



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Rettslig grunnlag for frihetsberøvelse ved «ikke-etableringer» i psykisk helsevern**

—

Kristin Leistad

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, mai 2021

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	3
1.1	Tema og problemstilling .....	3
1.2	Bakgrunn for oppgaven.....	4
1.3	Avgrensning.....	6
1.4	Metodiske spørsmål .....	7
1.5	Veien videre .....	8
2	Hjemmelskravet for frihetsberøvelse etter Grl. § 113 .....	9
2.1	Innledning .....	9
2.2	Diskusjonen om det formelle og tradisjonelle legalitetsprinsippet.....	10
2.2.1	Forskjellene ved de forskjellige tilnærmingene .....	10
2.2.2	Valg av tilnæringsmetode .....	13
2.3	Vilkår i Grl. § 113.....	14
2.3.1	«Myndighetene» .....	14
2.3.2	«inngrep overfor den enkelte» .....	15
2.3.3	«grunnlag i lov» .....	15
2.3.4	Et relativisert hjemmelskrav? .....	16
2.3.5	Betydningen av et relativisert hjemmelskrav for frihetsberøvelse .....	17
2.4	Konklusjon: hjemmelskravet etter Grl. § 113.....	18
3	Hjemmelskravet for frihetsberøvelse etter Grl. § 94 og EMK art. 5 .....	19
3.1	Innledning .....	19
3.2	Grl. § 94 .....	19
3.3	Forholdet mellom Grl. § 94 og EMK art. 5 .....	21
3.4	EMK art. 5 .....	23
3.4.1	Hva er frihetsberøvelse etter EMK art. 5? .....	23
3.4.2	Hva slags vilkår stilles opp for inngrep?.....	26
3.4.3	Lovkravet .....	27

3.4.4	Lovkravets krav om tilgjengelighet .....	29
3.4.5	Lovkravets krav om forutberegnelighet.....	29
3.4.6	Kravet om at frihetsberøvelse ikke er vilkårlig.....	33
3.5	Konklusjon: hjemmelskravet etter Grl. § 94 og EMK art. 5.....	35
3.6	Konklusjon: samme hjemmelskrav etter de forskjellige bestemmelsene? .....	36
4	Hjemmelen for frihetsberøvelse ved ikke-etablering.....	37
4.1	Innledning .....	37
4.2	Psykisk helsevernloven som mulig hjemmelsgrunnlag .....	37
4.2.1	Kan phvl. § 3-1 hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer? .....	37
4.2.2	Kan phvl. §§ 3-2 og 3-3 hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer? .....	38
4.2.3	Kan phvl. § 3-3 a hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer? .....	39
4.3	Andre potensielle hjemler .....	42
4.3.1	Innledning .....	42
4.3.2	Pasient- og brukerrettighetsloven .....	42
4.3.3	Øyeblikkelig hjelp etter hpl. § 7 .....	45
4.3.4	Nødrett etter strl. § 17 .....	46
4.4	Et kumulert hjemmelsgrunnlag.....	48
5	Avslutning.....	51
6	Kildeliste.....	53
6.1	Norske lover, forskrifter og rundskriv .....	53
6.2	Konvensjoner .....	54
6.3	Forarbeider .....	54
6.4	Norske avgjørelser .....	55
6.5	Avgjørelser fra EMD .....	56
6.6	Rapporter.....	57
6.7	Litteratur .....	57

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er frihetsberøvelse(r) ved «ikke-etablering» av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern, og problemstillingen jeg skal behandle er:

*hva er det rettslige grunnlaget for frihetsberøvelse ved «ikke-etableringer»?*

Bakgrunnen for oppgaven er en rapport fra helsedirektoratet om tvang i psykisk helsevern etter lovendringene i 2017.<sup>1</sup> Av rapporten fremkommer det at det gjennomføres et betydelig antall av såkalte «ikke-etableringer». Betegnelsen «ikke-etableringer» beskrives som de beslutninger der det, etter en vurdering av vilkårene i psykisk helsevernloven<sup>2</sup> §§ 3-2, 3-3 og 3-3 a, ikke kan etableres tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern.

Videre i rapporten slås det fast at «*ved en ikke-etablering har pasienten reelt vært holdt tilbake under tvang inntil 24 timer i påvente av vedtaksansvarliges vurdering*».<sup>3</sup> Dette er fordi vedtaksansvarlig etter phvl. § 3-3 a har inntil 24 timer på seg til å treffe vedtak om etablering om vern eller ikke-etablering. Der vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern ikke er oppfylt, kan pasienten likevel være holdt tilbake i inntil 24 timer. Det finner sted et stort antall ikke-etableringer. I 2018 ble det foretatt 4500 slike innleggelser i det psykiske helsevernet, noe som utgjorde 9 % av innleggelser dette året.<sup>4</sup> Ikke-etableringer angår altså et stort antall personer, og til sammenligning blir bare rundt 2000 personer varetektsfengslet i løpet av et år.<sup>5</sup>

Gjennom oppgaven vil jeg undersøke det rettslige grunnlaget for ikke-etableringer. Det er to spørsmål som aktualiserer seg i denne forbindelse. For det første hva slags krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer og for det andre hva som kan være grunnlag for slik frihetsberøvelse?

---

<sup>1</sup> Rapport IS-2888, *Tvang i psykisk helsevern: status etter lovendringene i 2017*, fra Helsedirektoratet, s. 14

<sup>2</sup> Lov 02. juli 199 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.)

<sup>3</sup> Rapport IS-2888 s. 14

<sup>4</sup> Rapport IS-2888 s. 14

<sup>5</sup> Statistikk for 2019: <https://www.ssb.no/fengsling/> [sisert 27.03.21]

## 1.2 Bakgrunn for oppgaven

For å forstå hva en ikke-etablering er, må man først forstå hvordan innleggelse til tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skjer rent faktisk. De tilfellene der pasienten selv frivillig oppsøker lege holdes utenfor.

Rapporten til Helsedirektoratet beskriver ikke prosessen frem mot en ikke-etablering nærmere, men konsentrerer seg om at ikke-etableringer har funnet sted. Det er heller ikke gitt en beskrivelse av den fullstendige prosessen i teorien. Juridisk teori tar utgangspunkt i de forskjellige lovbestemmelsene og sier følgelig ikke noe om det som ikke er uttrykkelig regulert. Helsefaglig teori beskriver derimot forskjellige steg i prosessen rent praktisk, uten å knytte dette opp til rettslige grunnlag. Basert på et utvalg av disse typene kilder har jeg imidlertid fått et inntrykk av hvordan prosessen frem mot en ikke-etablering foregår. Jeg anser det forsvarlig å legge dette til grunn for oppgaven, da det vil være tilstrekkelig for å foreta en rettslig analyse av ikke-etableringer. Prosessene bygger dermed på slike kilder og beskrives i det følgende:

1. Pasienten er hjemme eller utenfor institusjon og har presumtivt utviklet en psykisk sykdom. Noen, for eksempel pårørende eller annen offentlig myndighet, sender begjæring til kommuneoverlegen om vedtak om tvungen legeundersøkelse.<sup>6</sup> Kommuneoverlegen kan også på eget initiativ treffe vedtak om dette. Denne undersøkelsen kan gjennomføres med tvang. Formålet med undersøkelsen er å avdekke om vilkårene for å etablere tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er oppfylt. Legen som foretar denne undersøkelsen omtales heretter som «innleggende lege».
2. Innleggende lege må dermed ta en avgjørelse om vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern er oppfylt ut fra den tvungne legeundersøkelsen.
  - 2.1 Hvis innleggende lege kommer frem til at vilkårene ikke er oppfylt, vil det ikke kunne gjennomføres slike tvungne vern. Pasienten vil da ha mulighet til å benytte eller søke behandling på frivillig grunnlag.

---

<sup>6</sup> Phvl. § 3-1

- 2.2 Hvis innleggende lege kommer til at vilkårene er oppfylt, vil vedkommende fatte beslutning om å henvise pasienten til spesialisthelsetjenesten.<sup>7</sup> Innleggende lege vil da ringe vakthavende lege eller psykiatrier ved den institusjonen pasienten sokner til og melde pasienten for innleggelse.
3. Pasienten reiser til institusjonen. Dette kan gjøre med bistand både fra ambulanse og politi. Ved pågående utagering og/eller høy voldsrisiko vil det være aktuelt med politiassistanse.<sup>8</sup>
4. Senest 24 timer etter ankomst til institusjonen må faglig ansvarlig ved institusjonen ta stilling til om vilkårene for å legge inn pasienten til tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern.<sup>9</sup> Faglig ansvarlig skal gjøre egne undersøkelser av pasienten i institusjonen, men skal også ta i betraktning foreliggende opplysninger, herunder legeundersøkelsen i pkt. 1-2.
  - 4.1 Hvis vilkårene er oppfylt, etableres det tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern.
  - 4.2 Hvis vilkårene ikke er oppfylt, fattes det vedtak om «ikke-etablering». Pasienten kan da likevel benytte eller søke behandling på frivillig grunnlag.

En ikke-etablering er altså navnet på resultatet for de tilfellene der tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern ikke kan etableres, fordi vilkårene ikke er oppfylt.

Det kommer til å bli gjort en nærmere vurdering senere av de påstandene som nå følger. De må imidlertid legges til grunn på dette stadiet i oppgaven for at det skal være mulig å belyse hva slags problemstillinger denne prosessen reiser.

Phvl. § 3-1 åpner for tvungen legeundersøkelse utenfor institusjon, og punkt 1 og 2 av prosessen vil derfor kunne omfattes av denne bestemmelsen. Punkt 3 kan reise noen særlige spørsmål. I visse tilfeller vil denne reisen i praksis kunne gjennomføres med bistand fra politi,

---

<sup>7</sup> Tveitstul, Tore og Siv Pignatiello, *Akuttpsykiatrisk håndbok*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2020 s. 50

<sup>8</sup> Rundskriv IS-2012-5 (RPOD-2012-7) s. 4, Tveitstul og Pignatiello (2020) s. 57 og phvl. § 3-6 (2) 1. pkt.

<sup>9</sup> Phvl. § 3-3 a

slik at pasienten fraktes direkte fra legekantoret etter at legeundersøkelsen er gjennomført, og til institusjonen i punkt 4.

I den forbindelse kan det både spørres om det foreligger tvang, og om dette utgjør en frihetsberøvelse. Oppgaven avgrenses imidlertid mot dette, da problemstillingen knytter seg til det som skjer i punkt 4.2.<sup>10</sup>

Dersom vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern ikke er oppfylt, tas det beslutning om ikke-etablering. Det problematiske er at avgjørelsen om en ikke-etablering vil kunne komme etter at pasienten har vært innlagt på institusjon inntil 24 timer, jf. punkt 4. En slik innleggelse vil kunne utgjøre en frihetsberøvelse i rettslig forstand. For de tilfeller der pasienten er fraktet til institusjonen av politiet vil det kunne være tale om en frihetsberøvelse på mer enn 24 timer.

Det er klart at dette rent faktisk er en frihetsberøvelse. Dette betyr imidlertid ikke at det vil anses som frihetsberøvelse i rettslig forstand. Det er flere lovbestemmelser som omhandler frihetsberøvelse. Retten til frihet er vernet av for eksempel Grunnloven<sup>11</sup> § 94 og det er forbudt å berøve noen friheten etter straffeloven<sup>12</sup> § 254. Videre er retten til frihet også vernet av Den europeiske menneskerettskonvensjonen<sup>13</sup> art. 5. Om den faktiske frihetsberøvelsen innleggelsen og eventuelt også transporten kan anses som frihetsberøvelse i rettslig forstand vil vurderes i pkt. 3.4.1.

Dette leder dermed til oppgavens problemstilling: Hva slags rettslig grunnlag er det for frihetsberøvelse når vilkårene for innleggelse til tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern *ikke* er oppfylt?

### **1.3 Avgrensning**

Oppgaven omhandler frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Innenfor helseretten vil bestemmelsene om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern ofte reise spørsmål om samtykkekompetanse. Spørsmål om tvang vil også kunne oppstå i tilknytning til disse

---

<sup>10</sup> Nærmere redegjørelse for avgrensninger kommer i kap. 1.3

<sup>11</sup> Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.)

<sup>12</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strL.)

<sup>13</sup> Den Europeiske menneskerettskonvensjon: Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (I kraft 3. September 1953) (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK)

temaene. Både tvang og samtykkekompetanse er komplekse og kompliserte fenomener, og oppgaven vil avgrensnes mot disse.

Frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer vil i utgangspunktet kunne starte når den tvungne legeundersøkelsen avsluttes og vare frem til det tas beslutning om ikke-etablering 24 timer etter at pasienten ankom institusjonen. Den vil da kunne bestå av både transport til institusjonen og selve innleggelsen. Det finner som nevnt sted rundt 4500 innleggelses ved ikke-etableringer i løpet av ett år. Å ta hensyn til at det kan være variasjoner i lengden og innholdet på frihetsberøvelsen gjennom hele oppgaven vil komplisere spørsmålet. Det vil også vanskeliggjøre vurderingene betraktelig dersom det skal tas hensyn til forskjeller og nyanser i måten dette gjennomføres på i praksis. Dette er heller ikke nødvendig for å gjøre en undersøkelse av *rettsgrunnlaget* for slik frihetsberøvelse. Med «frihetsberøvelse ved ikke-etableringer» legger jeg derfor til grunn for oppgaven at det menes oppholdet ved institusjonen på inntil 24 timer som beskrevet i phvl. § 3-3 a. Eventuell transport holdes utenfor.

Ved undersøkelse av hva slags krav Grunnloven og EMK stiller til inngrep vil hovedfokuset være på hva slags krav som stilles til lovhjemmel. Dette er naturlig siden oppgavens problemstilling knytter seg til det rettslige grunnlaget.

På grunn av oppgavens omfang avgrensnes det også mot erstatningsspørsmål som kan oppstå som følge av rettsstridig frihetsberøvelse.

Mer detaljorienterte avgrensninger vil bli gjort fortløpende der dette er aktuelt.

## **1.4 Metodiske spørsmål**

Undersøkelsen og analysen av hva slags krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse og om det finnes en lovhjemmel som tilfredsstiller disse kravene vil gjøres ved hjelp av rettsdogmatisk metode. «*Med rettsdogmatikk menes fremstillinger av gjeldende rett*», altså utredninger om innholdet i gjeldende rettsregler.<sup>14</sup> Rettsdogmatisk metode blir dermed fremgangsmåten når innholdet i gjeldende rettsregler skal fastlegges.

---

<sup>14</sup> Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, Tromsø 2018 s. 25



Dette vil gjøres i tråd med alminnelig rettskildelære, og utgangspunktet for tolkningen vil dermed være bestemmelsens ordlyd.<sup>15</sup> Videre vil andre rettskilder, som forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn bidra til å presisere det nærmere innholdet av bestemmelsen, selv om ordlyden fortsatt utgjør den tyngste tolkningsfaktoren og danne rammen for tolkningen.<sup>16</sup>

Dersom det skulle bli behov for å avvike dette utgangspunktet vil det påpekes og begrunnes fortløpende.

## 1.5 Veien videre

For å besvare de spørsmål problemstillingen reiser vil det først være nødvendig å klarlegge hva slags krav som stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse. Det er flere forskjellige bestemmelser som sier noe om dette: Grl. § 113 som inneholder det lovfestede legalitetsprinsippet, Grl. § 94 om retten til frihet, og i den forbindelse også EMK art. 5 om retten til personlig frihet og sikkerhet. Basert på en nærmere undersøkelse av disse bestemmelsene vil det kunne utledes hvilke krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse. Hjemmelskravene i Grl. § 94 og EMK art. 5 kommer bare til anvendelse ved «*frihetsberøvelse*». Det må derfor også tas stilling til hvorvidt ikke-etableringer medfører en rettslig frihetsberøvelse.<sup>17</sup> Frem til da vil det for enkelthetskyld være hensiktsmessig å omtale det som en frihetsberøvelse. Videre vil det måtte undersøkes om det finnes hjemmel som tillater frihetsberøvelsen, og samtidig oppfyller kravene til lovhjemmel. Avslutningsvis kommer jeg til å sammenfatte mine funn og dele noen tanker om dette.

---

<sup>15</sup> Se f.eks. Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget Oslo 2000 s. 23

<sup>16</sup> Skoghøy (2018) s. 55

<sup>17</sup> På grunn av forholdet mellom Grunnloven og EMK (se punkt. 3.3) er det naturlig at denne vurderingen gjøres i punkt 4.3.1 om EMK

## 2 Hjemmelskravet for frihetsberøvelse etter Grl. § 113

### 2.1 Innledning

Først vil jeg ta for meg hvilke krav som stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse etter Grl. § 113. Frihetsberøvelse er inngrep som krever hjemmel i lov. Dette følger av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet (heretter også omtalt som legalitetsprinsippet), som særlig gjør seg gjeldende ved administrativ frihetsberøvelse eller andre inngrep overfor den enkelte på velferdsrettens område.<sup>18</sup> Utenfor strafferetten ble prinsippet grunnlovsfestet ved grunnlovsrevisjonen i 2014, og kommer nå til uttrykk i Grl. § 113 hvor det fremgår at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov».

Formålet med legalitetsprinsippet er å sikre forutberegnelighet og demokratisk forankring. Det er gjennom lovgivning at den enkelte får mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, og det er gjennom lovgivning at myndighetsbeslutninger- og handlinger blir forankret demokratisk i folkeflertallets vilje.<sup>19</sup>

Det synes å være enighet om at det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet inneholder et formelt og et materielt vilkår.<sup>20</sup> Det formelle vilkåret krever at inngrepet må være forankret i lovvedtak av Stortinget. Det materielle stiller krav til selve innholdet i hjemmelen.<sup>21</sup> Inngrepet må være nærmere beskrevet, og ved fastleggelsen av hva loven gir hjemmel for må det tas utgangspunkt i den bestemmelsens ordlyd.<sup>22</sup> Når det kommer til hvor mye tyngde ordlyden skal ha ved tolkning av lovhjemmelen er det imidlertid noe uenighet. Dette vil det bli nærmere redegjort for i oppgaven, særlig i punkt 2.3.4 om et relativisert hjemmelskrav.

Det har vært utfordringer knyttet til fortolkningen av hjemmelsgrunnlaget og spørsmål rundt hvorvidt det foreligger et «*inngrep*». Dette har ført til at det i teorien er gjort forsøk på å omformulere legalitetsprinsippet.<sup>23</sup> Det har derfor vært en diskusjon i teorien om hva slags

---

<sup>18</sup> Syse, Aslak, «Tvang og frivillighet» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring (red.), Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2016 s. 202

<sup>19</sup> Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011s. 248

<sup>20</sup> Se f.eks. Skoghøy (2018) s. 55 og Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget Oslo 2019s. 80–81

<sup>21</sup> Skoghøy (2018) s. 55

<sup>22</sup> Skoghøy (2018) s. 55

<sup>23</sup> Dok. Nr. 16 (2011-2012)

innfallsvinkel man skal ha til legalitetsprinsippet, der det nå er to rådende oppfatninger: den formelle tilnærmingen og den tradisjonelle tilnærmingen.

Hvilken innfallsvinkel eller tilnærming som velges kan ha betydning for flere forhold. Først og fremst for *fremgangsmåten og fremstillingen* når det skal vurderes hva slags krav som stilles til lovhjemmel og om disse kravene er oppfylt. Videre vil det kunne ha betydning for *hvilke krav som faktisk stilles* til hjemmel. Det vil der for være nødvendig å gjøre nærmere rede for denne diskusjonen. En redegjørelse vil illustrere hvordan fremstillingen av drøftelsene i oppgaven kan bli forskjellig ut fra hvilken tilnærming som velges, og om dette får betydning for hjemmelskravet i forbindelse med ikke-etableringer. Endelig vil jeg ta stilling til hvilken tilnæringsmetode som må komme til anvendelse for denne oppgaven.

## **2.2 Diskusjonen om det formelle og tradisjonelle legalitetsprinsippet**

### **2.2.1 Forskjellene ved de forskjellige tilnærmingene**

Hovedskillet går mellom en tradisjonell tilnærming til legalitetsprinsippet og en formell tilnærming. Ved den tradisjonelle tilnærmingen tas det utgangspunkt i en positiv angivelse av prinsippet, at alle inngrep må ha hjemmel i lov. Den formelle tilnærmingen, som i stor grad er utviklet av Eckhoff og Smith, tar utgangspunkt i et negativt formulert legalitetsprinsipp.<sup>24</sup> Dette går ut på at det kun er nødvendig med hjemmel i lov, dersom det ikke foreligger annet kompetansegrunnlag som kan gi hjemmel. Slike kompetansegrunnlag kan være privat autonomi som eierrådighet og avtalekompetanse, organisasjons- og instruksjonsmyndighet eller sedvanerett, herunder nødrett.<sup>25</sup> Denne tilnærmingen fokuserer dermed på forvaltningens adgang til å skape normer eller rettslige bindende beslutninger i stedet for å positivt regne opp når lovhjemmel er nødvendig.<sup>26</sup> Lovkravet vil først aktualisere seg etter en analyse av andre potensielle kompetansegrunnlag, og det er grensene for disse som vil avgjøre hvorvidt det er nødvendig med hjemmel i lov.

---

<sup>24</sup> Se f.eks. Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg. v/ Eivind Smith, Universitetsforlaget Oslo 2018 s. 344 og Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Universitetsforlaget Oslo 2021 s. 93 flg.

<sup>25</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 345–346

<sup>26</sup> NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed pkt. 5.2.1

Det er flere som i teorien hevder at den formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet fører til et svakere lovkrav. Både Skoghøy og Bergo gir derfor uttrykk for at kodifiseringen av legalitetsprinsippet i Grl. § 113 skjerper lovkravet.<sup>27</sup>

Skoghøy argumenterer for at kodifiseringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven ville gjøre prinsippet «*mer motstandsdyktig mot utvanning*».<sup>28</sup> Også Bergo mener at den formelle tilnærmingen som har vært anvendt i norsk rett frem til grunnlovfesting av § 113 var «*et utvannet prinsipp*» fordi det førte til at det opereres med alternative grunnlag for maktbruk fra myndighetene.<sup>29</sup> Høgberg og Kinander beskriver den formelle tilnærmingen som en forbudsjakt der alle faktiske handlinger angivelig kan utføres uten hjemmel, så lenge det ikke kan påvises forbud mot handlingene.<sup>30</sup> Dette medfører at «*det legitime handlingsrommet for offentlig virksomhet tilsynelatende utvider seg dramatisk*».

Den formelle tilnærmingen sonderer mellom rettslige beslutninger (også omtalt som normeringer) og faktiske handlinger.<sup>31</sup> Kort fortalt er det nødvendig med dette skillet fordi faktiske handlinger ikke kan være ugyldige på samme måte som en rettslig handling.<sup>32</sup> Dette kommer av at «*myndighetene har faktisk handlefrihet, akkurat som oss andre*».<sup>33</sup> Av den grunn må kravet om kompetanse, altså krav om hjemmel i lov, reserveres for rettslige handlinger.<sup>34</sup> Det stilles derfor som utgangspunkt ikke opp noe krav om kompetansegrunnlag for forvaltningens faktiske handlinger etter den formelle tilnærmingen. Disse er, med visse unntak, ikke begrenset av legalitetsprinsippet.<sup>35</sup> Ved den tradisjonelle tilnærmingen skilles det imidlertid ikke mellom rettslige beslutninger eller normgivning og faktiske handlinger i så måte.<sup>36</sup>

Hvis man skal kunne anvende den formelle tilnærmingen vil det nødvendiggjøre en nærmere redegjørelse av sonderingen mellom en rettslig handling eller normgivning og en faktisk

---

<sup>27</sup> Skoghøy (2018) s. 55 og Bergo, Knut, «Tolking og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019 s. 222

<sup>28</sup> Skoghøy (2018) s. 55

<sup>29</sup> Bergo (2019) s. 222

<sup>30</sup> Høgberg, Alf Petter og Morten Kinander, «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 1. utgave s. 15–55 pkt. 3

<sup>31</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 247

<sup>32</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 356–357

<sup>33</sup> Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, 1. utg., Universitetsforlaget Oslo 2018 s. 45

<sup>34</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 356–357

<sup>35</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 358

<sup>36</sup> Se for eksempel Dok. 16 (2011-2012) s. 246 eller Høgberg og Kinander (2011) pkt. 3.

handling slik at man kan finne hva man har i det konkrete tilfellet (som her er frihetsberøvelse ved ikke-etablering), og videre slå fast om lovkravet aktualiseres eller ikke.

Den formelle tilnærmingen medfører at spørsmålet om hvorvidt det er en faktisk eller rettslig handling ikke vil settes på spissen for frihetsberøvelse i ved ikke-etableringer. Som nevnt foreligger det visse unntak fra kravet om at faktiske handlinger ikke trenger hjemmel i lov ut fra den formelle tilnærmingen. Selv om utgangspunktet er at lovkravet gjelder for rent faktiske sider ved forvaltningens virksomhet, kan det tenkes andre grunner til at lov likevel er nødvendig.<sup>37</sup>

Eckhoff og Smith forklarer dette ved at det kreves lovhjemmel for handlinger som normalt er forbudt med lov. For slike handlinger er det kun lovgiver, i kraft av legalitetsprinsippet, som kan åpne for unntak. Slike unntak omtales gjerne som *tillatelser*. Siden frihetsberøvelse er forbudt etter Grl. 94 og strl § 254 vil det være nødvendig med hjemmel i lov. Dette vil gjelde uavhengig av om frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer rubriseres som faktisk handling eller rettslig beslutning.

Boe, som også har en formell tilnærming, løser dette ved å etablere en egen kategori for de tilfellene der det er vanskelig å fastslå om det er en faktisk handling eller normering: «*innbakte vedtak*».<sup>38</sup> Kjentetegnet er at dette er faktiske handlinger som indirekte også er normeringer. For eksempel vil avskilting av en bil være en rent faktisk handling, men samtidig ha rettslig betydning ved at det blir ulovlig å kjøre bilen. Innbakte vedtak må ifølge Boe ha hjemmel i lov.<sup>39</sup> Videre slår han fast at forvaltningen må ha lovhjemmel ved inngripende faktiske handlinger.<sup>40</sup>

Følgelig vil det med en formell tilnærming være nødvendig med hjemmel i lov for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Om det er den formelle eller tradisjonelle tilnærmingen som anvendes for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer vil følgelig ikke være av betydning for lovkravet. Begge krever hjemmel i lov.

---

<sup>37</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 358

<sup>38</sup> Boe (2018) s. 45

<sup>39</sup> Boe (2018) s. 45

<sup>40</sup> Boe (2018) s. 45–46

## 2.2.2 Valg av tilnæringsmetode

Ordlyden og utformingen av Grl. § 113 tar utgangspunkt i den enkeltes rettighetsvern, ikke det offentlige generelle kompetanse til å utøve myndighet. Dette tyder på at det er den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet som er lovfestet. Forarbeidene underbygger en slik tolkning. Der uttaler utvalget i forbindelse med hvordan utformingen av bestemmelsen burde være at «*Grunnloven bør ligge tett opp til den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet*». <sup>41</sup> Videre uttaler utvalget at en slik formulering nemlig vil få frem at det er «*uten betydning for kravet om lovhjemmel hvorvidt offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger*». Myndighetene vil uansett trenge hjemmel i lov for å gjøre inngrep overfor den enkelte.

Rettspraksis tyder på at Høyesterett også tar utgangspunkt i den tradisjonelle tilnærmingen. Dette kommer til uttrykk i for eksempel Rt. 2010 s. 612 A, der Høyesterett uttaler følgende:

*«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner (...) Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.»*<sup>42</sup>

Etter dette er det naturlig å ta utgangspunkt i den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet når det i det følgende skal utledes hva slags krav som stilles til hjemmel i lov for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer etter Grl. § 113.

Ut fra et pasientperspektiv vil dette også være den mest naturlige fremgangsmåten. Det undersøkes da om det er gjort et inngrep overfor vedkommende og i den forlengelse om hva slags krav som stilles til hjemmel for et slikt inngrep og om det finnes en slik hjemmel.

---

<sup>41</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 249

<sup>42</sup> Rt. 2010 s. 612 A avs. 27

## 2.3 Vilkår i Grl. § 113

### 2.3.1 «Myndighetene»

Grl. § 113 stiller opp flere vilkår for inngrep. Selv om lovkravet er det mest sentrale, vil det være hensiktsmessig å undersøke hva som ligger i de andre vilkårene også. Hovedfokuset vil likevel være på lovkravet.

Det første kravet som stilles opp i grl. § 113 er at inngrepet skal utøves av «*myndighetene*». Uttrykket «*myndighetenes inngrep*» vil etter forarbeidene i hovedsak rette seg mot den utøvende makt.<sup>43</sup> Det følger av Grl. § 3 at den utøvende makt er «*hos kongen*». Alle bestemmelser om Kongen som statsorgan må forstås slik at myndigheten er lagt til kongen i statsråd.<sup>44</sup> Kongen i statsråd er forvaltningenes øverste leder, og selv om ordlyden ikke gir utførlig svar på hva ledelsen skal bestå i, er det er enighet om at bestemmelsen legger det konstitusjonelle grunnlaget for forvaltningshierarki og ministerstyre.<sup>45</sup>

Spørsmålet er om det er «*myndighetene*» som må anses ansvarlig for inngrepet en frihetsberøvelse ved ikke-etablering vil utgjøre. Det er innleggende lege som beslutter henvisning til institusjon, mens faglig ansvarlig fatter det endelige vedtaket om ikke-etablering.

Det er departementene som blir tildelt kompetanse, enten av kongen eller ved lov eller stortingsvedtak.<sup>46</sup> Andre forvaltningsorganer får sin myndighet fra de samme kildene eller ved delegasjon fra departementet eller andre organer høyere i forvaltningshierarkiet.<sup>47</sup>

«*Offentlig myndighet*» er legaldefinert i phvl. § 1-3, hvor det er fastslått at begrepet omfatter «*kommunelegen eller dennes stedfortreder, den kommunale helse- og omsorgstjenesten, sosialtjenesten, politiet eller kriminalomsorgen*». Altså har kommunelegen fått delegert sin kompetanse direkte gjennom lov. Når kommunelegen treffer avgjørelser i tråd med lovbestemmelser som tillegger ham denne kompetansen, må det kunne legges til grunn at vedkommende handler på vegne av myndighetene.

---

<sup>43</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 250

<sup>44</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 105

<sup>45</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 105

<sup>46</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 58

<sup>47</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 58

I HR-2011-2325-A var det spørsmål om hvem som var rett saksøkt for brudd på EMK art. 5 nr. 1. Høyesterett da slo fast at det er staten som er rett saksøkt, selv om saksbehandlingsfeilen ble gjort av helseforetaket.<sup>48</sup>

Det må dermed kunne slås fast at de som fatter beslutninger i prosessen frem mot en ikke-etablering handler på vegne av staten og således kan regnes som «*myndighetene*».

### **2.3.2 «inngrep overfor den enkelte»**

Det finnes naturligvis en grense for hva som regnes som inngrep. Det følger av forarbeidene at ikke enhver beslutning som tas internt i forvaltningen og i noen grad berører enkeltindivider, vil innebære at det foreligger et inngrep.<sup>49</sup> Det må foreligge «*kvalifiserte forhold*» som «*rammer den enkelte*».

Frihetsberøvelse må regnes som et alvorlig inngrep.<sup>50</sup> Det nevnes flere steder i teorien at legalitetsprinsippet vil ha særskilt betydning ved administrativ frihetsberøvelse.<sup>51</sup> Det er også på det rene at frihetsberøvelse i de tilfellene som analyseres i oppgaven kun retter seg mot enkeltpersoner, og følgelig vil være et «*inngrep overfor den enkelte*».

### **2.3.3 «grunnlag i lov»**

Som tidligere nevnt oppstiller legalitetsprinsippet både et formelt og materielt krav. Det formelle vilkåret går ut på at inngrepet må være forankret i lov gitt av Stortinget. Dette er et konkret vilkår og er ikke problematisk. Det materielle kravet knytter seg i større grad til selve innholdet i lovhjemmelen. Inngrepet må være nærmere beskrevet og det skal tas utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd ved fastleggelse av hva loven gir hjemmel for.<sup>52</sup>

Spørsmålet om hva som menes med grunnlag i lov kan også, akkurat som den formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet, ha innvirkning på om legalitetsprinsippet vannes ut.<sup>53</sup> I den forbindelse endrer spørsmålet seg fra hvilke av forvaltningenes rettslige eller faktiske handlinger som krever lovhjemmel, og over til hva som menes med «*hjemmel i lov*». Dette

---

<sup>48</sup> HR-2011-2325-A avs. 39

<sup>49</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 247

<sup>50</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 116

<sup>51</sup> Se f.eks. Syse (2016) s. 202 og Kjønstad, Asbjørn, Morten Kjelland og Aslak Syse, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utg., Gyldendal Norsk forlag Oslo 2017 s. 81

<sup>52</sup> Skoghøy (2018) s. 55

<sup>53</sup> Bergo (2019) s. 222



må dermed undersøkes nærmere for å kunne fastslå hva som ligger i kravet om grunnlag i lov etter Grl. § 113 for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Vurderingstema i det følgende er dermed hvilken styrke lovkravet må ha.

### 2.3.4 Et relativisert hjemmelskrav?

Det hevdes i teorien, blant annet av Skoghøy, at kodifiseringen av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet ville gjøre det «*mer motstandsdyktig mot utvanning*».<sup>54</sup> Det materielle vilkåret i legalitetsprinsippet vil også medføre at selv om andre rettskildedefaktorer kan bidra til å presisere lovbestemmelsene, vil ordlyden være den tyngste tolkningsfaktoren og danne rammen for regeltolkningen. Det materielle vilkåret begrenser dermed mulighetene til å tolke hjemmelsbestemmelser analogisk eller utvidende med grunnlag i andre rettskildedefaktorer. Videre slår forarbeidene fast at legalitetsprinsippet skal fungerer som «*en reell skranke for maktavernes myndighetsutøvelse*».<sup>55</sup> Skoghøy sammenholder uttalelsen med rettspraksis, Rt. 2014 s. 1105 (Acta), og mener dette «*bærer bud om en strengere håndheving av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp*».<sup>56</sup>

Graver mener på sin side det er holdepunkter i forarbeidene for at det ikke var meningen å endre den tidligere rettstilstanden ved vedtakelse av Grl. § 113.<sup>57</sup> Formålet med å grunnlovsfeste kravet om hjemmel var heller å verne mot potensielle utglidninger i fremtiden.

Etter vedtakelsen av Grl. § 113 vil det være «*et særlig hensyn at lovkravet skal fremme forutberegnelighet*».<sup>58</sup> Graver slutter seg til flertallet i Rt. 2014 s. 1105 (Acta) som fastslår at lovhjemmelen skal fremme forutberegnelighet, og ikke være for uklar eller vanskelig tilgjengelig for den som rammes.<sup>59</sup> Videre viser han til at det følges opp i HR-2016-1833-A at hjemmelen må være tilgjengelig og presis.

Men, som Graver påpeker, knytter disse sakene seg til straffeprosess og rekkevidden av Grl. § 102 ved bruk av elektronisk materiale i etterforskning av en siktet person. I Rt. 2014 s. 1281 A ble imidlertid kravet til hjemmel formulert litt annerledes. Også denne saken gjaldt forholdet til Grl. § 102, men den var i på skatterettens område, ikke straffeprosessen. Her ble

---

<sup>54</sup> Skoghøy (2018) s. 55, se også Bergo (2019) s. 222–224

<sup>55</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 248

<sup>56</sup> Skoghøy (2018) s. 55–56

<sup>57</sup> Graver (2019) s. 81

<sup>58</sup> Graver (2019) s. 81

<sup>59</sup> Graver (2019) s. 81

det uttalt at ordlyden er sentral ved tolkningen, men at tolkningstvil må løses ut fra hva som best samsvarer med en avveining av samtlige rettskildefaktororer og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet.<sup>60</sup> Dette ble senere fulgt opp i HR-2018-1907-A. Ifølge disse dommene er det dermed ikke slik at ordlyden veier tyngst og danner rammen for tolkningen av bestemmelsene på det forvaltningsrettslige området. Graver mener derfor at hvor strengt kravet til hjemmel er, må nyanseres.<sup>61</sup>

Spørsmålet i det følgende blir dermed hvor strengt kravet til hjemmel vil være for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Hvis det legges til grunn at ordlyden er den tyngste faktoren og rammen for lovtolkningen, så er kravene til lovhjemmelen egentlig ganske klare. Eventuelle inngrep er nødt til å fremgå av ordlyden.

Hvis man legger til grunn Gravers resonnement om at kravet må nyanseres skal det, med utgangspunkt i Rt. 1995 s. 530 A (fjordlaks), gjøres en vurdering av blant annet «*hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes*».<sup>62</sup> Med en sån tilnærming vil hensynene bak legalitetsprinsippets materielle side fungere som et reelt hensyn ved tolkningen av kompetansen. Dette kan på sett og vis anses som et relativisert hjemmelskrav. En slik relativ tilnærming anerkjennes av flere i teorien, for eksempel Eckhoff og Smith.<sup>63</sup>

Diskusjonen rundt det relativiserte hjemmelskravet er omfattende og innbyr også til en gjennomgang av Høyesteretts praksis på området for å få oversikt over det totale bildet. Dette vil imidlertid gå utenfor rammene av oppgaven. Det vil heller ikke nødvendig ettersom oppgaven knytter seg til frihetsberøvelse, et av kjerneområdene for legalitetsprinsippet.

### **2.3.5 Betydningen av et relativisert hjemmelskrav for frihetsberøvelse**

Hvis det relativiserte hjemmelskravet legges til grunn vil innholdet i lovkravet avhenge av hvilket rettsområde man befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Det vil etter denne tilnærmingen ikke være et ufravikelig krav at hjemmelen fremgår klart av lovens ordlyd.<sup>64</sup> Dette gjelder likevel ikke uten

---

<sup>60</sup> Rt. 2014 s. 1281 A avs. 48

<sup>61</sup> Graver (2019) s. 81

<sup>62</sup> Graver (2019) s. 86, med videre henvisning til Rt. 1995 s. 530 A s. 537

<sup>63</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 372, for et annet synspunkt se Tobiassen, Tomas Midttun, *Når myndighetene griper inn: En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, 1. utg., Fagbokforlaget Bergen 2019

<sup>64</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 371

forbehold. Desto mer inngripende tiltaket er, dess større vil betenkelighetene være ved å forholde seg fritt til ordlyden.<sup>65</sup>

Rettsområdet oppgaven behandler er på et område der legalitetsprinsippet gjør seg sterkt gjeldende. Psykisk helsevern inngår i forvaltningsretten og er et område der det anvendes flere forskjellige typer tvang. På områder hvor det er snakk om «*administrative frihetsinngrep eller tvangsmessig gjennomføring av vedtak, har hensynet til borgeren særlig tyngde*».<sup>66</sup> Arten av inngrepet, å bli lagt inn i institusjon uten mulighet til å dra, er helt klart inngripende. Hvordan det rammer og hvor tyngende det er, beror på de konkrete omstendighetene.<sup>67</sup> Dette blir nærmest en forholdsmessighetsvurdering. Det skal da mindre til for å sette til side en avgjørelse som er meget tyngende og med grunnlag i ytterkanten av kompetansen, enn der avgjørelsen er klart i kjernen av forvaltningens kompetanse.

## **2.4 Konklusjon: hjemmelskravet etter Grl. § 113**

Om det tas utgangspunkt i en tolkning av Grl. § 113 som er strengt bundet opp mot ordlyden, eller om det tas utgangspunkt i et relativisert hjemmelskrav har derfor liten betydning. Det stilles så og si de samme kravene til grunnlag i lov for et inngrep som frihetsberøvelse.

Det er etter dette klart at det må foreligge en klar lovhjemmel for frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer, der inngrepet bestemmelsen skal hjemle kommer til uttrykk i selve lovteksten.

---

<sup>65</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 371

<sup>66</sup> Graver (2019) s. 87

<sup>67</sup> Graver (2019) s. 87

### **3 Hjemmelskravet for frihetsberøvelse etter Grl. § 94 og EMK art. 5**

#### **3.1 Innledning**

Legalitetsprinsippet i Grl. § 113 stiller altså opp et generelt lovkrav for inngrep, herunder frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Retten til frihet er imidlertid også en menneskerettighet og nyter derfor et konkret og selvstendig vern i Grunnloven § 94. Retten til frihet kommer også til uttrykk i EMK art. 5 som beskytter retten til «*liberty and security*».

Det vil i det følgende være naturlig å se nærmere på retten til frihet etter Grl. § 94 og EMK art. 5. Det må for det første fastslås hva som må regnes som «*frihetsberøvelse*» etter bestemmelsene, altså hva som utgjør frihetsberøvelse i rettslig forstand. Videre må det undersøkes hvilke krav som stilles til lovhjemmel for et slikt inngrep. Det kan for oversiktens skyld også være hensiktsmessig å se litt på hvilke krav Grl. § 94 og EMK art. 5 stiller til inngrep i retten til frihet. Det vil også være nødvendig å redegjøre for forholdet mellom Grl. § 94 og EMK art. 5.

#### **3.2 Grl. § 94**

Grl. § 94 første ledd slår fast at «*ingen må fengsles eller berøves friheten*» med mindre det er i «*lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver*». Videre må frihetsberøvelsen være «*nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep*».

Det er naturlig å starte med å si noe om hva som ligger i det å «*berøves friheten*».

Bestemmelsen beskytter den enkeltes rett til frihet. Ut fra en naturlig språklig forståelse vil dette være å bli utsatt for begrensninger i sine bevegelsesmuligheter. Ordlyden omfatter i utgangspunktet alle former for frihetsberøvelse, og er ikke avgrenset til fengsling, slik som den tidligere Grl. § 99.

Det følger av forarbeidene at det var et viktig formål med revisjonen av Grl. § 99 å bygge ut bestemmelsen til å omhandle andre former for frihetsberøvelse enn fengsling.<sup>68</sup> Utvalget fremhever frihetsberøvelse som følge av psykisk helsevern som eksempel, og slår fast at slik frihetsberøvelse må ha lovhjemmel og at «*dette bør fremkomme av Grunnloven*».

---

<sup>68</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 116

Det må imidlertid være en nedre grense for hva som kan regnes som frihetsberøvelse. Det finnes mange privat- eller offentligrettsligbaserte innskrenkinger som vil falle utenfor, for eksempel at man ikke fritt kan bevege seg inn i andres hus eller innmark.<sup>69</sup> Det må altså være tale om «*kvalifiserte inngrep*» i form av faktiske handlinger, forbud eller påbud rettet mot den enkelte.

For bestemmelser som omhandler frihetsberøvelse i norsk rett vil Høyesterett se til EMK og vurdere frihetsberøvelsen i lys av kravene som følger av EMK art. 5.<sup>70</sup> Det er derfor naturlig å vurdere om frihetsberøvelse ved ikke-etableringer utgjør frihetsberøvelse i rettslig forstand ved behandlingen av EMK art. 5. Dette gjøres i oppgavens punkt. 3.4.1.

Videre stilles det krav om hjemmel i lov dersom noen skal berøves friheten. Ordlyden i Grl. § 94 første ledd åpner kun for inngrep ved «*lovbestemte tilfeller og på den måte lovene foreskriver*». Dette innebærer at det både må finnes en lovhjemmel, og at inngrep skjer på den måten lovene foreskriver. Dette følger også av Grl. § 113 og betyr at enhver frihetsberøvet kan kreve påvist lovhjemmel og foreskreven fremgangsmåte etter Grunnloven.<sup>71</sup>

I rettspraksis er det antatt at lover kan anvendes allerede fra vedtakelsen.<sup>72</sup> For at lovkravet skal være oppfylt må det dermed være tilstrekkelig at loven er vedtatt.

Vilkårene om at inngrep «*må være nødvendig og ikke uforholdsmessig*» følger også av bestemmelsens første ledd og skal sikre at det ikke finner sted vilkårlig frihetsberøvelse. Begrepene nødvendig og ikke uforholdsmessig er ment å angi de absolutte grenser som lovgiver står overfor når det skal vedtas regler om frihetsberøvelse, i tillegg til å si noe om hvilke kriterier domstolene må forstå lovgivningen på bakgrunn av.<sup>73</sup>

Grl. § 94 annet ledd annet punktum stiller i tillegg opp vilkår om rettssikkerhetsgarantier ved annen type frihetsberøvelse enn ved pågripelse. Den som er berøvet sin frihet «*kan få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold*».

---

<sup>69</sup> Aall (2018) s. 358

<sup>70</sup> Se f.eks. HR-2021-640-A avs. 48 flg.

<sup>71</sup> Aall (2018) s. 365

<sup>72</sup> Se f.eks. Rt. 1953 s. 1386 A s. 1390

<sup>73</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 116–117

Grunnloven § 94 kan imidlertid ikke vurderes isolert. Det vil som tidligere nevnt være nødvendig å se på forholdet mellom Grl. § 94 og EMK art. 5 for å kunne fastslå hva slags krav som stilles til inngrep i retten til frihet, herunder frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Dette vil det behandles i det følgende.

### 3.3 Forholdet mellom Grl. § 94 og EMK art. 5

Utgangspunktet er at Grl. § 92 pålegger statens myndighet å «*respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter*». Bestemmelsen pålegger dermed domstolene å ikke bare håndheve de rettighetene som er nedfelt i Grunnloven, men også andre internasjonale menneskerettsforpliktelser. Den omfatter også en plikt til å sørge for at eventuelle brudd skal repareres.

Etter vedtakelsen av grunnlovsrevisjonen i 2014 ble det imidlertid reist flere spørsmål. Et av dem var hvilken betydning fremtidig praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen<sup>74</sup> ville få ved tolkning av grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, særlig for de bestemmelsene som ble gitt med EMK-bestemmelser som forbilde.

Høyesterett avklarte dette i Rt. 2015 s. 93 A (Maria) ved å slå fast en sontring mellom foreliggende og fremtidig praksis. Selv om det ble lagt til grunn at grunnlovsbestemmelsen skulle tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, er det likevel «*Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser*».<sup>75</sup> Høyesterett holder dermed på muligheten åpen for at Grunnlovsbestemmelsene kan komme til å fravike for eksempel EMK i fremtiden.

Det ble også, basert på ordlyden og forarbeidene, reist spørsmål om Grl. § 92 sin rekkevidde. Tvilen knyttet seg til om bestemmelsen skulle forstås som en inkorporasjonsbestemmelse.<sup>76</sup> Hvis dette var tilfelle, ville bestemmelsen gitt alle konvensjoner om internasjonale menneskerettigheter som var ratifisert av Norge på vedtakstidspunktet Grunnlovs rang.

---

<sup>74</sup> (heretter EMD)

<sup>75</sup> Rt. 2015 s. 93 A (Maria) avs. 57, senere bekreftet i HR-2016-2554-P (Holship)

<sup>76</sup> Jens Edvin A. Skoghøy «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og Rett*, 2015 s. 195–196. (Se andre avsnitt)

Spørsmålet ble avklart av Høyesterett i HR-2016-2554-P, der det ble presisert at Grl. § 92 ikke skal forstås som at alle ratifiserte konvensjoner får grunnlovs rang, men heller som «*et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett*».<sup>77</sup>

Grl. § 92 må derfor forstås slik at myndighetene skal respektere og sikre alle typer menneskerettigheter. Det vil likevel være et skille mellom de som er grunnlovsfestet i Grunnlovens kapittel E, og de som følger av traktater som er bindende for Norge. Sistnevnte vil likevel gå foran annen norsk lovgivning ved eventuell motstrid, jf. menneskerettsloven<sup>78</sup> § 3 jf. § 2. Norske myndigheter er dermed forpliktet til å utforme lovgivning i overensstemmelse med dette, og at annen lovgivning skal forsøkes tolket i samsvar med menneskerettighetene.<sup>79</sup> På området for psykisk helsevernloven vil menneskerettighetene ha særlig stor betydning som overordnet ramme.<sup>80</sup> Dette fordi loven regulerer et felt hvor det kan benyttes særlig inngripende tiltak overfor enkeltmennesker.

EMK, men også andre sentrale menneskerettighetsinstrumenter, var vesentlig som inspirasjonskilde til Grunnlovens kapittel E. Grl. § 92 gir konstitusjonell forankring til å trekke inn disse ved tolkning av grunnlovsbestemmelsene.<sup>81</sup> EMK har likevel «*en sterk stilling i norsk rett sammenlignet med andre konvensjoner*»<sup>82</sup>. Dette skyldes dels at den er gitt forrang foran annen norsk lov etter mrl. § 3 jf. § 2. Videre har EMK et sterkt gjennomføringssystem gjennom EMD. Domstolen behandler individuelle klagesaker og har en omfattende praksis. Dette gir EMK et mer konkret og forpliktende innhold, samt mulighet for en dynamisk rettsutvikling. Avgjørelsene er også formelt bindende for statene.<sup>83</sup> EMK står derfor i en særstilling til å fastlegge hva som er gjeldende rett i europeisk kontekst, sammenlignet med andre menneskerettighetskonvensjoner eller dokumenter. Oppgaven avgrenses dermed mot andre konvensjoner eller dokumenter som kan ha relevans for frihetsberøvelse.

---

<sup>77</sup> HR-2016-2554-P (Holship) avs. 70

<sup>78</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

<sup>79</sup> Se for eksempel Grl. § 89 og Kjørstad, Kjelland og Syse (2017) s. 403

<sup>80</sup> Riedl, Tore Roald og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utg., Cappelen Damm Akademisk 2014 s. 21

<sup>81</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 90

<sup>82</sup> NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten s. 159

<sup>83</sup> Jf. EMK art. 46

Retten til frihet i Grl. § 94 kan dermed ikke vurderes isolert, men må undersøkes i lys av EMK art. 5. En hjemmel for inngrep i retten til frihet vil også måtte oppfylle EMKs krav for å ikke være i strid med menneskerettighetene.

Aall argumenterer for at det, for de grunnlovsbestemmelsene som har en parallell i EMK, vil variere hvor stor betydning EMKs bestemmelser vil ha for tolkningen av grunnlovsbestemmelsene.<sup>84</sup> Dette skal vurderes ut fra blant annet graden av likhet mellom tekstene og den internasjonale regelens kvalitet. Selv om EMK-bestemmelsens betydning ved tolkningen av Grunnlovsbestemmelsen kan variere, vil tolkningen av selve EMK-bestemmelsen være den samme. Her må EMDs tolkning legges til grunn. For å unngå å handle i strid med Norges menneskerettslige forpliktelsene vil det derfor uansett være nødvendig at norsk lovgivning, som tillater inngrep i menneskerettigheter, er i tråd med EMK slik den tolkes av EMD. Selv om bestemmelsene er noe forskjellig i utforming, vil Art. 5 følgelig være av betydning ved tolkningen av Grl. § 94.<sup>85</sup>

Siden formålet er å styrke det menneskerettslig vernet, må det påpekes at det ikke vil være aktuelt å bruke EMK som argument for å redusere innholdet i vernet etter Grunnloven. Dette følger av EMK art. 53 og beste verns prinsipp som lagt til grunn i diverse rettspraksis.<sup>86</sup> Hvis Grunnloven skulle oppstille et sterkere vern vil det derfor ikke være aktuelt å tolke den innskrenkende eller konvensjonskonformt slik at individet får et svakere vern. Samtidig må Grunnloven, dersom den stiller opp et svakere vern, tolkes i lys av EMK. Hvis ikke vil det foreligge brudd på myndighetenes menneskerettslige forpliktelser etter konvensjonen. Dette gjelder imidlertid innenfor de nevnte reservasjoner Høyesterett slo fast i Rt. 2015 s. 93 A (Maria).

### **3.4 EMK art. 5**

#### **3.4.1 Hva er frihetsberøvelse etter EMK art. 5?**

Det er nå gjort rede for hvorfor vurderingen av frihetsberøvelse etter EMK art. 5 har stor betydning for hva som må regnes som frihetsberøvelse etter Grl. § 94 og norsk rett for øvrig. Det er derfor naturlig å undersøke frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nærmere.

---

<sup>84</sup> Aall (2018) s. 46–48

<sup>85</sup> Aall (2018) s. 371

<sup>86</sup> Dok. 16 (2011-2012) s. 87, Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt) og Rt. 2010 s. 1445 P (kriksforbryter)



EMK art. 5 fastsetter innledningsvis at enhver har rett til «*liberty and security*». Videre slås det fast at ingen skal frihetsberøves med mindre dette skjer i samsvar med en lovbestemt fremgangsmåte, jf. ordlyden «*procedure prescribed by law*». Det følger dermed av ordlyden at rettighetene etter EMK art. 5 ikke gjelder absolutt. Videre følger det av praksis fra EMD at konvensjonen skal tolkes for å «*promote internal consistency and harmony between its various provisions*»<sup>87</sup>. Frihetsberøvelse etter EMK art. 5 må derfor avgrenses mot begrensninger i bevegelsesfriheten som er beskyttet i art. 2 i EMKs 4. tilleggsprotokoll.<sup>88</sup> Forskjellen mellom frihetsberøvelse og begrensning i bevegelsesfrihet er uansett snarere et spørsmål om grad og intensitet enn karakter, så vurderingsmomentene vil bli de samme.<sup>89</sup>

Det nærmere innholdet i retten til frihet og når det foreligger frihetsberøvelse er slått fast gjennom diverse praksis fra EMD. For å få klarlagt rammene for hva som regnes som frihetsberøvelse etter EMK art. 5 vil det derfor være nødvendig å gjennomgå deler av denne praksisen.

EMD har i *Engel mfl. v. Nederland* stilt opp noen generelle retningslinjer for vurderingen av frihetsberøvelse, etter først å ha påpekt frihetsbegrepets relative natur.<sup>90</sup> I saken kom EMD frem til at en vaktarrest ble ansett å innebære frihetsberøvelse med utgangspunkt i inngrepets art, varighet, virkning og gjennomføringsmåte.<sup>91</sup> Disse retningslinjene er følgelig utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger frihetsberøvelse og ble også anvendt i saken *Austin mfl. v. Storbritannia*.<sup>92</sup> Saken gjaldt såkalt «*kettling*» av demonstranter og illustrerer at det samme utgangspunktet gjelder også utenfor det klassiske området til EMK art. 5 om innlåsing på celle.

Et av kriteriene som følger av Engel-saken er inngrepets varighet. Det har tidligere vært indikasjoner i praksis på at helt kortvarige frihetsberøvelser faller utenfor vernet i art. 5.<sup>93</sup> I saken *Witold Litwa v. Polen* ble imidlertid en tilbakeholdelse i avrusningsklinikk på seks og

---

<sup>87</sup> Se f.eks. *Austin mfl. v. Storbritannia* [GC] avs. 54

<sup>88</sup> Protocol no. 4 on the Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg, 16. september 1963 (I kraft 2. mai 1968)

<sup>89</sup> Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*, 4. utg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 2017 s. 372 og *Amuur v. Frankrike* [C] avs. 42

<sup>90</sup> Aall (2018) s. 360

<sup>91</sup> *Engel mfl. v. Nederland* [P] avs. 59, fulgt opp blant annet *Guzzardi v. Italia* [P] avs. 92

<sup>92</sup> *Austin mfl. v. Storbritannia* [GC] avs. 63–67

<sup>93</sup> Aall (2018) s. 361 med videre henvisninger

en halv time uten videre lagt til grunn som frihetsberøvelse av EMD.<sup>94</sup> Etter dette må det anses avklart at der intensiteten er høy, som for eksempel ved innlåsing, vil det foreligge frihetsberøvelse selv om varigheten er kort.<sup>95</sup> I grensetilfeller vil det derfor være nødvendig å se frihetsberøvelsens varighet i sammenheng med intensiteten i de romlige begrensningene.

I saken *Ulisei Grosu v. Romania* tok EMD nok en gang utgangspunkt i kriteriene fra Engelsaken. Her slo EMD imidlertid fast at det hadde funnet sted en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1, selv om den høyst kunne ha hatt en varighet på 35 minutter. Klager hadde blitt pågrepet av politiet i en offentlig bygning og transportert til undersøkelse ved et psykiatrisk sykehus. Det som skiller saken fra de andre, er at politiet etter nasjonal rett om psykisk helse (*la loi sur la santé mentale*) ikke hadde kompetanse til å gjennomføre slik transport og undersøkelse.<sup>96</sup> Ved vurderingen av frihetsberøvelsens varighet slo retten fast at den startet da politiet pågrep klager og varte frem til han var fri til å gå etter undersøkelsen.<sup>97</sup> Hele tidsperioden ble altså ansett som frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1, selv om det kun var transport til sykehuset og undersøkelsen det manglet hjemmel for.

Frihetsberøvelse som begrep må altså avgrenses i tid og rom, men vil for noen tilfeller likevel være klart, som for eksempel der personen sperres inne.<sup>98</sup> Dersom det ikke er tale om frihetsberøvelse i tradisjonell forstand, men en kombinasjon av flere mer eller mindre inngripende begrensninger i bevegelsesfriheten, vil summen av disse også kunne utgjøre en frihetsberøvelse.<sup>99</sup> Det er derfor ikke noe krav om at vedkommende er fysisk sperret inne.

Siden det ikke er avgjørende om institusjonen eller avdelingen er låst, vil det etter EMDs praksis foretas en vurdering der det skal tillegges betydning om pasienten er under overvåkning, kontroll og ikke fritt kan forlate stedet.<sup>100</sup>

Det følger også av EMDs praksis at det kan foreligge frihetsberøvelse selv om pasienten ikke uttrykkelig motsetter seg tiltakene.<sup>101</sup> Hvis pasienten likevel er underlagt konstant

---

<sup>94</sup> *Witold Litwa v. Polen* [C] avs. 46

<sup>95</sup> Aall (2018) s. 361

<sup>96</sup> *Ulisei Grosu v. Romania* [C] avs. 26

<sup>97</sup> *Ulisei Grosu v. Romania* [C] avs. 26

<sup>98</sup> Aall (2018) s. 359

<sup>99</sup> *Kjølbros* (2017) s. 372

<sup>100</sup> *D.D. v. Litauen* [C] avs. 146 og *H.L. vs. Storbritannia* [C] avs. 92

<sup>101</sup> *H.L. v. Storbritannia* [C] avs. 91

overvåkning og kontroll, og pasienten ikke fritt kan forlate institusjonen kan det foreligge frihetsberøvelse.

Etter *Ulisei Grosu v. Romania* kan det i tillegg virke som at dersom det mangler hjemmel, vil det kunne foreligge frihetsberøvelse selv for svært kortvarige inngrep.

Ved ikke-etableringer kan pasienten som nevnt måtte oppholde seg på institusjonen i inntil 24 timer. Det er ikke holdepunkter for at pasienten frivillig kan forlate institusjonen.<sup>102</sup> Tvert imot taler flere forhold mot dette. Helsedirektoratet slår fast at «*ved ikke-etablering har pasienten reelt vært holdt tilbake under tvang i inntil 24 timer i påvente av vedtaksansvarliges vurdering*»<sup>103</sup>. Det er liten grunn til å tro at pasienten fritt kan forlate institusjonen basert på en slik beskrivelse. Selv for frivillig innleggelse er det rutine for å hindre pasienter i å forlate institusjonen det første døgnet.<sup>104</sup>

Det er altså tale om at pasienten legges inn på en institusjon den ikke fritt kan forlate i inntil 24 timer. Basert på redegjørelsene av EMDs praksis er det derfor klart at det ved innleggelse på inntil 24 timer i forbindelse med ikke-etableringer må anses som frihetsberøvelse etter EMK art. 5.

### 3.4.2 Hva slags vilkår stilles opp for inngrep?

Ikke alle menneskerettigheter kan gjennomføres uavkortet i enhver situasjon, i visse tilfeller vil andre hensyn måtte vektes tyngre slik at inngrep må tillates.<sup>105</sup> Dette kan både være hensyn til samfunnet, som rikets sikkerhet, eller hensynet til andre private.<sup>106</sup> På visse vilkår vil det derfor være adgang til å gjøre inngrep i retten til frihet og sikkerhet.

---

<sup>102</sup> I IS-2888 fra helsedirektoratet omtales det som en frihetsberøvelse, og vanlig praksis for frivillige innleggelser ved institusjoner er praksis som kalles «ingen utgang første døgn»

<sup>103</sup> Rapport IS-2888 s. 14/pkt. 21

<sup>104</sup> Storvik (2017) s. 103 beskriver en rutine som kalles «ingen utgang første døgn». Alle pasienter settes automatisk i denne kategorien når de ankommer institusjonen. Først etter et døgn besluttes det om utgangsrestriksjonene skal lettes. Med et slikt system for frivillige innleggelser etterlates liten grunn til å tro at det er mindre strenge tiltak for de pasientene som vurderes å legges inn med tvang.

<sup>105</sup> Aall (2018) s. 115 og Andenæs, Mads, «Menneskerettene» i *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utg., Harald Irgens-Jensen (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019 s. 69

<sup>106</sup> Aall (2018) s. 115

Formålet med EMK art. 5 er å unngå «*arbitrary interferences by the State with his right to liberty*», altså vilkårlig frihetsberøvelse av den enkelte.<sup>107</sup> Frihetsberøvelse som skjer i strid med kravene i Art. 5 vil anses vilkårlig og følgelig være i strid med EMK.

Det mest sentrale vilkåret for oppgaven er lovkravet, som sier noe om hva slags krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse ved ikke-etablering. Det vil likevel bli redegjort kort for de øvrige vilkårene for et mer helhetlig inntrykk av bestemmelsen og adgangen til å gjøre inngrep i retten til frihet og sikkerhet. Dette kan oppsummeres som et krav om at frihetsberøvelsen ikke er vilkårlig, og består av krav til formål, forholdsmessighet og rettssikkerhetsgarantier.

### 3.4.3 Lovkravet

Lovkravet følger av EMK art. 5 første ledd annet punktum der det fremgår at ingen må berøves sin frihet, unntatt i de tilfellene som følger av bestemmelsen og så fremt det skjer «*in accordance with a procedure prescribed by law*». Kravet understrekes i tillegg ved at begrepet «*lawful*» angis for hvert av alternativene i bokstav a-f. Kravet er grunnleggende for en rettsstat og det sentrale formål er som nevnt å hindre vilkårlig inngrep.<sup>108</sup> Lovkravet bidrar til å forebygge maktkonsentrasjon og maktmisbruk gjennom maktfordeling.<sup>109</sup> Videre stiller konvensjonen noen kvalitetskrav til lovgivningen som skal kunne utgjøre grunnlaget for frihetsberøvelse.<sup>110</sup> Bestemmelsene skal være tilgjengelig og tilstrekkelig forutsigbare. For at bestemmelsene skal være tilstrekkelig forutsigbare stilles det krav om presis utforming av loven og et forbud mot å anvende den utenfor en naturlig forståelse. En nærmere redegjørelse av dette følger i punkt 3.4.5.2 og 3.4.5.3.

Hva som ligger i begrepet «*law*» er ikke ensbetydende med det norske begrepet «*lov*» i Grl. § 113. EMK anvender et autonomt lovbegrep, noe som er naturlig ettersom konvensjonsstatene kan ha lovgivning basert på forskjellige rettstradisjoner. Det kreves dermed ikke formell lov for at lovkravet skal være oppfylt, men uskreven rett må oppfylle visse kvalitetskrav for å kunne regnes som «*law*». Disse kvalitetskravene følger av EMDs praksis og vil bli nærmere beskrevet i det følgende.

---

<sup>107</sup> Saadi v. Storbritannia [GC] avs. 63, og Kjølbro, (2017) s. 371

<sup>108</sup> Kjølbro (2017) s. 381

<sup>109</sup> Aall (2018) s. 116

<sup>110</sup> Kjølbro (2017) s. 381

Det må imidlertid knyttes noen bemerkninger til hensynet til forutberegnelighet ved administrativ frihetsberøvelse, sammenlignet med frihetsberøvelse på straffeprosess og strafferettens område. Den enkelte vil ikke nødvendigvis kunne innrette seg for ikke å bli psykisk syk og følgelig *ikke* trenge innleggelse, på samme måte som en som planlegger en straffbar handling.<sup>111</sup> Det kan derfor argumenteres for at forutberegnelighetshensyn først og fremst gjelder for straffebestemmelser, siden det på strafferettens område vil være størst mulighet for å påvirke adferden til enkeltpersoner.

Dette betyr likevel ikke at det ikke er nødvendig å undersøke forutberegneligheten til loven ved administrativ frihetsberøvelse. Aall argumenterer for at forutberegnelighetshensyn utenfor straffeområdet vil gli mer over i et formål om å ivareta maktfordeling og kontrollhensyn.<sup>112</sup> Begrunnelsen for legalitetsprinsippet skifter dermed fra hensynet til den berørte enkeltperson sitt innrettelsesbehov og over i en allmenn interesse i å kontrollere, og hvis nødvendig sette grenser for den utøvende og dømmende makt.<sup>113</sup> Å påse at inngrep utelukkende skjer i henhold til normer som oppfyller minstekrav til notoritet og publisitet, reduserer faren for eventuell myndighetsoverskridelse.<sup>114</sup> Det vil derfor likevel være relevant å undersøke om lovhjemmel oppfyller kvalitetskravene.

For tiltak som er over den nedre terskelen for «*inngrep*» kan det være forskjell i både styrke og karakter. Spørsmålet blir dermed om alle inngrep skal vurderes på samme måte, eller om det skal foretas en form for differensiering, slik det for eksempel gjøres i norsk rett. Etter EMDs praksis i for eksempel *Malone v. Storbritannia* om telefonavlytting, er utgangspunktet at jo mer inngripende tiltaket er, jo klarere hjemmel kreves.<sup>115</sup> Det må i så fall foretas en vurdering av inngrepsstyrken. Dette er dels et spørsmål om hvilket område inngrepet skjer på, og dels et spørsmål om hva inngrepet består i.

Inngrep i den personlige frihet står her i en særstilling, og er klart å regne som et stort inngrep.<sup>116</sup> Kvalitetskravene må derfor i utgangspunktet vurderes strengt, og det må ved

---

<sup>111</sup> Aall (2018) s. 118

<sup>112</sup> Aall (2018) s. 117

<sup>113</sup> Aall (2018) s. 117

<sup>114</sup> Aall (2018) s. 117

<sup>115</sup> Se hhv. *Malone v. Storbritannia* [P] avs. 67

<sup>116</sup> Aall (2018) s. 366 og *Medvedyev mfl. v. Frankrike* [GC] avs. 80

frihetsberøvelser derfor forventes inngående kontroll fra EMD med kvalitetskravene til hjemmelen.<sup>117</sup>

#### **3.4.4 Lovkravets krav om tilgjengelighet**

Først må det undersøkes hva som ligger i dette kravet. Hva som kreves vil variere ut fra hvilken type lovbestemmelse det er tale om. Det vil stilles andre krav til en typisk straffebestemmelse som skal forsøke å påvirke den enkeltes handlingsvalg enn til en kompetansenorm som ikke har som formål å påvirke adferd.<sup>118</sup> For sistnevnte tilfeller vil det som hovedregel være tilstrekkelig at loven foreligger på inngrepsstidspunktet, mens det for straff må foreligge før selve handlingen.<sup>119</sup>

Innrettelseshensynet, som altså skal sikre kravet til forutberegnelighet, kan i utgangspunktet tale for at en adferdsregulerende lov ikke bare må være vedtatt, men også kunngjort.<sup>120</sup> Det er først da loven vil være tilgjengelig for adressatene slik at de faktisk kan innrette seg. Kontrollhensyn kan også til en viss grad tilsi dette siden myndighetene ikke skal kunne gripe inn uten en å gjøre det i henhold til en kunngjort regel.<sup>121</sup>

Tilgjengelighetskravet byr sjelden på problemer i norsk rett fordi kravet om hjemmel i formell lov etter Grunnloven innebærer at loven er vedtatt, trådt i kraft og publisert. Dette vil oppfylle kravene til tilgjengelighet etter EMK.

#### **3.4.5 Lovkravets krav om forutberegnelighet**

Forutberegnelighetshensyn stiller som nevnt krav til selve utformingen av loven, og videre krav om at anvendelse av loven må være innenfor en naturlig språklig forståelse for at hensynet skal være ivaretatt. Det må også sies noe om adgangen til å gjøre utvidende tolkning i norsk rett.

---

<sup>117</sup> Se f.eks. Medvedyev mfl. v. Frankrike [GC] avs. 92 og 99–100

<sup>118</sup> Aall (2018) s. 125 og Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg., Fagbokforlaget Bergen 2017 s. 381

<sup>119</sup> Aall (2018) s. 125

<sup>120</sup> Aall (2018) s. 131 og Jacobsen, Jørn, «Det strafferettslege lovkravet i eit metodeperspektiv» i *Juridisk medtode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019s. 536

<sup>121</sup> Aall (2018) s. 131

### 3.4.5.1 Utformingen av loven

Når det kommer til utforming av loven, har kvalitetskravene til loven i norsk rett tradisjonelt vært mest sentrale på strafferettens område.<sup>122</sup> Det er imidlertid klart at de samme hensynene i stor grad vil gjøre seg gjeldende ved forvaltningsvedtak av inngripende art, som for eksempel omsorgsovertakelse og straffeprosessuelle tvangsmidler. Utgangspunktet er dermed klart, jo større inngrep overfor den enkelte, jo klarere hjemmel vil være nødvendig.

Samtidig vil det ikke være mulig å til enhver tid gi helt presise regler på de områder hvor det er behov for regulering.<sup>123</sup> Både fordi virkeligheten er for kompleks, og fordi det stadig skjer endringer.<sup>124</sup> Det er derfor nødvendig å akseptere at inngrepshjemler til en viss grad har et skjønnsmessig preg, slik at bestemmelsene må tolkes. EMD erkjente dette i *Sunday Times v. Storbritannia* der det ble slått fast at «... whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances».<sup>125</sup> Vurderingstemaet blir dermed om det er mulig å være mer presis i utformingen, uten at dette går utover rimelig og nødvendig fleksibilitet. Aall mener EMDs praksis viser at statene har en viss skjønnsmargin ved utforming av inngrepshjemler også for straffebestemmelser, og at det i dag stilles samme krav til presisjon etter Grunnloven som EMK.<sup>126</sup>

Det må derfor først vurderes om den aktuelle hjemmelen kvalitativt har et tilstrekkelig presisjonsnivå til å tilfredsstille kravene til forutberegnelighet.<sup>127</sup> EMD uttaler følgende om dette i *Sunday Times v. Storbritannia* som gjaldt inngrep i ytringsfriheten i form av et publiseringsforbud:

«(...) a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be

---

<sup>122</sup> Aall (2018) s. 132, Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett*, 6. utg., ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget Oslo 2016 s. 123–124, Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget Oslo 2004 s. 186 og Skoghøy (2018) s. 49

<sup>123</sup> Se f.eks. Aall (2018) s. 133, Aall, Jørgen, «Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994 4. utgave s. 584–60 pkt. 2.1.3.3.1 [siteret 28.01.21], Andenæs (2016) s. 124, Jacobsen 534–535 og Nygaard (2004) s. 186

<sup>124</sup> Se f.eks. Aall (2018) s. 133 og Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og Rett*, 1995 5–6 utgave s. 307–322 s. 307 [siteret 13.03.21]

<sup>125</sup> *Sunday Times v. Storbritannia* [P] avs. 49

<sup>126</sup> Aall (2018) s. 133 med videre henvisning til Rt. 2014 s. 238 A

<sup>127</sup> Aall (2018) s. 134 og Kjølbro (2017) s. 381

*with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail».*<sup>128</sup>

Også i norsk rett er det enighet om at lovbestemmelser som gir grunnlag for straff og andre inngrep må formuleres så presist som mulig for å sikre forutberegnelighet for den enkelte.<sup>129</sup>

### **3.4.5.2 Anvendelse av loven**

Anvendelsen av loven stiller krav til hvordan domstol og andre rettsanvendere tolker ordlyden. Utvidende tolkning eller bruk av analogi kan medføre at forutberegneligheten svekkes fordi resultatet av tolkningen kan bevege seg for langt bort fra ordlyden. Dersom en utvidende tolkning eller analogi er til utelukkende gunst for den enkelte vil det imidlertid ikke reise noen problemer med tanke på vedkommendes rettssikkerhet, og slik anvendelse av loven vil trolig aksepteres.<sup>130</sup>

Utvidende tolkning kan beskrives som et uttrykk for at resultatet av tolkningen av en lovbestemmelse strekker «*vilkårsordlyden*» lenger enn naturlig ordbruk skulle tilsi.<sup>131</sup>

Analogi kan omtales som at lovbestemmelser i tilfeller hvor det ikke stilles krav om lovhjemmel, kan anvendes på tilsvarende tilfeller som faller utenfor lovens anvendelsesområde.<sup>132</sup> Dette er ofte akseptert for de tilfeller der de samme rettspolitiske hensyn gjør seg gjeldende for begge tilfeller.

Det er i utgangspunktet ikke nødvendig å trekke noe klart skille mellom bruk av utvidende tolkning og analogi.<sup>133</sup> Det kan være mer hensiktsmessig å se på det som en glidende overgang, og begrepene brukes litt om hverandre også av Høyesterett.<sup>134</sup> Samtidig er det likevel en prinsipiell forskjell når det kommer til inngrep. En analogisk anvendelse av en lov vil være anvendelse av ulovfestet rett.<sup>135</sup> Dette må dermed være utelukket for tilfeller som befinner seg på kjerneområdet til legalitetsprinsippet. Når nasjonal rett i så stor grad gir anvisning på hvilken rettskilde som kan være relevant som i disse bestemmelsene, vil dette

---

<sup>128</sup> Sunday Times v. Storbritannia [P] avs. 49

<sup>129</sup> Se f.eks. NOU 2002:4 Ny straffelov Straffekommisjonens delutredning VII pkt. 4.2.3.4/s. 83 og Boe (2018) s. 18

<sup>130</sup> Rt. 1997 s. 1341 A (Hønschauk) og Boe (2018) s. 44

<sup>131</sup> Nygaard (2004) s. 236

<sup>132</sup> Skoghøy (2018) s. 63

<sup>133</sup> Se f.eks. Skoghøy (2018) s. 64

<sup>134</sup> Rt. 1997 s. 1341 s. 1343

<sup>135</sup> Aall (2018) s. 144



sette begrensninger for hva som kan regnes som forutberegnelig etter EMK.<sup>136</sup> Det vil si at bruk av analogi ikke vil oppfylle kravene EMK stiller til forutberegnelighet. Utvidende tolkning vil derimot kunne aksepteres i en viss utstrekning.

### **3.4.5.3 Adgangen til å foreta utvidende tolkning i norsk rett**

Det følger av diverse rettspraksis at Grl. § 96 tradisjonelt ikke har vært tolket særlig strengt.<sup>137</sup> Nyere praksis fra Høyesterett tyder imidlertid på en innstramming av kravet til presis beskrivelse eller klarhet i straffebestemmelser.<sup>138</sup> Dette taler for at det bør utvises varsomhet med bruk av utvidende tolkning.

Dette gjør seg også gjeldende på forvaltningsrettens område. Det er på det rene at det ikke vil være like mye rom for å strekke på ordlyden når forvaltningen gjør inngrep, som når den tildeler enkeltpersoner fordeler. At utvidende tolkning kan være problematisk ved inngripende forvaltningsvedtak bekreftes også av rettspraksis.<sup>139</sup> Det kan altså stilles opp begrensninger for adgangen til å foreta utvidende tolkning for inngripende forvaltningsvedtak.<sup>140</sup> Dersom inngrepet er spesielt alvorlig, kan det tenkes at loven må inneholde klar og uomtvistelig hjemmel.<sup>141</sup>

Lovkravet skal altså sikre at det ikke finner sted vilkårlig frihetsberøvelse. Først gjennom tilgjengelighetskravet og deretter gjennom presisjonskravet. Tilgjengelighetskravet byr som nevnt ikke på problemer for norske lovbestemmelser. Presisjonskravet innebærer dels krav til selve ordlyden og utformingen av bestemmelsen og stiller dels opp begrensninger til måten bestemmelsen anvendes på slik at analogi er utelukket og muligheten for utvidende tolkning svært begrenset.

---

<sup>136</sup> Aall (2018) s. 145

<sup>137</sup> Se for eksempel Rt. 1952 s. 989 A, (telefonsjikane) Rt. 1973 s. 433 A (passbåt) og Rt. 1995 s. 1734 A (elvebåt)

<sup>138</sup> Se for eksempel Rt. 2012 s. 313 A avs. 29, HR-2014-497-A (Høsehauk) avs. 15, HR-2016-1458-A (Haxi) avs. 8 og Jacobsen (2019) s. 528

<sup>139</sup> HR-2016-2521-A avs. 44

<sup>140</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 372

<sup>141</sup> Boe (2018) s. 39

### 3.4.6 Kravet om at frihetsberøvelse ikke er vilkårlig

Selv om frihetsberøvelse er i tråd med nasjonal lovgivning, vil den kunne medføre brudd på EMK art. 5 hvis den er vilkårlig.<sup>142</sup>

Hva som skal til for at det foreligger vilkårlighet er utviklet gjennom praksis fra EMD, og «*the key principles*» kommer til uttrykk i for eksempel *Saadi v. Storbritannia*.<sup>143</sup> Her fremgår det også at innholdet i begrepet «*arbitrariness*» vil kunne variere avhengig av hva slags type frihetsberøvelse det er tale om.<sup>144</sup>

Følgende fire vilkår stilles opp i avgjørelsen.<sup>145</sup> For det første må en eventuell frihetsberøvelse utøves i god tro fra myndighetene. For det andre må det være nær sammenheng mellom formålet med frihetsberøvelsen og de alternativene som følger av bokstav a-f. For det tredje må det være en sammenheng mellom frihetsberøvelsens formål og dens art eller gjennomføring. For det fjerde må inngrepet være nødvendig og forholdsmessig for å oppnå formålet.

EMDs tilnærming til alternativene a og f skiller seg litt fra vurderingen til de resterende alternativene.<sup>146</sup> Valget av frihetsberøvelse som tiltak og lengden på frihetsberøvelsen, vil for disse tilfellene i større grad være en sak for nasjonale myndigheter enn for EMD.

En detaljert gjennomgang av alle kravene vil falle utenfor oppgaven. Helt sentralt er imidlertid krav til inngrepets formål og om nødvendighet og forholdsmessighet.

Det er altså et krav om at konvensjonsmessig frihetsberøvelse må ha et av de oppramsede alternativene i bokstav a-f som formål. EMK art. 5 skiller seg her fra andre bestemmelser i EMK ved at den angir de alternative kategoriene av konvensjonsmessig frihetsberøvelse langt mer spesifikt og kategoribasert enn andre bestemmelser.<sup>147</sup> Oppramsingen er uttømmende og utgjør dermed konvensjonsfestede unntak fra retten til frihet. EMD har slått fast, med henvisning til konvensjonens overordnede formål, at de skal tolkes strengt.<sup>148</sup> Det er i tillegg

---

<sup>142</sup> Rainey, Bernadette, Wicks Elizabeth og Ovey, Clare, “*Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights*” 8th Edition, Oxford 2018 s. 244

<sup>143</sup> Saadi v. Storbritannia [GC] avs. 69–74

<sup>144</sup> Saadi v. Storbritannia [GC] avs. 68

<sup>145</sup> Saadi v. Storbritannia [GC] avs. 69–70

<sup>146</sup> Rainey mfl. (2018) s. 244

<sup>147</sup> Se f.eks. EMK art. 8 annet ledd der formålet kan være «the prevention of disorder or crime»

<sup>148</sup> Winterwerp v. Nederland [C] avs. 37

grunn til å tro at et så sterkt inngrep som frihetsberøvelse medfører at dette utgangspunktet står sterkt.<sup>149</sup>

Det formålet som er aktuelt i forbindelse med ikke-etableringer følger av EMK art. 5 første ledd bokstav e. Her fremgår det at «*lawful detention of persons for the prevention of (...) unsound mind*» er en av kategoriene av inngrep i frihetsberøvelse som er akseptert. Formålet i seg selv setter følgelig ikke grenser for muligheten til å foreta frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

For å unngå vilkårlighet må eventuelle inngrep i retten til frihet være forholdsmessig. Et krav om forholdsmessighet følger som nevnt også av Grl. § 94. Dette kravet består av en vurdering av om inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig. For å unngå misforståelser omtales gjerne sistnevnte som et krav om konkret forholdsmessighet.

Om inngrepet er egnet må vurderes konkret for det enkelte tilfellet og nødvendighetskravet er i EMK art. 5 allerede sikret gjennom angivelsen av de formål som kan legitimere frihetsberøvelse etter bestemmelsen.<sup>150</sup>

Om inngrepet er forholdsmessig vil være en avveining mellom samfunnets interesser og hensynet til individet.<sup>151</sup>

Garantiene mot vilkårlige eller uforholdsmessige inngrep i rettigheter etter EMK kan også styrkes gjennom prosessuelle garantier.<sup>152</sup> Dette systemet er adoptert av Grl. § 94 annet og tredje ledd. Det følger av EMDs praksis at EMK art. 5 fjerde ledd vil være krenket både i de tilfellene der det ikke foreligger domstolsadgang i det hele tatt, og i de tilfeller der den foreligger, men verken er effektiv eller reell.<sup>153</sup>

Det oppstilles ikke eksplisitte krav til klageorganet, men det følger av sikker av praksis at det stilles grunnleggende krav til uavhengighet og upartiskhet.<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> Aall (2018) s. 369

<sup>150</sup> Aall (2018) s. 370

<sup>151</sup> Saadi v. Storbritannia [GC] avs. 70

<sup>152</sup> Aall (2018) s. 371

<sup>153</sup> Se hhv. Varbanov [C] avs. 60 og Conka [C] avs. 53–55 og Soumare [C] avs. 42

<sup>154</sup> Aall (2018) s. 413

EMK art. 5 annet og tredje ledd stiller opp krav om rettssikkerhetsgarantier til straffeprosessuell frihetsberøvelse. For annen frihetsberøvelse følger kravene om rettssikkerhetsgarantier av fjerde ledd, som lyder som følger:

*«Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful».*

Bestemmelsen stiller dermed opp krav om rettssikkerhetsgarantier ved inngrep. Formålet med dette er å begrense vilkårlig bruk av makt fra myndighetene, noe som kan oppstå når loven åpner for skjønnsmessige vurderinger. Rettssikkerhetsgarantiene kommer dermed inn som en ekstra beskyttelse for den enkelte.

Dette kan illustreres med dommen *H.L. v. United Kingdom* som gjaldt tilbakehold av en pasient som hadde autisme, og dermed manglet samtykkekompetanse og mulighet til å motsette seg behandling. Her kom EMD til at det forelå frihetsberøvelse etter art. 5 fordi reglene som omhandlet innleggelse og tilbakehold av pasienter uten samtykkekompetanse hadde store mangler og manglet viktige rettssikkerhetsgarantier.<sup>155</sup> Dette ble ansett som et brudd på lovkravet i art. 5, siden slike mangler kan føre til økt grad av vilkårlighet.

Rettssikkerhetsgarantier vil kunne kompensere for skjønnsmessige bestemmelser slik av mulighet for vilkårlighet og myndighetsmisbruk ikke blir for stor. Når slike garantier mangler, vil ikke slike skjønnsmessige bestemmelser nødvendigvis kunne aksepteres. Om kravet er oppfylt, vil måtte undersøkes konkret for den aktuelle bestemmelsen.

### **3.5 Konklusjon: hjemmelskravet etter GrL § 94 og EMK art. 5**

For å unngå brudd på Grunnloven og menneskerettsbrudd på EMK må en hjemmel for frihetsberøvelse oppfylle de samlede kravene som kan utledes fra disse bestemmelsene. Kravene skal som nevnt sikre tilgjengelighet og forutberegnelighet, og hindre vilkårlighet.

Når det skal undersøkes om en lovbestemmelse kan hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer må det først vurderes om lovkravet etter EMK og Grunnloven er oppfylt. Dette gjøres ved å undersøke om den aktuelle bestemmelsen tilfredsstillende oppfyller kravene til tilgjengelighet

---

<sup>155</sup> H.L. v. United Kingdom [C] avs. 120

og forutberegnelighet. Basert på den tidligere drøftelsen vil tilgjengelighetskravet være oppfylt for alle norske lovbestemmelser. Videre stiller Grunnloven i denne forbindelse opp et krav om formell lov. Det sentrale vurderingstema for om lovkravet er oppfylt, vil derfor være hvorvidt lovbestemmelsen oppfyller forutberegnelighetskravet. I dette ligger kravet om at utformingen av lovbestemmelsen er tilstrekkelig presis, og at den som anvender loven holder seg innenfor de begrensningene som følger vedrørende utvidende og analogisk tolkning.

### **3.6 Konklusjon: samme hjemmelskrav etter de forskjellige bestemmelsene?**

Det er ikke nødvendigvis samme krav til hjemmel etter Grl. § 94 sammenholdt med EMK art. 5 og Grl. § 113.

Grl. § 113 stiller ikke opp noen andre krav for å kunne gjøre inngrep enn at det foreligger grunnlag i lov. Det stilles følgelig ikke opp noen begrensninger for myndighetenes inngrep. Både Grl. § 94 og EMK art. 5 stiller opp krav om at inngrep skal være nødvendig og forholdsmessig. Det kan derfor være grunn til å tro at Grl. § 113 kan gi et svakere vern, slik at Grl. § 113 ikke vil ha selvstendig betydning for hva slags hjemmelskrav som stilles ved frihetsberøvelse. I så fall vil den heller få en subsidiær funksjon, og fungere som en slags sikkerhetsventil for inngrep.<sup>156</sup>

Prinsippet om det beste vern tilsier da at hjemmelskravene etter Grl. § 94 og EMK art 5 må være oppfylt for at det skal være tilstrekkelig hjemmel i lov for frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer.

---

<sup>156</sup> Storvik (2017) s. 176

## 4 Hjemmelen for frihetsberøvelse ved ikke-etablering

### 4.1 Innledning

Innledningsvis i oppgaven ble det redegjort for at det ikke er helt opplagt hva som er ment å være rettsgrunnlaget for frihetsberøvelsen som finner sted i forbindelse med en ikke-etablering. Det er derfor nødvendig å undersøke forskjellige potensielle hjemler for å se om noen av disse kan tilfredsstille de krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i psykisk helsevernloven, da frihetsberøvelse ved ikke-etableringer foregår innenfor nettopp dette rettsområdet. Det vil da være aktuelt å se nærmere på bestemmelsene som omhandler prosessen for etablering av tvungent psykisk helsevern og tvungen observasjon. Dersom det ikke finnes bestemmelser som kan oppfylle kravene til hjemmel i psykisk helsevernloven vil det være relevant å undersøke andre type bestemmelser i helseretten som mulig hjemmelsgrunnlag. Her vil pasient- og brukerrettighetsloven<sup>157</sup> og helsepersonelloven<sup>158</sup> § 7 om øyeblikkelig hjelp være interessant å undersøke nærmere. Det kan også diskuteres om nødrett etter strl. § 17 kan fungere som hjemmel og endelig kan det stilles spørsmål om det kan være mulig og tilstrekkelig med et kumulert hjemmelsgrunnlag.

### 4.2 Psykisk helsevernloven som mulig hjemmelsgrunnlag

#### 4.2.1 Kan phvl. § 3-1 hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer?

Phvl. § 3-1 gir som tidligere nevnt hjemmel for tvungen legeundersøkelse i forbindelse med etablering av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Av phvl. § 3-1 første ledd følger det at tvungent psykisk helsevern ikke kan etableres *«uten at en lege personlig har undersøkt vedkommende for å bringe på det rene om lovens vilkår for slikt vern er oppfylt»*.

Annet ledd slår fast at *«dersom det er behov for en legeundersøkelse som nevnt i første ledd, men vedkommende unndrar seg slik undersøkelse»* vil kommunelegen, etter eget tiltak eller begjæring fra annen offentlig myndighet eller vedkommende nærmeste pårørende, vedta at det skal foretas slik legeundersøkelse. I annet ledd siste punktum slås det fast at *«[o]m nødvendig kan vedkommende avhentes og undersøkes med tvang»*.

---

<sup>157</sup> Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.)

<sup>158</sup> Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)

Etter sin ordlyd gir bestemmelsen adgang til å benytte tvang for å avhente pasienten til legeundersøkelsen og til selve gjennomføringen. Ut fra en naturlig språklig forståelse må dette også omfatte tilbakeholdelse av pasienten under undersøkelsen, noe som etter en nærmere vurdering kan utgjøre frihetsberøvelse etter Grl. 94 og EMK art. 5. Det er imidlertid vanskelig å lese ut av ordlyden at det kan anvendes tvang, herunder frihetsberøvelse, mot pasienten *etter* at undersøkelsen er gjennomført.

Siden det er tale om formell norsk lov, vil tilgjengelighetskravet under lovkravet være oppfylt. Spørsmålet blir om bestemmelsen er tilstrekkelig presis og om den vurderes innenfor de begrensningene som stilles opp vedrørende utvidende tolkning.

Phvl. § 3-1 beskriver i utgangspunktet reglene rundt legeundersøkelsen presist. Det presiseres eksempelvis at tvang kan brukes både for å avhente pasienten, og gjennomføre undersøkelsen. Problemet er at den ikke sier noe om bruk av tvang eller frihetsberøvelse etter at undersøkelsen er gjort. Det er heller ingen andre kilder som sier noe om at bestemmelsen er ment å omfatte dette.

Siden det også er svært begrenset mulighet til å tolke ordlyden utvidende vil det vanskelig kunne argumenteres for at phvl. § 3-1 kan fungere som rettsgrunnlag for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

#### **4.2.2 Kan phvl. §§ 3-2 og 3-3 hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer?**

Phvl. §§ 3-2 og 3-3 stiller opp vilkårene for vurderingen som skal gjøres for etablering av henholdsvis tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern. Bestemmelsene er utformet svært detaljert og er ganske omfattende. Det er derfor hensiktsmessig å kun omtale det som er av relevans for oppgaven, fremfor å gjengi bestemmelsene i sin helhet.

Først kan det slås fast at det fortsatt er tale om norsk formell lov, slik at tilgjengelighetskravet er oppfylt. Også her er spørsmålet om bestemmelsene er tilstrekkelig presise dersom de undersøkes uten at ordlyden i for stor grad tolkes utvidende.

Vilkårene som følger av bestemmelsene skal vurderes på bakgrunn av opplysninger fra legeundersøkelsen etter phvl. § 3-1 og er nærmest identiske. Det er imidlertid et ekstra vilkår ved vurderingen av tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3. Hvis det har funnet sted tvungen observasjon i forkant av avgjørelsen skal også denne tas med i vurderingen.

Bestemmelsene stiller følgelig kun opp vilkårene for etablering av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Bestemmelsene kan kanskje hjemle frihetsberøvelse for de tilfellene der det *blir* etablert tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern. Det er imidlertid klart at de ikke kan hjemle frihetsberøvelse for de tilfeller der det *ikke* kan etableres slike vern.

Prosessen rundt beslutningen beskrives noe nærmere i phvl. § 3-3 a, og bestemmelsene bør derfor til en viss grad sees i sammenheng med denne.

#### **4.2.3 Kan phvl. § 3-3 a hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer?**

I phvl. § 3-3 a annet ledd kommer det frem at vedtaket om tvungen observasjon, tvungent psykisk helsevern eller ikke-etablering skal treffes «*snarest og senest innen 24 timer etter at pasienten er kommet til institusjonen*». Altså forutsettes det i bestemmelsens ordlyd at pasienten tilbringer inntil 24 timer på institusjonen før vedkommende eventuelt forlater den som følge av at faglig ansvarlig har fattet vedtak om ikke-etablering.

Bestemmelsen gir en beskrivelse av hvordan vedtak om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern skal treffes, men sier ikke noe hva som skjer hvis det ikke kan treffes vedtak om slikt vern. Den gir heller ikke noen presis beskrivelse av at pasienten kan holdes tilbake i institusjonen mot sin vilje. Ved angivelsen av fristen på når vedtak skal treffes, «*snarest og senest innen 24 timer etter at pasienten har ankommet institusjonen*», forutsettes det imidlertid at pasienten har vært i institusjonen i dette angitte tidsrommet.

Spørsmålet er dermed om dette er tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene til hjemmel i lov som må stilles til frihetsberøvelse. Siden det fortsatt er tale om formell norsk lov, vil tilgjengelighetskravet være oppfylt også her. Det som må vurderes er dermed om kravene til presisjon og anvendelse er oppfylt i tilstrekkelig grad.

Utgangspunktet er som tidligere nevnt bestemmelsens ordlyd. Så skal andre kilder tas i betraktning ved fastleggelse av innholdet i bestemmelsen. Tolkningen må imidlertid ikke være for langt fra den naturlige forståelsen av ordlyden, jf. punkt. 3.4.5.2 og 3.4.5.3.

Ut fra en utvidende tolkning av ordlyden vil det kanskje kunne argumenteres for at dette kan anvendes som grunnlag for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer, siden dette på sett og vis implisitt er beskrevet i bestemmelsen. Det problematiske med en slik tolkning er som nevnt at det skal utvises stor forsiktighet ved bruk av utvidende tolkning for så inngripende tiltak som



frihetsberøvelse. Dette taler mot å tolke phvl. § 3-3 a dithen at den kan hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Det må videre undersøkes om andre rettskilder kan gi holdepunkter for at bestemmelsen likevel må omfatte frihetsberøvelse på inntil 24 timer ved ikke-etablering.

Psykisk helsevernforskriften<sup>159</sup> § 10 stiller opp nærmere vilkår om tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern og underretning. Det stilles i første ledd opp krav om at skriftlig uttalelse fra innleggende lege foreligger, og nærmere krav til denne. Det stilles også opp krav om underretning om vedtaket. Forskriften gir derimot ikke noen flere detaljer eller krav til tidsfristen på 24 timer for vedtaket som skal treffes, den bare gjentar at det skal gjøres *«snarest, og senest innen 24 timer etter at pasienten er kommet til institusjonen»*<sup>160</sup>.

Det følger av forarbeidene at annet ledd i phvl. § 3-3 a ble inntatt ved lovendring i 2017 for å videreføre § 10 annet ledd i psykisk helsevernforskriften.<sup>161</sup> Siden forskriftsbestemmelsen stiller opp viktige krav av særlig betydning for pasienter og pårørende er den flyttet til loven på grunn av informasjonshensyn.

Ettersom det pvhl. § 3-3 a er en relativt ny lovbestemmelse finnes det ikke litteratur som behandler den. Heller ikke rundskriv eller juridisk teori gir ytterligere bidrag til hvordan phvl. § 3-3 a skal forstås.

Det er også svært begrenset med rettspraksis som behandler denne bestemmelsen. Den har ikke vært behandlet av Høyesterett, og er nevnt i kun tre avgjørelser i lagmannsretten.<sup>162</sup> Alle sakene gjelder overprøving av vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 i saker der det faktisk er etablert tvungent psykisk helsevern. De gir derfor ikke noe bidrag til hvordan phvl. § 3-3 a er ment å forstå, og i hvert fall ikke for de tilfeller der det *ikke* etableres tvungent psykisk helsevern.

Psykisk helsevernforskriften § 10 er ikke behandlet i kildene i det hele tatt.

---

<sup>159</sup> Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften)

<sup>160</sup> Jf. psykisk helsevernforskriften § 10

<sup>161</sup> Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 49

<sup>162</sup> LG-2019-23757, LG-2019-136343 og LA-2020-47335

Phvl. § 3-3 a er nevnt i en uttalelse fra sivilombudsmannen: SOMB-2018-1950. Bakgrunnen for saken var en pasient som hadde en konsultasjon hos fastlegen sin. Vedkommende ble i forbindelse med konsultasjonen, mot sin vilje og med bistand fra politiet, brakt til sykehuset for tvungen observasjon etter psykisk helsevernloven. Han ble skrevet ut fra sykehuset dagen etter, fordi faglig ansvarlige ved institusjonen konkluderte med at han ikke hadde en alvorlig sinnslidelse. Vilklårene for tvungen observasjon etter phvl. § 3-2 var altså ikke oppfylt. Pasienten klaget deretter inn fastlegen og kommuneoverlegen til Fylkesmannen for at de urettmessig fikk utsatt vedkommende for tvang. Uttalelsen gjelder dermed Fylkesmannens behandling av klagen vedrørende fastlegen og kommuneoverlegen.

I uttalelsens pkt. 3.1 uttaler Ombudsmannen at:

*«i en sak som den foreliggende - hvor det har blitt utøvd tvang som det objektivt sett ikke var grunnlag for - må det normalt forventes at Fylkesmannen foretar de undersøkelser som er nødvendige for å bringe på det rene om vedkommende helsepersonell på kritikkverdig måte har bidratt til tvangsbruken.»*

Sivilombudsmannen legger dermed til grunn at vilklårene for tvungen observasjon ikke var oppfylt i saken. Sivilombudsmannen legger altså til grunn at for de tilfeller der det viser seg at vilklårene for tvungen observasjon *ikke* er oppfylt, så har det objektivt sett funnet sted tvang det ikke er grunnlag for. Gode grunner tilsier at dette må gjelde tilsvarende for tvungent psykisk helsevern ettersom disse bestemmelsene i svært stor grad er like. Sivilombudsmannen problematiserer imidlertid ikke uttalelsen nærmere, men går over til å redegjøre for hva som vil forventes av Fylkesmannen i etterkant av slike tilfeller.

Jeg mener at denne uttalelsen kan tas til inntekt for at Sivilombudsmannen har slått fast at for de tilfeller der det viser seg at vilklårene for etablering av tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern *ikke* er oppfylt, så har det objektivt sett funnet sted tvang det ikke er rettslig grunnlag for. I forlengelse av dette mener jeg at Sivilombudsmannen konstaterer at bestemmelsen om tvungen observasjon blir fattet på bakgrunn av, altså phvl. § 3-2 og § 3-3 a, ikke kan fungere som hjemmel for inngrepet dersom vedtaket i ettertid viser seg å ikke være gyldig. Dette må kunne ha overføringsverdi til frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Psykisk helsevernloven kapittel 3 kan derfor ikke fungere som lovgrunnlag for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer etter kravene som stilles opp i Grunnloven og EMK.

## 4.3 Andre potensielle hjemler

### 4.3.1 Innledning

Ettersom det ikke er hjemmel for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer etter psykisk helsevernloven vil det være naturlig å undersøke om det kan finnes hjemmel i andre lover. På grunn av oppgavens omfang må imidlertid en slik undersøkelse begrenses. Det mest nærliggende vil være å se hen til andre lover innenfor helseretten. Videre vil det også være interessant å undersøke om nødrett etter straffeloven kan fungere som en potensiell hjemmel.

Lovgivningen på helserettens område består av flere lover som virker i samspill med hverandre. Helselovgivningen består av en alminnelig del som gjelder generelt i helsetjenesten og retter seg mot virksomhetene eller aktørene i helsetjenestene.<sup>163</sup> Videre består den av særlovgivning som knytter seg til bestemte oppgaver. Særlovene er *lex specialis* og går dermed foran de alminnelige reglene ved motstrid. Psykisk helsevernloven er en slik særlov. Lovene søker å regulere ulike områder innenfor helseretten, så noen knytter seg til virksomhetene og aktørene i helsevesenet, mens andre knytter seg til bestemte oppgaver.

De lovene som er av størst relevans for oppgaven i tillegg til psykisk helsevernloven er pasient- og brukerrettighetsloven og helsepersonelloven. Alle disse lovene ble forberedt og vedtatt på samme tid. Hensikten med dette var å unngå konflikt eller motstrid i lovverk som vil kunne komme til anvendelse parallelt.

Utgangspunktet i alle disse lovene er at krav om samtykke er det alminnelige grunnlaget for å yte helsehjelp.<sup>164</sup> Det finnes imidlertid flere forskjellige unntak fra dette, og det er flere tilfeller innenfor helseretten der det finnes hjemmel for å anvende tvang. Det må undersøkes om noen av disse kan komme til anvendelse for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer også.

### 4.3.2 Pasient- og brukerrettighetsloven

Pasient- og brukerrettighetsloven omfatter de viktigste pasientrettighetene. Rettighetene korresponderer med pliktbestemmelsene i helsepersonelloven, helse- og

---

<sup>163</sup> Befring, Anne Kjersti, «Helserett og helsetjenesten» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2016 s. 40

<sup>164</sup> Syse, Aslak (2018) «Kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven» i *Rettsdata*, sist hovedrevidert 08.09.2018 note 119 [siteret: 15.02.21]

omsorgstjenesteloven<sup>165</sup> og spesialisthelsetjenesteloven<sup>166</sup>.<sup>167</sup> Også for denne loven gjelder de alminnelige prinsippene om at pasienten har stor grad av autonomi i forbindelse med helsehjelp.

Pasient- og brukerrettighetsloven har to forskjellige kapitler om helsehjelp. Kapittel 4 omfatter helsehjelp som kun kan gis med samtykke fra pasienten, mens kapittel 4 A inneholder bestemmelser om helsehjelp som kan gis med tvang.

Hovedregelen i loven er at helsehjelp gis med grunnlag i samtykke. Dette følger av pbrl. § 4-1. Siden loven likevel åpner for bruk av tvang vil det være relevant å se om dette kan utgjøre hjemmel for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Formålet med kapittel 4 A i pasient- og brukerrettighetsloven er at det skal kunne ytes nødvendig helsehjelp for å hindre vesentlig helseskade, i tillegg til å forebygge og begrense bruk av tvang, jf. § 4 A-1 første ledd.

Etter § 4 A-2 om kapitlets virkeområde kommer kapittel 4 A til anvendelse når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse, og motsetter seg helsehjelpen. Kapitlet hjemler dermed bruk av tvang for disse tilfellene. Dette kunne tilsynelatende hjemlet bruk av frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer. Det følger imidlertid av bestemmelsens annet ledd at «*undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke*» likevel «*bare kan skje*» med hjemmel i psykisk helsevernloven. Psykisk helsevernloven vil følgelig gå foran som *lex specialis* slik at pbrl. § 4 A-2 ikke kan gi adgang til tvungen undersøkelse eller behandling av psykiske lidelser.<sup>168</sup>

Også kapittel 4 har en tilsvarende regel om at psykisk helsevernloven er *lex specialis* i pbrl. § 4-3 femte ledd. Kapittel 4 inneholder lovens bestemmelser om helsehjelp som kun kan gis ved samtykke fra pasienten. Oppgaven har tidligere blitt avgrenset mot samtykke. Her vil det likevel være relevant å si noe om kapittel 4 fordi begrunnelsen bak pbrl. § 4-3 femte ledd gjør seg gjeldende også for pbrl. § 4 A-2.

---

<sup>165</sup> Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven – hol.)

<sup>166</sup> Lov 02. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven – sphl.)

<sup>167</sup> Befring (2016) s. 46

<sup>168</sup> Syse (2018) note 171

Pbrl. § 4-3 femte ledd slår imidlertid fast at reglene om samtykke på vegne av myndige personer i kapittel 4, ikke kan benyttes som grunnlag for «*[u]ndersøkelse og behandling av psykisk lidelse hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd, og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg helsehjelpen*». For slike tilfeller kan behandling og undersøkelse bare skje «*med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3*». Altså vil psykisk helsevernloven gå foran, også der helsehjelp skal gis på bakgrunn av samtykke. Dette bekreftes også av forarbeidene.<sup>169</sup> Det vil følgelig ikke være mulig å hjemle undersøkelse eller behandling av psykiske lidelser i pbrl. kapittel 4.<sup>170</sup>

Dette underbygges også av forarbeidene til phvl. §§ 2-1 og 2-2.<sup>171</sup> Her fremgår det at disse bestemmelsene gjør et omfattende unntak fra pbrl. §§ 4-5 til 4-8 om representert samtykke. Bakgrunnen for dette er at all undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten samtykke fra pasienten skal følge reglene om tvang i psykisk helsevernloven.<sup>172</sup>

Ordningen med at psykisk helsevernloven er *lex specialis* og går foran pasient- og brukerrettighetsloven bygger på viktige hensyn om rettssikkerhet. Disse kommer til uttrykk i blant annet forarbeidene til lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.<sup>173</sup>

Det ble her foreslått et nytt tredje ledd i pbrl. § 4-1, som rettet seg mot pasienter uten samtykkekompetanse.<sup>174</sup> Etter en vurdering kom departementet frem til at det som utgangspunkt ikke bør være «*to innganger*» til undersøkelse og behandling i psykisk helsevern uten eget samtykke. Altså både gjennom reglene om representert samtykke i pasient- og brukerrettighetsloven og reglene om etablering av tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven.<sup>175</sup> En slik åpning for bruk av psykisk helsevern på grunnlag av representert samtykke vil innebære en risiko for at de strenge reglene om bruk av tvang psykisk helsevernloven blir omgått. Det kan også gjøre det vanskeligere å føre kontroll med bruken av tvang. Rettssikkerhetshensyn tilsa dermed at det bare bør være ett sett med regler

---

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse) s. 5

<sup>170</sup> Syse (2018) note 132

<sup>171</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.) s. 35/pkt. 6.3.3.1

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 35/pkt. 6.3.3.1

<sup>173</sup> Ot.prp.nr.65 (2005-2006)

<sup>174</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 35-36/pkt. 6.3.3.2

<sup>175</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 36/pkt. 6.3.3.4

som gjelder for inngripende tiltak uten samtykke fra pasienten. Dette tilsier at pasient og bruker-rettighetsloven ikke fungerer som hjemmel for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

### 4.3.3 Øyeblikkelig hjelp etter hpl. § 7

Hpl. § 7 om øyeblikkelig hjelp er en slags nødrettsbestemmelse. Helsepersonelloven inneholder regler om helsearbeidernes rettigheter og plikter. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven ble påpekt at utgangspunktet for all helsehjelp er vern om livet.<sup>176</sup> Videre ble det lagt frem forslag om at nødrettsprinsippet skulle lov hjemles i hpl. § 7. Gjeldende rett på dette tidspunktet var at nødrett var én av flere hjemler som kunne brukes som grunnlag for å yte helsehjelp overfor pasienter utover de tilfellene der det foreligger samtykke.<sup>177</sup> Hovedformålet for nødrettsregelen i hpl. § 7 var at helsepersonell skal kunne yte helsehjelp overfor pasienten straffritt, selv om pasienten ikke samtykker eller gir uttrykk for at han eller hun ikke ønsker helsehjelpen.<sup>178</sup>

Av hpl. § 7 følger det at helsepersonell har en plikt til å gi øyeblikkelig hjelp. Etter bestemmelsens første ledd første punktum skal helsepersonell «*straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig*». Dette gjelder, med unntak fra begrensningene som følger av pbrl. § 4-9, også i tilfeller der pasienten «*ikke er i stand til å samtykke*», eller pasienten «*motsetter seg helsehjelpen*», jf. hpl. § 7 første ledd annet punktum. Etter sin ordlyd kan bestemmelsen tilsynelatende utgjøre grunnlag for å gi helsehjelp med bruk av tvang.

Bestemmelsen har en sektorovergripende karakter og vil derfor fungere som et samlende utgangspunkt for regulering av inngrep i nødssituasjoner.<sup>179</sup> Enkelt forklart kan den anses som en slags nødrettsbestemmelse på helserettens område.

Det følger imidlertid av forarbeidene til helsepersonelloven at hpl. § 7 ikke kan danne grunnlag for tvangsinnleggelse i psykisk helsevern.<sup>180</sup> Her slås det klart fast at det ikke er aktuelt å bruke hpl. § 7 som grunnlag for tvangsinnleggelser. For slike tilfeller må kriteriene i psykisk helsevernloven legges til grunn.<sup>181</sup> Dette underbygges også av lex specialis-prinsippet

---

<sup>176</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 87

<sup>177</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 87 (samme sted, samme resonnement)

<sup>178</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 87 (samme sted, samme resonnement)

<sup>179</sup> NOU 2019:14 s. 563

<sup>180</sup> NOU 2019:14 s. 464 og s. 219

<sup>181</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven) s. 219/kap. 2 til § 7

som gir psykisk helsevernloven forrang. Videre tilsier også systembetraktninger en slik løsning. At lovene ble forberedt og vedtatt på samme tid er som nevnt nettopp for å sikre samsvar innad mellom lovene. Hensynene til rettssikkerhet og betraktningene rundt et tosporet system som ligger til grunn for pasient- og brukerrettighetsloven vil gjelde tilsvarende for helsepersonelloven. Hpl. § 7 bør av den grunn ikke kunne gi adgang til undersøkelse eller behandling i psykisk helsevern.

Endelig må det tas i betraktning at selv om det ved ikke-etableringer kan være en nødssituasjon for den enkelte pasienten, så vil det vanskelig kunne sies å være en nødssituasjon for de som jobber i helsevesenet og behandler slike pasienter hver dag. I 2018 forekom det som tidligere nevnt 4500 innleggelser i forbindelse med ikke-etableringer.

Hpl. § 7 kan derfor ikke hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

#### **4.3.4 Nødrett etter strl. § 17**

Nødrett etter strl. § 17 gir hjemmel for straffrihet ved handlinger som er begått i en nødssituasjon.<sup>182</sup> Nødrett er en grunnleggende og generell straffrihetsgrunn som gjelder for alle nødssituasjoner, og i motsetning til strl. § 18 om nødverge, uavhengig av hvordan faren har oppstått.

Utgangspunktet er som tidligere nevnt at frihetsberøvelse er ulovlig etter strl. § 254, og bruk av tvang ulovlig etter strl. § 251. Etter strl. § 17 vil likevel slike handlinger, dersom de blir foretatt for å *«redde liv, helse, eiendom eller annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte»*, være lovlige.

Bestemmelsens ordlyd åpner dermed opp for muligheten til å lovlig berøve noen frihet dersom det ikke skulle finnes annen hjemmel. Innenfor psykisk helsevern vil det kanskje være mest nærliggende å tenke at bruk av nødrett er aktuelt i forbindelse med å redde liv og helse.

Ordlyden utelukker imidlertid ikke de øvrige alternativene, så i utgangspunktet skulle det ikke være noe i veien for at frihetsberøvelse vil kunne anvendes som en nødrettshandling for å *«redde»* en av disse andre interessene. Basert på rimelighetsvurderingen som skal gjøres, vil det likevel være grunn til å tro at de øvrige interessene vanskelig vil kunne vinne frem. Et så

---

<sup>182</sup> Matningsdal, Magnus, «Norsk Lovkommentar: straffeloven», i *Rettsdata* § 17 pkt. 3 [sitert 21.02.18]

inngripende tiltak som frihetsberøvelse, vil i ytterst få tilfeller kunne anvendes for å redde materielle eller økonomiske interesser.

Virkingen av at vilkårene i strl. § 17 er oppfylt, er at en ellers straffbar handling blir lovlig og dermed ikke lenger straffbar. Dersom vilkårene er oppfylt vil det følgelig være lovlig å berøve en annen friheten. Det må i den forbindelse spørres om det at frihetsberøvelse gjennom strl. § 17 i visse tilfeller er lovlig, er ensbetydende med at strl. § 17 kan fungere som hjemmel for inngrep fra myndighetene overfor den enkelte?

Ut fra den formelle tilnærmingen vil det kunne argumenteres for dette siden det da skilles mellom rettslige og faktiske handlinger. Som redegjort for i punkt 2.2.1, vil det etter Eckhoff og Smith sin tilnærming være nødvendig med tillatelse i form av lovhjemmel for å gjennomføre en faktisk handling som ellers er ulovlig. Gjennom nødrettsbestemmelsen vil frihetsberøvelse kunne være en lovlig handling, og dermed vil det i utgangspunktet ikke være nødvendig med hjemmel i lov. Ut fra Boes tilnærming vil imidlertid frihetsberøvelse kreve hjemmel i lov da han har slått fast at forvaltningen må ha lovhjemmel ved inngripende faktiske handlinger.<sup>183</sup> Det er klart at frihetsberøvelse vil være en inngripende faktisk handling.

Nå er det imidlertid den tradisjonelle tilnærmingen som legges til grunn for oppgaven, og her skilles det som nevnt ikke mellom faktiske og rettslige handlinger. Videre ble det også lagt til grunn i Rt. 2010 s. 612 A at *«utgangspunktet i norsk rett er at det gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp»*.<sup>184</sup> Alle inngrep overfor den enkelte krever etter denne tilnærmingen hjemmel i lov.

Hovedformålet med kravet om hjemmel i lov, både etter legalitetsprinsippet i Grl. § 113 og Grl. § 94 sammenholdt med EMK art. 5, er å sikre forutberegnelighet og demokratisk forankring. Begge disse interessene svekkes ved bruk av strl. § 17. Særlig forutberegnelighet, ettersom handlinger som ellers er straffbare, og som den enkelte dermed har en forventning om at overholdes, likevel blir lovlige.

---

<sup>183</sup> Boe (2018) s. 45–46

<sup>184</sup> Rt. 2010 s. 612A avs. 27



Det er klart at det finnes en slik unntaksbestemmelse fordi det i visse tilfeller vil oppstå helt spesielle situasjoner som nødvendiggjør unntak. Det betyr imidlertid ikke at det er ment å brukes som en generell regel som gir adgang til å utøve handlinger som ellers ikke er tillatt. En systematisk bruk av nødrett til å utøve handlinger som det ellers ikke finnes hjemmel for vil egentlig undergrave hele nødrettsinstituttet. Dette underbygges også av bruken av ordet «nød» i strl. § 17, som etter en naturlig språklig forståelse tilsier at situasjonen må være kritisk og alvorlig.

Selv om det vil være en nødssituasjon fra pasientens side, er ikke dette ensbetydende med at det er foreligger en situasjon der nødrett kan anvendes. Tatt i betraktning at det er et stort antall ikke-etableringer hvert år, vil det være utenkelig at alle disse tilfellene kan gjennomføres med grunnlag i nødrett. Selv om situasjonen rundt en ikke-etablering kan være alvorlig forekommer det i stort omfang. Den bærer også mer preg av å være en rutine eller systematisk handlemåte enn en nødssituasjon. Strl. § 17 kan følgelig ikke hjemle frihetsberøvelse ved ikke-etableringer, selv om det kanskje i særlige tilfeller kan gjøre det lovlig.

Nødrett kan ikke hjemle frihetsberøvelse i forbindelse med ikke-etableringer.

#### **4.4 Et kumulert hjemmelsgrunnlag**

Høyesterett har i én dom akseptert at det har vært tilstrekkelig med et kumulert hjemmelsgrunnlag, slik at det kunne gjennomføres tvang uten at det forelå hjemmel i lov.

I Rt. 2010 s. 612 A (sårstell) slo flertallet fast at tvungen helsehjelp også kan hjemles i andre rettsgrunnlag enn eksplisitte lovbestemmelser. Flertallet fant at flere ulike rettslige tilnærminger, som hver for seg ikke kunne fungere som hjemmel, samlet likevel kunne utgjøre grunnlag for tvang. Det var særlig vilkårlæren, nødrettsvurderinger etter helsepersonelloven, hensynet til forsvarlig helsehjelp og arbeidsmiljøet for de ansatte ved sykehjemmet som var sentralt for rettens argumentasjon. Det må derfor vurderes hva slags prejudikatsvirkning Rt. 2010 s. 612 A har fått, slik at det kan undersøkes om det kan være tilstrekkelig med et kumulert rettsgrunnlag for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Avgjørelsen er sterkt kritisert i teorien, til tross for relativt bred enighet om at saken fikk et riktig resultat.<sup>185</sup>

Wang Andersen og Wallevik hevdet at dommen medfører at helseinstitusjonen selv, ved å stille vilkår for innleggelse og utøvelse av helsetjenester, kan «*gi seg selv hjemmel til å utøve tvang mot pasienter som har rettskrav på innleggelsen og/eller helsehjelpen*».<sup>186</sup> Dette mener forfatterne ikke bare vil være i strid med legalitetsprinsippet i norsk rett, men også EMK art. 8. Andersen og Wallevik slutter seg til mindretallets votum, og argumenterer for at det vil være å foretrekke at de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende bør ivaretas gjennom regulering i lov eller forskrift.

Syse mener på sin side at faktum i dommen er svært spesielt, slikt at enkeltsaker av denne typen er svært sjeldne. Han argumenterer derfor for at det kan være uklokt å «*lage regler som tar utgangspunkt i at folk unntaksvis opptrer som A, og derfor innfører nye tvangshjemler for å løse tilsvarende fastlåste og umulige situasjoner*», selv om flere juridiske forfattere og mindretallet ønsker lovgivning også for disse få tilfellene. Ifølge Syse vil kasuistisk lovgivning på helsefeltet lett kunne «*skape flere problemer enn det løser*», og da særlig når den bare rent unntaksvis skal anvendes.<sup>187</sup> Siden det bare vil være så unike situasjoner som beskrevet i dommen som kan åpne for at det stilles slike vilkår til sykehjemsoppholdet, vil ikke dommen være «*et første steg på en etisk og rettslig problematisk «slippery slope»*».<sup>188</sup> Slik jeg forstår Syse mener han at det ikke vil være nødvendig, og heller ikke praktisk hensiktsmessig å skulle regulere alle typer spesielle tilfeller gjennom lov. Det vil være bedre å akseptere at det unntaksvis åpnes for å kumulere ulike rettsgrunnlag for å sikre sykehjemmets rett til å gjennomføre minimale og helt nødvendige tiltak.

Det må knyttes noen bemerkninger til prejudikatsvirkningen av Rt. 2010 s. 612 A. Det er for det første en dom med dissens 3:2, den er avsagt i avdeling, og den har som nevnt blitt sterkt kritisert i teorien. I tillegg baserer flertallet seg som nevnt på flere ulike rettsgrunnlag sett i sammenheng, og det er litt uklart hva det ble tatt utgangspunkt i ved kumuleringen av

---

<sup>185</sup> Se f.eks. Kjellvoll, Alice og Heneriette Sinding Aasen, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011/1–2, Årgang 8, s. 50–68,

<sup>186</sup> Andersen, Njål Wang og Karl O. Wallevik, ««Huleboerdommen» (Rt. 2010 s. 612) riktig diagnose, feil medisin?» *Lov og Rett*, 2011/5, Årgang 50, s. 283–2 pkt. 4 [sitert 25.04.2021]

<sup>187</sup> Syse, Aslak, ««Huleboerdommen» (Rt. 2010 s. 612) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar», *Lov og Rett*, 2011/10, Årgang 50, s. 628–637 pkt. 5.4 [sitert 25.04.21]

<sup>188</sup> Syse (2011) pkt. 6 [sitert 25.04.21]

rettsgrunnlag. Dette viser seg ved at det i teorien er forskjellige oppfatninger av hvordan Høyesterett kom frem til resultatet. Noen mener det var vilkårlæren som ble mest sentral, andre mener det ble tatt utgangspunkt i hensyn til arbeidsmiljø for de ansatte, mens andre igjen mener det var nødrettslige betraktninger.<sup>189</sup> Det formuleres følgelig ikke noen klar rettssetning.

Østenstad mener flertallet tok utgangspunkt i vilkårlæren, og argumenterer for at flertallets resonnement ble «*utvikla på ein måte som i mange relasjonar er problematisk*».<sup>190</sup> Ifølge ham svekker dette domspremissenes prejudikatsvirkninger på et prinsippnivå vesentlig. Videre maner han at dommen, «*som eit resultat av all sin uklarleik*», ikke tilfører noe vesentlig til diskusjonen om legalitetsprinsippet styrke i helseretten.<sup>191</sup> Som Syse mener han dermed at avgjørelsen i utgangspunktet kun skaper presedens for det konkrete saksforholdet.

Det er etter dette klart at Rt. 2010 s. 612 A må ha begrenset prejudikatsverdi. Saksforholdet er svært forskjellig fra situasjonen med frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Selv Syse, som ikke mener at avgjørelsen er problematisk i relasjon til legalitetsprinsippet, mener at dette kun gjelder så langt det er tale om svært spesielle eller unike tilfeller. Når frihetsberøvelse ved ikke-etableringer finner sted i stort omfang, vil ikke et kumulert hjemmelsgrunnlag kunne være tilstrekkelig.

Kumulasjonsgrunnlag vil nok uansett ikke tilfredsstilt kvalitetskravene som stilles til loven ved frihetsberøvelse etter EMK art. 5.

---

<sup>189</sup> Se hhv. Østenstad, Bjørn Henning, ««Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?»», *Lov og Rett*, 2014/8, Årgang 53, s. 484–501, Kjellevold og Aasen (2011) og Andersen og Wallevik (2011)

<sup>190</sup> Østenstad (2014) pkt. 6 [sitert 25.04.2021]

<sup>191</sup> Østenstad (2014) pkt. 6 [sitert 25.04.2021]

## 5 Avslutning

Problemstillingen for oppgaven har vært hva som er det rettslige grunnlaget for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. For å fastslå dette har det først vært nødvendig å undersøke hva slags krav som må stilles til en hjemmel for frihetsberøvelse. Det viser seg at det stilles krav om at det finnes hjemmel i *lov*. Videre stilles det en del *kvalitetskrav* til lovbestemmelsen. Det har gjennom oppgaven blitt undersøkt og avdekket at det ikke finnes noen åpenbar hjemmel for frihetsberøvelsen som finner sted i forbindelse med ikke-etableringer.

Jeg tror ikke mangelen på en hjemmel som regulerer frihetsberøvelse ved ikke-etableringer nødvendigvis kan tolkes som et bevisst valg fra lovgiver om at det ikke skal være adgang til frihetsberøvelse ved ikke-etableringer. Lovverket, både psykisk helsevernloven og de andre lovene innenfor helseretten, har som klart uttalt formål å redusere bruk av tvang og å styrke pasientens rettssikkerhet. Et aktivt valg om å ikke regulere frihetsberøvelse ved ikke-etableringer harmonerer dårlig med dette. Frihetsberøvelse ved ikke-etableringer er en problemstilling som er vanskelig tilgjengelig siden det er en detaljert og omfattende prosess som leder frem mot etablering eller ikke-etablering av tvungen observasjon og tvungen psykisk helsevern. Av den grunn er det kanskje mer sannsynlig at denne frihetsberøvelsen har blitt oversett eller antatt dekket ved at den er forutsatt i phvl. § 3-3 a.

Det er heller ikke enkelt å utlede et rettsgrunnlag fra pasient- og brukerrettighetsloven.

Etter en nærmere vurdering vil det heller ikke være hensiktsmessig å bøte på en manglende regulering av et rutinemessig inngrep ved å anvende nødrett, verken i form av øyeblikkelig hjelp etter helsepersonelloven eller nødrett etter straffeloven. Selv om en formell tilnærming til legalitetsprinsippet i utgangspunktet kan få betydning for om det kreves hjemmel eller ikke, vil en slik løsning være problematisk på grunn av omfanget og systemet rundt frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Da gjenstår kun et kumulert rettsgrunnlag som potensiell hjemmel for frihetsberøvelsen. Basert på redegjørelsen i kapittel 4.4 vil det være uheldig om et tiltak som innebærer et alvorlig inngrep overfor den enkelte, og som anvendes i så stor utstrekning, skal kunne hjemles i et kumulert rettsgrunnlag. Rt. 2010 s. 612 A var et svært spesielt tilfelle og kan ikke tas til inntekt for at det finnes en generell adgang til å kumulere rettsgrunnlag for å sikre seg hjemmel til å utføre inngrep.

Jeg kan etter dette ikke se at det finnes et rettslig grunnlag i lovs form som tilfredsstillende kravene til hjemmel i lov etter Grunnloven og EMK for frihetsberøvelse ved ikke-etableringer.

Kravene til hjemmel i lov skal sikre forutberegnelighet og rettssikkerhet ved å hindre vilkårlige inngrep overfor den enkelte. For å ivareta disse hensynene og oppfylle Grunnloven og EMKs krav til hjemmel i lov bør det derfor enten utformes en hjemmel som omfatter frihetsberøvelse ved ikke-etableringer, eller gjøres en endring i en av bestemmelsene i psykisk helsevernloven slik at frihetsberøvelse ved ikke-etableringer blir omfattet.

## 6 Kildeliste

### 6.1 Norske lover, forskrifter og rundskriv

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnloven 17. mai 1814
Lov om norsk Lovtidend	Lov 19. juni 1969 nr. 53 om Norsk Lovtidend m.v.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Spesialisthelsetjenesteloven	Lov 02. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.
Psykisk helsevernloven	Lov 02. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter
Helsepersonelloven	Lov 02. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Helse- og omsorgstjenesteloven	Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester

#### **Forskrifter**

Psykisk helsevernforskriften	Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m.
------------------------------	---

#### **Rundskriv**

IS-2012-5	Rundskriv IS-2012-5 (RPOD-2012-7)
-----------	-----------------------------------

## 6.2 Konvensjoner

EMK	Den Europeiske menneskerettskonvensjon: Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950 (I kraft 3. September 1953)
EMK 4. Tilleggsprotokoll	Protocol no. 4 on the Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg, 16. september 1963 (I kraft 2. Mai 1968)

## 6.3 Forarbeider

Dok. 16 (2011-2012)	Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011
NOU 2002:4	NOU 2002:4 Ny straffelov Straffekommisjonens delutredning VII
NOU 2004:6	NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed
NOU 2019:14	NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten
Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)	Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
Ot.prp. nr. 13 (1998-1999)	Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)
Ot.prp. nr. 64 (2005-2006)	Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)

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

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

#### **6.4 Norske avgjørelser**

Rt. 1952 s. 989 A (telefonsjikane)

Rt. 1953 s. 1386 A

Rt. 1973 s. 433 A (passbåt)

Rt. 1995 s. 530 A (fjordlaks)

Rt. 1995 s. 1734 A (elvebåt)

Rt. 1997 s. 1341 A (hønehauk I)

Rt. 2010 s. 143 P (rederiskatt)

Rt. 2012 s. 313 A

Rt. 2010 s. 612 A (sårstell)

Rt. 2010 s. 1445 P (krigsforbryter)

Rt. 2014 s. 238 A

Rt. 2014 s. 1281 A

Rt. 2015 s. 93 A (Maria)

HR-2011-2325-A

HR-2014-497-A (Hønehauk II)

HR-2016-1458-A (Haxi)

HR-2016-2521-A



HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2018-1907-A

HR-2021-640-A

LA-2020-47335

LG-2019-136343

LG-2019-23757

SOMB-2018-1950

## **6.5 Avgjørelser fra EMD**

Austin mfl. v. Storbritannia, no. 39692/09, 40713/09 og 41008/09, dom av 15.03.2012 [GC]

Amuur v. Frankrike, no. 19776/921, dom av 25.06.1996 [C]

Conka v. Belgia, no. 51564/99, dom av 05.02.2002 [C]

D.D. v. Litauen, no. 13469/06, dom av 14.02.2012 [C]

Engel mfl. v. Nederland no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/73 dom av 08.06.1976 [P]

Guzzardi v. Italia no. 7367/76 dom av 06.11.1980 [P]

H.L. v. Storbritannia no. 45508/99 dom av 05.10.2004 [C]

Malone v. Storbritannia no. 8691/79 dom av 02.08.1984 [P]

Medvedyev mfl. V. Frankrike no. 3394/03 dom av 29.03.2010 [GC]

Saadi v. Storbritannia no. 13229/03 dom av 29.01.2008 [GC]

Soumare v. Frankrike no. 48/1997/832/1038 dom av 24.08.1998 [C]

Sunday Times v. The United Kingdom no. 6538/74 dom av 29.04.1979 [P]

Ulisei Grosu v. Romania no. 60113/12 dom av 22.03.2016 [C]

Varbanov v. Bulgaria no. 31365/96 dom av 05.20.2000 [C]

Winterwerp v. Nederland no. 6301/73, dom av 27.11.1981 [C]

Witold Litwa v. Polen no. 26629/95 dom av 04.04.2000 [C]

## 6.6 Rapporter

IS-2888 IS-2888 Tvang i psyksisk helsevern status etter lovendringene i 2017, fra Helsedirektoratet 2020

Statistikk <https://www.ssb.no/fengsling/> [sitert 27.03.21]

## 6.7 Litteratur

Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget Bergen 2018

Aall (1994) Aall, Jørgen, «Noen straffeprosessuelle tvangsmidler og menneskerettighetene», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994 4. utgave s. 584–660

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

Andenæs (2019) Andenæs, Mads, «Menneskerettene» i *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utg., Harald Irgens-Jensen (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019

Andersen og Wallevik (2011) Andersen, Njål Wang og Karl O. Wallevik, ««Huleboerdommen» (Rt. 2010 s. 612) riktig diagnose, feil medisin?» *Lov og Rett*, 2011/5, Årgang 50, s. 283–297

Befring (2016) Befring, Anne Kjersti, «Helserett og helsetjenesten» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2016

Bergo (2019) Bergo, Knut, «Tolking og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019

Boe (2021) Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Universitetsforlaget Oslo 2021

- Boe (2018) Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, 1. utg., Universitetsforlaget Oslo 2018
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg. v/ Eivind Smith, Universitetsforlaget Oslo 2018
- Eckhoff (2000) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg., v/ Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget Oslo 2000
- Graver (2019) Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget Oslo 2019
- Høgberg og Kinander (2011) Høgberg, Alf Petter og Morten Kinander, "Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 1. utgave s. 15–55
- Jacobsen (2019) Jacobsen, Jørn, «Det strafferettslege lovskravet i eit metodeperspektiv» i *Juridisk medtode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget Oslo 2019
- Kjellvoll og Aasen (2011) Kjellvoll, Alice og Heneriette Sinding Aasen, «Huleboerdommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, 2011/1-2, Årgang 8, s. 50–68
- Kjølbrot (2017) Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention — for praktikere*, 4. utg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, København 2017
- Kjønstad, Kjelland og Syse Kjønstad, Asbjørn, Morten Kjelland og Aslak Syse, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 6. utg. e-bok, Gyldendal Norsk forlag Oslo 2017
- Matningsdal (2020) Matningsdal, Magnus, «Norsk Lovkommentar: straffeloven», i *Rettsdata* [sitert 21.02.18]
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget Oslo 2004
- Rainey mfl. (2018) Rainey, Bernadette, Wicks Elizabeth og Ovey, Clare, "Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*" 8th Edition, e-bok, Oxford 2018
- Rasmussen (1995) Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og Rett*, 1995 5-6 utgave s. 307–322,
- Riedl og Elde (2014) Riedl, Tore Roald og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, 2. utg., Cappelen Damm Akademisk 2014

- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget Oslo 2018
- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin A., 'Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven', *Lov og Rett*, 2015 4. utg., s. 195–196
- Smith (2017) Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg., Fagbokforlaget Bergen 2017
- Storvik (2017) Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*. Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017 (Tromsø 2017)
- Syse (2018) Syse, Aslak (2018) «Kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven» i *Rettsdata*, sist hovedrevidert 08.09.2018 [siteret: 15.02.21]
- Syse (2016) Syse, Aslak, «Tvang og frivillighet» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring (red.), Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2016
- Syse (2011) Syse, Aslak, ««Huleboerdommen» (Rt. 2010 s. 612) – feil navn og uklart innhold? – En kommentar», *Lov og Rett*, 2011/10, Årgang 50, s. 628–637
- Tobiassen (2021) Tobiassen, Tomas Midttun, *Når myndighetene griper inn: En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, 1. utg., Fagbokforlaget Bergen 2019
- Tveitstul og Pignatiello (2020) Tveitstul, Tore og Siv Pignatiello, *Akuttpsykiatrisk håndbok*, 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag Oslo 2020
- Østenstad (2014) Østenstad, Bjørn Henning, ««Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?», *Lov og Rett*, 2014/8, Årgang 53, s. 484–501

