010).
- Kjølbro, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettigheds konvention – for Praktikere*, 3. Utgave (København 2010).
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. Utgave (Bergen 2011) utgitt av Fagbokforlaget.
- Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, (Bergen 2011).
- Østenstad, Bjørn Henning, *Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma under yting av kommunale sosial- og helsetenester* (Bergen 2000).
- Kroken, Jørn *Bruk av tvang og makt – Sosialtjenesteloven kapittel 4 A i praksis* (Oslo 2011).

- Eckhoff, Thorstein, *Rettskildelære* (Oslo 2001), 5. utgave
- Kjørstad, Asbjørn, og Syse, Aslak, *Velferdsrett 1* (Oslo 2012) 5. Utgave.
- Mæhle, Ivar R., Eknes, Jarle, og Houge, Gunnar, *Utviklingshemming* (Oslo 2011).
- Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett* (Oslo 2004) 5. Utgave.
- Harris, O'Boyle og Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford, England 2014) 3. Utgave.

7.3.2 Artikler

- Emberland, Marius "Effektivisering av subsidiaritet i EMK", *Lov og Rett* 08/2013, ss. 513-514.
- Skoghøy, Jens Edvin A., "Nasjonal skjønnsmargin etter EMK", *Lov og Rett* 04/2011, ss. 189-190.
- Syse, Aslak, *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmede*, utgitt som vedlegg 1 i NOU:1991:20 "Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming" ss. 179-255.
- Andenæs, Mads, Motzfeldt Kravik, Andreas Bjørge, Eirik "Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin", *Lov og Rett* 05/2015, ss. 261-278.
- Skoghøy, Jens Edvin A., "Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven" *Lov og Rett* 04/2015 ss. 195-196.
- Likestillings- og diskrimineringsombudet "CRPD 2015 – "Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne – et supplement til Norges første periodiske rapport" publisert på www.ldo.no i 2014.
- Hedden, Trey og Gabrieli, John D. E, "Insights into the aging mind: a view from cognitive neuroscience", *Nature Reviews Neuroscience* nr. 5, februar 2004.
- WHO, *ICD-10: Den internasjonale statistiske klassifikasjonen av sykdommer og beslektede helseproblemer* 2015, publisert av Helsedirektoratet.
- Solberg, Raymond og Hopsnes, Roald "Legalitetsprinsippet" *Jussens venner* 02/2005 ss. 78-155.

7.4 Internettkilder

- <https://www.helsetilsynet.no/upload/Publikasjoner/aarsrapporter/aarsrapport2014.pdf> (lest 22.03.2016 kl. 16.00).
- https://www.helsetilsynet.no/upload/publikasjoner/rapporter2006/helsetilsynetrapport2_2006.pdf lest 29.04.16 kl. 21.00.
- [http://naku.no/sites/default/files/files/NAKU_tvang&makt_ferdig2_skjerm\(1\).pdf](http://naku.no/sites/default/files/files/NAKU_tvang&makt_ferdig2_skjerm(1).pdf) (lest 22.02.2016 kl. 11.00).

7.5 Rettspraksis

7.5.1 EMD

- *Rantsev mot Kypros og Russland* 07.01.2010 nr. 25965/04.
- *Stubbings and others mot Storbritannia* 22.10.1996 nr. 22083/93.
- *Smirnova mot Russland* 24.07.2003 nr. 46133/99.
- *Niemietz mot Tyskland* 16.12.1992 nr. 13710/88.
- *Tyrer mot Storbritannia* 25.04.1978 nr. 5856/72.
- *Giacomelli mot Italia* 02.11.2006 nr. 59909/00.
- *Storck mot Tyskland* 16.06.2005 nr. 61603/00.
- *Kruslin mot Frankrike* 24.04.1990 nr. 11801/85.
- *Herczegfalvy mot Østerrike* 24.09.1992 nr. 10533/83.
- *Malone mot Storbritannia* 26.04.1985 nr. 8691/79.
- *Funke mot Frankrike* 25.02.1993 nr. 10828/84.
- *Camenzind mot Sveits* 16.12.1997 nr. 21353/93.
- *Golder mot Storbritannia* 21.02.1975 nr. 4451/70.
- *Pibernik mot Kroatia* 04.03.2004 nr. 75139/01.
- *Müller and others mot Sveits* 24.05.1888 nr. 10737/84
- *Handyside mot Storbritannia* 07.12.1976 nr. 5493/72.
- *Olsson mot Sverige* 24.03.1988 nr. 10465/83
- *Silver mot Storbritannia* 24.10.1983 nr. 5947/72.
- *Pretty mot Storbritannia* 29.04.2002 nr. 2346/02

7.5.2 Norsk rett

- LG-2012-105767 (Gulating Lagmannsrett).
- Rt. 2013 s.1630.

7.6 Offentlige dokumenter

- Ot.prp. nr. 58 (1994-1995) "Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven".
- Ot.prp. nr. 55 (2002-2003) "Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v og lov om helsetjenester i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med utviklingshemming)".
- Prop.91 L (2010-2011) "Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m"
- NOU 1991:20 " Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming".
- Prop.90 L (2012-2013) "Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven m.v (bruk av varsling og lokaliseringsteknologi)".
- Ot.prp. nr. 60 (1988-1989) "Om lov om sosiale tjenester m.v (sosialloven)".
- Ot.prp. nr. 57 (1995-1996) " Om lov om endringer i sosialtjenesteloven og kommunehelsetjenesteloven (begrensning og kontroll med bruk av tvang og makt m.v overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming - tilleggsproposisjon til ot.prp. nr. 58 (1994-1995))"
- Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) "Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)".

Antall ord utenom forside, innholdsfortegnelse og kildeliste: 16 400.