



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

ECT og nødrett

Er ECT på nødrettsgrunnlag i tråd med lovkravet i Grunnloven § 113?

May Elin Olsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2018.



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunnen for oppgaven	1
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Metodiske spørsmål.....	3
1.5	Fremstillingen videre.....	3
2	Det rettslige grunnlaget for ECT	4
2.1	Innledning: Hva er ECT?	4
2.2	Psykisk helsevernlovens historie.....	7
2.2.1	Asylsuvereniteten	7
2.2.2	Psykisk helsevernloven av 1961.....	7
2.2.3	Psykisk helsevernloven av 1999.....	8
2.3	Det rettslige grunnlaget for ECT	9
2.3.1	Kravet om samtykke.....	9
2.3.2	Psykisk helsevernloven § 4-4.....	12
3	Legalitetsprinsippet	13
3.1	Grunnloven § 113	13
3.2	Det positive og negative legalitetsprinsipp	14
3.2.1	Det positive legalitetsprinsipp	14
3.2.2	Det negative legalitetsprinsipp	16
3.3	Legalitetsprinsippets formelle og materielle krav	18
3.3.1	Legalitetsprinsippets formelle krav	18
3.3.2	Legalitetsprinsippets materielle krav.....	18
3.3.3	Kravet om forutberegnelighet	19
3.3.4	Klarhetskravet	20
3.3.5	Kravet om garanti mot vilkårlig myndighetsmisbruk	23

3.4	Oppsummering og veien videre	24
4	Lovkravet i EMK.....	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	Nærmere om lovkravet i EMK.....	26
4.2.1	Oversikt over EMK artikkel 8.....	26
4.2.2	Kravet om ”law”.....	28
4.2.3	Kravet om et legitimt formål.....	29
4.2.4	Kravet om forholdsmessighet.....	29
4.3	”The doctrine of necessity” i EMK.....	30
4.3.1	H.L. v. The United Kingdom	30
4.3.2	Oppsummering av H.L. v. The United Kingdom.....	32
4.3.3	H.L. v. The United Kindom og EMK artikkel 8	33
4.4	I hvilken grad kan EMK påvirke legalitetsprinsippet?.....	34
5	Finnes det andre lovbestemmelser som begrenser ECT uten samtykke?.....	35
5.1	Biomedisinkonvensjonen	35
5.1.1	Hva er Biomedisinkonvensjonen?.....	35
5.1.2	Biomedisinkonvensjonen artikkel 7	35
5.1.3	Biomedisinkonvensjonen artikkel 8	36
5.2	Psykisk helsevernloven § 4-2.....	36
6	Finnes det andre rettsgrunnlag for ECT?	38
6.1	Innledning.....	38
6.2	Kan nødrett gi hjemmel til ECT uten samtykke?	38
6.3	Kan Pasient- og brukerrettighetsloven gi hjemmel til ECT uten samtykke?	41
6.4	Kan krav om faglig forsvarlighet gi hjemmel til ECT uten samtykke?	42
6.4.1	Hva er faglig forsvarlighet?.....	42
6.4.2	Faglig forsvarlighet etter helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2	42

6.5 Kan helsepersonelloven § 7 om ”øyeblikkelig hjelp” gi hjemmel til ECT uten samtykke?	44
6.6 Kan det tenkes at det finnes en ulovfestet nødrettshjemmel i forvaltningen som kan åpne opp for inngrep i visse tilfeller?	46
7 Er ECT med hjemmel i nødrett i tråd med legalitetsprinsippet?	47
7.1 Innledning.....	47
7.2 Er legalitetsprinsippet formelle krav oppfylt?	48
7.3 Er legalitetsprinsippet materielle krav oppfylt?	49
Kildeliste	53

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven omhandler ECT gitt på nødrettsgrunnlag. Problemstillingen som reises er om ECT på nødrettsgrunnlag er i tråd med lovkravet i Grunnloven § 113.

ECT står for elektrokonvulsiv behandling, og er et behandlingstiltak som blir tilbudt pasienter innenfor psykisk helsevern.¹ Behandlingen er allment kjent som elektroshokkbehandling. En nærmere utredning på hva ECT er og omfanget av dette vil bli gitt i kapittel 2 punkt 2.1.

1.2 Bakgrunnen for oppgaven

For å kunne gjennomføre en behandling etter helseretten, er det et grunnleggende prinsipp, og en hovedregel, at pasienten samtykker til behandlingen.² Ved denne samtykkeformen foreligger det et krav om at pasienten avgir et informert samtykke. Et informert samtykke forstås som at pasienten har fått den nødvendige informasjonen om behandlingen, mulige risikoer og bivirkninger behandlingen kan medføre.³ For å kunne gjennomføre ECT foreligger det et krav om at pasienten har gitt et informert samtykke til behandlingen. Så fremt pasienten samtykker til behandlingen, er inngrepet ikke problematisk.

Hjemmelsproblematikken med ECT starter dersom pasienten ikke avgir samtykke til behandlingen. Etter psykisk helsevernloven foreligger det forbud mot å vedta tvangsvedtak ved behandlinger som innebærer et ”alvorlig inngrep”, jf. psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd.⁴ Lovgiver har i lovens forarbeider lagt til grunn at ECT er et ”alvorlig inngrep” som omfattes av lovens ordlyd.⁵ Videre åpner forarbeidene opp for at ECT kan gis i spesielle nødrettssituasjoner.⁶

At ECT kan gis i spesielle nødrettssituasjoner har mottatt stor kritikk fra flere aktører. Sivilombudsmannen peker på at ECT på nødrettsgrunnlag innebærer en høy risiko for å utsette pasienten for umenneskelig og nedverdiggende behandling.⁷ Bakgrunnen for uttalelsen

¹ Helsedirektoratet, Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT. IS-2629, 2017

² Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland, Aslak Syse, *Sentrale helserettslige emner*, Oslo 2016 side 21.

³ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 21.

⁴ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) § 4-4 annet ledd.

⁵ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) side 160.

⁶ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) side 160.

⁷ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Stavanger universitetssjukehus 9.-12. januar 2017 Stavanger side 38.

er at ECT på nødrett gjør det vanskelig å ivareta pasientens rettssikkerhet. Videre peker Sivilombudsmannen på at nødrett ikke er et tilstrekkelig rettsgrunnlag for å avverge en akutt fare for pasientens helse.⁸

Det er et grunnleggende prinsipp i helseretten at pasientens likhet og likeverd skal ivaretas. Disse prinsippene har stor betydning ved utforming av lovbestemmelser som omfatter helsehjelp, og anvendelsen av bestemmelsene.⁹ Videre er personer som lider av psykiske lidelser beskyttet etter likestillings- og diskrimineringsloven § 6.¹⁰ Det vil ikke foretas en nærmere drøftelse av dette.

ECT på nødrettsgrunnlag er også blitt kritisert av Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Her fremheves at Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter har pekt på at ECT uten samtykke er et myndighetsinngrep som trenger grunnlag i lov. Videre pekes det på at ECT uten samtykke er et inngrep i pasientens rett til privatliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter forkortet EMK) artikkel 8.¹¹

Forarbeidene til psykisk helsevernloven ble til i 1999, før grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet. Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 tok forarbeidene sikte på å lovsfeste legalitetsprinsippet i Grunnloven, for å gi borgerne et sterkere vern enn det som fulgte før grunnlovsrevisjonen.¹²

Før grunnlovsrevisjonen utviklet det seg en praksis som gikk ut på å tolke legalitetsprinsippet mer utvidende enn det som fulgte av det tradisjonelle legalitetsprinsippet. Den utvidende tolkingen ga den offentlige myndighet krav til lovhjemmel, dersom det ikke forelå en annen kompetanse som ga grunnlag for inngrepet.¹³

Slik gjeldende rett i dag, kan det virke som at psykisk helsevernlovens forarbeider ble skrevet etter den utvidende tolkingen av legalitetsprinsippet. Det må derfor vurderes om dagens rettsstilling er i tråd med legalitetsprinsippet.

⁸ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 19.-21. september 2017 side 41.

⁹ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 33.

¹⁰ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 6 og Prop.81 L (2016-2017) lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) side 313.

¹¹ Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Årsmelding 2017, dokument 6 (2017-2018) side 94.

¹² Dok. nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, side 250.

¹³ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 56.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven avgrenses mot hvorvidt pasienter som mottar ECT-behandling er samtykkekompetente. Grunnlaget for dette, er fordi denne problemstillingen blir for omfattende. Videre er dette spørsmålet en individuell vurdering av hver enkelt pasient, som det ikke er mulig å redegjøre for her.

Det vil også avgrenses mot hvorvidt FN-konvensjonen om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter forkortet CRPD) kan gi hjemmel til ECT på nødrettsgrunnlag.¹⁴ Grunnlaget for dette er at en drøftelse av CRPD blir for omfattende.

1.4 Metodiske spørsmål

For å besvare oppgavens problemstilling, er det benyttet vanlig rettsdogmatisk metode. Med rettsdogmatikk menes fremstilling av gjeldende rett og en utredning av innholdet av de gjeldende rettsregler som er på området.¹⁵

Da det ikke finnes rettsavgjørelser fra Høyesterett som behandler ECT, er det benyttet andre rettsavgjørelser fra Høyesterett for å avklare legalitetsprinsippets innhold. Det er også benyttet rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter forkortet EMD) for å avklare lovkravet etter menneskerettighetskonvensjonen.

Det er lite litteratur som behandler ECT på nødrett. Det er kun besøksrapporter og årsrapporter som har berørt temaet.

1.5 Fremstillingen videre

I det neste kapittelet vil det gis en nærmere utredning av hva ECT er og omfanget av behandlingen. Videre vil det gis en historisk oversikt over psykisk helsevernloven. Ved denne fremstillingen vil det gis en oversikt over fra når ECT ble benyttet som tvangsvedtak og fra når ECT ved tvang ble forbudt. Det rettslige grunnlaget for ECT vil også behandles i dette kapittelet.

I kapittel tre foretas en drøftelse av legalitetsprinsippet. Her fremstilles det negative og det positive legalitetsprinsipp, og de formelle og materielle krav som stilles til en klar lovhjemmel.

¹⁴ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

¹⁵ Skoghøy 2018 side 25.

I kapittel fire gjøres en drøftelse av lovkravet i EMK. EMK artikkel 8 blir vurdert, og det ses på hva som kreves for å kunne foreta et inngrep etter EMK. I slutten av dette kapittelet vil det foretas en vurdering av i hvilken grad EMK kan påvirke legalitetsprinsippet.

Andre lovbestemmelser som begrenser ECT på nødrettsgrunnlag vil bli presentert i kapittel fem. Her vil det foretas en utredelse av pasientens selvbestemmelsesrett. Videre gjøres en utredelse av Biomedisinkonvensjonens vern av personer med psykiske lidelser, og i den grad det kan foretas inngrep på grunn av en nødsituasjon.

Kapittel seks drøfter hvilke regler som åpner opp for bruken av ECT. Det vil foretas en vurdering av hvorvidt nødrettsbestemmelsen er i tråd med legalitetsprinsippet. Videre vil det også foretas en vurdering av om pasient- og brukerrettighetsloven, helsepersonellovens krav om øyeblikkelig hjelp er i tråd med legalitetsprinsippet. Kravet om faglig forsvarlighet etter helsepersonelloven og spesialisthelsetjenesteloven vil også bli behandlet i dette kapittelet.

I kapittel syv vurderes hvorvidt ECT gitt på nødrett er i tråd med legalitetsprinsippet formelle og materielle krav.

2 Det rettslige grunnlaget for ECT

2.1 Innledning: Hva er ECT?

ECT står for elektrokonvulsiv behandling, og gis som ledd i en behandling i psykiatriske sykehus på pasienter som lider av psykiske lidelser.¹⁶ ECT ble tatt i bruk i Norge i 1942.¹⁷ Bruken av ECT ble mindre benyttet etter at psykisk helsevernloven av 1961 trådte i kraft.¹⁸

Under behandlingen blir pasienten lagt i narkose, hvor pasienten får tilført korte elektriske støt gjennom hjernen, som utløser kunstige epileptiske anfall. Denne behandlingen gis i serier på to til tre behandlinger per uke, opptil 10-12 behandlinger totalt.¹⁹

Det virker som det foreligger liten oversikt over hvor ofte ECT blir gjennomført. Ved helsedirektoratets veiledning om ECT kom det frem at i 2004 var det en variasjon fra 1,83 til

¹⁶ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 8.

¹⁷ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 77.

¹⁸ St.meld. nr.32 (1976-1977) Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner side 52.

¹⁹ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 36.

3,44 pasienter per 10 000 innbyggere i ulike regioner. Dette utgjør ca 1200 behandlingsserier per år.²⁰ I 2015 ble ECT utført 4600 ganger i Norge. Det var ca 520 pasienter som fikk denne behandlingen i 2015.²¹ Hvor mange som har blitt utsatt og hvor mange ECT-behandlinger som har blitt utført uten samtykke, kom ikke frem i Helsedirektoratets veiledning.

Ved et besøk på Ålesund sjukehus var det problematisk å få dokumentasjon på eksakt antall ECT-behandlinger på nødrettsgrunnlag. Under Sivilombudsmannens besøk kom det frem at det hadde blitt utført ett tilfelle av ECT på nødrett i perioden 2016 og 2017. Senere kom det frem opplysninger som ga grunn til å tro at omfanget var større. For å finne ut av det reelle omfanget, var sykehuset avhengig av manuelle gjennomganger av pasientjournaler og overlegens egen hukommelse.²² Etter besøket fikk Sivilombudsmannen tilsendt dokumentasjon som viste at det var utført ECT-behandlinger på nødrett ovenfor 3 personer i den nevnte perioden. Etter besøket ble det gjennomført ECT-behandling på nødrett ovenfor enda en pasient.²³ Det viser at det foreligger liten oversikt over ECT-behandlinger som blir foretatt på nødrett. Dette er problematisk på flere punkter, da en svak dokumentasjon på ECT gitt på nødrett gjør det vanskelig for pasienten å ivareta sine klagemuligheter etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2.²⁴ En følge av dette er at pasienten har lettere for å bli utsatt for umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Ved en årsrapport fra Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter kom det frem ved en kartlegging i 2017, at minst 40 pasienter har fått 166 ECT-behandlingen på nødrettsgrunnlag de siste tre årene.²⁵

ECT har bevist å ha gode virkninger ovenfor flere pasienter som har fått behandlingen. Den eksakte grunnen til at ECT virker å ha så god effekt er med andre ord ukjent. Dagens bruk av ECT som behandlingstiltak er basert på observerbare kliniske effekter.²⁶

Det er videre bevist at ECT kan gi flere kognitive bivirkninger. Hvorvidt bruken av ECT kan føre til varige hjerneskader, er det faglige uenigheter om.²⁷ Blant de kognitive bivirkningene som fremkommer, er de mest vanlige bivirkningene nedsatt evne til nyinnlæring, redusert

²⁰ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 77.

²¹ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 77.

²² Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 40.

²³ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 40.

²⁴ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 41.

²⁵ Årsmelding, Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, dokument 6, 2017 side 95.

²⁶ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 82.

²⁷ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Stavanger universitetssjukehus 2017 side 34.

hukommelse ved hendelser før behandling og redusert hukommelse ved innlært kunnskap før behandlingen.²⁸

Dødelighet som følge av ECT-behandling anses å være på lik linje med mindre kirurgiske inngrep. Dette vil si at dødelighet er svært sjeldent. Ved de tilfeller pasienten har omkommet etter endt behandling, er det ikke funnet noen sammenheng mellom dødsfallet og behandlingen.²⁹

Det har ikke vært mulig å konkludere om behandlingen har redusert selvmord eller selvmordsforsøk. Det er videre bevist at tannskader kan forekomme under ECT-behandling.³⁰

ECT på nødrett har blitt kritisert av både media og flere andre aktører. Ved et besøk fra menneskerettskommisæren stilte Nils Muiznieks seg kritisk til ECT gitt på nødrett, da han mente at nødrettsbestemmelsen skulle ”exempt people from criminal responsibility when they have had no other alternative courses of action in emergency situation”. Han var også kritisk til hvorvidt nødrettsbestemmelsen var i samsvar med de kravene EMK oppstilte.³¹

Sivilombudsmannen har også kritisert ECT på nødrett for å ikke være i samsvar med lovkravet til Grunnlovens § 113.³² Han anser også behandlingen som et ”svært inngripende og omstridt behandlingstiltak som utgjør en høy risiko for å utsette pasienter for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.³³

Bruken av ECT på nødrett har også blitt kritisert av Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, da de mener at et slikt rettsgrunnlag som nødrett svekker pasientens rettssikkerhet på flere punkter.³⁴

ECT på nødrett har fått stor oppmerksomhet i media de siste to årene. I 2017 ble det avslørt at 40 pasienter hadde blitt utsatt for minst 166 ECT-behandlinger i løpet av året. Bakgrunnen for

²⁸ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 85.

²⁹ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 86.

³⁰ Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT side 86 og 87.

³¹ Report by Nils Muiznieks. Commissioner for human rights, following his visit to Norway from 19. to 23. January 2015. Strasbourg, 18. May 2015. CommDH(2015)9 avsnitt 25 og 43.

³² Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 37 og 38.

³³ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Stavanger universitetssjukehus 2017 side 38.

³⁴ Årsmelding, Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, dokument 6, 2017 side 95 og 96.

bekymringen var at flere av behandlingene ble utført på grunnlag av nødrett. Det ble stilt spørsmål til at en nødrettssituasjon kunne strekke seg over flere dager og uker.³⁵

2.2 Psykisk helsevernlovens historie

2.2.1 Asylsuvereniteten

Den første loven som omhandlet psykisk helsevern kom 17. august 1848 og het ”Sindsyges Behandling og Forpleining”. Denne loven var en ren tvangslov.³⁶ Loven ga asylets overlege kompetanse til å vurdere hvorvidt innleggelse var hensiktsmessig for den syke selv, eller nødvendig for den offentlige orden og sikkerhet. Overlegens avgjørelse var enerådig, noe som tilsa at domstolene ikke kunne overprøve dette skjønnet.³⁷ Overlegens skjønnskompetanse fikk navnet ”asylsuvereniteten”.

Først i 1935 ble det gitt en egen lov som omhandlet frivillige innleggelser på de såkalte asylene.³⁸ Den skjønsmessige kompetanse til å vurdere behovet for innleggelser, var fortsatt opp til overlegen. Denne asylsuvereniteten ga legen stort forvaltningsrettslig skjønn til å selv vurdere hvorvidt pasienten skulle tvangsinnlegges eller ikke.

2.2.2 Psykisk helsevernloven av 1961

Den 28. april 1961 ble det gitt en ny psykisk helsevernlov. Loven tok sikte på å begrense adgangen til bruk av tvang innad i institusjonene gjennom forskrifter. Selv om det ble foretatt noen få endringer som omhandlet tvang og makt innad i institusjonene, konkluderte Innstillingen med at det ikke skulle foretas noen begrensninger i ”asylsuvereniteten”. I 1969 ble det vedtatt en tilleggslov som ga adgang til domstolsprøvelse av administrative tvangsvedtak.³⁹

Selv om lovendringen ikke rørte ved overlegens skjønnskompetanse, ble det likevel vedtatt andre lovgivninger som begrenset overlegens forvaltningsskjønn, som gikk ut på tvangsbruk i psykiatrien. En av de viktigste endringene var adgangen til å behandle pasienter med ulike typer behandlingsmetoder, blant annet ECT ved tvang. Også medisinske behandlinger med

³⁵ <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/d6B3B/vg-avsloerer-ga-elektrosjokk-166-ganger-uten-pasientenes-godkjenning> (Sist sjekket den 28.11.2018.)

³⁶ Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. Utgave, Oslo 2016 side 27.

³⁷ NOU 1983: 5 ”Asylsuvereniteten” side 6.

³⁸ Syse 2016 side 27.

³⁹ NOU 1983: 5 ”Asylsuvereniteten” side 7.

medikamenter fikk en fremtredende rolle som behandlingsmetode. Dette førte til at ECT ble mindre benyttet som behandlingsmetode.⁴⁰

I senere tid, frem til 1983, ble det diskutert om hvorvidt overlegen skulle ha suverenitet til å fatte bestemmelser om hvem som var prioritert til innleggelse i psykiatriske klinikker. Dette var fordi ”asylsuvereniteten” var benyttet på en måte som faglig og samfunnsmessige hensyn tilsa var vanskelig å akseptere. ”Asylsuvereniteten” hadde også fått stor oppmerksomhet i presse, tidsskrift og annen media, hvor denne praksisen hadde blitt svært kritisert.⁴¹ Selv om det var kontrollkommisjonens oppgave å ivareta pasientenes rettssikkerhet, var ikke dette like vellykket som en hadde tenkt. Det viste seg at arbeidet kontrollkommisjonen utførte ikke ga pasientene den store rettssikkerhetsgarantien som skulle hindre urettmessig eller unødvendig tvangsbruk.⁴²

2.2.3 Psykisk helsevernloven av 1999

Da psykisk helsevernloven ble revidert i 1999, ble det innført klarere rettsregler som ivaretok pasientenes rettssikkerhet bedre enn tidligere. Ved denne loven fikk enkeltmenneskets verdighet og integritet stor tyngde, da dette ble ansett å være grunnleggende verdier i samfunnet.⁴³ I 1999-loven ble det innført klarere hjemler som omhandlet bruk av tvang på pasienter som var innlagt.

Psykisk helsevernloven ble igjen revidert i 2007. Dette førte til flere endringer. I hjemmelen om skjerming etter psykisk helsevernloven § 4-3 ble grensen for når helsepersonell skulle treffe vedtak om skjerming forandret fra 48 timer til 24 timer. Dette ga pasienten noe bedre rettssikkerhet. Grensen for når helsepersonell skulle fatte vedtak, ble ved lovendringen i 2017 endret til dersom pasienten motsatte seg skjermingen.⁴⁴

Ved revisjonen fikk vi en ny bestemmelse i § 4-4 andre ledd som åpnet opp for å gi ernæring uten samtykke. Vilkåret for denne bestemmelsen er at ernæring fremstår som et ”strengt

⁴⁰ St.meld. nr.32 (1976-1977) Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner side 52.

⁴¹ NOU 1983:5 ”Asylsuvereniteten” side 5.

⁴² Syse 2016 side 28.

⁴³ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) side 15.

⁴⁴ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-3 annet ledd første punktum.

nødvendig behandlingsalternativ”, og at dette blitt foretatt ”som et ledd i behandling av pasienten”.⁴⁵

Da psykisk helsevernloven av 1999 ble vedtatt, ble det også vedtatt forbud mot bruk av tvang på behandlinger som innebar et alvorlig inngrep på pasienten.⁴⁶ ECT ble ansett for å være en slik inngripende behandling. Bakgrunnen for at ECT ikke skulle benyttes som et ordinært tvangsvedtak, var fordi behandlingssituasjonen rundt ECT ble ansett som ”et radikalt inngrep ovenfor pasienten dersom behandlingen skulle skje uten samtykke”. Da pasienten får narkose og vil befinne seg i ”en sovende og hjelpeløs tilstand”, kunne en slik gjennomføring ”virke svært skremmende på mange pasienter og deres nærmeste”.⁴⁷

I lovens forarbeider ble det spesifisert at ECT var en type behandlingsmetode som innebar forbud mot tvang.⁴⁸

2.3 Det rettslige grunnlaget for ECT

2.3.1 Kravet om samtykke

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 kan helsehjelp kun gis med ”pasientens samtykke”, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annen gyldig rettsgrunnlag som hjemler dette.⁴⁹

For at samtykket skal være et gyldig informert samtykke etter loven, er det et krav at pasienten har fått tilstrekkelig informasjon om behandlingens form, formål, metode, ventede fordeler og mulige bivirkninger av behandlingen.⁵⁰ Begrunnelsen for kravene som stilles til et informert samtykke, er at pasienten får tenkt godt igjennom om dette er noe pasienten vil utsette seg for. Videre stilles det krav om at informasjonen som gis skal tilpasses pasientens behov.⁵¹

Helsepersonell møter ulike mennesker med ulike behov. Dette kan være språkproblemer, slik at tolk blir nødvendig for å være sikker på pasienten forstår innholdet i informasjonen. Videre

⁴⁵ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav b.

⁴⁶ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd første punktum.

⁴⁷ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 109 og Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, Årsmelding 2017, dokument 6 (2017-2018) side 93.

⁴⁸ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 160.

⁴⁹ Lov 2. juli 1999 nr. 63 Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd.

⁵⁰ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) side 132.

⁵¹ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) side 132.

er det også viktig at informasjonen ikke blir gitt med et språk som kun fagpersoner forstår, men at den er enkel og forståelig slik at pasienten kan foreta et forsvarlig valg.

I en ny rettsavgjørelse fra Høyesterett ble spørsmålet om samtykkekompetanse behandlet. Høyesterett la til grunn at det avgjørende for hvor vidt pasienten kan anses å være samtykkekompetent, må bero på ”i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse. Det gjelder uavhengig av om vedkommende er i en aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner”.⁵² Rettsavgjørelsen er fra 2018 og bør anses som det nye vurderingsgrunnlaget når en vurderer pasientens samtykkekompetanse.

Samtykke kan skje på flere måter. Mest hensiktsmessige er at pasienten gir et uttrykkelig samtykke til behandlingen, men også samtykke gjennom konkludent atferd. Den nedre grensen for når et samtykke er gyldig, foreligger der hvor pasienten ikke motsetter seg inngrepet, men kun forholder seg passiv. Imidlertid er dette kritisert. Syse skriver at et slikt fravær av motstand kan ikke godtas som et gyldig samtykke.⁵³

Videre følger det av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 at pasienten når som helst kan trekke sitt samtykke tilbake. Dersom pasienten ønsker dette, skal påbegynt behandling straks avsluttes.⁵⁴ Dette skal helsepersonell som hovedregel akseptere. Det er viktig at helsepersonellet viser stor forståelse og omsorg for pasienten.⁵⁵ Selv om pasienten når som helst kan trekke sitt samtykke tilbake, kan det virke som at pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider går langt i å likevel gjennomføre behandling etter nødrettsbestemmelsen i helsepersonelloven § 7. Betingelsen for at behandlingen likevel kan gjennomføres er at en avbrytelse av behandling kan føre til svært alvorlige helsemessige følger for pasienten.⁵⁶ En vurdering av nødrettsbestemmelsen i helsepersonelloven § 7 vil bli drøftet nedenfor i punkt 6.5.

⁵² HR-2018-2204-A.

⁵³ Syse 2016 side 109.

⁵⁴ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) side 132.

⁵⁵ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) pasientrettighetsloven side 132.

⁵⁶ Ot.prp. nr.12 (1998-1999) pasientrettighetsloven side 132.

Moksnes og Sivilombudsmannen peker på en praksis der det innhentes samtykke fra pårørende.⁵⁷ Spørsmålet er om et slikt samtykke kan gi grunnlag for ECT ovenfor pasienter som ikke er samtykkekompetente.

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 annet ledd åpnes det opp for at pårørende kan kontaktes for å finne ut hva pasienten selv ville ha ønsket dersom han/hun var samtykkekompetent.⁵⁸ Derimot gjelder ikke pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 for psykisk helsevernloven, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd.⁵⁹ Etter psykisk helsevernloven er det ikke mulig å kontakte nærmeste pårørende for en slik informasjon som pasient- og brukerrettighetsloven åpner opp for.

Sivilombudsmannen har i sin besøksrapport understreket at ”representert samtykke fra pårørende ikke er et gyldig rettsgrunnlag for å gi ECT”. Men ”pårørende har rett til informasjon om behandlingen dersom pasienten samtykker til dette eller at forholdene tilsier det”.⁶⁰

I 1999 ble det vedtatt en konvensjon fra Europarådet som skulle beskytte menneskerettigheter og menneskets verdighet ved biologi og medisin.⁶¹ Denne konvensjonen heter Biomedisinkonvensjonen. Denne ble ratifisert av Norge i 2006.⁶²

Etter Biomedisinkonvensjonen artikkel 5, foreligger det et krav om et fritt og informert samtykke før det kan foretas et inngrep på helserettens område.⁶³

Biomedisinkonvensjonen er ikke inkorporert i menneskerettighetsloven, men må likevel tillegges stor vekt når denne skal vurderes.⁶⁴ Dette følger av presumsjonsprinsippet, som legger til grunn at konvensjoner og traktater som Norge har ratifisert, skal ved motstrid tolkes på lik linje med norske rettsregler.⁶⁵

⁵⁷ Kjell Martin Moksnes, ”Elektrokonvulsiv terapi uten samtykke”, *Tidsskriftet den norske legeforening nr. 19*, 2013; 133 side 2047-50 (side 2048).

⁵⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-6 annet ledd.

⁵⁹ Lov 2. juli 1999 nr. 63 Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd.

⁶⁰ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri 2017 side 39.

⁶¹ Marius Storvik, Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern. Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017. Tromsø 2017 side 59 og 60.

⁶² Storvik 2017 side 60.

⁶³ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine, Oviedo IV 1997 (Biomedisinkonvensjonen) artikkel 5.

⁶⁴ Storvik 2017 side 61.

⁶⁵ Skoghøy 2018 side 39.

2.3.2 Psykisk helsevernloven § 4-4

Som vist i punkt 2.3.1 er hovedregelen for å gjennomføre ECT, at pasienten samtykker til behandlingen. Spørsmålet er hvordan skal problemstillingen løses dersom pasienten ikke samtykker til behandlingen?

Psykisk helsevernloven § 4-4 første ledd åpner for bruk av tvang ved gjennomføring av undersøkelser og behandling dersom pasienten ikke samtykker. Det er et vilkår at undersøkelsen og behandlingen er "...i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis". Videre er det et vilkår at pasienten mangler samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.⁶⁶ Unntakstilfeller fra manglende samtykkekompetanse foreligger der vedkommende er en fare for sitt eget liv eller andres liv eller helse.

Bestemmelsens første ledd åpner opp for tvang ovenfor personer som mangler samtykkekompetanse, eller som er en fare for seg selv eller andres liv eller helse. Det er her det minste inngreps prinsipp som bør ligge til grunn i vurderingen før det fattes tvangsvedtak, jf. psykisk helsevernloven § 4-2. Somatiske undersøkelser og behandlinger faller utenfor, og må reguleres av pasient- og brukerrettighetsloven, jf. psykisk helsevernloven § 1-2.⁶⁷

Psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd setter forbud mot å gjennomføre undersøkelser og behandlinger som innebærer et "alvorlig inngrep" ovenfor pasienten. Som unntak fra forbudet åpner bestemmelsen opp for behandlinger som foretas med legemidler som er godkjent til bruk her i landet. Forbudet åpner også opp for ernæring ved tvang, dersom dette er et ledd i behandling av en pasient med spiseforstyrrelser, og at dette fremstår som strengt nødvendig.⁶⁸

Bestemmelsens forarbeider spesifiserer at ECT-behandling ikke kan benyttes ved tvangsvedtak. Men åpner opp for bruk av ECT i spesielle nødrettssituasjoner.⁶⁹ Lovens forarbeider er taus om hvor grensen for bruk av ECT på nødrett går.

⁶⁶ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-4 første ledd.

⁶⁷ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 160.

⁶⁸ Lov av 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-4 annet ledd bokstav a og b.

⁶⁹ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 160.

3 Legalitetsprinsippet

3.1 Grunnloven § 113

Ved Grunnlovsrevisjonen i 2014 ble legalitetsprinsippet lovfestet i Grunnloven § 113 med følgende ordlyd:

”Myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte må ha grunnlag i lov”.⁷⁰

Grunnlovsbestemmelsen tar sikte på å lovregulere det tidligere ulovfestede forvaltningsrettslige prinsippet.⁷¹

Grunnloven § 113 oppstiller tre vilkår som må være oppfylt for at et inngrep skal anses å være gyldig. Disse vilkårene er ”myndighetenes”, ”inngrep”, og ”grunnlag i lov”.

Det første vilkåret ”myndighetenes” retter seg mot den utøvende myndighet.⁷² En forståelse av ordlyden tilser at forvaltningen som opptrer i kraft av lov vil være en myndighet.

Helsepersonell som gir helsehjelp, opptrer i kraft av lov, og vil derfor være en myndighet.

Helsepersonell som drikker kaffe vil ikke være en myndighet.

Bestemmelsens andre vilkår er myndighetenes ”inngrep”. Med ordlyden ”inngrep” er det tale om en intervensjon som anses som et kvalifisert forhold som rammer den enkelte.⁷³ Et enkeltvedtak som omhandler for eksempel en tvangsinnleggelse etter psykisk helsevernloven, er et eksempel på et slikt inngrep. Men også andre inngrep som ikke innebærer et enkeltvedtak faller inn under lovens ordlyd. Dersom en står ovenfor et inngrep, er spørsmålet om det foreligger en lovhjemmel som forsvarer inngrepet og gjør det lovlig.

En kan forstå dette slik at den nedre grensen for hva som anses som et kvalifisert forhold, settes ned til inngrep som ikke påvirker personer i stor grad. Slike inngrep kan være bagatellmessige forhold som ikke røkkes med den enkeltes rettigheter eller plikter.

Det tredje vilkåret er at inngrepet må ha ”grunnlag i lov”. Dette vilkåret inneholder to typer lovkrav, et formelt og et materielt lovkrav.⁷⁴ Ved det formelle kravet må inngrepet være forankret i lovvedtak fra Stortinget. Ved det materielle lovkravet må inngrepet være nærmere

⁷⁰ Grunnlov 17. mai 1814 § 113.

⁷¹ Skoghøy 2018 side 55.

⁷² Dok. nr.16 (2011-2012) side 250.

⁷³ Dok. nr.16 (2011-2012) side 247.

⁷⁴ Skoghøy 2018 side 55.

beskrevet, og inneholde et klart krav om hva loven gir hjemmel for. Selv om vi også tolker ordlyden ved hjelp av forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn, er det innholdet i lovens ordlyd som setter rammene for hvordan bestemmelsen skal tolkes. Videre krever det materielle lovkravet at bestemmelsen er så presis som mulig. Dette er fordi det ikke skal være mulig å foreta en alt for utvidende tolking av bestemmelsen.⁷⁵ En nærmere beskrivelse av disse to lovkravene vil bli drøftet nedenfor i punkt 3.3.

Spørsmålet om det foreligger et inngrep etter Grunnloven § 113, byr på flere utfordringer. I teorien tolkes legalitetsprinsippet på to forskjellige måter. Eckhoff og Smith tolker legalitetsprinsippet dithen at det er tale om en kompetanse som er tilegnet den offentlige myndighet, og at lovhjemmel kun er nødvendig dersom annen kompetanse ikke foreligger.⁷⁶ Ved denne tilnærmingen foretas det en utvidende tolkning av prinsippet, og kalles for den negative tilnæringsmåte. Ved denne tilnæringsmetoden kan det synes at det skal svært mye til for at det foreligger et slikt inngrep som krever grunnlag i lov. Andre, blant annet Skoghøy tolker legalitetsprinsippet dithen at Grunnloven § 113 setter forbud mot inngrep dersom det ikke foreligger en lovhjemmel som begrunner det aktuelle inngrepet.⁷⁷ Dette er en innskrenkende tolkning av legalitetsprinsippet, som setter skranker for hvor langt myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte kan gå før det er snakk om lovhjemmel. En nærmere drøftelse av forskjellen mellom den positive og den negative tilnæringsmåte vil bli drøftet nedenfor i punkt 3.2.

3.2 Det positive og negative legalitetsprinsipp

3.2.1 Det positive legalitetsprinsipp

Den positive tilnæringsmåte er også kjent som den tradisjonelle tilnæringsmåte. Det kan virke som denne tilnæringsmåten også har blitt kalt for den negative tilnæringsmetode av andre. For å ikke skape forvirring, vil Skoghøys terminologi legges til grunn i denne masteroppgaven. Skoghøy legger til grunn følgende terminologier: Den negative tilnæringsmåte åpner opp for en utvidende tolking av legalitetsprinsippet, mens den positive tilnæringsmåte setter skranker for en utvidende tolking av ordlyden.⁷⁸

⁷⁵ Skoghøy 2018 side 55.

⁷⁶ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014 side 342.

⁷⁷ Skoghøy 2018 side 55.

⁷⁸ Skoghøy 2018 side 55.

Da legalitetsprinsippet ble grunnlovfestet i 2014 var formålet å kodifisere konstitusjonell sedvanerett.⁷⁹ Skoghøy skriver at nå som legalitetsprinsippet har blitt grunnlovfestet, er den også blitt mer motstandsdyktig mot utvanning og en vid tolkning av prinsippet.⁸⁰

I forarbeidene er det uttalt at den positive tilnæringsmåte springer ut av folkesuverenitetsideen, om at menneskene var født frie og at myndighetene hadde kun grunnlag til å gjøre inngrep dersom det forelå hjemmel i formell lov.⁸¹ Denne tilnærmingen kan også sammenlignes med lex-superior prinsippet som sier at lov av høyere rang går foran lov av lavere rang.⁸² Dette vil si at dersom en forskriftshjemmel, sedvane eller gammel praksis gir en regel som strider mot Grunnloven § 113, vil Grunnloven § 113 gå foran denne praksisen.

Formålet bak legalitetsprinsippet er at lovreglene skal være forutsigbare, slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling ved sin handlemåte.⁸³ Forutberegnelighet er viktig for at borgeren skal kunne føre kontroll med myndighetene, og sikre at han ikke blir utsatt for myndighetsmisbruk fra den utøvende makt. På grunnlag av dette formålet kan det spørres hvor forutsigbart det er å utføre en inngripende behandling ovenfor en pasient basert på nødrett.

Solberg og Hopsnes skrev i 2005 en artikkel som omhandlet legalitetsprinsippet og dens tilnæringsmetode. I denne artikkelen fremkommer det at Solberg og Hopsnes er skeptiske til den utvidende tolkingen av legalitetsprinsippet. De mener det bør foreligge skranker for det offentlige handlefrihet, da offentliges organers kompetanse til å gi normer med bindende virkning er en stor trussel mot befolkningens frihet. Bakgrunnen for dette er at en for utvidende tolking av legalitetsprinsippet kan føre til maktmisbruk fra det offentlige.⁸⁴

En slik tankegang er forståelig da en for stor frihet fra det offentliges side vil innskrenke borgerens handlefrihet, noe som igjen kan føre til mindre tillit til systemet.

Solberg og Hopsnes skriver at en utvidende tolkning av legalitetsprinsippet er overflødig etter lex-superior prinsippet. De skriver ”ved å kreve et positivt lovvedtak for offentlig inngrep,

⁷⁹ Skoghøy 2018 side 55.

⁸⁰ Skoghøy 2018 side 55.

⁸¹ Dok. nr.16 (2011-2012) side 247.

⁸² Skoghøy 2018 side 256 og 257.

⁸³ Raymond Solberg og Roald Hopsnes, Legalitetsprinsippet, *Jussens venner*, nr. 2 2005 side 94.

⁸⁴ Solberg og Hopsnes 2005 side 95.

skapes større bevissthet om potensielle virkninger. Dette kan sikre at hjemmelen for offentlige organ til å tillate faktiske inngrep blir et utslag av folkeviljen. De prosessuelle kravene sikrer også større offentlig debatt. I tillegg styrkes forutberegneligheten ved at hjemmelen gis i lov”.⁸⁵

At legalitetsprinsippet er blitt lovfestet, taler om en strengere håndheving av forvaltningsrettslige inngrep.⁸⁶ Dette taler for at legalitetsprinsippet nå må tolkes like strengt som den tidligere Grunnloven § 98 om forbudet mot straff uten hjemmel i lov.⁸⁷

3.2.2 Det negative legalitetsprinsipp

Den negative tilnæringsmåte ble utformet av Eckhoff og Smith. Denne tilnæringsmåten ble utformet da de mente at legalitetsprinsippet var uheldig formulert. Med dette mener de at lovens ordlyd ikke avklarer hva som skal anses som et ”inngrep”, eller avklarer hva som skal anses som ”lov”.⁸⁸ De vektlegger at lovhjemmel er nødvendig dersom det ikke foreligger annet rettsgrunnlag for kompetanse. Dette beskriver de som følgende: ”hvis vi først ser på andre mulige rettsgrunnlag og kommer frem til at de ikke gir kompetanse til den aktuelle disposisjonen, sitter vi igjen med typesituasjoner der hjemmel i formell lov er nødvendig”.⁸⁹ Eckhoff og Smith mener de vil med denne fremgangsmåten, unngå de problemer som følger med den positive tilnærmingen av legalitetsprinsippet.

En kan forstå Eckhoff og Smiths argument, da lovens ordlyd ikke presist angir hva lovgiver har ment med ordlyden. Men dersom en ser tilbake på den rettshistoriske utvikling av legalitetsprinsippet, er det lettere å forstå formålet bak menneskerettighetsutvalgets ordvalg. Tidligere var det kun frihetsberøvelser på strafferettens område som var lovfestet.

Legalitetsprinsippet på forvaltningsrettens område var konstitusjonell sedvanerett og fikk mer rom for tolking. Det er uttalt i forarbeidene at det er den tradisjonelle, altså den positive forståelse som skal legges til grunn ved tolkingen av hvor langt legalitetsprinsippet strekker seg.⁹⁰

Den negative tilnæringsmåten av legalitetsprinsippet er blitt forstått som en forlengelse av den offentliges utøvelse av kompetanse. Dette kompetansekravet omhandler hvem som

⁸⁵ Solberg og Hopsnes 2005 side 96.

⁸⁶ Skoghøy 2018 side 55 og 56.

⁸⁷ Grunnlov 17. mai 1814 § 98.

⁸⁸ Eckhoff og Smith 2014 side 341.

⁸⁹ Eckhoff og Smith 2014 side 342.

⁹⁰ Dok. nr.16 (2011-2012) side 246.

trenger hjemmel i lov for å vedta beslutninger. Med dette menes at dersom det verken foreligger hjemmel for privatautonomi, sedvanerett eller spesielle grunnlovsregler, er det organisasjons- og instruksjonsmyndigheten som avgjør hvor langt kompetansen går.⁹¹ Dersom denne myndigheten ikke foreligger, kan beslutningen kun avgjøres med hjemmel i lov.

Med denne fremgangsmåten kan det virke utydelig hvor grensen for kompetansen går. Eckhoff og Smith beskriver flere kompetansenormer. En av disse kompetansereglene er nødrett som er tilegnet forvaltningen. Det kan synes at den negative tilnæringsmåte åpner opp for nødrett som hjemmel for inngrep, da dette er sedvanerett, som også er en av kompetansereglene Eckhoff og Smith beskriver. Hvorvidt grensen for nødrett som inngrepshjemmel rekker, beror på en analogisk tolkning av nødrettsbestemmelsen⁹².

Solberg og Hopsnes er skeptisk til en slik utvidende tolkning av legalitetsprinsippet som Eckhoff og Smith sikter til. Dette fordi en utvidende tolkning og et utvidet anvendelsesområde vil svekke legalitetsprinsippets gjennomslagskraft. De mener videre at en slik tolkning vil føre til svekkelse av prinsippets grunnverdier, som har til formål å beskytte den enkelte borgers formelle frihet og rettigheter i samfunnet. En utvidelse av legalitetsprinsippets anvendelsesmåte vil videre svekke den enkelte borgers forutberegnelighet.⁹³

Legalitetsprinsippet ble dannet for å beskytte borgeren mot statsmaktene. Dette er forenlig med legalitetsprinsippets formål og kravet om hjemmel i lov, slik at enhver borger skal kunne forutberegne sin rettsstilling. En slik vurdering er også i samsvar med folkesuverenitetsprinsippets oppfatning om at borgerens rettigheter er unik. En vid forståelse og utvanning av dette prinsippet kan gjøre det vanskelig for borgerne å forutberegne eventuelle konsekvenser for sine handlinger eller rettsstilling.

Den negative tilnærmingen setter uklare grenser for hvor langt myndighetenes inngrep går. Slike uklare grenser kan skape mistillit til det offentlige systemet.

⁹¹ Eckhoff og Smith 2014 side 345.

⁹² Eckhoff og Smith 2014 side 343 og 344.

⁹³ Solberg og Hopsnes 2005 side 116 og 117.

For pasienter som blir utsatt for ECT-behandling uten samtykke, kan utvanning av legalitetsprinsippet føre til at færre søker helsehjelp. Dette i frykt for å måtte risikere å bli behandlet med ECT på nødrettsgrunnlag.

3.3 Legalitetsprinsippets formelle og materielle krav

3.3.1 Legalitetsprinsippets formelle krav

Som nevnt i punkt 3.1 inneholder Grunnlovens § 113 et formelt og et materielt krav. Ved det formelle kravet skal myndighetenes inngrep ovenfor borgerne være regulert i en lovbestemmelse gitt av Stortinget, jf. Grunnloven § 75 bokstav a.⁹⁴

En formell lov vil skape forutberegnelighet for borgeren, da borgeren lett kan foreta undersøkelser i loven før borgeren foretar seg noe som vil røre ved hans rettsstilling. Det virker som at ikke alle er like enige i viktigheten av at lovbestemmelsen er formell. Smith skriver at hjemmel i formell lov kun er nødvendig dersom ikke annet rettsgrunnlag strekker til. Videre fremhever han at ved tvil om lovhjemmel er oppfylt, skal dette avklares med utgangspunkt i ordlyden. Dersom ordlyden er vag, må spørsmålet løses ut i fra andre rettskildefaktorer og i samsvar med det som sikrer klarhet og forutberegnelighet for borgeren.⁹⁵

Smith mener en formell lov kun er nødvendig dersom det ikke foreligger annen kompetanse for inngrep. Dette strider mot lovens forarbeider som skriver at ”myndighetenes inngrep overfor borgerne må være positivt regulert i Stortingets lovgivning eller i forskrift gitt med hjemmel i lov”.⁹⁶ Dette utgangspunkt støttes også av Fliflet. Fliflet viser stor skepsis til en utvidende tolking av kravet om formell lov, slik Smith fremstiller det.⁹⁷ Han skriver at dersom det ikke foreligger en generell lovhjemmel som åpner opp for inngrep, må dette inngrepet bygges på en spesiallov som gir hjemmel til inngrepet.⁹⁸

3.3.2 Legalitetsprinsippets materielle krav

Som nevnt i punkt 3.1 inneholder Grunnlovens § 113 et formelt og et materielt krav. Ved det materielle kravet, stilles det krav til innholdet i lovteksten som skal gi hjemmel for myndighetenes inngrep ovenfor borgerne.

⁹⁴ Dok. nr.16 (2011-2012) side 246.

⁹⁵ Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave, Oslo 2009 side 174 og 175.

⁹⁶ Dok. nr.16 (2011-2012) side 247.

⁹⁷ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, Oslo 2017 side 276 og 277.

⁹⁸ Andenæs og Fliflet 2017 side 275.

Det materielle kravet innebærer at inngrepet skal være nærmere beskrevet, slik at en kan ta utgangspunkt i lovens ordlyd når det skal foretas et eventuelt inngrep.⁹⁹

Det er flere hensyn bak legalitetsprinsippet. Disse hensynene skal sikre den enkelte borgers forutberegnelighet. Videre skal legalitetsprinsippet sikre at den enkelte ikke blir utsatt for unødvendige inngrep.¹⁰⁰ Med disse hensynene ivaretas folkesuvereniteten som var en av de tre grunntankene bak Grunnloven. For å overholde disse prinsippene stilles det krav til utformingen av lovbestemmelsen som hjemler myndighetsinngrep.

For å hindre at den enkelte blir utsatt for unødvendig inngrep og for å sikre forutberegnelighet til den enkelte, bør det stilles krav om klarhet til lovhjemmelen. Dette kravet kalles klarhetskravet.

For at det materielle kravet i en lovbestemmelse er oppfylt, er det et krav at lovbestemmelsen er forutsigbar, gir klarhet og garantier mot vilkårlighet.¹⁰¹ Disse kravene springer ut av betegnelsen ”the rule of law”, som handler om at den enkelte skal kunne danne seg en realistisk oppfatning av hvilke rettsregler som gjelder. Disse rettsreglene skal være så presist angitt at man kan innrette sin atferd etter dem.¹⁰²

3.3.3 Kravet om forutberegnelighet

En av de bakenforliggende ideene med legalitetsprinsippet var blant annet å ivareta hensynet til forutberegnelighet.¹⁰³ Dette var også tanken bak Grunnlovens forarbeider, som skriver at den enkelte kan gjennom en presist utformet rettsregel forutberegne sin rettsstilling.¹⁰⁴

Forutberegnelighet er viktig på flere punkter. Ikke bare kan den enkelte forutse sin rettsstilling, men en forutsigbar rettsregel er også med på skape tillit til den offentlige myndighet. Dette vil også gi borgeren trygghet på å ikke bli utsatt for inngrep som ikke var medregnet. En forutsigbar rettsregel er den tryggheten borgeren har fra å ikke bli utsatt for maktmisbruk.

⁹⁹ Skoghøy 2018 side 55.

¹⁰⁰ Andenæs og Fliflet 2017 side 275.

¹⁰¹ Andenæs og Fliflet 2017 side 274.

¹⁰² Andenæs og Fliflet 2017 side 280.

¹⁰³ Solberg og Hopsnes 2005 side 86.

¹⁰⁴ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

Solberg og Hopsnes beskriver viktigheten med en forutsigbar rettsregel som ”ved å kreve et positivt lovvedtak for offentlig inngrep, skapes større bevissthet om potensielle virkninger”.¹⁰⁵ Slike positive lovvedtak styrker den enkeltes forutberegnelighet.

Hensynet til forutberegnelighet er et moment som står sterkt i legalitetsprinsippet. Solberg og Hopsnes mener det bør foreligge stor forsiktighet med å foreta en utvidende tolking av legalitetsprinsippet.¹⁰⁶

3.3.4 Klarhetskravet

Klarhetskravet stiller krav om at lovbestemmelsen er presist utformet, og ikke gir rom for en utvidende tolkning eller en tolkning som er basert på reelle hensyn.¹⁰⁷ En generell fullmakt eller rettsregel som verner myndighetenes interesser ved inngrep overfor den enkelte, vil være grunnlovsstridig.¹⁰⁸

I teorien foreligger det uenigheter om hvordan klarhetskravet skal forstås. Skjerdal på sin side opererer med en relativisering av klarhetskravet, hvor hjemmelskravet er strengere i noen tilfeller sammenlignet med andre tilfeller. Relativiseringen sier lite om hva som ligger i klarhetskravet. Hvor klar lovhjemmelen er, må bero på inngrepets art. Jo mer inngripende myndighetsutøvelse det er snakk om, jo strengere krav må foreligge ved hjemmelens klarhet og presisjon.¹⁰⁹ Det er vanskelig å forstå om Skjerdal støtter seg til Eckhoff og Smiths negative tilnæringsmåte, da han også skriver at klarhetskravet er en skranke for hvor langt myndighetenes kompetanse rekker. På den annen side kan det virke som han har en positiv tilnærming, når han sammenligner klarhetskravet med inngrepets art.

At det foreligger et klarhetskrav i Grunnloven § 113 synes å være i samsvar med legalitetsprinsippet formål om forutberegnelighet. Snevre og generelle rettsregler som ikke gir holdepunkter for rettssikkerheten til den enkelte, vil verken være i samsvar med legalitetsprinsippet formål eller i samsvar med folkesuverenitetsideen.

¹⁰⁵ Solberg og Hopsnes 2005 side 96.

¹⁰⁶ Solberg og Hopsnes 2005 side 134.

¹⁰⁷ Skoghøy 2018 side 55.

¹⁰⁸ Andenæs og Fliflet 2017 side 279.

¹⁰⁹ Nicolai V. Skjerdal, *Kvalitative hjemmelskrav*, Oslo 1998 side 56 og 57

Det er uttrykt i Menneskerettighetsutvalgets dokument at legalitetsprinsippet skal fungere ”som en reel skranke for maktøverens myndighetsutøvelse”.¹¹⁰

Det er to rettsavgjørelser fra Høyesterett som har fått en sentral rolle når en skal vurdere innholdet i legalitetsprinsippet. Den første rettsavgjørelsen er Rt. 2010 side 612, og har fått navnet sårstelldommen. Avgjørelsen ble avgjort før grunnlovsrevisjonen, og før legalitetsprinsippet ble kodifisert i Grunnlovens § 113.

Spørsmålet i saken var om pleiere på et sykehjem kunne foreta tvangsvask av en pasient som hadde betente sår. Pasienten beskrev stellet som svært smertefullt, da stell av sår innebar at det ble revet opp hud og vev. Han motsatte seg også sårstellet da hans allmenntilstand varierte fra dag til dag.¹¹¹

Førstvoterende Bårdsen skriver at ”Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige. Men jeg finner samtidig grunn til å understreke at hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter.”¹¹²

Det er klart at dette er et spesielt tilfelle hvor andre hensyn også spiller en viktig rolle. Det er klart at vond lukt vil gå utover arbeidsmiljøet til pleierne som arbeider på sykehjemmet, og ikke minst vil gå utover livskvaliteten til de andre pasientene som bor på sykehjemmet. Det virker som om førstvoterende foretok en utvidende tolkning av legalitetsprinsippet ved vurderingen av spørsmålet, da reelle hensyn synes å gå foran selvbestemmelsesretten. Førstvoterende la til grunn at det i slike situasjoner kunne stilles vilkår ved ellers begunstigende vedtak. Imidlertid måtte disse ha en saklig sammenheng med vedtaket og ikke være uforholdsmessig tyngende.¹¹³

Det er tydelig at førstvoterende foretar en utvidende tolkning av legalitetsprinsippet. Grensen for sårstell under tvang blir vid, og det foreligger ingen grunnlag i lov som hjemler tvangsstell.

¹¹⁰ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

¹¹¹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 43.

¹¹² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30.

¹¹³ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 31.

Sårstelldommen er brukt som prejudikat når legalitetsprinsippet har blitt vurdert i juridisk teori.¹¹⁴ Imidlertid har rettsavgjørelsen blitt kritisert i juridisk teori, og det er blitt stilt spørsmål om det er riktig at avgjørelsen skal ha prejudikatverdi.¹¹⁵

En annen avgjørelse som har fått stor oppmerksomhet er Rt. 2014 side 1105. Denne rettsavgjørelsen er gjentatt av Høyesterett i en rekke saker, blant annet i HR-2016-1833-A avsnitt 15 og HR-2016-1286-A avsnitt 25 og 40.¹¹⁶

Spørsmålet i denne saken var om bruken av overskuddsmateriale, ervervet ved kommunikasjonskontroll, var integritetskrekkende. Førstvoterende Bårdsen tok først utgangspunkt i legalitetsprinsippets ordlyd, og la til grunn at en slik oppbevaring og bruk av materiale som er ervervet ved kommunikasjonskontroll, er kun lovlig dersom dette har ”hjemmel i lov, direkte eller ved forskrift med hjemmel i lov”.¹¹⁷

Førstvoterende presiserte også at ordlyden i Grunnloven § 113 fremmer forutberegnelighet og legger opp til at den enkelte i samfunnet kan treffe rasjonelle valg. Videre skal lovkravet i Grunnlovens § 113 motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling. Disse formålene støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75 bokstav a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling. Denne lovgivningskompetansen tilsier at den utøvende makt ikke kan gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne, enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.¹¹⁸

Førstvoterende la til grunn i denne saken at legalitetsprinsippet skulle fungere som en ”reell skranke for makthaverens myndighetsutøvelse”.¹¹⁹

Det kan synes at Høyesterett foretar en snevrere ramme ved tolkingen av lovkravet nå, enn den konstitusjonelle sedvaneretten som forelå før legalitetsprinsippet ble lovfestet. Dette kan vi se dersom vi sammenligner denne rettsavgjørelsen med rettsavgjørelsen fra 2010, før legalitetsprinsippet ble grunnlovsfestet.

¹¹⁴ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 206.

¹¹⁵ Bjørn Henning Østenstad, Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?, *Lov og rett*, vol 53 nr. 8 2014, side 484-501 (side 495). ISSN 1504-3061 online.

¹¹⁶ HR-2016-1833-A avsnitt 15 og HR-2016-1286 A avsnitt 25 og 40.

¹¹⁷ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 24.

¹¹⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

¹¹⁹ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 25.

Det som er interessant i denne rettsavgjørelsen, er at førstvoterende er den samme som ved rettsavgjørelsen fra 2014. En grunnlovsfestning av legalitetsprinsippet har gitt en snevrere og mer positiv tilnæringsmåte, når det skal vurderes om et inngrep har hjemmel i lov enn tidligere. En slik forståelse av det tidligere ulovfestede legalitetsprinsippet fremkommer også av Grunnlovens forarbeider.¹²⁰ Det var en slik utvidende tolking av legalitetsprinsippet som førte til at bestemmelsen ble grunnlovsfestet.

Etter klarhetskravet foreligger det et krav om at inngrepshjemmelen inneholder en klar og presis rettsregel.

3.3.5 Kravet om garanti mot vilkårlig myndighetsmisbruk

Et av formålene med å lovfeste Grunnloven var å kunne gripe inn i den offentlige myndighet, slik at legalitetsprinsippet fikk en indirekte betydning for organiseringen av den offentlige myndighets virksomhet.¹²¹ Dette formålet kommer ikke like klart frem i lovteksten, men lovens forarbeider legger stor vekt på at prinsippet skulle utformes slik at legalitetsprinsippet tok utgangspunkt i å beskytte den enkeltes rettighetsvern, og ikke gi den offentlige myndighet en generell kompetanse til å utøve myndighet.¹²²

For at en lovbestemmelse skal være i overenstemmelse med legalitetsprinsippet, foreligger det et krav om at lovbestemmelsen inneholder et klarhetskrav som blant annet skal beskytte borgerne mot vilkårlige avgjørelser fra det offentlige.¹²³

For at et inngrep skal anses som vilkårlig, er det et krav at det skjønnet som er lagt til grunn i avgjørelsen er tillagt overdreven vekt. Avgjørelsen er også vilkårlig dersom viktige hensyn ved avgjørelsen er oversett.¹²⁴ Også sterke urimelige avgjørelser anses vilkårlig dersom de grunnlag avgjørelsen hviler på er mangelfulle eller fraværende.¹²⁵ Rettsregler som gir den offentlige myndighet stor kompetanse til å ta avgjørelser basert på skjønn, svekker muligheten for rettslig kontroll. Dette fører til at borgerens rettsstilling blir usikker og det blir vanskelig å

¹²⁰ Dok. nr.16 (2011-2012) side 246.

¹²¹ Dok. nr.16 (2011-2012) side 249.

¹²² Dok. nr.16 (2011-2012) side 249.

¹²³ Andenæs og Fliflet 2017 side 279 og 278.

¹²⁴ Eckhoff og Smith 2014 side 398.

¹²⁵ Eckhoff og Smith 2014 side 399.

gjennomføre kravet til likebehandling.¹²⁶ Slike situasjoner øker faren for vilkårlig maktmisbruk.

3.4 Oppsummering og veien videre

Som en har sett ovenfor inneholder legalitetsprinsippet et formelt innhold og et materielt innhold. Både det formelle innholdet og materielle innholdet må være til stede for at en hjemmel skal være i tråd med legalitetsprinsippet. Det kreves også at den aktuelle lovbestemmelsen skaper forutberegnelighet, klarhet og sikrer borgeren mot vilkårlig maktmisbruk. Dersom kun en av disse foreligger, vil inngrepet være i strid med legalitetsprinsippet.

Det er også vist at legalitetsprinsippet tolkes på to måter. Den negative tilnæringsmåte, som sier at dersom det ikke foreligger annen kompetanse for inngrep, må inngrep utøves med hjemmel i lov. Dette er den vide tilnærmingen som gir forvaltningen adgang til å foreta skjønnsmessige vurderinger. Den andre er den positive tilnæringsmåte, som setter forbud mot myndighetens inngrep ovenfor den enkelte, dersom det ikke foreligger en hjemmel som begrunner inngrepet. Denne tilnæringsmåten er i tråd med ordlyden, forarbeidene og rettspraksis.

Et videre spørsmål i denne oppgaven er hvilken tilnæringsmåte som skal benyttes. Dersom en benytter seg av Eckhoff og Smiths tilnæringsmetode, den negative tilnærming, vil legalitetsprinsippet ikke fungere som en reell skranke mot den offentlige myndighetsutøvelse.

Dersom en benytter seg av den positive tilnæringsmåte, den tradisjonelle, vil en ivareta folkesuverenitetsideen og legalitetsprinsippets formål. Denne tilnæringsmetoden er også i samsvar med forarbeidene til Grunnloven § 113.

For å kunne besvare dette spørsmålet, må EMKs krav til lovhjemmel vurderes. Dersom EMKs lovkrav er forenlig med den positive tilnæringsmåte, må den positive tilnæringsmåte legges til grunn når det skal vurderes om ECT på nødrett er i tråd med legalitetsprinsippet.

¹²⁶ Andenæs og Fliflet 2017 side 293.

4 Lovkravet i EMK

4.1 Innledning

Da legalitetsprinsippet ble grunnlovsfestet, ble den plassert i kapittelet som omhandler menneskerettighetene.¹²⁷ I Grunnloven § 92 heter det at Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene. I dette ligger det at de verdier som menneskerettighetene representerer, skal sikres gjennom lov når det foretas inngrep ovenfor den enkelte.

Selv om det ikke kommer klart frem, inneholder menneskerettighetene lovkrav som setter reelle skranker for myndighetenes inngrep ovenfor den enkelte. Etter Grunnloven § 92 må legalitetsprinsippet tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene.¹²⁸

Etter de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene foreligger det et prinsipp som kalles ”the rule of law”. Prinsippet ”the rule of law” tilsvarer vårt rettssikkerhetsbegrep, og inneholder de samme momentene om krav til forutberenglighet ovenfor borgerne, klarhetskrav i lovteksten og forbud mot vilkårlig myndighetsutøvelse.¹²⁹

I motsetning til vårt krav om en formell hjemmel, skriver Skoghøy at menneskerettskonvensjonen ikke stiller krav til at inngrepet skal ha hjemmel i formell lov vedtatt av Stortinget. Dette er fordi lovgivningsmyndigheten er organisert forskjellig fra land til land. Imidlertid må inngrep i borgerens rettssfære ha hjemmel i allment tilgjengelige rettsregler og være så presise som forholdene tillater det. I norsk rett vil Grunnloven § 113 likevel ha den tyngste tolkningsfaktoren, da den danner rammen for regeltolkningen.¹³⁰ Dette kan forstås slik at menneskerettskonvensjonen setter en nedre grense for hvor vidt det skal foreligge hjemmel i lov. Videre setter Grunnloven en øvre grense for hvor vidt det skal foreligge lovhjemmel ved inngrep i borgerens privatliv og hvem som er nærmest til å fatte denne regelen.

EMK verner flere av de samme hensynene som legalitetsprinsippet verner. Dette kan vi spesifikt se i EMK artikkel 5 om frihetsberøvelse, artikkel 8 om vern av borgerens privat- og familieliv, artikkel 10 som verner borgerens ytringsfrihet og tilleggsprotokoll 1 som verner

¹²⁷ Grunnlov 17. mai 1814 kapittel E.

¹²⁸ Andenæs og Fliflet 2017 side 280.

¹²⁹ Erik Boe, ”Forholdet mellom rule of law og rettssikkerhet” i *Stat, politikk og folkestyre, Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen* 1998 side 43-64 (side 48).

¹³⁰ Skoghøy 2018 side 57.

eiendomsretten.¹³¹ Felles for disse artiklene, er at alle disse artiklene krever hjemmel i lov for at staten skal kunne foreta inngrep ovenfor borgeren.¹³² I denne avhandlingen er det artikkel 8 om inngrep i privatlivet som blir den relevante artikkelen, når en skal vurdere ECT gitt på nødrettsgrunnlag.

4.2 Nærmere om lovkravet i EMK

4.2.1 Oversikt over EMK artikkel 8

Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at:

”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.¹³³

I denne avhandlingen er det ordlyden ”private life” som er interessant. Retten til respekt for ”private life” skal tolkes vidt, da det ikke er mulig å gi en uttømmende definisjon av hva ordlyden omfatter.¹³⁴ Dette kommer av at ordlyden ”private life” favner innenfor flere rettslige temaer. Under ordlyden faller også retten til selvbestemmelse inn.¹³⁵ Inngrep i en persons selvbestemmelsesrett krever hjemmel i lov som er så presis som forholdende tillater det. Et eksempel på inngrep i selvbestemmelsesretten, kan være behandlinger innenfor psykiatrien.

Kjølbro skriver at ”lægelig behandling af en voksen og åndfrisk person uden samtykke vil ugjøre et indgreb i retten til privatliv” og vil derfor kreve en klar og presis bestemmelse som hjemler inngrepet.¹³⁶ Siden begrepet privatliv skal forstås vidt, tyder det på at det ikke skal mye til før det foreligger et inngrep etter EMK artikkel 8.

Det følger videre av EMK artikkel 8 nr. 2 at:

¹³¹ Skoghøy 2018 side 57

¹³² Solberg og Hopsnes 2005 side 88.

¹³³ Rome, 4. November 1950, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms article 8 nr. 1.

¹³⁴ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. udgave, København 2017 side 773.

¹³⁵ Kjølbro 2017 side 773 og 777.

¹³⁶ Kjølbro 2017 side 777.

”There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society (...) for the protection of health and morals (...).”¹³⁷

I likhet med Grunnloven § 113 oppstiller EMK art. 8 et forbud mot inngrep fra det offentlige mot borgerne. Fra denne hovedregelen åpner EMK opp for unntak fra forbudet dersom inngrepet er i samsvar med lov og er nødvendig, i dette tilfellet, for å beskytte helse og moral.

Selv om EMK ikke oppstiller krav til en formell rettsregel som er gitt av staten, oppstiller likevel EMK et krav til en materiell rettsregel som er presist utformet.¹³⁸

For at inngrepet skal være i overensstemmelse med EMK art. 8 nr. 2 foreligger det et materielt krav om at inngrepet skal inneholde et legalitetskrav, et legitimt formål og til slutt må inngrepet være forholdsmessig i forhold til det legitime formålet med inngrepet.¹³⁹ Hvordan de tre kravene skal forstås vil blir drøftet nedenfor i punkt 4.2.2, 4.2.3 og 4.2.4.

Etter EMK regnes ethvert medisinsk inngrep ved bruk av tvang som et ”interference”.¹⁴⁰ Med denne ordlydsforståelsen av vilkåret ”inference”, bør det anses som nærliggende at også inngrep uten samtykke, utført på nødrett, også bør gå inn under artikkelens ordlyd.

Artikkelens ordlyd grenser mot samtykkebestemmelsene.¹⁴¹ Dette vil si at dersom pasienten samtykker til behandlingen, er ikke inngrepet konvensjonsstridig.

Når det kommer til medisinske behandlinger i psykiatriske sykehus, plikter staten å beskytte den syke som befinner seg i en sårbar situasjon. I slike situasjoner skal statens positive plikter fortolkes i samsvar med de prosessuelle krav som følges av EMK artikkel 5.¹⁴² Det kan virke som at konvensjonen stiller ekstra strenge krav til staten når det er snakk om behandlinger i psykiatrien. Dette anses også som naturlig, da pasienter i psykiatrien har vanskeligere enn andre å ivareta sine rettigheter, da de kanskje sliter med å ivareta seg selv på en god måte. Staten får dermed en ekstra streng plikt til å sørge for at pasienten ikke blir utsatt for vilkårlig maktmisbruk. At det skal mye til for at staten skal kunne gripe inn ovenfor psykisk syke, ble lagt til grunn i EMDs storkammerdom *Alajos Kiss v. Hungary*. Grunnlaget for begrunnelsen

¹³⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms article 8 nr. 2.

¹³⁸ Skoghøy 2018 side 57.

¹³⁹ Kjølbro 2017 side 755, 765 og 767.

¹⁴⁰ Bjørn Henning Østenstad, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011 side 234.

¹⁴¹ Østenstad 2011 side 236.

¹⁴² Kjølbro 2017 side 813.

var at psykisk syke står i en særlig sårbar gruppe i samfunnet. Det må derfor foreligge ”very weighty reasons” for at staten skal kunne foreta et inngrep.¹⁴³

En av årsakene til at psykisk syke står i en særlig sårbar gruppe, er fordi de tidligere har blitt utsatt for fordommer med sosial ekskludering. Det oppstilles dermed en snevrere skjønnsmargin når det skal foretas inngrep i rettighetene til denne gruppen.¹⁴⁴ Der inngrepshjemmelen er utvidende, vil det stilles strengere krav til begrunnelsen for inngrepet.¹⁴⁵

4.2.2 Kravet om ”law”

Legalitetskravet kan deles i to. For det første stilles det krav om at inngrepet er hjemlet i en nasjonal lovgivning. For det andre stilles det krav til innholdet av rettsregelen som inngrepet begrunnes i.¹⁴⁶

Som nevnt ovenfor er det opp til hver stat hvorvidt inngrepet skal bestå av en formell lov gitt av staten. Dette begrunnes i at lovgivningsmyndigheten i de ulike konvensjonsstatene er organisert ulikt.¹⁴⁷ Dette kan en se ved flere storkammeravgjørelser fra EMD, hvor de har godkjent bruken av ”the doctrine of necessity”.

Ved kravet til innholdet av rettsregelen inngrepet begrunnes i, er det flere momenter som må ligge til grunn for at inngrepet skal anses å være i overenstemmelse med EMK art. 8. Selv om EMD godkjenner et nasjonalt prinsipp som rettsgrunnlag, oppstiller EMD krav til innholdet av prinsippet.

Det materielle kravet består av tre momenter. For det første stilles det krav til kvaliteten til rettsregelen. Ved dette kravet skal rettsregelen være i samsvar med rettsstatsprinsippet ”the rule of law”, som betyr at rettsregelen må være lett tilgjengelig og forutberegnelig ovenfor den enkelte.¹⁴⁸ Etter EMK kan en tilgjengelig rettsregel være en formell vedtatt lov, administrative forskrifter eller instruksjoner.¹⁴⁹ Kravet er at det er offentliggjort og lett tilgjengelig for borgeren.

¹⁴³ EMDs dom 20. mai 2010, *Alajos Kiss v. Hungary* (application no. 38832/06) avsnitt 42.

¹⁴⁴ Storvik 2017 side 231.

¹⁴⁵ Storvik 2017 side 232.

¹⁴⁶ Kjølbro 2017 side 755.

¹⁴⁷ Skoghøy 2018 side 57.

¹⁴⁸ Kjølbro 2017 side 757.

¹⁴⁹ Kjølbro 2017 side 757 og 758.

Videre er det et krav at rettsregelen er presist utformet.¹⁵⁰ En presist utformet rettsregel vil skape forutberegnelighet til borgeren, slik at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling.¹⁵¹ Til slutt skal rettsregelen sikre borgeren fra å bli utsatt for vilkårlighet fra staten.¹⁵²

4.2.3 Kravet om et legitimt formål

For at et inngrep skal være i tråd med artikkel 8, er det videre et krav at inngrepet er begrunnet i formålet til ”a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder in crime, for the protection of health and morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.¹⁵³ Det er et krav at staten viser til en spesifikk rettsregel eller et annet rettsgrunnlag som regulerer formålet med inngrepet.¹⁵⁴

Artikkel 8 nr. 2 oppstiller flere uttømmende legitime formål, hvor kun en av disse må være til stede for at det skal kunne foreligge et inngrep etter konvensjonen. Disse legitime formålene skal tolkes innskrenkende.¹⁵⁵ At konvensjonens formål skal tolkes innskrenkende, innebærer at det foreligger visse grenser for hvilke formål som kan begrunne et inngrep.¹⁵⁶

4.2.4 Kravet om forholdsmessighet

For at et inngrep skal være i tråd med artikkel 8, er det til slutt et krav at inngrepet er forholdsmessig i forhold til inngrepets legitime formål. For at inngrepet skal være forholdsmessig, er det et krav at inngrepet kan godtgjøres på en overbevisende måte.¹⁵⁷

Dersom det foreligger en alternativ og mindre inngripende måte å beskytte det truende retts gode på, kan ikke inngrepet anses å være forholdsmessig i forhold til inngrepets legitime formål.¹⁵⁸

Ved forholdsmessighetskravet må flere faktorer balanseres mot hverandre. Det er her tale om en ”fear balance” mellom ”the enjoyment of rights” og ”the protection of other interest” som konvensjonen beskytter.¹⁵⁹ Kjølbro beskriver denne balansen som en skjønsmessig

¹⁵⁰ David Harris mfl. Law of the European Convention on Human rights, 3. utgave, Oxford 2014 side 507.

¹⁵¹ Kjølbro 2017 side 758.

¹⁵² Kjølbro 2017 side 764.

¹⁵³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms article 8 nr. 2.

¹⁵⁴ Harris mfl. 2014 side 506.

¹⁵⁵ Kjølbro 2017 side 765.

¹⁵⁶ Kjølbro 2017 side 766.

¹⁵⁷ Kjølbro 2017 side 767.

¹⁵⁸ Harris mfl. 2014 side 519.

¹⁵⁹ Harris mfl. 2014 side 520.

vurdering av faktorene etter den gitte situasjonen. Kjølbro skriver at det må foretas en balanse mellom karakteren av rettigheten det gjøres inngrep i, rettighetens betydning for individet og inngrepets intensitet, karakteren av inngrepet, karakteren av det formål som søkes ivarettatt med inngrepet, og til slutt må det vurderes om hvilken type rettsområde en befinner seg innenfor.¹⁶⁰

Ved avgjørelsen av om et inngrep kan foretas etter artikkel 8, må myndighetene foreta en vurdering om inngrepet er relevant og tilstrekkelig. Videre skal det vurderes om det planlagte inngrepet er rimelig og egnet til å oppnå det legitime formålet.¹⁶¹

4.3 ”The doctrine of necessity” i EMK

4.3.1 H.L. v. The United Kingdom

Storkammerdommen H.L. v. The United Kingdom omhandler frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5 på ”the doctrine of necessity”. Da oppgaven handler om nødrett, vil ”the doctrine of necessity” være nærmest til å vise hvorvidt nødretten kan legges til grunn som rettsgrunnlag.

I likhet med artikkel 8, stiller artikkel 5 kvalitative krav til rettsregelen som samsvarer rettsstatsprinsippet ”the rule of law”.¹⁶² Det legges til grunn at lovkravet i artikkel 5 skal tolkes tilsvarende som lovkravet i artikkel 8.

Hvordan klarhetskravet i EMK skal tolkes, ble behandlet av EMDs storkammer i 2004. Saken er mellom H.L mot Storbritannia. Saken handler om H.L (heretter kalt saksøker) som hadde diagnosen autist. Som følge av denne diagnosen hadde han ikke språk og hans alminnelige forståelse var begrenset. Da saksøker hadde en historie med selvskading, ble han senere innlagt på psykiatrisk sykehus.¹⁶³

Saksøker saksøkte staten for vilkårlig frihetsberøvelse etter Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Bakgrunnen for søksmålet var at ”the doctrine of necessity” ikke gjenspeilte kriteriene for gyldig frihetsberøvelse i henhold til

¹⁶⁰ Kjølbro 2017 side 768.

¹⁶¹ Kjølbro 2017 side 767 og 768.

¹⁶² Kjølbro 2017 side 381.

¹⁶³ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* (application no. 45508/99) avsnitt 9.

artikkel 5 nr. 1 bokstav e, og manglet presisjon. Kjernen i dette søksmålet var at beskyttelsen mot vilkårlig frihetsberøvelse på grunnlag av ”the doctrine of necessity” var utilstrekkelig.¹⁶⁴

Spørsmålene som EMD vurderte var hvorvidt saksøker hadde blitt utsatt for frihetsberøvelse, og hvorvidt frihetsberøvelsen var lovlig etter artikkel 5 nr. 1 bokstav e.¹⁶⁵

Ved spørsmålet om hvorvidt saksøker hadde blitt utsatt for frihetsberøvelse, la EMD til grunn at det var flere faktorer som måtte tas med i vurderingen før en kunne avgjøre om det forelå en frihetsberøvelse. Disse faktorene var ”(...) type, duration, effects and manner of implementation of the measure (...)”. Videre la de til grunn at skillet mellom en frihetsberøvelse og en begrensning av friheten er graden av intensitet og ikke typen av begrensning.¹⁶⁶ Retten konkluderte at saksøker hadde blitt utsatt for frihetsberøvelse etter artikkel 5 nr. 1.¹⁶⁷

Det neste spørsmålet EMD tok stilling til var hvorvidt frihetsberøvelsen var utført i samsvar med en lovlig prosedyre og lovlig etter artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

EMD påpekte at på grunnlag av viktigheten av den personlige frihet, må den relevante nasjonale lov være i samsvar med konvensjonens lovkrav. Med dette kreves det at loven, ut fra hva som er rimelig under omstendighetene, er tilstrekkelig presis slik at borgeren kan forutse hvilke konsekvenser en gitt handling kan medføre.¹⁶⁸

Saksøker fikk også medhold i denne påstanden, da det var klart at kravet om at loven skulle hindre vilkårlighet ikke var oppfylt.

Som grunnlag for avgjørelsen la EMD til grunn tre punkter som måtte være til stede for at lovlig frihetsberøvelse ovenfor sinnslidende på bakgrunn av artikkel 5 nr. 1 bokstav e skulle finne sted. For det første må pasienten være klart sinnslidende. For det andre må den psykiske lidelsen være av en slik grad at den krever at pasienten er innlagt. Og for det tredje at lidelsen er av en slik grad at en fortsettelse av innleggelsen er nødvendig.¹⁶⁹ Til slutt hevdet retten at det måtte fastslås at frihetsberøvelsen var i samsvar med det vesentlige målet i art. 5 nr. 1

¹⁶⁴ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 79.

¹⁶⁵ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 79 og 94.

¹⁶⁶ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 89.

¹⁶⁷ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 94.

¹⁶⁸ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 114.

¹⁶⁹ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 114 og 98.

bokstav e, som er å hindre at enkeltpersoner fratras sin frihet på vilkårlig måte.¹⁷⁰ Som slutning ved rettsavgjørelsen la EMD spesielt til grunn at ”the lack of any formalised admission procedures which indicate who can propose admission, for what reasons and on the basis of what kind of medical and other assessments and conclusions. There is no requirement to fix the exact purpose of admission (for example, for assessment or for treatment) and, consistently, no limits in terms of time, treatment or care attach to that admission”.¹⁷¹

Det kan virke som at EMD etterspør regler på hvem som kan foreta en avgjørelse om frihetsberøvelse. Slik rettstilstanden er nå, er det den offentlige myndighetsutøvelse som foretar slike avgjørelser. Ved dagens rettstilstand beror dette på en skjønnsmessig vurdering. Slik er også rettstilstanden vedrørende ECT gitt på nødrett.

4.3.2 Oppsummering av H.L. v. The United Kingdom

I rettsavgjørelsen mellom H.L. og Storbritannia var det klart at det forelå brudd på EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Ved denne konklusjonen la retten til grunn flere faktorer som var avgjørende for sakens konklusjon. Ved avgjørelsen la EMD til grunn betydningen av en tilstrekkelig presis rettsregel, som ga borgeren forutberegnelighet til å forutse konsekvensene av sin handling. Frihetsberøvelse på ”the doctrine of necessity” ga ikke den forutberegnelighet som klarhetskravet i konvensjonen krevde. Dette ga derfor grunnlag for vilkårlig frihetsberøvelse etter artikkel 5 nr. 1 bokstav e.

Det rettslige problemet i denne saken var at innleggelsen av saksøker skjedde på ulovfestet grunnlag, men etter en nødvendighetslære som hadde blitt praktisert siden 1800-tallet. EMD la til grunn at denne regelen var uforutsigbar, da den var upresis og ga ingen garantier mot vilkårlighet. Det er tydelig at EMD krever at lovgivningen skal skape forutberegnelighet for pasienten, da pasienten befinner seg i en sårbar situasjon. EMD har i denne rettsavgjørelsen pekt på viktigheten av klare rettsregler når det er snakk om inngripende tiltak. En slik tolkning av rettsavgjørelsen er blant annet beskrevet av Sigurdson.¹⁷²

Østenstad tolker rettsavgjørelsen dithen at EMD foretar et tradisjonelt vurderingsmønster for fastlegging av hva som representerer frihetsberøvelse etter artikkel 5.¹⁷³

¹⁷⁰ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 115.

¹⁷¹ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 120.

¹⁷² Randi Sigurdson, *Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd*, Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – våren 2013, Tromsø 2013 side 168.

¹⁷³ Østenstad 2011 side 223.

Ved dette tradisjonelle vurderingsmønsteret benytter EMD seg av en gjennomskjæringsnorm. I denne gjennomskjæringsnormen kan også inngrep som enda ikke er iverksatt være konvensjonsstridig dersom inngrepet er planlagt¹⁷⁴ Dette kan forstås slik at EMD oppstiller et strengt klarhetskrav til de rettsreglene inngrepet er begrunnet på.

4.3.3 H.L. v. The United Kingdom og EMK artikkel 8

Ordlyden i EMK artikkel 5 nr. 1 beskytter den enkelte mot vilkårlig frihetsberøvelse.

Artikkel 5 er snevrere formulert enn artikkel 8, og gir klarere retningslinjer på hvordan denne skal tolkes. På grunn av at artikkel 8 er videre formulert, kan denne gi rom for en mer utvidende tolkning enn artikkel 5. Det forstås slik at EMK gir et sterkere vern mot vilkårlig frihetsberøvelse enn ved inngrep i privatlivet.

Spørsmålet er så om hvordan H.L. v. The United Kingdom kan ha innvirkning på tolkingen av artikkel 8?

Hvorvidt H.L. v. The United Kingdom kan ha innvirkning på tolkingen av artikkel 8, er blitt stilt av Østenstad. I H.L. v. The United Kingdom la EMD til grunn at handlinger som enda ikke var utført var likevel konvensjonsstridig, da helsepersonellet hadde handlet etter tvang, dersom pasienten hadde motsatt seg situasjonen. Pasienten i H.L. v. The United Kingdom var opprinnelig frivillig innlagt, men det hadde ikke pasienten mulighet til å forstå selv. En av helsepersonellene Dr. M. uttalte at dersom pasienten hadde forsøkt å forlate institusjonen, hadde hun unnlatt han å gjøre det gjennom et tvangsvedtak.¹⁷⁵ Det kan forstås slik at selv om pasienten var frivillig innlagt, var han frihetsberøvet på det grunnlag at han ikke selv forsto at han var der frivillig.

Østenstad skriver at det er ikke uten videre naturlig å skulle trekke en parallell mellom artikkel 8 og artikkel 5.¹⁷⁶ Selv om det ikke er naturlig å tolke artikkel 8 og artikkel 5 sammenhengende, forstås det slik at det er likevel mulig å relatere disse da et inngrep i privatlivet allerede starter da myndighetene bestemmer seg for å iverksette et behandlingstiltak mot pasientens samtykke.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Østenstad 2011 side 224.

¹⁷⁵ EMDs dom 5. oktober 2004 *H.L. v. The United Kingdom* avsnitt 90 og Østenstad 2011 side 224.

¹⁷⁶ Østenstad 2011 side 242.

¹⁷⁷ Østenstad 2011 side 242.

4.4 I hvilken grad kan EMK påvirke legalitetsprinsippet?

Dersom en sammenligner legalitetsprinsippet og EMK, kan en se at både legalitetsprinsippet og lovprinsippet i EMK følger av samme rettsstatsprinsipp. Dette stammer fra maktfordelingsprinsippet, hvor hensynet er å unngå maktmisbruk ved at normer og regler gis av et annet organ enn det organet som utøver denne rettsregelen, og ved å sikre forutberegnelighet.¹⁷⁸

Som vist til ovenfor krever både Grunnloven og EMK at inngrep fra offentlig myndighet skal beskyttes ved lovbestemmelser som er så klar og presis at den enkelte skal kunne innrette seg etter bestemmelsen. I tillegg til disse kriteriene bør det også stilles et kvalitetskrav til lovbestemmelsen. Da vide fullmakter og gamle praksiser svekker mulighetene for rettslig kontroll, vil den enkeltes rettsikkerhet bli svekket slik at faren for myndighetsmisbruk vil øke.¹⁷⁹ Dette er også i overenstemmelse med menneskerettighetenes betegnelse av ”the rule of law”, som tolkes på lik linje som vårt legalitetsprinsipp.¹⁸⁰ Brede fullmakter og skjønsmessige forvaltningsvurderinger er ikke i tråd med ”the rule of law”.¹⁸¹

Siden EMK ikke stiller krav om at inngrepet trenger hjemmel i formell lov gitt av Stortinget, skriver Skoghøy at tilsvarende bør også grunnlovsbestemmelser som stammer fra menneskerettighetene tolkes. Det foreligger ikke krav om at hjemmelen stammer fra en formell lov gitt av Stortinget, men inngrepet må bestå av en allment tilgjengelig rettsregel som er så presis som forholdene tillater det.¹⁸²

Selv om menneskerettighetene oppstiller samme krav til innhold i lovhjemmel, er ikke lovkravet like strengt utformet slik lovkravet er utformet etter legalitetsprinsippet.¹⁸³ Det kan synes at legalitetsprinsippet skal tolkes strengere enn menneskerettighetene.¹⁸⁴ Det legges til grunn at legalitetsprinsippet gir et sterkere vern til borgerne, enn det bestemmelsene i EMK gir. EMK gir en nedre grense ved kravet til en inngrepshjemmel.

¹⁷⁸ Solberg og Hopsnes 2005 side 88

¹⁷⁹ Andenæs og Fliflet 2017 side 292.

¹⁸⁰ Boe 1998 side 48.

¹⁸¹ Boe 1998 side 47.

¹⁸² Skoghøy 2018 side 58.

¹⁸³ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

¹⁸⁴ Andenæs og Fliflet 2017 side 280.

Ved å sammenligne lovkravet i EMK og de materielle kravene til lovhjemmel etter legalitetsprinsippet, fremkommer det klart at det er den positive tilnæringsmetode ved legalitetsprinsippet som bør legges til grunn når en skal vurdere myndighetenes inngrep.

5 Finnes det andre lovbestemmelser som begrenser ECT uten samtykke?

5.1 Biomedisinkonvensjonen

5.1.1 Hva er Biomedisinkonvensjonen?

I desember 1999 trådte det i kraft en konvensjon som skulle beskytte mennesker mot anvendelse av biologi og medisin. Denne konvensjonen fikk navnet Konvensjonen om menneskerettigheter og biomedisin (heretter kalt biomedisinkonvensjonen). Konvensjonen skulle ivareta borgernes rettigheter ved medisinsk forskning og behandling. Den skulle gi klare rettigheter ovenfor den enkelte ved slike inngrep. Hensynet bak konvensjonen var at mennesker som ikke var i stand til å samtykke til inngrep ved helsehjelp, skulle vernes.¹⁸⁵

Biomedisinkonvensjonens hovedregel er at "An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it".¹⁸⁶

Konvensjonen setter klare regler om at samtykke fra pasienten må finne sted før en kan foreta helsemessige inngrep på pasienten. Dersom et slikt frivillig og informert samtykke ikke foreligger, skal inngrepet ikke gjennomføres.

5.1.2 Biomedisinkonvensjonen artikkel 7

Biomedisinkonvensjon artikkel 7 første ledd verner personer med "mental disorder".

Artikkelen pålegger staten å sikre at pasienter med "mental disorder of a serious nature" får den behandlingen som har til formål å behandle pasientens psykiske lidelse, dersom "without such treatment, serious harm is likely to result to his or her health". Dette gjelder selv om

¹⁸⁵ St.prp. nr.53 (2005-2006) om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 4. april 1997 om menneskerettigheter og biomedisin, 2. Generelt om konvensjonen.

¹⁸⁶ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, article 5.

pasienten samtykker til behandlingen eller ikke.¹⁸⁷ Det kan synes at det her er oppstilt en forholdsmessighetsvurdering, hvor hensynet til pasientens psykiske lidelse og graden av inngrepets karakter skal være proporsjonalt.

Det kan virke som at artikkelen åpner opp for blant annet behandlinger slik som ECT gitt på nødrett, da behandlinger kan gjennomføres selv om pasienten ikke samtykker til behandlingen. På den annen side verner konvensjonen mot inngrep dersom pasienter ikke kan samtykke til dette, jf. Biomedisinkonvensjonen artikkel 8.

5.1.3 Biomedisinkonvensjonen artikkel 8

Biomedisinkonvensjon artikkel 8 åpner opp for å behandle pasienter dersom det oppstår en ”emergency situation” hvor et ”consent cannot be obtained”.¹⁸⁸

Vilkåret for å kunne handle etter denne artikkelen, er at nødsituasjonen hindrer personen i å samtykke. Ordlyden forstås slik at en ”emergency situation” må være av en slik karakter at det ikke er mulig å innhente et samtykke fra pasienten. Slike situasjoner kan for eksempel være dersom helsepersonell står ovenfor en bilulykke hvor pasienten er bevisløs. Det kan virke som at situasjoner hvor pasienten er bevisst faller utenfor konvensjonens ordlyd.

Pasienter som mottar ECT er gjerne pasienter som er bevisste og helt klart i stand til å forta et samtykke. Etter artikkelens ordlyd begrenser biomedisinkonvensjonen artikkel 8 ECT gitt på nødrettsgrunnlag.

5.2 Psykisk helsevernloven § 4-2

Etter psykisk helsevernloven § 4-2 første ledd første punktum pålegges helsepersonell å innskrenke ”restriksjoner og tvang (...) til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig ta hensyn til pasientens syn på slike tiltak”.¹⁸⁹ Bakgrunnen for denne begrensningen er at det ikke skal være fritt frem for helsepersonell å benytte seg av ubegrensede restriksjoner og ubegrenset tvang.¹⁹⁰ Ved spørsmålet om restriksjoner eller tvang skal benyttes, skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom tvangen, behandlingmessige mål og legitime

¹⁸⁷ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, article 7.

¹⁸⁸ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine, article 8.

¹⁸⁹ Lov 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-2 første ledd første punktum.

¹⁹⁰ Ot.prp. nr.11(1998-1999) side 159.

mål som søkes oppnådd. Hensynet med bestemmelsen er å ivareta pasientens integritet og verdighet. Dette hensynet er et av helserettens grunnleggende prinsipper.¹⁹¹

Videre åpnes det opp for at helsepersonell kan foreta inngrep dersom tiltaket ”gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempen med tiltaket. Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes”, jf. psykisk helsevernloven § 4-2 første ledd annet og tredje punktum.¹⁹² Etter annet ledd skal det legges til rette slik at pasienten kan ivareta sin selvbestemmelsesrett.¹⁹³ Etter tredje punktum pålegges helsepersonell å benytte seg av det minste inngreps prinsipp, som er et av de grunnleggende prinsippene i helseretten.¹⁹⁴

Første ledd innskrenker bruken av tvang og restriksjoner. Bakgrunnen for denne innskrenkningen er å unngå overflødig bruk av inngripende tiltak. Videre er det et mål at pasienten i størst mulig grad skal kunne være med å bestemme hvilke behandlingstiltak som er det rette for pasienten selv. Tvang og restriksjoner bør brukes med stor forsiktighet, da psykisk syke befinner seg i en spesielt sårbar gruppe, og har lettere for å bli utsatt for diskriminering.¹⁹⁵ Å hindre diskriminering er et viktig hensyn i helseretten.¹⁹⁶

For å kunne benytte tvangsinngrep må tvangsbruken kunne hjemles i et rettsgrunnlag, fremstå som egnet og formålstjenlig, og den kan ikke være uforholdsmessig. Videre må den aktuelle tvangsbruken være nødvendig.¹⁹⁷

Psykisk helsevernloven § 4-2 begrenser ECT uten samtykke i den grad at det skal legges stor vekt på pasientens medbestemmelse og det minste inngreps prinsipp. Bestemmelsen stiller krav om at mindre inngripende tiltak skal prøves før inngrep som ECT iverksettes. Inngrep etter helseretten skal ikke fremstå som uforholdsmessig ovenfor pasienten. ECT uten samtykke er et slikt uforholdsmessig inngrep som begrenses av psykisk helsevernloven § 4-2.

¹⁹¹ Befring, Kjelland, Syse 2016 side 31.

¹⁹² Lov 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 4-2 første ledd annet og tredje punktum.

¹⁹³ Ot.prp. nr.11(1998-1999) side 159.

¹⁹⁴ Prop.147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) til § 4-2 side 49.

¹⁹⁵ EMDs dom 20. mai 2010 *Alajos Kiss v. Hungary* avsnitt 42.

¹⁹⁶ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 208.

¹⁹⁷ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 202.

6 Finnes det andre rettsgrunnlag for ECT?

6.1 Innledning

Som en har sett i kapittel 3, stiller legalitetsprinsippet opp krav om grunnlag i lov for at den offentlig myndighet skal kunne foreta inngrep i den enkeltes privatliv. Dersom dette rettsgrunnlaget ikke er til stede, foreligger det et forbud mot inngrep fra den offentlige myndighet. Som sett ovenfor i vurderingene i kapittel 4 og 5, må det i tillegg til det formelle kravet også oppstilles ulike kvalitative krav for at den offentlige myndighet skal kunne foreta inngrep ovenfor den enkelte.

For at inngrepet skal være i samsvar med legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113, må rettsgrunnlaget ha en presis lovbestemmelse, skape forutberegnelighet ovenfor den enkelte i samfunnet, og til slutt sikre rettssikkerhetsgarantier ved at den beskytter den enkelte mot vilkårlig myndighetsmisbruk. Dersom disse tre punktene ikke foreligger, kan ikke hjemmelen anses å være i tråd med legalitetsprinsippet.

6.2 Kan nødrett gi hjemmel til ECT uten samtykke?

Det følger av straffelovens § 17 at ”en handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når a) den blir foretatt for å redde liv, helse (...) fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen”.¹⁹⁸

Bestemmelsen åpner opp for å gjøre en ellers ulovlig handling lovlig. Dette vil si at handlinger som oppfyller vilkårene for nødrett ikke bare er straffri, men også lovlig.¹⁹⁹ Rieber-Mohn og Sæther beskriver nødretsregelen som en handlefrihet som går utover det vanlige.²⁰⁰ Høgberg skriver at dersom fare for en skade ikke kan avverges på en annen lovlig måte, er handlingen straffri.²⁰¹ Dette forutsetter at skaderisikoen ved faren er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.

For å avgjøre om den straffbare handlingen åpner opp for nødrett, må det foretas en proporsjonalitetsvurdering av den straffbare handling og det reddede godet. Det foreligger

¹⁹⁸ Lov av 20. mai 2005 om straff (straffeloven) nr. 28 § 17.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr.90 (2003-2004) om lov om straff (straffeloven) side 417.

²⁰⁰ Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, Oslo 2016 side 181.

²⁰¹ Ståle Eskeland ved Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, Oslo 2017 side 257.

krav om at det reddede gode må ha en betydelig større verdi enn skaden som påføres.²⁰²

Nødretten kan forstås som en konflikt mellom den personlige integritet og ønsket om å redde liv.²⁰³

Dersom det godet som blir reddet og det godet som blir ofret tilhører samme person, står man ovenfor en uanmodet nødhjelp. Denne uanmodede nødhjelpen fører lengre enn nødrettsregelen. Kravet til dette er at en må gå ut i fra at vedkommende av det truede gode ville ha ønsket at den nødvendige handling hadde blitt foretatt, dersom vedkommende var i stand til å treffe denne avgjørelsen.²⁰⁴ Dette kan for eksempel være en person som blir utsatt for en bilulykke. Da den eneste muligheten til å redde livet til vedkommende er å gi blodoverføring, må en gå ut i fra at vedkommende hadde ønsket dette selv. Den uanmodede nødhjelpen vil da gå lengre enn overvekten som straffeloven § 17 krever.

Rieber-Mohn og Sæther peker på at politi og helsevesen har som regel et annet rettsgrunnlag som beskytter inngrep som er nødvendige for å beskytte samfunnets interesser. En analogisk anvendelse av nødrettsregelen bør bare påberopes helt unntaksvis.²⁰⁵ De kvier seg for å godkjenne et sterkt inngrep som blodoverføring ved tvang, da dette er et inngrep i den personlige integritet.²⁰⁶ En absolutt grense for hva straffeloven § 17 tillater av nødrettshandlinger som er identitetskrenkende, er uavklart.²⁰⁷

Som nevnt innledningsvis, er det tre momenter som må være til stede for at bestemmelsen om straffrihet skal kunne utgjøre en hjemmel etter legalitetsprinsippet og EMK. For det første må lovbestemmelsen være presis.²⁰⁸ Etter lovens ordlyd foreligger det et vilkår om at handlingen ”blir foretatt for å redde liv” og at ”skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen”. Hvorvidt dette utgjør en presis hjemmel etter legalitetsprinsippet, forstås slik at det bør bero på inngrepets karakter. Videre bør det bero på forholdsmessigheten mellom inngrepets karakter og skadevirkningen som kan oppstå ved handlingen. Ved inngrep på psykiatriske pasienter skal det mye til før et slikt inngrep kan godtas.²⁰⁹ Dette taler for at det stilles strengere krav til en presis hjemmel enn ved andre mildere forvaltningsvedtak.

²⁰² Eskeland ved Høgberg 2017 side 259.

²⁰³ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016 side 184.

²⁰⁴ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016 side 193.

²⁰⁵ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016 side 184.

²⁰⁶ Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016 side 189.

²⁰⁷ Eskeland ved Høgberg 2017 side 261.

²⁰⁸ Skoghøy 2017 side 55.

²⁰⁹ EMDs dom 20. mai 2010 *Alajos Kiss v. Hungary* avsnitt 42.

For det andre må lovbestemmelsen skape forutberegnelighet ovenfor den enkelte. For at rettsregelen skal anses å være forutberegnelig, må bestemmelsen være så presis at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling etter bestemmelsen.²¹⁰ Straffeloven § 17 åpner opp for inngrep dersom det er nødvendig for å redde liv, og dersom skaderisikoen ved at det ikke foretas en aktiv handling, vil være større enn selve skaderisikoen ved inngrepet. Da legalitetsprinsippet er til for å beskytte den enkelte mot inngrep fra den offentlige myndighet, kan ikke nødrettsbestemmelsen anses å være forutberegnelig ovenfor enkeltpersoner som blir utsatt for inngrepet.

Til slutt skal lovbestemmelsen gi en rettssikkerhetsgaranti ovenfor den enkelte som gir beskyttelse mot vilkårlig maktmisbruk fra det offentlige.²¹¹ Lovens forarbeider gir ingen klare retningslinjer for når det foreligger en nødrettssituasjon som gir en slik hjemmel til inngrep. Hvorvidt en slik situasjon foreligger, beror på en skjønnsmessig vurdering fra den offentlige myndighet. Fliflet skriver at en slik adgang til å foreta skjønnsmessige vurderinger vil svekke mulighetene for rettslig kontroll, noe som vil øke farene for myndighetsmisbruk.²¹²

Fra Sivilombudsmannens besøksrapporten kom det frem at det forelå feilaktig forståelse fra de ansatte for når det forelå en nødrettssituasjon som åpnet opp for å behandle pasienter med ECT uten samtykke.²¹³ En slik manglende forståelse for lovtolkningen kan føre til vilkårlige avgjørelser som ikke gir den beskyttelse legalitetsprinsippet krever. Dette tyder på at nødrettsbestemmelsen er for vagt utformet til å kunne gi den enkelte beskyttelse mot vilkårlig maktmisbruk.

Da straffelovens § 17 ikke er presist formulert, ikke skaper forutberenglighet og ikke gir rettssikkerhetsgaranti, kan den ikke anses å være i tråd med legalitetsprinsippets krav til innhold.

²¹⁰ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

²¹¹ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

²¹² Andenæs og Fliflet 2017 side 292.

²¹³ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Stavanger universitetssykehus 2017 side 36.

6.3 Kan Pasient- og brukerrettighetsloven gi hjemmel til ECT uten samtykke?

Etter psykisk helsevernloven § 1-5 vil pasient- og brukerrettighetsloven få anvendelse ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.²¹⁴

Da samtykke er hovedregelen for å kunne behandle en pasient, foreligger det andre vilkår som må være til stede for at behandling kan gis uten pasientens samtykke. For at pasientens samtykke skal være gyldig, er det et videre krav at pasienten er samtykkekompetent, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd.²¹⁵ Hvorvidt pasienter som blir behandlet med ECT er samtykkekompetente, vil ikke bli behandlet.

Videre følger det av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd at ”undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen, kan bare skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3.”²¹⁶

Etter lovens ordlyd stenger bestemmelsen for muligheten til å kunne behandle en pasient med psykiske lidelser etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4.²¹⁷ Da psykisk helsevernloven er en lov etter spesialisthelsetjenesten, vil denne gå foran pasient- og brukerrettighetens regler, jf. psykisk helsevernloven § 1-2.²¹⁸ Dette betyr at pasient- og brukerrettighetslovens bestemmelser i kapittel 4A heller ikke kan brukes ovenfor pasienter med psykiske lidelser.

Pasient- og brukerrettighetsloven kan ikke gi hjemmel for behandling av ECT uten samtykke.

²¹⁴ Lov 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 1-5.

²¹⁵ Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-3.

²¹⁶ Lov 2. juli 1999 nr. 63 pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 femte ledd.

²¹⁷ Ot.prp. nr.65 (2005-2006) om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv. side 92.

²¹⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 62 psykisk helsevernloven § 1-2 første ledd.

6.4 Kan krav om faglig forsvarlighet gi hjemmel til ECT uten samtykke?

6.4.1 Hva er faglig forsvarlighet?

Kravet om faglig forsvarlighet blir ansett som en bærebjelke i helseretten.²¹⁹ Kjelland beskriver forsvarlighetskravet som en sammensatt funksjon. For det første ”settes en rettslig skranke for hvilken helsehjelp som må gis uten å komme i det uforsvarlige. (...) For det andre avgrenser forsvarlighetskravet hva helsepersonell kan pålegges, (...) For det tredje utgjør forsvarlighetskravet et alminnelig prinsipp i helseretten”.²²⁰

At forsvarlighetskravet setter en rettslig skranke for hvilken helsehjelp som kan gis, taler for at helsepersonell ikke kan foreta inngrep uten at det foreligger hjemmel for inngrepet. Dette utgangspunktet er i tråd med legalitetsprinsippets krav til grunnlag i lov.

Østenstad skriver at kravet om faglig forsvarlighet ikke må overskygge spørsmålet om rettskrav.²²¹ Det kan virke som at Østenstad mener at prinsippet om faglig forsvarlighet ikke kan overstige minstekravet til en gyldig rettsregel.

For at helsehjelpen skal kunne anses å være faglig forsvarlig etter legalitetsprinsippet er det tre momenter som må være til stede. For det første må helsehjelpen ha grunnlag i en presis rettsregel. For det andre må rettsregelen være forutberegnelig slik at pasienten kan innrette seg etter den. Og for det tredje må rettsregelen for helsehjelpen gi rettssikkerhetsgarantier som hindrer vilkårlig maktmisbruk.

6.4.2 Faglig forsvarlighet etter helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2

Etter helsepersonelloven § 4 første ledd plikter helsepersonell å ”utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig”.²²²

En tolking av lovens ordlyd tilsier at helsepersonell plikter å handle forsvarlig etter sine kvalifikasjoner når en gir en pasient helsehjelp. Bestemmelsen inneholder også andre vilkår

²¹⁹ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 79.

²²⁰ Befring, Kjelland og Syse 2016 side 79.

²²¹ Østenstad 2011 side 412.

²²² Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven) § 4.

som må være oppfylt slik som helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og annen helsehjelp alt ettersom hvilken situasjon helsepersonellet står ovenfor. En nærmere drøftelse av disse vilkårene vil ikke bli behandlet, da de faller utenfor oppgavens problemstilling. Det er her forsvarlighetskravet som vil bli behandlet.

Forsvarlighetskravet i helseretten er en rettslig standard.²²³ Dette forstås slik at når forsvarlighetskravet skal vurderes, må det ses i sammenheng med kvalifikasjonene til det helsepersonellet som skal utføre behandlingen og inngrepets omfang.

Det er flere hensyn bak forsvarlighetskravet. En av disse er å beskytte pasienter og samfunnet mot handlinger og unnlater som kan føre til en unødvendig skaderisiko.²²⁴ Unnlattelse av slike skaderisikoer kan være tiltak som iverksettes for at det skal være preventivt ovenfor samfunnet, som for eksempel tiltak etter smittevernloven. Det er også viktig å beskytte pasienten mot helsetiltak som kan føre til en skaderisiko. Det kan synes at det er tale om en proporsjonalitet mellom tiltak og pasientens tilstand.

Spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 har samme innhold, og tolkes på lik linje med forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4.²²⁵

Hvorvidt forsvarlighetskravene i helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 er i tråd med legalitetsprinsippet, må vurderes etter de momentene som ble nevnt i punkt 6.1. Dette reiser spørsmål om krav til faglig forsvarlighet kan utgjøre en hjemmel etter legalitetsprinsippet og EMK?

Ordlyden ”faglig forsvarlighet” er en vid hjemmel som kan gi en god forståelse ovenfor helsepersonell om hvordan den skal tolkes. Som en inngrepshjemmel er ikke ordlyden like presist angitt som legalitetsprinsippet krever. Skoghøy skriver at for at rettsregelen skal kunne brukes som en inngrepshjemmel etter legalitetsprinsippet, må bestemmelsen ”være så presis som forholdene tillater”.²²⁶ Dette er fordi det skal komme tydelig frem hvilke beslutninger og handlinger som tillates.²²⁷

²²³ Ot.prp. nr.13 (1998-1999) om lov om helsepersonell mv. side 216.

²²⁴ Befring, Kjelland, Syse 2016 side 81.

²²⁵ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (spesialisthelsetjenesteloven) § 2-2.

²²⁶ Skoghøy 2018 side 55.

²²⁷ Dok. nr.16 (2011-2012) side 249.

Videre gir ordlyden lite forutberegnelighet. Det er vanskelig å kunne forutberegne sin rettsstilling når ordlyden ikke presist angir hva det kan gjøres inngrep i.

Bestemmelsene gir også antydninger til at det er opp til helsepersonellet å avgjøre om behandlingen er faglig forsvarlig. Det virker som det er åpnet opp for å kunne foreta en skjønnsmessig vurdering. Slike vide og skjønnsmessige vurderinger er Fliflet skeptisk til, da dette svekker pasientens rettssikkerhet.²²⁸ Et slikt rettslig grunnlag for inngrep er også i strid med Grunnlovens forarbeider som har til formål å sikre et sterkere vern om den enkelte.²²⁹

Dersom en legger til grunn den negative tilnæringsmetoden av legalitetsprinsippet, vil nødrettsbestemmelsen kunne åpne opp for å utføre ECT uten samtykke. Men hvorvidt forsvarlighetskravet alene kan forsvare dette inngrepet, er ikke i tråd med legalitetsprinsippet og EMKs krav til innhold i rettsregel. Dette er fordi hovedregelen til ECT-behandling er informert samtykke, og at tvangsvedtak ved et slikt inngrep er forbudt.²³⁰

Kravet om faglig forsvarlighet etter helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 kan ikke utgjøre en hjemmel til inngrep etter legalitetsprinsippet og EMK.

6.5 Kan helsepersonelloven § 7 om ”øyeblikkelig hjelp” gi hjemmel til ECT uten samtykke?

Det følger av helsepersonelloven § 7 første ledd første punktum at ”helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig”.

Bestemmelsens første punktum oppstiller et vilkår om at helsehjelpen må være ”påtrengende nødvendig”.²³¹

Ordlyden ”påtrengende nødvendig” tilsier at det må foretas et visst skjønn av situasjonen og behovet for inngrep. Videre åpnes det opp for at helsepersonell kan gå lengre i sin utøvelse av hjelp, enn det som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, jf. helsepersonelloven § 7 første ledd annet punktum.²³²

I henhold til lovens forarbeider skal det foretas en vurdering om en ”står ovenfor fare for liv eller fare for en alvorlig forverring av helsetilstand”. Det skal mye til for å kunne foreta et

²²⁸ Andenæs og Fliflet 2017 side 292.

²²⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) side 250.

²³⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 160.

²³¹ Lov 2. juli 1999 nr. 64 helsepersonelloven § 7 første ledd første punktum.

²³² Lov 2. juli 1999 nr. 64 helsepersonelloven § 7 første ledd annet punktum.

inngrep etter dette vilkåret.²³³ Lovens forarbeider oppstiller en nedre grense for når behovet for øyeblikkelig hjelp ikke er til stede. Dersom pasienten har fått den tilstrekkelige hjelpen som er nødvendig og faren er over, opphører plikten om å foreta øyeblikkelig hjelp.²³⁴

Befring skriver at vilkåret ”påtrengende nødvendig” åpner opp for at helsepersonell kan gå utenfor pasientens autonomi og egenvilje, dersom situasjonen har en høy hastegrad.²³⁵

Hvorvidt dette kan gjennomføres bør bero på situasjonens art og hvor akutt situasjonen anses å være.

Etter Biomedisinkonvensjonen artikkel 8 kan inngrep foretas ”when because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned”.²³⁶

Det forstås slik at artikkelen oppstiller et årsakskrav mellom nødssituasjonen og det manglende samtykke.

Med ”an emergency situation” forstås en uforutsett akutt situasjon som utgjør en fare for pasienten. En slik tolkning anses for å være i samsvar med EMDs strenge krav til inngrep ovenfor pasienter med psykiske lidelser. EMD la til grunn i en sak fra 2010 at det måtte foreligge ”very weighty reasons” for at en skal kunne foreta et inngrep ovenfor pasienter med psykiske lidelser.²³⁷ Dette er fordi slike pasienter har lettere for å bli utsatt for en diskriminerende behandling. Dette taler for at statens skjønnsmargin er svært redusert når det er snakk om inngrep ovenfor psykisk syke.

For at bestemmelsen skal kunne brukes som inngrepshjemmel, krever legalitetsprinsippet at bestemmelsen er presis, skaper forutberegnelighet og gir rettssikkerhetsgarantier mot vilkårlig maktmisbruk fra den offentlige myndighet. Den oppstiller en skranke for når den offentlige myndighet kan foreta inngrep.

Vilkåret ”påtrengende nødvendig” åpner opp for at helsepersonell kan foreta en skjønsmessig vurdering. Slike skjønsmessige vurderinger strider mot legalitetsprinsippet krav om en presis lovbestemmelse. Muligheten til å foreta en skjønsmessig vurdering er

²³³ Ot.prp. nr.13 (1998-1999) side 219.

²³⁴ Ot.prp. nr.13 (1998-1999) side 219.

²³⁵ Befring, Kjelland, Syse 2016 side 33.

²³⁶ Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine article 8.

²³⁷ EMDs dom 20. mai 2010 Alajos Kiss v. Hungary avsnitt 42.

også uforutsigbar ovenfor den inngrepet retter seg mot. Slike vide fullmakter svekker borgerens rettsstilling.²³⁸

Dersom en sammenligner legalitetsprinsippets skranke for myndighetens inngrep og Biomedisinkonvensjonen artikkel 8, er det lite som taler for at helsepersonelloven § 7 kan gi hjemmel til ECT uten samtykke. Da bestemmelsen ikke er presist utformet til å skape forutberegnelighet ovenfor den enkelte, vil den heller ikke kunne gi rettssikkerhetsgarantier ovenfor den som blir utsatt for inngrepet. Dette er på grunn av helsepersonellets mulighet til å foreta en skjønsmessig vurdering om inngrep er påtrengende nødvendig.

Etter gjeldende rett kan ikke helsepersonelloven § 7 om ”øyeblikkelig hjelp” gi hjemmel til ECT uten samtykke.

6.6 Kan det tenkes at det finnes en ulovfestet nødrettshjemmel i forvaltningen som kan åpne opp for inngrep i visse tilfeller?

Som konkludert med i kapittel 6, gir verken nødrettsbestemmelsen i straffeloven, pasient- og brukerrettighetsloven, helsepersonelloven § 4, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 eller helsepersonelloven § 7 hjemmel til å foreta ECT uten samtykke. Hvorvidt det finnes en ulovfestet nødrettshjemmel til forvaltningen som kan åpne for inngrep, er i grunnen usikkert.

Filosofen Popper hadde en teori om at vi ”ikke med sikkerhet kunne legge til grunn at dette vil gjelde i ethvert tilfelle hvor vi ved hjelp av en induktiv slutning sier noe om de tilfeller av arten vi ikke har erfart”.²³⁹ Denne teorien går under navnet Poppers hvite svaner. Ut fra vår erfaring om svanenes farger, legger vi til grunn at alle svaner er hvite. Dette var før vi oppdaget at det også finnes svarte svaner, som vil motsi argumentet med at det kun finnes hvite svaner. Poenget med teorien er at det kun trengs et argument som kan motsi den allmenne oppfatning, for at den allmenne oppfatning skal forkastes.²⁴⁰

Slik gjeldende rett er nå, sier Grunnlov, forarbeider og teori at nødrett eller de øvrige nevnte bestemmelsene ikke gir hjemmel for myndighetsinngrep. Hvorvidt det finnes et argument som motsier dette, er dermed usikkert og kan ikke besvares.

²³⁸ Andenæs og Fliflet 2017 side 292.

²³⁹ Jan Fridthjof Bernt og Davis R. Doublet, Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring, Bergen 1998 side 119.

²⁴⁰ Bernt og Doublet 1998 side 119 og 120.

7 Er ECT med hjemmel i nødrett i tråd med legalitetsprinsippet?

7.1 Innledning

Som vist til i kapittel 2, er gjeldende rett slik at ECT uten samtykke kan gjennomføres i spesielle nødrettssituasjoner.²⁴¹ Hvorvidt det foreligger en nødrettssituasjon, må etter gjeldende rett vurderes etter straffeloven § 17.²⁴²

Legalitetsprinsippet etter grunnlovsrevisjonen oppstiller tre vilkår. Det foreligger krav om at inngrepet må være foretatt av ”myndighetene”, det må være snakk om et kvalifisert ”inngrep” og til slutt foreligger det krav om at inngrepet må ha ”grunnlag i lov”.²⁴³ En nærmere drøftelse av disse vil ikke bli behandlet her, da dette ble behandlet i kapittel 3.

For at nødrettsgrunnlaget som inngrepshjemmel skal være i samsvar med legalitetsprinsippet, må den være en formell lov gitt av Stortinget. Videre stilles det materielle krav til inngrepshjemmelen om at den skal skape forutberegnelighet, inneholde et klarhetskrav og gi garantier mot vilkårlig maktmisbruk.

EMK stiller også materielle krav til inngrepshjemmelen. For at inngrepet skal være i samsvar med rettsstatsprinsippet ”the rule of law”, foreligger det krav om at inngrepshjemmelen er forutberegnelig, presis og tilgjengelig. Videre oppstiller EMK at inngrepet har et legitimt formål og er forholdsmessig. Lovkravet etter menneskerettighetskonvensjonen er ikke like strengt utformet som lovkravet etter legalitetsprinsippet.²⁴⁴ Som konkludert i kapittel 4, vil legalitetsprinsippet gi et sterkere vern til borgerne, men vil fortsatt gi en nedre grense til kravet om inngrepshjemmel.

Det må avslutningsvis foretas en vurdering om gjeldende rett er i tråd med legalitetsprinsippets krav til en formell og en materiell rettsregel.

²⁴¹ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 160.

²⁴² Lov 20. mai 2005 nr. 28 straffeloven § 17.

²⁴³ Grunnlov 14. mai 1814 § 113.

²⁴⁴ Dok. nr.16 (2011-2012) side 248.

7.2 Er legalitetsprinsippets formelle krav oppfylt?

Som vist til i punkt 3.3.1 er det et krav at myndighetenes inngrep skal være regulert i en lovbestemmelse som er vedtatt av Stortinget.²⁴⁵ Formålet med en formell rettsregel er å skape forutberegnelighet til borgeren. En formell lovbestemmelse gitt av Stortinget vil verne borgeren mot unødvendige inngrep fra den offentlige myndighet.²⁴⁶

Som vist til i kapittel 4 foreligger det ingen krav om en formell lovbestemmelse etter menneskerettighetskonvensjonen. Dette er fordi lovgivningsmyndigheten er organisert forskjellig fra land til land.²⁴⁷

ECT på nødrettsgrunnlag har blitt kritisert av Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Norges nasjonale institutt for menneskerettigheter har pekt på at ECT uten samtykke har et svært svakt rettslig grunnlag, og bør hjemles eksplisitt.²⁴⁸

Nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17 er regulert i en formell lov vedtatt av Stortinget. Problemet med lovbestemmelsen er at den er vagt utformet, og gjelder generelt for situasjoner som oppstår på nødrett.²⁴⁹ Unntaket om ECT gitt på nødrettsgrunnlag følger ikke eksplisitt av en formell lov, men følger av psykisk helsevernlovens lovforarbeider.²⁵⁰ Lovens forarbeider er vedtatt av Stortinget, og vil ha status som autoritative rettskilder.²⁵¹ At lovforarbeidene er allment tilgjengelige i både trykt og elektronisk form, gir borgeren mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.²⁵² Dette tilsier at det formelle kravet til legalitetsprinsippet er oppfylt.

Problemet med at unntaket kun står skrevet i psykisk helsevernlovens forarbeider, er at det ikke er like enkelt for borgeren å finne frem til denne bestemmelsen. Lovforarbeider kan fremstå som rotete og vanskelig å finne frem i for en ikke-juridisk person. En lovbestemmelse er enklere å slå opp i og finne frem til. Dette tilsier at et slikt system ikke gir den tilgjengeligheten som kreves av legalitetsprinsippets krav om en formell lovbestemmelse.

²⁴⁵ Dok. nr.16 (2011-2012) side 246.

²⁴⁶ Andenæs og Fliflet 2017 side 274.

²⁴⁷ Skoghøy 2018 side 57.

²⁴⁸ Årsmelding, Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter 2017 side 95 og 97.

²⁴⁹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 straffeloven § 17.

²⁵⁰ Ot.prp. nr.11 (1998-1999) side 160.

²⁵¹ Skoghøy 2018 side 73.

²⁵² Skoghøy 2018 side 74.

Det er vanskelig å konkludere om hvorvidt det formelle innholdet i legalitetsprinsippet er oppfylt. Da en likevel må avgjøre inngrepets materielle krav, er det denne avgjørelsen som vil få størst betydning.

7.3 Er legalitetsprinsippets materielle krav oppfylt?

Som vist til i punkt 3.3.2 stilles det krav til det materielle innholdet i en rettsregel. For at det materielle kravet skal være oppfylt, stilles det krav til en lovbestemmelse som er så klar som forholdene tilsier det.²⁵³ Videre foreligger det krav om at lovbestemmelsen skaper forutberegnelighet, inneholder et klarhetskrav og gir garantier mot vilkårlig maktmisbruk.²⁵⁴

EMK stiller også krav til inngrepets innhold. For at et inngrep skal være i overensstemmelse med EMK, foreligger det krav om at inngrepet er begrunnet i en nasjonal lovgivning.²⁵⁵ Videre foreligger det krav om at inngrepet har et legitimt formål og er forholdsmessig.²⁵⁶

Siden legalitetsprinsippet gir et sterkere vern til borgeren, vil det vurderes om ECT på nødrett er i tråd med det materielle kravet i det nasjonale legalitetsprinsippet.

ECT gitt på nødrett har blitt kritisert av flere aktører, blant annet Sivilombudsmannen og Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. Sivilombudsmannen skrev i en besøksrapport fra 2017 at ”ECT på nødrett er et svært inngripende og omstridt behandlingstiltak som utgjør en høy risiko for å utsette pasienter for umenneskelig eller nedverdiggende behandling”.²⁵⁷

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter skrev i sin årsrapport at ECT på nødrettsgrunnlag står i et svært anstrengt forhold til både Grunnloven § 113 og EMK artikkel 8. Det var flere punkter som begrunnet uttalelsen. En av grunnene var mangelen på pasientens rettssikkerhetsgarantier som ga ”et svakt vern mot vilkårlig eller feil behandling”.²⁵⁸

²⁵³ Skoghøy 2018 side 55.

²⁵⁴ Andenæs og Fliflet 2017 side 274.

²⁵⁵ Kjølbro 2017 side 755.

²⁵⁶ Harris mfl. 2014 side 506 og Kjølbro 2017 side 767.

²⁵⁷ Sivilombudsmannen. Besøksrapport, Stavanger universitetssjukehus 2017 side 38.

²⁵⁸ Årsmelding, Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter 2017 side 96.

Siden Norge har inkorporert EMK gjennom menneskerettighetsloven, er Norge forpliktet til å følge de menneskerettslige forpliktelsene, jf. menneskerettsloven § 2 nr.1 jf. § 3.²⁵⁹ Dette tilsier at inngrepet må som minstekrav være i tråd med menneskerettighetene.

Også Europarådets menneskerettighetskommissær, Nils Muiznieks stilte seg kritisk til Norges bruk av ECT på nødrettsgrunnlag. Etter et besøk i 2015 uttalte han at ”The commissioner is not convinced that the documented involuntary use of ECT in Norway with reference to the ”principle of necessity” in the Penal Code (Article 47) is in line with human rights standards, including the provisions of the CRPD. The commissioner points out that particular care should be taken to ensure that information given by health professionals about ECT is correct and complete, including information on secondary effects and related risks, so that patients are able to express their free and fully informed consent to the procedure. It is also necessary to collect precise data on the use of ECT and make this available to the public.”²⁶⁰

Ved denne uttalelsen ble straffeloven 1905 § 47 benyttet. I dag er det straffeloven 2005 § 17 som gjelder. Siden straffeloven § 17 er en videreføring av straffeloven § 47, skal den tolkes på samme måte.²⁶¹

Nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17 sier at det er lovlig å handle dersom handlingen blir ”foretatt for å redde liv” og ”helse” fra en ”fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte”. En nærmere ordlydstolkning vil ikke bli foretatt her, da dette ble foretatt i punkt 6.2.

Som nevnt i punkt 3.3.4 krever legalitetsprinsippet at inngrepshjemmelen er presist angitt og ikke gir rom for en utvidende tolking eller basert på reelle hensyn.²⁶² Generelle rettsregler som verner myndighetenes interesser ved inngrep ovenfor den enkelte vil være grunnlovsstridig.²⁶³

Det er klart at gjeldende rett ikke oppfyller klarhetskravet i legalitetsprinsippet på flere punkter. For det første er rettsregelen for inngrep slått fast i straffeloven. En naturlig plassering av en rettsregel som hjemler inngrep ved psykisk helse, hadde vært i psykisk helsevernloven. For det andre krever legalitetsprinsippet at inngrepshjemmelen skal være så

²⁵⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 menneskerettsloven § 2 nr. 1 jf. § 3 og Skoghøy 2018 side 89.

²⁶⁰ Commissioner for human rights of the council of Europe 2015, CommDH(2015) 9 side 14.

²⁶¹ Ot.prp. nr.90 (2003-2004) side 417.

²⁶² Skoghøy 2018 side 55.

²⁶³ Andenæs og Fliflet 2017 side 279.

presis som forholdende tillater det. Med en presis inngrepshjemmel, forstås en rettsregel som angir presist inngrepets form og vilkår for inngrepet. Nødrettsbestemmelsen er en generell rettsregel som gir straffefrihet til helsepersonell som utfører behandlingen. Det er på det rene å anse nødrettsbestemmelsen som en rettsregel som verner myndighetenes interesser, da den ikke verner den enkelte borger fra inngrep. For det tredje legger nødrettsbestemmelsen opp til en utvidende tolking av lovens ordlyd. Den åpner opp for at den offentlige myndighet kan foreta en skjønsmessig vurdering. Det er klart at ECT på nødrett ikke oppfyller legalitetsprinsippets klarhetskrav.

Da gjeldende rett ikke oppfyller legalitetsprinsippets klarhetskrav, vil den heller ikke oppfylle legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet. En bestemmelse som gir rom for en utvidende tolking, vil ikke gi den rettsikkerhetsgaranti og forutberegnelighet som legalitetsprinsippet krever. Etter gjeldende rett vil ikke gi borgeren få mulighet til å kunne forutberegne sin rettsstilling. Lovens ordlyd er vag og åpner opp for at den offentlige myndighet kan foreta en skjønsmessig vurdering.

Det er klart at gjeldende rett ikke oppfyller legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet.

Nødrettsbestemmelsen kan anses som den offentliges myndighets fullmakt til å kunne foreta inngrep ovenfor en pasient. Slike fullmakter setter pasienten i fare for å bli utsatt for vilkårlig myndighetsmisbruk. Dette er fordi ”vide fullmakter svekker mulighetene for rettslig kontroll, borgerens rettsstilling blir usikker og farene for myndighetsmisbruk øker, og det blir vanskeligere å gjennomføre kravet til likebehandling”.²⁶⁴ For at den enkelte ikke skal stå i fare for å bli utsatt for myndighetsmisbruk, må inngrepshjemmelen være utformet slik at den beskytter den enkeltes rettighetsvern istedenfor å gi den offentlige myndighet en utvidende kompetanse til å utøve myndighet.²⁶⁵ Slik rettstilstanden er nå, vil ikke nødrettsbestemmelsen kunne beskytte den enkeltes rettighetsvern mot vilkårlig myndighetsmisbruk. Det er klart at nødrettsbestemmelsen ikke gir den enkelte en garanti mot vilkårlig myndighetsmisbruk.

Slik dagens rettstilstand er nå, oppfyller ikke dette legalitetsprinsippets krav om klarhet, forutberegnelighet og gir ingen garanti mot vilkårlig myndighetsmisbruk. ECT på nødrettsgrunnlag er ikke i tråd med legalitetsprinsippet. En helhetlig vurdering tilsier at ECT på nødrettsgrunnlag ikke er i tråd med lovkravet i Grunnloven § 113.

²⁶⁴ Andenæs og Fliflet 2017 side 292.

²⁶⁵ Dok. nr.16 (2011-2012) side 249.

En vurdering tilsier at det bør utformes bedre regler på ECT uten samtykke, som gir den enkelte den rettssikkerhetsgaranti som legalitetsprinsippet krever.

Kildeliste

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (Spesialisthelsetjenesteloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 62 Om etablering og gjennomføring av Psykisk helsevern (Psykisk helsevernloven).

Lov 2. Juli 1999 nr. 63 Om pasient- og brukerrettigheter (Pasient- og brukerrettighetsloven).

Lov 2. juli 1999 nr. 64 Om helsepersonell mv. (Helsepersonelloven).

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 Lov om straff (Straffeloven).

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

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

Internasjonale konvensjoner:

Den Europeiske menneskerettskonvensjon: Rome, 4. November 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Biomedisinkonvensjonen: Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo IV 1997.

Forarbeider:

St.prp. nr.53 (2005-2006) Om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon av 4. april 1997 om menneskerettigheter og biomedisin.

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

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

Ot.prp. nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven).

Ot.prp. nr.65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv.

Ot.prp. nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).

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

Prop.81 L (2016-2017) Om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) side 313.

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

St.meld. nr.32 (1976-1977) Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner.

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

NOU 1983:5 Asylsuvereniteten.

Rettspraksis:

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 2010 s. 612 Tvangsvask

Rt. 2014 s. 1105 Kommunikasjonskontroll

HR-2018-2204-A

HR-2016-1833-A

HR-2016-1286-A

Internasjonale rettsavgjørelser:

EMDs dom 5. oktober 2004, *H.L. v. The United Kingdom* (Application no. 45508/99)

EMDs dom 20. Mai 2010, *Alajos Kiss v. Hungary* (Application no. 38832/06)

Juridisk litteratur:

Andenæs og Fliflet 2017

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne. *Statsforfatningen i Norge*. 11. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.

Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016

Andenæs, Johs. ved Rieber-Mohn, Georg Fredrik og Sæther, Knut Erik. *Alminnelig strafferett*. 6. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.

Befring, Kjelland og Syse 2016

Befring, Anne Kjersti, Kjelland, Morten og Syse, Aslak. *Sentrale helserettslige emner*.

1. utgave. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag 2016.

Bernt og Doublet 1998

Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David R. *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 1998.

Boe 1998

Boe, Erik. "Forholdet mellom rule of law og rettssikkerhet" i Stat, politikk og folkestyre. *Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen 1998*, side 43-64 (FEST-1998-ps-43)

Eckhoff og Smith 2014

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 10. utgave. Oslo: Universitetsforlaget 2014.

Eskeland og Høgberg 2017

Eskeland, Ståle ved Høgberg, Alf Petter. *Strafferett*. 5. utgave. Oslo: Universitetsforlaget 2017.

Harris mfl. 2014

Harris, David mfl.. *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press 2014.

Kjølbro 2017

Kjølbro, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 4. udgave. København K: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017.

Moksnes 2013

Moksnes, Kjell Martin. ”Elektrokonvulsiv terapi uten samtykke”. *Tidsskriftet den norske legeforening* nr. 19, 2013 side 2047-50.

Sigurdson 2013

Sigurdson, Randi. *Tvangsplassering og tilbakehold av barn med utfordrende atferd*. Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – våren 2013. Tromsø 2013.

Skjerdal 1998

Skjerdal, Nicolai V. *Kvalitative hjemmelskrav*. Oslo: Tano Aschehoug 1998.

Skoghøy 2018

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

Smith 2009

Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati*. 4. Utgave. Oslo: Fagbokforlaget 2017.

Solberg og Hopsnes 2005

Solberg, Raymond og Hopsnes, Roald. ”Legalitetsprinsippet”. *Jussens venner* Nr. 02. 2005.

Storvik 2017

Storvik, Marius. *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*. Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017. Tromsø 2017.

Syse 2016

Syse, Aslak. *Psykisk helsevernloven med kommentarer*. 3. utgave. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS 2016.

Østenstad 2011

Østenstad, Bjørn Henning. *Heimelspørsmål i behandling og omsorg ovenfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS 2011.

Østenstad 2014

Østenstad, Bjørn Henning. ”Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?”. *Lov og rett*, vol 53 nr. 8 2014 side 484-501, ISSN 1504-3061 online.

Årsrapporter og besøksrapporter:

Commissioner for human rights: Report by Nils Muiznieks. Commissioner for human rights of the council of Europe, Following his visit to Norway from 19. to 23. January 2015, Strasbourg, 18 May 2015. CommDH(2015)9.

Helsedirektoratet: Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT. IS-2629, 2017.

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter: Årsmelding 2017, Dokument 6 (2017-2018).

Sivilombudsmannen: Besøksrapport, Stavanger universitetssjukehus, 9.-12. januar 2017.

Sivilombudsmannen: Besøksrapport, Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri, 19.-21. september 2017.

Internett:

VG: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/d6B3B/vg-avsloerer-ga-elektrosjokk-166-ganger-uten-pasientenes-godkjenning> (Sist sjekket den 28.11.2018.)