



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Skjerming av personer med demens på kommunalt sykehjem av hensyn til medpasienter

Et spørsmål om rettslig regulering.

Malene Richardsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstillinger.....	1
1.2	Begrepsavklaringer.....	3
1.2.1	«Skjerming»	3
1.2.2	«Helsehjelp».....	4
1.2.3	«Tvangstiltak».....	4
1.3	Aktualitet	5
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Rettskildebildet og metodiske utfordringer	6
2	Det rettslige utgangspunktet – inngrep krever hjemmel i lov	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Hvem er «myndighetene»?.....	9
2.3	Hva er et «inngrep overfor den enkelte»?.....	11
2.4	Nærmere om forvaltningens faktiske handlinger	13
2.5	Hva slags inngrep er skjerming?	15
2.6	Bevegelsesfrihet.....	15
2.7	Frihetsberøvelse.....	17
2.8	Er skjerming en begrensning i bevegelsesfriheten eller en frihetsberøvelse?	20
3	Rettslige skranker og materielle hjemmelskrav	23
3.1	Innledning.....	23
3.2	Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.....	23
3.2.1	Hva menes med «grunnlag i lov»?.....	23
3.2.2	Kvalitative hjemmelskrav og lovkravets relativitet	24
3.3	Menneskerettslige skranker	28
3.3.1	Lovkravet	28
3.3.2	Vilkåret om en lovskrevet fremgangsmåte.....	32

3.3.3	«Persons of unsound mind» og Winterwerp-kriteriene.....	33
3.3.4	Oppfyller en person med demens «unsound mind»-kriteriet?	34
3.3.5	Nødvendighetsvilkåret	38
3.3.6	Forholdsmessighetsvilkåret.....	41
3.3.7	Forholdet mellom lovkravet i Grl. § 94 og § 113.....	41
3.4	Oppsummering	43
4	Mulige hjemmelsgrunnlag for skjerming.....	45
4.1	Innledning.....	45
4.2	Helsepersonelloven § 7.....	45
4.2.1	Innledning.....	45
4.2.2	Gis det hjemmel til skjerming?	46
4.2.3	Kan skjermingen gjennomføres med tvang?.....	48
4.2.4	Terskelen for å yte helsehjelp.....	48
4.2.5	Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?.....	49
4.3	Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A	51
4.3.1	Innledning.....	51
4.3.2	Nærmere om anvendelsesområde.....	52
4.3.3	Gis det hjemmel til skjerming?	54
4.3.4	Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?.....	56
4.4	Særlige regler når en person oppholder seg på institusjon	57
4.4.1	Innledning.....	57
4.4.2	Gis det hjemmel til skjerming?	59
4.4.3	Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?.....	61
4.5	Sykehjemsforskriften.....	62
4.5.1	Innledning.....	62
4.5.2	Hva kan det gis forskrift om etter hol. § 3-2?	64
4.5.3	Er sykehjemsforskriften § 3-3 innenfor rammen av loven?.....	66

4.5.4	Burde sykehjemsforskriften være hjemlet i hol. § 12-4?	68
4.6	Oppsummering	70
5	Tvangsbegrensningsloven - et nytt lovforslag	71
5.1	Innledning.....	71
5.2	Generell dissens.....	71
5.3	Skjerming som skadeavverging i nødssituasjoner.....	72
5.4	Skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner	74
5.5	Tvangslovsutvalgets begrunnelse	75
6	Burde det vedtas en hjemmel om skjerming?	77
7	Avslutning	79
	Referanseliste	81

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for denne avhandlingen er skjerming av personer med demens på kommunalt sykehjem av hensyn til medpasienter. Konkret, skal jeg undersøke og vurdere den rettslige reguleringen av skjerming ut fra dette hensynet.

I norsk rett er hovedregelen at helsehjelp bare kan utføres med samtykke fra pasienten. Enhver har altså en rett til å motsette seg helsehjelp.¹ Man sier gjerne at helseretten bygger på autonomiprinsippet.² Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak. Et praktisk unntak fra autonomiprinsippet er skjerming, som innebærer at pasienten holdes helt eller delvis atskilt fra de andre pasientene og helsepersonellet.³ Dette gjøres ved å føre pasienten til sitt eget rom, eller en eget skjermet enhet. Dersom pasienten forsøker å forlate rommet hvor skjermingen blir gjennomført, holdes pasienten tilbake.⁴

Å skjerme en person med demens kan være nødvendig av flere hensyn. Et hensyn som har vist seg nødvendig, er hensynet til medpasienter utenfor såkalte nødssituasjoner. Med «nødssituasjoner» menes at pasienten utgjør en fare for andre.⁵ Demens kan gi symptomer som hallusinasjoner, irritabilitet og roping.⁶ Uten at det oppstår en nødssituasjon, kan atferden komme i konflikt med medpasientenes helse- og omsorgsbehov.

I en oppsummeringsrapport fra Statens Helsetilsyn ble det påvist at pasienter med demenssykdom ble skjermet av hensyn til andre, fordi pasientene hadde en utfordrende atferd som nødvendiggjorde tiltakene.⁷ I 2013 utarbeidet Oxford Research AS en evalueringsrapport

¹ Jf. lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.) § 4-1 første ledd første punktum.

² Befring (red.) (2019) s. 159.

³ Jf. lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.) § 4-3. I denne avhandlingen vil «skjerming» defineres i tråd med denne bestemmelsen.

⁴ Jf. forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften) § 18.

⁵ Se eksempelvis lov 24. juni 2010 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (helse- og omsorgstjenesteloven – hol.) § 9-5, jf. Ot.prp. nr. 55 (2002 – 2003) s. 39, jf. I-1998/41 Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet, s. 42. Bestemmelsen gjelder bare for personer med psykisk utviklingshemming og kommer ikke til anvendelse i det følgende. Den er likevel et eksempel på hva som menes med en «nødssituasjon», og denne definisjonen legges til grunn i denne avhandlingen.

⁶ Engedal og Tveito (2019) s. 373-375.

⁷ Statens helsetilsyn, Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009 – 2010 (2011) punkt 7.1.4. Det var totalt 84 saker som ble gjennomgått, og praksisen ble påvist i «et mindre antall saker».

på oppdrag fra Helsedirektoratet.⁸ Av de 144 sakene som ble gjennomgått, ble det påvist 12 saker som blant annet gjaldt skjerming av pasienten på eget rom fordi pasienten var utagerende mot andre pasienter.⁹ «Utagerende atferd» betyr ikke nødvendigvis at pasienten er en fare for andre, men at pasienten oppleves som forstyrrende eller plagsom.¹⁰

Tiltak av hensyn til andre pasienter er ikke et ukjent fenomen. I Rt. 2010 s. 612 gjaldt saken en pasient på kommunalt sykehjem med omfattende sårddannelser på beina, som var blodige og preget av sårsekret. I tillegg var hår og skjegg meget skittent, og pasientens underliv var tilgriset av urin, avføring og sårsekret.¹¹ Ettersom pasienten hadde motsatt seg stell i lang tid, var det spørsmål om sykehjemmet kunne utføre kroppsvask og sårstell mot pasientens vilje. Høyesterett kom til at tiltakene kunne gjennomføres med tvang, og pekte blant annet på at manglende stell også hadde negative følger for de øvrige sykehjemsbeboerne.¹² Dommen viser at spørsmålet om tvangstiltak utenfor nødssituasjonene kan oppstå.

Av Grunnloven¹³ § 113 følger det at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Lovkravet gjelder når myndighetene gjør «inngrep» overfor den enkelte, men hva slags inngrep er egentlig skjerming? Skjerming er et inngrep i pasientens bevegelsesfrihet. Spørsmålet er imidlertid om det er en frihets*berøvelse* som er vernet Grl. § 94, EMK¹⁴ art. 5 nr. 1 og SP¹⁵ art. 9 eller om det er en *begrensning* i bevegelsesfriheten som er vernet etter Grl. § 106 og EMKs tilleggsprotokoll nr. 4 art. 2.¹⁶

For å oppfylle lovkravet i Grl. § 113 er det ikke tilstrekkelig at det rent faktisk eksisterer en lovhjemmel. Høyesterett har i sin praksis innfortolket flere materielle hjemmelskrav som må

⁸ Oxford Research, Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A (2013).

⁹ Oxford Research, Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A (2013) punkt 5.3.5, s. 55. Funnene som fremgår av rapporten er knyttet til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, som i utgangspunktet ikke er avgrenset mot pasienter med demenssykdom, se Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 85. Kapittel 4A er imidlertid i hovedsak rettet mot personer med demens, se Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) s. 18-21. Det kan imidlertid ikke utelukkes at nevnte skjermingstiltak ble iverksatt overfor pasienter uten demens.

¹⁰ Psykisk helsevernforordningen §16.

¹¹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 5.

¹² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30.

¹³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK).

¹⁵ International Covenant on Civil and Political rights (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – SP).

¹⁶ Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto (P4-2).

være oppfylt for at loven skal gi *tilstrekkelig hjemmel* for inngrepet.¹⁷ I tillegg må de materielle hjemmelskrav og rettslige skrankene som følger av grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser og av konvensjonsbestemmelsene være oppfylt.¹⁸

I dagens kommunale helselovgivning finnes det ingen materiell regel om skjerming.¹⁹ Dette reiser spørsmålet om det overhode finnes lovhjemmel for skjerming, og i så fall om den oppfyller de konstitusjonelle og folkerettslige materielle hjemmelskrav.

På bakgrunn av de nevnte diskusjonene, reiser oppgavens tema tre hovedproblemstillinger som skal behandles i det følgende. For det første om skjerming er en frihetsberøvelse eller en begrensning i bevegelsesfriheten. For det andre hvilke konstitusjonelle- og folkerettslige skranker som begrenser adgangen til å benytte skjerming. For det tredje om det eksisterer lovhjemmel for skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner i dagens helselovgivning, i så fall, om lovhjemmelen oppfyller de materielle hjemmelskravene.

1.2 Begrepsavklaringer

1.2.1 «Skjerming»

I dag finnes det to bestemmelser om skjerming; psykisk helsevernloven § 4-3 og helse- og omsorgstjenesteloven § 9-6. I det følgende vil definisjonen hentet fra psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften bli brukt. Ovenfor ble det vist til hva skjerming innebærer, men det nærmere innholdet av gjennomføringen må likevel forklares.

Hva som definerer «skjerming», må holdes atskilt fra en såkalt skjermet avdeling. En skjermet avdeling eller enhet, er en egen sykehjemsavdeling, som er av mindre størrelse og tilrettelagt for enkelte pasientgrupper.²⁰

Når en pasient skal skjermes, blir han eller hun fysisk ledet til skjermingsrommet.²¹ Rommet kan være enten pasientens eget beboelsesrom, eller en egen skjermet enhet. Det er ikke adgang til å låse døren eller på annen måte stenge døren til rommet som pasienten befinner

¹⁷ Se Rt. 2014 s. 1105, Rt. 2015 s. 93, HR-2016-1286-A og HR-2016-2017-A. Nærmere om dette i punkt 3.2.

¹⁸ Nærmere om dette i punkt 3.3.

¹⁹ Et eksklusivt unntak er hol. § 9-6, men denne gjelder kun overfor personer med psykisk utviklingshemming og kommer derfor ikke til anvendelse i denne avhandlingen.

²⁰ Se Ruths (2005) s. 1191 og Forskrift 14. november 1988 nr. 932 for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie (sykehjemsforskriften) § 4-7.

²¹ Se psykisk helsevernforskriften §18.

seg i, men pasienten holdes tilbake dersom han eller hun forsøker å forlate rommet. I tillegg må helsepersonellet være til stede i den grad det er nødvendig. Pasienten kan altså være alene på skjermingsrommet.

1.2.2 «Helsehjelp»

«Helsehjelp» er definert i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 c som «handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell.»

Begrepet har både et medisinsk og institusjonelt element.²² Det medisinske elementet gjelder den konkrete handlingen og formålet med den. En handling vil typisk være en undersøkelse, behandling, utredning, vurdering og pleie- og omsorgstiltak, men formålet med handlingen kan være av ulik karakter. Helsehjelpen kan for eksempel ta sikte på helbredelse, som innebærer en endring i pasientens somatiske eller psykiske helsesituasjon. Formålet kan også være å holde pasienten så frisk som mulig, eller å sikre pasienten et så normalt liv som mulig. Definisjonen av «helsehjelp» er vid, som henger sammen med at helsetjenesten omfatter mange ulike oppgaver.²³

Det institusjonelle elementet omfatter hvem som yter helsehjelpen; det er helsepersonell som kan yte helsehjelp. «Helsepersonell» er definert i helsepersonelloven²⁴ § 3, og omfatter personell med autorisasjon eller lisens, personell i helse- og omsorgstjenesten og elever og studenter under helsefaglig opplæring som yter helsehjelp.

1.2.3 «Tvangstiltak»

Hva som er et «tvangstiltak», er ikke gitt et konsistent innhold i dagens helselovgivning.²⁵ Det nærmere innholdet av tvangsbegrepet beror på hvilken lov som kommer til anvendelse. De to hovedtypene av tvang etter dagens regelverk er fravær av samtykke²⁶ og uttalt motstand.²⁷ I enkelte andre lover er det valgt en løsning som ligger mellom disse hovedformene, som for eksempel pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A som krever at pasienten mangler samtykkekompetanse og at pasienten motsetter seg tiltaket. Dersom tiltaket gjennomføres på

²² Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126.

²³ Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126.

²⁴ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven eller hpl.)

²⁵ Aasen (red.) mfl. (2018) s. 53.

²⁶ Se psykisk helsevernloven § 1-2 og pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

²⁷ Se Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven – smv.) kapittel 5.

tross av motstand, vil det være et tvangstiltak etter dette kapittelet. Lovgivningen om tvang er altså tilpasset og skreddersydd de ulike pasientgruppene og tiltakets art.²⁸

I denne avhandlingen vil «tvang» og «tvangstiltak» være definert som en overvinnelse av motstand, eller en omgåelse av motstand. En omgåelse av motstand, vil være at pasienten ikke gis tilstrekkelig informasjon om tiltaket.²⁹ Dersom tvangsbegrepet er gitt et særlig annet innhold i de bestemmelsene som skal behandles, vil den definisjonen legges til grunn.

1.3 Aktualitet

I 2019 la Tvangslovsutvalget frem et forslag om en ny felles tvangslov, som er tenkt å regulere all bruk av tvang på tvers av helsetjenestene. Den foreslåtte loven er gitt navnet tvangsbegrensningsloven.³⁰ Utvalget ble oppnevnt i 2016 med oppdrag om å gjennomgå tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren, samt utrede behovet for revisjon eller modernisering med sikte på god samhandling mellom helsetjenestene. Utvalget gjennomgikk 4 regelverk: psykisk helsevernloven, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10.

Gjennom utvalgets arbeid ble det påvist et behov for endring i helse- og omsorgslovgivningen, og det er derfor foreslått en helt ny felles tvangslov. Lovforslaget inneholder blant annet en materiell regel om skjerming som skal gjelde på tvers av helsesektorer. Forslaget er altså helt sentralt for denne avhandlingen, og det blir relevant å undersøke om loven er tenkt å regulere skjerming utenfor nødssituasjoner.

1.4 Avgrensninger

Det er valgt å avgrense mot annet enn pasienter med demens som bor på kommunalt sykehjem, herunder institusjon for døgnopphold.³¹

Ettersom avhandlingen tar sikte på å undersøke og vurdere den rettslige reguleringen av skjerming etter dagens lovgivning, avgrenses det også mot prosessuelle regler. Dette gjelder

²⁸ Se, Aasen (red.) mfl. (2018) s. 54. Her gis det også en nærmere gjennomgang av tvangsbegrepene i dagens helselovgivning, se s. 35 flg.

²⁹ Definisjonen av tvangsbegrepet er dermed i tråd med den som legges til grunn i den foreslåtte tvangsbegrensningsloven, jf. NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven § 1-3 nr. 1 og nr. 2.

³⁰ NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven.

³¹ Se hol § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c.

for eksempel kompetansekrav for vedtaksfastsettelse, regler for klage og klageadgang og andre prosessuelle rettssikkerhetsgarantier. I lys av problemstillingen vil oppgaven heller ikke omhandle eventuelle følger av brudd på materielle hjemmelskrav og materielle vilkår for skjerming. Her siktes det særlig til erstatningskrav som følge av brudd på Grl. § 94 og EMK art. 5.³²

Videre avgrenses det mot smittevernloven. Loven inneholder regler om isolasjon og andre begrensninger i bevegelsesfriheten, som kan iverksettes dersom en person har eller antas å være smittet av en smittsom sykdom.³³ Avhandlinger dreier seg imidlertid om iverksettelse av skjerming utenfor de ekstraordinære tilfellene, og smittevernloven faller dermed utenfor avhandlingens tema.

Det avgrenses også mot samtykke som rettsgrunnlag, fordi oppgaven retter seg mot de tilfeller hvor skjerming gjennomføres som tvangstiltak.

Endelig avgrenses oppgaven mot straffelovens regler om nødrett og nødverge.³⁴

Hovedformålet med avhandlingen er å undersøke de materielle regler i helselovgivningen, og straffelovens bestemmelser faller derfor utenfor avhandlingens tema.

1.5 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Avhandlingen tar utgangspunkt i rettsdogmatikk, som er en utredning og fremstilling om innholdet i gjeldende rettsregler.³⁵ Tradisjonelt anvendes lovens ordlyd, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori for å tolke hjemmelsgrunnlaget, som sammen utgjør en konkret rettsregel. Skjerming er imidlertid et tiltak som ikke er omtalt i aktuelle forarbeider, eller i juridisk teori. Per 13.05.21 finnes det ikke tilgjengelige avgjørelser fra domstolene om skjerming i kommunal helsetjeneste. Andre rettskilder, slik som rundskriv og reelle hensyn, har dermed spilt en stor rolle i utredningen av gjeldende rett. Det har særlig vært utfordringer knyttet til utredningen av innholdet i sykehjemsforskriften. I dette tilfellet har det blitt anvendt rettskilder knyttet til andre lover.

³² Se, EMK art. 5 nr. 3.

³³ Jf. smittevernloven §§ 5-1 og 5-3.

³⁴ Se lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.) §§ 17 og 18.

³⁵ Skoghøy (2018) s. 25.

Avhandlingen reiser også menneskerettslige spørsmål. Gjennom menneskerettsloven³⁶ § 2 er blant annet den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og enkelte tilhørende tilleggsprotokoller, ratifisert og inkorporert i norsk lovgivning, og gjelder som norsk lov. Etter lovens § 3 er disse gitt forrang foran norsk rett ved motstrid, som innebærer at den norske bestemmelsen settes til side dersom konvensjonsbestemmelsen fastslår noe annet enn norsk intern rett.

Etter Grunnloven § 92 skal statens myndigheter respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i Grunnloven og i for Norge bindende traktater om menneskerettighetene.

Tidligere var det noe uklart om denne bestemmelsen medførte at internasjonale menneskerettigheter hadde grunnlovs rang. I Holship-dommen ble det imidlertid slått fast at Grl. § 92 ikke er en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.³⁷ Dette betyr at Grunnloven har høyere rang enn EMK. Når man vurderer menneskerettslige spørsmål, er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i Grunnloven.

I 2014 ble Grunnloven revidert og flere av bestemmelsene om menneskerettighetene er utformet etter inspirasjon av konvensjonsbestemmelsene i EMK.³⁸ Det kan derfor stilles spørsmål om forholdet mellom grunnlovsrettighetene og konvensjonsbestemmelsene. I forarbeidene til grunnlovsrevisjonene heter det at «[g]runnlovens menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og praksis knyttet til disse.»³⁹ Det pekes på at dette følger av en etablert tolkningspraksis i Norge». På samme side uttales det at «[f]lere av de bestemmelsene som utvalget foreslår grunnlovsfestet, finnes det mer detaljerte formuleringer i konvensjonene. Disse vil naturlig nok bidra til å kaste lys over forståelsen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser». Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er således sentral. Denne tolkningsstilen er senere fulgt opp i Høyesterett sin praksis.⁴⁰

³⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl).

³⁷ Se HR-2016-2554-P avsnitt 70. Det var ikke dissens på dette punkt. Dette ble også fulgt opp i en senere Høyesterettsavgjørelse, se HR-2018-456-P avsnitt 93.

³⁸ Se eksempelvis Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s.116 flg, om Grl. § 94.

³⁹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 90.

⁴⁰ Se, Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt. 14, Rt. 2015 s. 93 A avsnitt. 57, Rt. 2015 s. 155 A avsnitt. 40. Se også Rt. 2014 s. 702 U, Rt. 2014 s. 976 A, HR-2014-1986-U, Rt. 2015 s. 110 A, Rt. 2015 s. 81 A og HR-2016-2554-P.

EMD har ansvaret for å tolke og utvikle bestemmelsene etter EMK, samt kontrollere at traktatsstatene gjennomfører disse rettighetene. Det er likevel Høyesterett sin oppgave å utvikle og tolke Grunnloven.⁴¹ Dette medfører at man i prinsipielt kan ha et sterkere vern etter EMK enn etter Grunnloven, og omvendt. Ettersom EMK ikke har grunnlovsrang, kan man ikke innfortolke den betydning EMD tillegger EMK-bestemmelsene inn i Grunnlovsbestemmelsene.

Oppgaven reiser også rettspolitiske spørsmål.⁴² Med «rettspolitikk» menes utsagn rettet mot lovgiver med spørsmål om loven burde endres.⁴³ Formålet med en rettspolitisk drøftelse i denne avhandlingen er ikke å argumentere for en lovendring. Formålet er å gi lovgiver innsikt i rettslige og faktiske problemstillinger som kan anvendes i vurderingen av om loven bør endres, altså hvilke problemstillinger lovgiver bør ta i betraktning.⁴⁴

⁴¹ Se, Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57.

⁴² Se punkt **Feil! Fant ikke referansesilden..**

⁴³ Horn (2017) s. 75.

⁴⁴ Horn (2017) s. 76.

2 Det rettslige utgangspunktet – inngrep krever hjemmel i lov

2.1 Innledning

I innledningen ble det stilt spørsmål om hva slags inngrep skjerming er. Det er denne problemstillingen som nå skal behandles. For å kunne besvare spørsmålet, må det først klargjøres hva som ligger i ordlyden «inngrep» og når det foreligger et inngrep.

Utgangspunktet for vurderingen er GrL. § 113, hvor det heter at:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Bestemmelsen omtales ofte som det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, fordi den oppstiller et lovkrav til forvaltningens myndighetsutøvelse.⁴⁵ Prinsippet var tidligere ulovfestet rett og ansett som konstitusjonell sedvanerett.⁴⁶ Under grunnlovsrevisjonen i 2014 ble prinsippet grunnlovsfestet, men det nærmere innholdet er uendret. Dette betyr at innholdet må antas å være det samme før og etter 2014.⁴⁷

For at lovkravet skal komme til anvendelse må det altså foreligge et inngrep fra myndighetenes side. Legalitetsprinsippet oppstiller altså en personell kompetanseregulering, som gir anvisning på hvem som er bundet av lovkravet. Men hvem er så «myndighetene»? Er det et inngrep når en kommunalt ansatt skjerner en pasient? Hva slags inngrep er det i så fall?

2.2 Hvem er «myndighetene»?

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «myndighetene» er offentlige myndigheter, herunder stat og kommune.

I forarbeidene heter det at kravet om lovhjemmel i hovedsak retter seg mot den «*utøvende makt*» og «*offentlige myndigheter*».⁴⁸ Det gis imidlertid ikke mer veiledning, men som nevnt ovenfor, er det sikker rett at forvaltningen er omfattet av ordlyden.

⁴⁵ Se, Skoghøy (2018) s. 54-55, Bernt og Rasmussen (2010) s. 24-25 og Eckhoff og Smith (2014) s. 338 flg. (merk at sistnevnte betegner legalitetsprinsippet som et kompetansegrunnlag, dersom andre kompetansegrunnlag ikke strekker til).

⁴⁶ Se, Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 247 og Bernt og Rasmussen (2010) s. 25.

⁴⁷ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 48 og 248, jf. Innst. 186 S (2013-2014) s. 32. Dette utelukker ikke at lovkravets innhold kan endres over tid, men et slikt spørsmål beror på en endret praksis, og ikke selve grunnlovsfestingen.

⁴⁸ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 248 flg.

Forvaltningen består av flere organ, og forvaltningsloven⁴⁹ gir i en viss utstrekning anvisning på hvem forvaltningen er. Etter forvaltningsloven § 1 er et forvaltningsorgan «[e]t hvert organ for stat eller kommune». Typiske forvaltningsorganer vil være Kongen i statsråd, departementer, direktorater, kommuner og fylkeskommuner.⁵⁰

Kommunene består igjen av flere organ som er gitt ansvar for ulike ansvarsområder.⁵¹ Et av disse er kommunale helse- og omsorgstjenester.⁵² Etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-1 og 3-2 er kommunene gitt et lovpålagt ansvar sørge for at personer som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Dette inngår som en del av kommunenes virksomhet, og i sin virksomhet må kommunene følge reglene i forvaltningsloven.⁵³ Dette tilsier at selve tildelingen av sykehjemsplass inngår som en del av offentlig myndighetsutøvelse. Men hva med de kommunalt ansatte som jobber på sykehjemmet, som yter helsehjelp? Er det også offentlig myndighetsutøvelse?

Spørsmålet er i stor grad et identifikasjonsspørsmål, herunder om den kommunalt ansattes beslutning om skjerming kan sies å være kommunens (som organ) sin myndighetsutøvelse.

I den nevnte sårstell-dommen, ble det lagt til grunn at legalitetsprinsippet gjelder for «offentlig pleie og helsehjelp.»⁵⁴ Selv om saken gjaldt et kommunalt sykehjem som helhet, var det likevel de kommunalt ansatte som hadde gjennomført sårstell, hår- og kroppsvask og skift av sengetøy.⁵⁵ Dette tilsier at kommunen blir identifisert med sine ansatte, og dermed at kommunalt ansatte er bundet av legalitetsprinsippet.

På bakgrunn av det overnevnte, må det være klart at en kommunalt ansatt i regi av sin stilling, er bundet av legalitetsprinsippet.

⁴⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven eller fvl)

⁵⁰ Eckhoff og Smith (2014) s. 28.

⁵¹ Eckhoff og Smith (2014) s. 116.

⁵² Eckhoff og Smith (2014) s. 116. Her omtales ansvarsområdet som «primærhelsetjenesten», men dette begrepet er nå erstattet med «kommunale helse- og omsorgstjenester».

⁵³ Jf. hol. § 2-2, jf. Prop. 91 L (2010 – 2011) s. 486.

⁵⁴ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27. Det var ikke dissens på dette punkt.

⁵⁵ Se, Rt. 2010 s. 612 avsnitt 5 og 7. Et annet spørsmål er hvorvidt det kreves formell lovhjemmel for å gjennomføre tvungen helsehjelp. Nærmere om dette i punkt 3.2.2.

2.3 Hva er et «inngrep overfor den enkelte»?

Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden «inngrep overfor den enkelte» er myndighetenes innblanding i den enkelte borgers rettigheter eller plikter, altså at borgernes rettsstilling blir svekket.

I forarbeidene gis det ingen klar definisjon på hva som er et inngrep. Det tas imidlertid utgangspunkt i borgernes rettigheter, der det uttales at «*[m]yndighetene trenger uansett hjemmel i lov for å gripe inn i den enkeltes rettssfære*».⁵⁶ På samme side presiseres det at begrepet «rettssfære» ikke er et entydig begrep, men gir anvisning på «*hva den enkelte selv kan råde over uten innblanding fra offentlige myndigheter*» og at «*legalitetsprinsippet tar utgangspunkt i den enkeltes rettighetsvern*».

Det må altså tas utgangspunkt i den enkelte rettighetsbestemmelsen som personen mener er krenket og foretas en konkret inngrepsvurdering. Dette gjøres ved å undersøke rettskildematerialet tilknyttet den aktuelle rettighetsbestemmelsen.⁵⁷

I forarbeidene uttales det videre at det må foreligge et «*kvalifisert forhold som rammer den enkelte*» for å kunne tale om et inngrep.⁵⁸ Som eksempler på slike forhold, vises det til «*avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på [og] forbud mot beite i områder der det opprinnelig forelå beiterett*».⁵⁹ Det må altså være tale om offentlig myndighetsutøvelse som påvirker borgeren på en negativ måte, for eksempel ved at borgeren rettigheter innskrenkes eller begrenses.

Det finnes flere måter for forvaltningen å gjøre et inngrep overfor den enkelte.⁶⁰ For det første kan forvaltningen gi generelle rettslige bestemmelser som har tilsvarende rettslig binding overfor borgerne, som lov. Slike regler kalles gjerne for forskrifter.⁶¹ For det andre kan forvaltningen treffe avgjørelser som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer, også kalt «vedtak».⁶² En tredje variant er såkalte «enkeltvedtak», som er et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte

⁵⁶ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 249

⁵⁷ Se Anine Kierulf, *Norsk lovkommentar: Kongeriket Norges Grunnlov*, note 256B, Rettsdata.no (lest 11. april 2021).

⁵⁸ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 247.

⁵⁹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 247.

⁶⁰ Bernt og Rasmussen (2010) s. 26-27.

⁶¹ Jf. fvl. § 2 første ledd bokstav c.

⁶² Jf. fvl. § 2 første ledd bokstav a.

personer.⁶³ En fjerde inngrepsteknikk – som ikke er like relevant i det foreliggende – er såkalte dispensasjonsregler. I slike tilfeller vil det eksistere et generelt forbud i lov, som det kan gjøres unntak fra etter en individuell vurdering.⁶⁴

I enkelte tilfeller kan det være problematisk å avgjøre om det foreligger et inngrep eller ikke. Dette er årsaken til at enkelte rettsteoretikere har forsøkt å reformulere legalitetsprinsippet. Den reformulerte varianten omtales gjerne som den *negative tilnærmingen*. Her tas det utgangspunkt i hvilke kompetansegrunnlag forvaltningen kan bygge sin myndighetsutøvelse på, og ikke om det foreligger et inngrep.⁶⁵ Ved å ta i bruk inngrep som innfallsvinkel, sier man gjerne at den *positive tilnærmingen* benyttes.

Etter den negative tilnærmingen, er det nødvendig med lovhjemmel dersom forvaltningens kompetanse ikke kan utledes fra et annet hjemmelsgrunnlag, eller når det påberopte hjemmelsgrunnlaget ikke strekker til for myndighetsutøvelsen. Andre kompetansegrunnlag enn lov vil for eksempel være organisasjons- og instruksjonsmyndighet, det offentliges rådighet over eiendom og nødrett etter analogi fra straffelovens bestemmelser.⁶⁶ Denne formuleringen favner videre enn den positive, fordi alle kompetansegrunnlag som forvaltningen kan bygge på er regulert. Reguleringen av kompetanse vil dermed ikke være begrenset til de tilfeller hvor det foreligger et inngrep.

Det er særlig nødrett som kompetansegrunnlag som kunne vært aktuell i denne avhandlingen, men ettersom det er avgrenset mot skjerming i nødssituasjoner, er det ikke grunnlag for å behandle dette kompetansegrunnlaget videre. I tillegg ble det lagt til grunn under grunnlovsrevisjonen at Grunnloven § 113 sin formulering skulle ligge tett opp mot den positive tilnærmingen, fordi denne i større grad har sitt grunnlag i ideen om menneskerettighetene.⁶⁷ Dette tilsier at den positive tilnærmingen er gjeldende rett.

⁶³ Jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b.

⁶⁴ Se eksempelvis lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling § 20-1, lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom m.v. § 2 første ledd og lov 18. juni 1965 om vegtrafikk § 24 første ledd. For nærmere omtalte, se Bernt og Rasmussen (2010) s. 26-27.

⁶⁵ Se, Eckhoff og Smith (2014) s. 341.

⁶⁶ Se, Eckhoff og Smith (2014) s. 342-344.

⁶⁷ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 247, jf. Innst.186 S (2013-2014) s. 31-32.

Som det har fremgått må inngrepsvurderingen ta utgangspunkt i den aktuelle rettighetsbestemmelsen. Myndighetsutøvelsen må også være et kvalifisert forhold, herunder at borgeren blir påvirket på en negativ måte ved at rettighetene innskrenkes eller begrenses.

2.4 Nærmere om forvaltningens faktiske handlinger

Ovenfor ble det vist til flere forskjellige inngrepsteknikker. Et felles trekk for alle, er at de gjøres skriftlig, og at de bygger på en beslutning som er fattet. I den kommunale helsetjenesten er det beskjedent med skriftlig dokumentasjon på tvangstiltak, fordi det fattes få vedtak.⁶⁸ Et vedtak behøver ikke være skriftlig for å kalles et vedtak.⁶⁹ Det vil likevel være en beslutning fra myndighetenes side. Mangelen på skriftlige vedtak reiser spørsmålet om beslutningens rettslige status. Kreves det lovhjemmel for beslutninger som ikke blir vedtaksfestet?

I forarbeidene til grunnlovsrevisjonen heter at både rettslige beslutninger og faktiske handlinger krever grunnlag i lov.⁷⁰ Noen drøftelse om hva som ligger i «faktiske handlinger» ble imidlertid ikke foretatt. I lys av den positive tilnærmingen til legalitetsprinsippet, må lovkravet for forvaltningens faktiske handlinger ses i sammenheng med hvorvidt det foreligger et inngrep overfor den enkelte. Dette tilsier at dersom den faktiske handlingen ikke kan sies å være et inngrep, vil følgelig hjemmelskravet ikke gjelde for handlingen.

Et slikt synspunkt kan også utledes av Høyesterett sin praksis. I Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1995 s. 20 gjaldt saken spørsmål om en politimann kunne straffes for uforstand i tjenesten, da han hadde tvangsmedisinert en utlending som skulle transporteres ut av Norge, ved å sette en sprøyte med beroligende medikamenter. Det forelå ikke noe skriftlig vedtak for politimannens beslutning om tvangsmedisineringen, og dette reiste spørsmålet om den faktiske handlingen hadde hjemmel. Høyesterett fant at:

«det er her snakk om en maktanvendelse som innebærer en inngripende integritetskrenkelse, og det er en handling som faller utenfor de tradisjonelle politihandlinger. Legalitetsprinsippet tilsier at det må kreves hjemmel i lov for at en slik tjenestehandling skal være akseptabel. Slik lovhjemmel finnes ikke.»⁷¹

⁶⁸ Kirkevold (2005) s. 1347 og Oxford Research, (2013) punkt 4.6, s. 48.

⁶⁹ Kravet om skriftlighet følger av fvl. § 23. Dette er imidlertid et krav det kan gjøres unntak fra.

⁷⁰ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 247 og 249.

⁷¹ Rt. 1995 s. 20 på s. 21.

Her oppstiller Høyesterett et lovkrav for myndighetenes inngripende faktiske handlinger, med grunnlag i det dagjeldende ulovfestede legalitetsprinsippet.

Dette er fulgt opp i senere rettspraksis, og i den nevnte Sårstell-dommen uttalte Høyesterett:

«Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner [...] Dette springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.»⁷²

Det må altså skilles mellom faktiske handlinger som virker inngripende overfor borgeren og faktiske handlinger som ikke er inngripende. Det er førstnevnte som krever hjemmel i lov.

I forbindelse med den negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet, er det gjort et skille mellom såkalte «rene faktiske handlinger» og «normeringer», for å beskrive hvilke myndighetshandlinger som må ha hjemmel i lov.⁷³ «Normeringer» betegnes som en rettslig avgjørelse som endrer, fastsetter eller opphever noens rettigheter eller plikter, for eksempel et vedtak om hvor mye skatt man skal betale.⁷⁴ «Rene faktiske handlinger» vil for eksempel være en anti-røykekampanje som tar sikte på å endre holdninger i befolkningen, men som ikke er en rettslig bindende beslutning.⁷⁵ I henhold til denne tilnærmingen vil det kun være normeringshandlinger som må ha hjemmel i lov, fordi disse vil være inngripende overfor borgerne.⁷⁶

Når en normeringshandling krever hjemmel i lov fordi den er inngripende, kan det spørres om det er noen vesensforskjell på en «normeringshandling» som det beskrives i teorien, og en «inngripende handling» slik Høyesterett har lagt til grunn. Det sentrale spørsmålet i denne sontringen, virker å være hvor man skal forankre denne forståelse av inngripende faktiske handlinger. Det er delte meninger om det er nødvendig med hjemmel fordi den inngripende handlingen ville vært forbudt ved lov, og at man derfor trenger et kompetansegrunnlag til å

⁷² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

⁷³ Se blant annet Graver (1999) s. 207-209, Bragdø-Ellenes og Abusland (2017) s. 28-30 og Eckhoff og Smith (2014) s. 354-357.

⁷⁴ Bragdø-Ellenes og Abusland (2017) s. 27.

⁷⁵ Bragdø-Ellenes og Abusland (2017) s. 27.

⁷⁶ Se, Bragdø-Ellenes og Abusland (2017) s. 28-30 og Kjønstad mfl. (2012) s. 444-445. Merk at det som her omtales som «kompetanse», kalles for «hjemmel» i denne avhandlingen.

gjennomføre handlingen, eller fordi kravet om lovhjemmel følger av legalitetsprinsippet.⁷⁷ Dette blir muligens et teoretisk spørsmål, fordi det vanskelig kan tenkes å eksistere inngripende handlinger, som er lovlige. I denne avhandlingen vil det tas utgangspunkt i at inngripende faktiske handlinger må ha hjemmel i lov, og at dette følger av legalitetsprinsippet.

Det er altså ikke påkrevd med noe skriftlig vedtak for at legalitetsprinsippet trer inn. Dette innebærer at når en pasient med demens skjermes, vil det kunne utgjøre et inngrep, og lovkravet gjelder like fullt.

2.5 Hva slags inngrep er skjerming?

Det som nå skal vurderes er hva slags inngrep «skjerming» utgjør. Det er i første rekke selve begrensningen i bevegelsesfriheten som gir tiltaket dets inngripende karakter. Spørsmålet er imidlertid om skjerming utgjør et inngrep i bevegelsesfriheten som er vernet etter Grl. § 106 og P4-2 eller om det er en frihetsberøvelse som er vernet etter Grl. § 94 og EMK art. 5 nr. 1.

Klassifiseringen får betydning på to ulike måter. For det første er det ulikheter med hensyn til vilkårene for inngrep. For det andre er det ulikheter i hvilke rettsvirkninger inngrepet utløser. Etter EMK art. 5 nr. 4 og nr. 5, har en frihetsberøvet person krav på domstilstilgang og krav om mulighet for å kreve erstatning. Slike prosessuelle garantier kan ikke utledes av P4-2.

I forbindelse med denne avhandlingen, er det ikke de prosessuelle garantiene som står i fokus. Det er vilkårene for inngrep som er det sentrale her. Ettersom vilkårene for inngrep er ulike, er det nødvendig å undersøke hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse for skjerming. For å klargjøre dette, må det ses nærmere på innholdet i rettighetsbestemmelsene.

2.6 Bevegelsesfrihet

Bevegelsesfriheten er en sentral menneskerettighet for borgerne. Før grunnlovsrevisjonen i 2014, var ikke retten til fri bevegelse grunnlovsfestet.⁷⁸ Det var likevel en kjensgjerning at alle hadde en slik rett, og det dagjeldende ulovfestede legalitetsprinsippet krevde at begrensninger i rettigheten måtte ha hjemmel i lov.⁷⁹ Rettighetens selvsagte karakter og

⁷⁷ Kjønstad mfl. (2012) s. 443-444, Bragdø-Ellenes og Abusland (2017) s. 28, Eckhoff og Smith (2014) s. 354-357 og Bernt og Rasmussen (2010) s. 80-82 med videre henvisninger.

⁷⁸ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 198.

⁷⁹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 198.

sentrale betydning for befolkningen var årsaken til at menneskerettsutvalget ønsket å grunnlovsfeste den.⁸⁰

I dag er bevegelsesfriheten forankret i Grunnloven § 106, hvor det heter at:

«Enhver som oppholder seg lovlig i riket, kan fritt bevege seg innenfor rikets grenser og velge sitt bosted der.

For å kunne påberope retten til fri bevegelse, må personen ha lovlig opphold i riket. Ved lovlig opphold vil borgeren både ha rett til å bevege seg fritt og til å velge sitt bosted i riket. Valg av bosted er imidlertid ikke relevant i forbindelse med denne avhandlingen, og vil ikke kommenteres nærmere. Ettersom bevegelsesfriheten også gir enhver rett til å «fritt bevege seg innenfor rikets grenser», må det spørres om skjerming utgjør en begrensning i bevegelsesfriheten.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at personen kan reise dit han eller hun selv ønsker, uten at det legges begrensninger eller føringer på hvor personen kan dra. Loven inneholder tilsynelatende ingen vilkår for inngrep, som gir inntrykk av at vernet av bevegelsesfriheten gjelder absolutt.

I forarbeidene uttales det at bevegelsesfriheten vil være begrenset av både faktiske og rettslige begrensninger, men at disse begrensningene ikke kan utledes direkte av ordlyden.⁸¹ Med «faktiske» begrensninger vises det til begrensninger som følge av omsorgsbehov, og til «rettslige» begrensninger vises det til Grl. § 113. Det vises også til at begrensninger i bevegelsesfriheten kan oppstå fordi man har et helsemessig behov.⁸²

Selv om det gis konkrete eksempler på begrensninger i bevegelsesfriheten, gis det ingen klare holdepunktet hva som skal til for å kunne tilsi at bevegelsesfriheten er krenket. Av de Høyesterettsavgjørelser som er tilgjengelige, knytter behandlingen seg til reisebevis for utledninger og utvisning av riket.⁸³ Som nevnt i punkt 1.5 er det slått fast at Grunnlovens

⁸⁰ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 200.

⁸¹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 200-201.

⁸² Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 200-201.

⁸³ Jf. henholdsvis HR-2017-2078-A og Rt. 2015 s. 93 A

menneskerettslige bestemmelser må tolkes i lys av EMK. Den relevante rettskilden for å avklare innholdet og terskelen for inngrep er dermed EMK.

Det var ikke før i 1963 at bevegelsesfriheten var vernet i EMK. Gjennom vedtakelsen av tilleggsprotokoll 4 til konvensjonen ble bevegelsesfriheten gitt en egen bestemmelse i artikkel 2. Protokollen gjelder som norsk lov.⁸⁴ I EMK P4-2 nr. 1 heter det:

«Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.»

Det er borgernes fysiske frihet og vern mot begrensninger i bevegelsesfriheten som reguleres her.⁸⁵ For å kunne tale om en krenkelse, må det foreligge en direkte eller indirekte hindring i personens bevegelsesfrihet, for eksempel at en person pålegges å oppholde seg innen et bestemt geografisk område.⁸⁶ Dette tilsier at det ikke foreligger en høy terskel.

I artikkelens nr. 2 gis alle rett til å forlate en stat, inkludert ens eget hjemland. Denne er ikke relevant i det foreliggende.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med forbudet mot frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1. Dersom forholdet er en frihetsberøvelse, er det art. 5 som får anvendelse, og ikke P4-2.⁸⁷

2.7 Frihetsberøvelse

Retten til frihet har vært et vernet gode siden 1814, og er en grunnleggende menneskerettighet.⁸⁸ Før grunnlovsrevisjonen i 2014 hadde rettigheten et snevert vern. Den dagjeldende GrL § 99 fastslo at ingen måtte fengsles uten lovhjemmel.

Bestemmelsen gjaldt ikke andre former for frihetsberøvelse.⁸⁹ Gjennom tidene ble det imidlertid vedtatt flere lovregler om frihetsberøvelse utenfor strafferettens område, som for eksempel i utlendingsloven⁹⁰, psykisk helsevernloven og barnevernloven.⁹¹ Under

⁸⁴ Jf. mrl. § 2.

⁸⁵ Kjølbro (2010) s. 996.

⁸⁶ Kjølbro (2010) s. 996.

⁸⁷ Kjølbro (2010) s. 996.

⁸⁸ Aall (2018) s. 358 og s. 23.

⁸⁹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 114.

⁹⁰ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utledningers adgang til riket og deres opphold her. Se eksempelvis § 106.

⁹¹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester. Se eksempelvis § 5-9.

grunnlovsrevisjonen i 2014 ble det derfor ansett som nødvendig å utvide grunnlovens bestemmelse til å omfatte flere former for frihetsberøvelsene.⁹²

I Grl. § 94 er det forankret et forbud mot frihetsberøvelse. Bestemmelsen lyder:

«Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på en måte som loven foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.»

Bestemmelsens første ledd inneholder to alternativer. Det første er fengsling, og det andre annen frihetsberøvelse. Forbudet gjelder ikke absolutt, men det oppstilles fire kumulative vilkår som må være oppfylt. Frihetsberøvelsen må være lovbestemt, oppfylle prosessuelle krav, være nødvendig og ikke uforholdsmessig. Paragraf 94 inneholder også regler i andre og tredje ledd, som grunnlovsfester prosessuelle rettsikkerhetsgarantier i straffesaker. Disse er ikke relevant for det foreliggende og vil ikke kommenteres nærmere i det videre.

Spørsmålet er hva som ligger i uttrykket «berøves friheten».

Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden «berøves» er at noen aktivt tar friheten fra vedkommende. En slik forståelse tilsier at dersom noen frivillig aksepterer å miste friheten, vil det ikke kunne betegnes som en frihetsberøvelse. Sett i sammenheng med ordlyden «fengsles» tilsier dette at frihetsberøvelse er å holde en person innesperret eller innestengt.

I forarbeidene gjøres det rede for når frihetsberøvelse kan skje etter EMK art. 5.⁹³ Det gis imidlertid ikke noen selvstendig drøftelse av innholdet i frihetsberøvelsesbegrepet, eller forholdet mellom § 94 og § 106.⁹⁴ Det nærmere innholdet i begrepet har ikke vært behandlet i Høyesterett.⁹⁵ Innholdet i frihetsberøvelsesbegrepet fremstår derfor som uklart. I lys av gjeldende tolkningsprinsippet for grunnlovens menneskerettslige bestemmelser er EMK art. 5 nr. 1 den relevante rettskilden for tolkningen av Grl. § 94.

I EMK art. 5 nr. 1 heter det at:

⁹² Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 116.

⁹³ Dok. nr. 16 (2012 – 2013) s. 113 flg.

⁹⁴ Se, Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 198 flg.

⁹⁵ Grl. § 94 behandles i Rt. 2015 s. 93, men spørsmålet i denne saken gjaldt bestemmelsens annet ledd som ikke er relevant i forbindelse med denne problemstillingen, se dommens avsnitt 50 og 70.

«Everyone has the right to liberty and security of person.»

For at art. 5 skal komme til anvendelse må det være staten eller statens myndigheter som er ansvarlig for frihetsberøvelsen.⁹⁶ Vanligvis vil det ikke oppstå noe tvil om det faktisk er staten som har truffet beslutning om frihetsberøvelse.

Frihetsberøvelse etter art. 5 inneholder både et objektivt og et subjektivt element.⁹⁷ Objektivt sett må personen være innesperret *eller* begrenset til et visst område i en periode av ikke ubetydelig varighet. Subjektivt sett må vedkommende ikke ha samtykket til begrensningen eller innesperringen.⁹⁸ Dette betyr at forutsetningen for frihetsberøvelse i henhold til EMK art. 5 nr. 1 er at friheten aktivt blir fratatt personen.

Tema for denne avhandlingen er personer med demens som bor på kommunalt sykehjem. Enkelte pasienter med opphold i institusjon er tvangsinnlagt. Når en tvangsinnlagt pasient blir skjermet, reiser dette spørsmålet om skjermingen kan sies å være en frihetsberøvelse, ettersom pasienten allerede er frihetsberøvet. Det er ikke tvilsomt at en tvangsinnleggelse er en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1.⁹⁹

Tidligere var det antatt at den som allerede er frihetsberøvet, ikke kan utsettes for en ny frihetsberøvelse selv om forholdene skjerpes.¹⁰⁰ Dette standpunktet synes imidlertid å være forlatt på bakgrunn av saken *Munjaz mot Storbritannia*.

Saken gjaldt pasienten Munjaz som var innlagt på psykiatrisk sykehus. Han ble beskrevet som en særlig farlig pasient, fordi han progressivt ble psykotisk, aggressiv og voldelig. Over en periode på to år hadde han ved fire anledninger blitt plassert i «seclusion» for å beskytte andre mot skade.¹⁰¹ «Seclusion» innebærer at pasienten må oppholde seg på sitt eget rom, eller et lignende sted. I enkelte tilfeller kan pasienten plasseres «in special seclusion rooms».¹⁰² Ettersom han allerede var tvangsinnlagt, reiste dette spørsmålet om plasseringen i «seclusion» utgjorde en ytterligere frihetsberøvelse.

⁹⁶ Kjølbros (2010) s. 274

⁹⁷ *Storck mot Tyskland* [J] 2005, no. 61603/00 og *Shtukaturrov mot Russland* [J], 2008, no. 44009/05.

⁹⁸ Kjølbros (2010) s. 271.

⁹⁹ Se, *Munjaz mot Storbritannia* [J] 2012, no. 2913/06.

¹⁰⁰ Se eksempelvis Aall (2018) s. 360 med henvisninger til *Ashingdane mot Storbritannia* [J], 1985, no. 8225/78 og *Bollan mot Storbritannia* [A], 2000, no. 42117/98.

¹⁰¹ *Munjaz mot Storbritannia* avsnitt 6.

¹⁰² *Munjaz mot Storbritannia* avsnitt 31.

Domstolen vurderte spørsmålet, som et gradsspørsmål som beror en konkret helhetsvurdering, av inngrepets karakter, varighet, virkninger og utførelsesmåte.¹⁰³ I dette konkrete tilfellet, ble pasientens plassering i «seclusion» ikke ansett som en frihetsberøvelse etter EMK art. 5. Avgjørelsen viser imidlertid at tvangsinnlagte pasienter prinsipielt kan bli utsatt for en ny frihetsberøvelse, dersom graden av inngrepet tilsier det.

Det som nå skal vurderes er om skjerming er en begrensning i bevegelsesfriheten eller en frihetsberøvelse.

2.8 Er skjerming en begrensning i bevegelsesfriheten eller en frihetsberøvelse?

Bevegelsesfrihet og frihetsberøvelse henger nært sammen. P4-2 krever at det foreligger en direkte eller indirekte hindring eller begrensning i personens bevegelsesfrihet. Pålegg om å oppholde seg innenfor et bestemt geografisk område ble nevnt som eksempel ovenfor.

Frihetsberøvelse innebærer at personen er fratatt friheten, og at personen ikke har samtykket til dette. At noen *pålegges* å oppholde seg et sted, minner om et manglende samtykke. Dette viser at grensdragningen kan være vanskelig å trekke.

EMD har i sine avgjørelser fastslått at grensdragningen mellom frihetsberøvelse etter art. 5 og begrensning i bevegelsesfriheten etter P4-2, er et spørsmål om grad og intensitet, ikke om selve karakteren av inngrepet.¹⁰⁴ Hvorvidt det foreligger en frihetsberøvelse beror altså på to forhold, og i forbindelse med kasusen skjerming, kan dette forklares slik: for det første må det vurderes om skjermingen faktisk er et inngrep i bevegelsesfriheten, og for det andre må graden og intensiteten av skjermingen vurderes med henblikk på om det foreligger en begrensning i bevegelsesfriheten eller en frihetsberøvelse. Det er ikke tvilsomt at skjerming utgjør en begrensning i bevegelsesfriheten. Konklusjonen beror dermed på graden og intensiteten.

Hvordan graden og intensiteten skal vurderes ble klargjort i *Austin and Others mot Storbritannia*. I denne saken var det spørsmål om det forelå en frihetsberøvelse ettersom en gruppe hadde blitt inngjerdet av politiet i forbindelse med en demonstrasjon.¹⁰⁵ Med dissens

¹⁰³ *Munjaz mot Storbritannia* avsnitt 66.

¹⁰⁴ *Guzzardi mot Italia* [P] 1980, no. 7367/76, avsnitt 92, *Amuur mot Frankrike* [J] 1996, no. 19776/92, avsnitt 42.

¹⁰⁵ *Austin and Others mot Storbritannia* [GC] 2012, no. 40713/09.

14:3, konkluderte EMD at det ikke forelå krenkelse av EMK art. 5. I vurderingen om inngrepets grad og intensitet uttalte domstolen:

*«the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.»*¹⁰⁶

Vurderingen av graden og intensiteten må altså ta utgangspunkt i den konkrete situasjonen, som igjen vurderes ut fra flere kriterier, herunder inngrepets karakter, varighet, virkninger og utførelsesmåte.

I saken *Luordo mot Italia* ble det konstatert krenkelse av P4-2 fordi en konkursskyldner ikke fikk forlate bopelen uten tillatelse.¹⁰⁷ Her kan det trekkes noens linjer til skjerming. Pasienter som skjermes får heller ikke forlate rommet hvor skjermingen gjennomføres. Selv om døren ikke er låst, kan de holdes igjen der dersom de forsøker å forlate rommet. Dette taler for at skjerming er en begrensning i bevegelsesfriheten og ikke en frihetsberøvelse. På den annen side er det en vesensforskjell på å få bevegelsesfriheten begrenset til et enkelt rom, og et helt hus. I et hus har man flere rom å bevege seg i, som tyder på at intensiteten er av en mindre grad, enn når man kun har et enkelt rom å bevege seg i. Dette taler for at skjerming er en frihetsberøvelse.

Selve arealet er imidlertid ikke av avgjørende betydning. I *Guzzardi mot Italia* ble det konstatert krenkelse av EMK art. 5, fordi han måtte bo på en øy utenfor Sardinia i 16 måneder. Området var 2,5 kvadratkilometer stort. Det var likevel flere betingelser for oppholdet der. Han måtte være hjemme mellom kl. 22 og kl. 07, ble holdt under nesten konstant oppsyn og måtte rapportere seg inn to ganger daglig. I tillegg måtte langdistanse telefonsamtaler forhåndsvarsles. I denne saken var det disse tiltakene samlet sett som utgjorde en frihetsberøvelse.¹⁰⁸

I likhet med *Guzzardi*, må også pasienter som skjermes holdes under oppsyn. Denne overvåkingen gjør at begrensningene i friheten kan føles mer intens, og taler for at skjerming er en frihetsberøvelse. Et viktig poeng i denne sammenhengen, er at under skjerming kan

¹⁰⁶ *Austin and Others mot Storbritannia*, avsnitt 57.

¹⁰⁷ *Luordo mot Italia* [J] 2003, no. 32190/96, avsnitt 92-97.

¹⁰⁸ *Guzzardi mot Italia*, avsnitt 95.

pasienten velge om helsepersonellet skal være til stede i rommet eller ikke. Dette tilsier en lavere grad av intensitet enn den som forelå i Guzzardi sin sak, og taler for at skjerming ikke er en frihetsberøvelse.

Varigheten av inngrepet er også et relevant moment. I *Ulisei Grosu mot Romania* ble det konstatert krenkelse av EMK art. 5 for en bevegelsesbegrensning på 35 minutter.¹⁰⁹ Selv om denne avhandlingen ikke bygger på et konkret faktum, er det likevel et sentralt poeng at frihetsberøvelse ikke ser ut til å ha en nedre tidsgrense.¹¹⁰ Dette betyr at det ikke er avgjørende hvor lenge en pasient blir skjermet.

I den nevnte saken *Munjaz mot Storbritannia*, var pasienten plassert i «seclusion», som til en viss grad kan sammenlignes med skjerming. Ovenfor ble det nevnt at «seclusion» innebærer at personen måtte oppholde seg på sitt eget rom, eller et lignende rom. I tillegg til dette beskrives «seclusion» på denne måten i dommen:

«Staff are always within sight and sound. Meals can be taken in-room or, if the risk permits, on the ward. Secluded patients received regular and frequent visits. Periods are also spent “in association” outside the room, either with staff or other patients, and can last up to several hours. Walks in a secure garden and occupational therapy are also possible.»¹¹¹

Sammenlignet med skjerming, virker «seclusion» å være en friere intervensjon i pasientens bevegelsesfrihet. Skjermede pasienter gis ikke mulighet til å gå turer utendørs, og holdes, som nevnt, tilbake dersom de forsøker å forlate skjermingsrommet. De to intervensjonene er altså ikke fullstendig sammenlignbare, og det må kunne sies at skjerming utgjør et mer intenst inngrep i bevegelsesfriheten enn «seclusion».

På bakgrunn av en helhetsvurdering, må det rettslige utgangspunktet være at skjerming er en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1. Som det har fremgått, er det flere momenter som støtter et slikt utgangspunkt. Det vil imidlertid bero på en konkret helhetsvurdering, og det kan tenkes tilfeller hvor skjerming har en lav grad av intensitet. Det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen, vil likevel være at skjerming er en frihetsberøvelse.

¹⁰⁹ *Ulisei Grosu mot Romania* [J] 2016, no. 60113/12 avsnitt 27 og 29.

¹¹⁰ Se også Storvik (2017) s. 194.

¹¹¹ *Munjaz mot Storbritannia*, avsnitt 31.

3 Rettslige skranker og materielle hjemmelskrav

3.1 Innledning

Det som nå skal vurderes er den andre overordnede problemstillingen, herunder hvilke konstitusjonelle og folkerettslige rettslige skranker som gjelder for adgangen til å anvende skjerming. Rettslige skranker kan betegnes som en begrensning av myndighetenes maktutøvelse. Formålet med dette kapitlet er altså å gi en generell gjennomgang av de rettslige skrankene som er relevante for avhandlingen. Dette danner et grunnlag for den videre behandlingen av de ulike materielle reglene som senere skal undersøkes.

3.2 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet

3.2.1 Hva menes med «grunnlag i lov»?

Ovenfor ble det vist at legalitetsprinsippet Grunnloven § 113 krever at inngrepet har «grunnlag i lov». Spørsmålet er hva dette betyr.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «grunnlag i lov» tilsier at inngrepet må være forankret i en formell lovhjemmel, altså lov fattet som lovvedtak på Stortinget.

En slik forståelse er lagt til grunn i forarbeidene, der det uttales at ordlyden betyr at inngrep overfor den enkelte borger må være «*positivt regulert Stortingets lovgivning eller i forskrift gitt med hjemmel i slik lov.*»¹¹² Dette er også lagt til grunn i rettspraksis og i juridisk teori.¹¹³

At en forskrift er gitt *med hjemmel i slik lov*, innebærer at forskriften og dens bestemmelser må være innenfor rammen av den loven den er vedtatt i medhold av.¹¹⁴ Stortinget har som lovgivende myndighetsorgan mulighet til å vedta en lov med en forskriftshjemmel, altså en lov som gir andre myndighetsorgan kompetanse til å vedta forskrifter.¹¹⁵ Lover som inneholder en forskriftshjemmel, kalles gjerne for delegasjonslover eller fullmaktslover.¹¹⁶ Dersom forskriften ikke er innenfor den gitte rammen, vil forskriften være ugyldig.

¹¹² Dok. nr. 16, s. 247.

¹¹³ Se, Rt. 2014 s. 1105 A, avsnitt 24, HR-2020-1724-A, avsnitt 26 og 27, Skoghøy (2018) s. 55 og Aall (2018) s. 115.

¹¹⁴ Fliflet (2017) s. 295.

¹¹⁵ Fliflet (2017) s. 285-287.

¹¹⁶ Fliflet (2017) s. 287 og s. 295.

Et krav om lovhjemmel bidrar til å ivareta flere hensyn, og sikrer den grunnleggende forutsetningen til en fungerende rettsstat. For det første er myndighetenes maktutøvelse styrt av rettsregler, som forhindrer vilkårlig maktbruk. For det andre sikrer lovkravet forutberegneligheten til borgerne, ved at borgerne har formelle lover å forholde seg til, slik at deres rettsstilling er forutsigbar. Lovkravet bidrar også til å tydeliggjøre folkesuverenitetsprinsippet, som innebærer at lovgivningskompetansen ligger hos den folkevalgte nasjonalforsamlingen.¹¹⁷

3.2.2 Kvalitative hjemmelskrav og lovkravets relativitet

Selv om det foreligger en lovhjemmel, kan det i noen tilfeller være tvil om hva det gis hjemmel til. Det kan være uklarheter med hensyn til hva slags inngrep forvaltningen kan gjøre, eller det kan være tvil om hva forvaltningen kan vedta i en forskrift.

Spørsmålet i det følgende er hvilke kvalitative krav som stilles til en lov- eller forskriftshjemmel for at den skal anses som en *tilstrekkelig hjemmel*. Dette omtales gjerne som legalitetsprinsippets funksjon som tolkningsprinsipp.

Dersom det foreligger tvil om hva loven gir hjemmel til, har Høyesterett i sin praksis innfortolket et krav om at det må tas utgangspunkt i lovens ordlyd.¹¹⁸ Ordlyden er altså den tyngste rettskildedefaktoren og danner rammen for regeltolkningen. Dette gjelder selv om forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn bidrar til å presisere hjemmelens innhold i tråd med alminnelig rettskildelære.¹¹⁹

Den klare rammen må ses i sammenheng med hensynet til borgernes forutberegnelighet som er et viktig hensyn. Lovtekst er den rettskilden som er mest tilgjengelig for borgerne, da lovproposisjoner og andre stortingsdokumenter ikke nødvendigvis er det folk flest søker til, når man skal innhente informasjon om hvilke regler som gjelder og hvilke som ikke gjør det. På denne måten har borgerne en mulighet til å forutberegne sin rettsstilling.

Tvilstilfellene kan imidlertid ikke belage seg på en ordlyd alene. Hva hvis ordlyden er uklar, og det ikke er mulig å legge til grunn en definitiv slutning? I denne forbindelse har Høyesterett oppstilt et krav om presisjon til lovens utforming, som innebærer at

¹¹⁷ Dette ble tydelig poengtert av Høyesterett i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26.

¹¹⁸ Rt. 2014 s. 1281 A, avsnitt 48, HR-2016-2017-A avsnitt 58 og HR-2020-1724-A avsnitt 27. Se også Skoghøy (2018) s. 55.

¹¹⁹ Skoghøy (2018) s. 55.

lovhjemmelen må være så presis som forholdene tillater.¹²⁰ Det skal fremkomme tydelig av hjemmelsgrunnlaget hvilke konkrete beslutninger og handlinger som er tillatt.¹²¹

Klarhetskravet er altså en forutsetning for legalitetsprinsippets effektivitet, og sikrer både forutberegneligheten til borgerne og at forvaltningen ikke gis for mye makt.

Disse kravene begrenser også muligheten til å anvende forskriftshjemler og inngrepsbestemmelser analogisk, eller tolke de utvidende med hjelp av andre rettskildefaktorer.¹²² Å anvende en hjemmel «analogisk» betyr at loven blir brukt i på et tilsvarende tilfelle, som ikke er omfattet av lovteksten.¹²³ «Utvidende tolkning» betyr at anvendelsesområde til en hjemmel gis et videre område, enn det som i utgangspunktet er omfattet av hjemmelen.¹²⁴ Forarbeider, reelle hensyn og andre rettskilder kan således bare anvendes med sikte på såkalt presiserende tolkning.¹²⁵

Kravet om at loven må være presis «så langt forholdene tillater» innebærer at klarhetskravet ikke er en statisk skranke, men heller et relativt krav. Dette poenget kom tydelig frem i Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks-dommen).¹²⁶ Saken gjaldt om Fiskeopprettens Salglaks AS sitt vedtak om avgift ved førstehåndsomsetning var gyldig. På dommens side 537 ble det uttalt at:

«kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket rettsområde en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».

Dette er fulgt opp i senere rettspraksis.¹²⁷

Hvor strenge krav som skal stilles til rettsgrunnlaget vil altså i all hovedsak bero på karakteren av inngrepet. I litteraturen har dette blitt omtalt som jo-jo-jo-regelen, som

¹²⁰ Se Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 249, Rt. 1954 s. 96 s. 104, Rt. 2014 s. 1105 A, avsnitt 30 og HR-2016-2017-A avsnitt 58.

¹²¹ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 249.

¹²² Skoghøy (2018) s. 55.

¹²³ Skoghøy (2018) s. 23.

¹²⁴ Skoghøy (2018) s. 23.

¹²⁵ Se Rt. 2011 s. 1104 avsnitt 22, Rt. 2011 s. 1127 A, avsnitt 32 og Rt. 2014 s. 686 A, avsnitt 20.

¹²⁶ Rt. 1995 s. 530 A.

¹²⁷ Se eksempelvis Rt. 2001 s. 382 og Rt. 2006 s. 1382 A og HR-2016-1833-A avsnitt 17.

innebærer at jo større inngrep som foretas, og jo viktigere rettsgode det gripes inn i, jo strengere krav til hjemmelen.¹²⁸

Hvor strenge krav som stilles til inngrepshjemmelen på helserettens område, har kun vært behandlet av Høyesterett én gang. I Sårstell-dommen gjaldt saken, som nevnt, om sykehjemmet hadde hjemmel til å kunne gjennomføre sårstell og hygienetiltak med tvang.¹²⁹ Dette er den eneste dommen som har behandlet lovkravet på (kommunal) helserettens område per 13.05.21. Dommen hadde dissens 3:2.

Høyesterett fant at det gjaldt et alminnelig krav om lovhjemmel eller rettsgrunnlag etter det alminnelige legalitetsprinsippet.¹³⁰ Det er verdt å merke seg at legalitetsprinsippet ikke var grunnlovsfestet da dommen ble avgitt. Etter en gjennomgang av de relevante hjemmelsgrunnlag, ble det etter hvert klart at ingen av disse ga hjemmel til tvungen helsehjelp, fordi pasienten i saken var samtykkekompetent. Førstvoterende mente likevel at en kumulering av den forvaltningsrettslige vilkårslæren og pasientens potensielle behov for øyeblikkelig hjelp dersom han ble utskrevet, «samlet sett» ga det nødvendige hjemmelsgrunnlaget for tvungen helsehjelp.¹³¹

Annenvoterende mente derimot at det ikke fantes hjemmel for å anvende tvang. Det ble vist til at tvang krever særlig lovhjemmel, og at en slik hjemmel ikke eksisterte i dagjeldende lovgivning.¹³²

Flertallets avgjørelse tilsier på den ene siden at lovkravet har en stor grad av relativitet på helserettens område. I forbindelse med jo-jo-jo-regelen, betyr dette at tvungen helsehjelp ikke er et inngrep som stiller strenge krav til lovens presisjon, og inngrepet behøver heller ikke være regulert i formell lov. I juridisk teori er det tatt til orde for at Sårstell-dommen åpner dørene for at enkelte tvangstiltak kan besluttes uten lovhjemmel og av lovkravet er blitt svekket.¹³³

¹²⁸ Boe (2010) s. 238.

¹²⁹ Rt. 2010 s. 612.

¹³⁰ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 27.

¹³¹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 36.

¹³² Rt. 2010 s. 612 avsnitt 45.

¹³³ Monsen (2013) s. 428 og Kjellevold og Aasen (2011) s. 67.

På den annen side kan det stilles spørsmål ved dommens prejudikatsverdi. Bjørn Henning Østenstad har i sin artikkel spurt om prejudikatverdien av dommen.¹³⁴ Østenstad mener dommen har en lav prejudikatsverdi, fordi det er en dissensdom, avsagt i avdeling.¹³⁵ I tillegg peker han på problematikken ved at flertallet ikke formulerte en fullstendig rettsregel og at flertallet hadde lagt til grunn at anvendelsen av tvang på sykehjem beror på et fritt skjønn, men senere tydet deres drøftelser på de ikke hadde ment det likevel. Østenstad mener videre at Sårstell-dommen ikke kan tas til inntekt for et standpunkt om et mildere lovkrav på helserettens område, på grunn av dommens uklårheter.¹³⁶

Aslak Syse peker også på at Sårstell-dommens prejudikatverdi er snever.¹³⁷ Han skriver i sin artikkel at dommen gjelder en unik og enestående situasjon, og at det kun er slike situasjoner som kan åpne for kommuners mulighet til å stille vilkår for oppholdet. På denne bakgrunn mener Syse at «[d]ommen ikke [er] et første sted på en etisk og rettslig problematisk ‘slippery slope’.»¹³⁸

Både Østenstad og Syse trekker inn flere relevante momenter. Hovedsakelig kan vel problemene med domsavsigelsen sies å ligge på selve kumuleringen av rettsgrunnlag. Høyesterett la selv til grunn at tvungen helsehjelp må ha hjemmel i lov. Det er derfor snodig at en kumulering av rettsgrunnlag utgjorde et tilstrekkelig rettsgrunnlag i denne saken. Som annenvoterende ganske riktig påpeker, er tvang et forhold som krever særlig hjemmel.¹³⁹ Dette standpunktet er også lagt til i juridisk teori som omhandler tvangstiltak.¹⁴⁰

Videre er det grunn til å legge til, at selv om rettskildeprinsippene har sin forankring i Høyesteretts praksis, betyr ikke det at alle rettsavgjørelsene automatisk vil ha prejudikatverdi.¹⁴¹ I tillegg til dette, ble dommen avsagt i 2010 og som kjent ble grunnloven revidert i 2014 hvor blant annet det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet ble synliggjort. Når det i forarbeidene blir presisert at lovkravet skal være en reell skranke, kan det ikke utelukkes at avgjørelsen i Sårstell-dommen hadde vært en annen, dersom den ble avsagt etter

¹³⁴ Østenstad (2014).

¹³⁵ Østenstad (2014) s. 500.

¹³⁶ Østenstad (2014) s. 500.

¹³⁷ Syse (2011).

¹³⁸ Syse (2011) s. 637.

¹³⁹ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 45.

¹⁴⁰ Se, eksempelvis Kjønstad mfl. (2018) s. 451-452, Befring (red.) mfl. (2019) s. 159 og Befring mfl. (2016) s. 201.

¹⁴¹ Skoghøy (2018) s. 19 og Boe (cop. 2010) s. 306-309.

2014. I tillegg bærer nyere rettspraksis bud om en strengere håndhevelse av lovkravet etter grunnlovsrevisjonen.¹⁴²

Hvorvidt lovkravet er så relativt som flertallet mener i Sårstell-dommen, vil tiden vise. Det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen, er at domsavsigelsen ikke er avgjørende for lovkravets styrke på helserettens område. Dette betyr at det rettslige utgangspunktet vil være at skjerming må ha hjemmel i formell lov eller forskrift gitt i medhold av slik lov, og at loven må så presis som forholdene tillater.

Legalitetsprinsippets klarhetskrav kan med dette deles i to hovedelementer. For det første er klarhetskravet et vektmoment i avveiningen mellom ordlyd og andre rettskildefaktorer som benyttes i den konkrete tolkningen av rettsgrunnlaget. Det settes altså en skranke for hvor langt det enkelte rettsgrunnlag kan strekkes med hensyn til hva som kan utledes av bestemmelsen. For det andre setter legalitetsprinsippet føringer på et lovgivernivå, ved å kreve at den kompetanse som skal tildeles forvaltningen kommer til uttrykk på en tydelig måte.

3.3 Menneskerettslige skranker

3.3.1 Lovkravet

Det følger av Grl. § 94 at frihetsberøvelse kun er tillat i «lovbestemte tilfeller». En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at det må foreligge en formell lovhjemmel, i likhet med det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.

I forarbeidene til Grl. § 94 gis det ingen veiledning om lovkravets innhold, annet enn at det foreligger et lovkrav.¹⁴³ I merknadene til Grl. § 113 uttales det imidlertid at:

«Det særlige lovkravet på strafferettens område og for annen frihetsberøvelse vil utvalget imidlertid foreslå uttrykkelig videreført i egne bestemmelser i Grunnloven.»¹⁴⁴

Begrunnelsen for videreføringen av «det særlige lovkravet» var at lovkravet på strafferettens område og for annen frihetsberøvelse tradisjonelt har «vært forstått strengere enn

¹⁴² Se Rt. 2014 s. 1105.

¹⁴³ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 116, jf. Innst. 186 S (2012 – 2012) s. 23.

¹⁴⁴ Dok. nr. 16 s. 250.

legalitetsprinsippet for øvrig».¹⁴⁵ Det henvises til forarbeidenes kapittel 22 om frihetsberøvelse, hvor dette lovkravet skal forklares nærmere, men det gis ingen videre henvisninger om den strengere forståelsen i dette kapitlet, ei heller noen spesifikk redegjørelse.

Uttalelsen kan tolkes på to ulike måter. For det første kan det siktes til presisjonskravet, og at dette vil være strengere i spørsmålet om frihetsberøvelse, slik at det forvaltningsrettslige lovkravets relativitet ikke kan påberopes. For det andre kan det siktes til et strengere krav til eksistensen av en formell lovhjemmel. Dette vil i så fall utelukke forskrift med hjemmel i lov, som en tilstrekkelig hjemmel for frihetsberøvelse. Det fremstår imidlertid som uklart, hva det «særlige» lovkravet innebærer.

Det må derfor søkes veiledning i andre rettskilder. Som nevnt har foreløpig GrL. § 94 første ledd ikke vært behandlet av Høyesterett, men i en dom avgitt av Borgarting lagmannsrett ble lovkravet etter GrL. § 94 og EMK art. 5 vurdert.¹⁴⁶

Spørsmålet i saken var om det var lovlig å fengsle en utenlandsk familie med barn under 15 år. Familien hadde ikke etterkommet pålegg om å forlate Norge og var blitt pågrepet med sikte på uttransportering. Det ble blant annet anført at frihetsberøvelsen ikke hadde hjemmel i lov. I sammendraget av domsslutningen uttalte retten:

*«Lagmannsretten er for det første kommet til at utlendingsloven gir tilstrekkelig klar hjemmel for å fengsle utenlandske barn under 15 sammen med foreldrene sine, slik at lovkravet etter Grunnloven § 94 første ledd første punktum og EMK art. 5 nr. 1 ikke er krenket».*¹⁴⁷

Uttalelsen gir anvisning på at lovkravet etter GrL. § 94 må tolkes i lys av EMK art. 5 nr. 1. En slik tolkningsstil er i tråd med forarbeidene til grunnlovsrevisjonen generelt sett, og Høyesteretts praksis.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 250.

¹⁴⁶ LB-2016-8370.

¹⁴⁷ LB-2016-8370, punkt 51. (sidetall er ikke oppgitt).

¹⁴⁸ Se punkt 1.5.

I litteraturen er det også lagt til grunn at grunnlovsbestemmelser som er utformet etter mønster fra EMK, vil ha samme innhold som konvensjonsbestemmelsen.¹⁴⁹ I denne forbindelse uttales det:

«Inngrep trenger ikke hjemmel i formell lov vedtatt på Stortinget, men må ha hjemmel i allment tilgjengelige rettsregler og være så presise som forholdene tillater, [...]»¹⁵⁰

Dette bærer bud om at lovkravet i Grl. § 94 og EMK art. 5 vil ha samme innhold.

Andre derimot, mener at lovkravet i øvrige konstitusjonelle menneskerettsbestemmelser er en forankring av en overordnet norm. Dette standpunktet formuleres slik:

«For norsk retts vedkommende følger kravet om lovhjemmel ved inngrep i borgerens rettssfære av legalitetsprinsippet, som nå er kodifisert ved Grl. § 113, i enkelte tilfeller også av andre grunnlovsbestemmelser, se for eksempel §§ 96, 97 og 94.»¹⁵¹ Videre sies det at: «Etter Grunnloven § 94 første punktum kan «Ingen ... berøves friheten ... uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som loven foreskriver. Her er altså legalitetsprinsippet fastslått i grunnlovs form. Dette er selvsagt betryggende, selv om det samme jo følger av Grunnloven § 113.»¹⁵²

Det som kan utledes av Aalls standpunkt er at legalitetsprinsippet i Grl. § 113 er en overordnet norm som kommer til uttrykk i flere av grunnlovens bestemmelser, og at normen har samme innhold selv om den er forankret i ulike bestemmelser. Et slikt resonnement harmonerer imidlertid i liten grad med overnevnte forarbeider og Høyesterettspraksis, herunder at grunnloven må tolkes i lys av EMK.¹⁵³

Hvorvidt lovkravet etter Grl. § 94 har et særlig innhold, slik forarbeidene gir anvisning på, fremstår som uklart. Både de generelle uttalelsene i grunnlovsrevisjonens forarbeider, og Høyesteretts praksis tyder på at grunnlovens menneskerettsbestemmelser må forstås i lys av sine folkerettslige forbilder. Mangelen på klare holdepunkter i forarbeider og juridisk teori, tilsier at den relevante rettskilden for tolkningen av lovkravet i Grl. § 94 er EMK art. 5 nr. 1.

¹⁴⁹ Skoghøy (2018) s. 58.

¹⁵⁰ Skoghøy (2018) s. 58.

¹⁵¹ Aall (2018) s. 115.

¹⁵² Aall (2018) s. 365.

¹⁵³ Det reiser likevel spørsmålet om forholdet mellom de ulike lovkravene. Nærmere om dette i punkt 3.3.7.

I EMK art. 5 nr. 1 heter det at:

«No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with procedure prescribed by law».

I artikkelens bokstaver a-f er det ført en uttømmende liste over hvilke situasjoner en frihetsberøvelse kan gjennomføres. Til de enkelte situasjoner er det inntatt et vilkår om at frihetsberøvelsen må være «*lawful*». Det er her kravet om legalitet kommer frem.¹⁵⁴

Lovkravet etter EMK art. 5 nr. 1, innebærer at frihetsberøvelsen må ha grunnlag i nasjonal lovgivning.¹⁵⁵ Lovkravet er ikke begrenset til nasjonalt vedtatte lover, men omfatter også internasjonale konvensjoner og ulovfestet rett, i den utstrekning slike rettsgrunnlag anvendes i det nasjonale rettssystem og er relevante i vurderingen av hvorvidt det foreligger en frihetsberøvelse.¹⁵⁶ Dette henger sammen med at organiseringen av lovgivningsmyndighet varierer fra stat til stat.¹⁵⁷ For at EMKs lovkrav skal favne alle de ulike lovgivningsmetodene, kan den ikke være begrenset til én lovgivningsform.

Selv om det skulle foreligge hjemmel til frihetsberøvelse etter nasjonal rett, vil ikke dette nødvendigvis tilsi at lovkravet er oppfylt. EMD har i sin rettspraksis fastslått at det også stilles krav til hjemmelens tilgjengelighet, klarhet og presisjon.¹⁵⁸ Man spør gjerne om rettsgrunnlagets kvalitet er tilstrekkelig for å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse, som avklares ved å vurdere disse materielle hjemmelskravene.¹⁵⁹

Tilgjengelighetskravet innebærer at hjemmelen for frihetsberøvelse må være tilgjengelig for borgerne.¹⁶⁰ Klarhets- og presisjonskravet innebærer at hjemmelen skal være tilstrekkelig presis for at borgerens forutberegnelighet og forutsigbarhet blir ivaretatt.¹⁶¹ For å imøtekomme EMK art. 5 sin standard om lovlighet, er det essensielt at vilkårene for frihetsberøvelse er tydelig definert i lovteksten og at lovanvendelsen er forutsigbar.¹⁶²

¹⁵⁴ Kjølbro (2010) s. 277, Harris mfl. (2014) s. 301 og Rainey mfl. (2014) s. 217.

¹⁵⁵ Se *Amuur mot Frankrike*, avn. 53.

¹⁵⁶ Se, *Medvedyev mfl. mot Frankrike* [GC] 2010, no. 3394/03, avsnitt 82. Se også Kjølbro (2010) s. 278.

¹⁵⁷ Skoghøy (2018) s. 57.

¹⁵⁸ Se eksempelvis *Amuur mot Frankrike*, avsnitt 50. Se også Kjølbro (2010) s. 278 og Harris mfl. (2014) s. 301.

¹⁵⁹ Kjølbro (2010) s. 278 og Harris mfl. (2014) s. 301-304.

¹⁶⁰ Kjølbro (2010) s. 278-279.

¹⁶¹ *Steel m.fl. mot Storbritannia* [J] 1998, no. 24838/94, avsnitt 54. Se også Kjølbro (2010) s. 279.

¹⁶² Dette ble uttrykkelig uttalt av EMD i *Medvedyev m.fl. mot Frankrike* i avsnitt 80.

Det vil imidlertid være rom for fleksibilitet. Dette har sammenheng med at det ikke vil være nødvendig for lovgiver å ramse opp alle tenkelige scenarioer som vil være omfattet av én ordlyd.¹⁶³ Det avgjørende er likevel om rettsgrunnlaget er tilstrekkelig presis, for å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse.

3.3.2 Vilkåret om en lovskrevet fremgangsmåte

Av Grunnloven § 94 følger det er krav om at frihetsberøvelsen må skje «*på en måte som loven foreskriver.*» En naturlig språklig forståelse er at lovteksten må inneholde nærmere vilkår om hvordan frihetsberøvelsen skal gjennomføres, altså er krav om prosessuelle regler.

Dette vilkåret er ikke nærmere gjort rede for i forarbeidene.¹⁶⁴ Det er også lite veiledning i rettspraksis og teori, og det må derfor tas utgangspunkt i EMK art. 5.

Etter EMK art. 5 nr. 1 skal frihetsberøvelse være «*in accordance with procedure prescribed by law*». I menneskerettsdomstolens praksis er det fastslått at det nasjonale hjemmelsgrunnlaget må inneholde en nærmere beskrivelse av hvilke betingelser som må være oppfylt for at en frihetsberøvelse skal finne sted.¹⁶⁵

Det er således ikke tilstrekkelig at hjemmelsgrunnlaget åpner for at frihetsberøvelse kan finne sted. Det må også foreligge nærmere vilkår som beskriver hvilke betingelser som må være oppfylt. Vilkalet kan best beskrives med et konkret eksempel:

I *Rakevich* var klageren en kvinne som påstod at hun var blitt plassert på en psykiatrisk institusjon mot hennes vilje og i strid med EMK art. 5 nr. 1. I henhold til russisk rett, må en dommer innvilge eller nekte slik frihetsberøvelse senest fem dager etter sykehusets anmodning. I dette tilfelle ble anmodningen vurdert av en dommer etter tretti dager, og det ble derfor konstatert brudd på EMK art. 5 fordi den lovskrevne fremgangsmåten ikke var overholdt.¹⁶⁶

Avgjørelsen viser at vilkåret er selvstendig og kan i seg selv medføre konvensjonsbrudd.

¹⁶³ Se eksempelvis *Steel mfl. mot Storbritannia*, avsnitt 76-78. Det var imidlertid delvis dissens på dette punkt av dommerne Valticos og Makarczyk.

¹⁶⁴ Se Dok. nr. 16 (2011 – 2012) s. 116 flg.

¹⁶⁵ Kjølbrot (2010) s. 279.

¹⁶⁶ Se *Rakevich mot Russland* [J] 2003, no. 58973/00, avsnitt 35.

3.3.3 «Persons of unsound mind» og Winterwerp-kriteriene

Etter Grl. § 94 må frihetsberøvelsen være både nødvendig og ikke uforholdsmessig.¹⁶⁷

Vilkårene gir anvisning på i hvilke tilfeller en frihetsberøvelse kan skje. EMK art. 5 nr. 1 har en annerledes utforming, og det kan ikke utledes slike vilkår av konvensjonsbestemmelsens ordlyd.

EMK art. 5 nr. 1 inneholder imidlertid en uttømmende liste over hvilke situasjoner en frihetsberøvelse vil være legitim, og vilkårene om nødvendighet og forholdsmessighet er innfortolket i de enkelte situasjoner.¹⁶⁸ I forarbeidene til Grl. § 94 er det lagt til grunn at:

«Det er i tillegg liten sannsynlighet for at man i Norge vil anse det som aktuelt å berøve noen frihet i situasjoner som ikke faller inn under EMK artikkel 5 nr. 1. Utvalget finner det derfor ikke nødvendig eller ønskelig å liste opp i Grunnloven de situasjoner hvor lovgivningen kan gi adgang til frihetsberøvelse.»¹⁶⁹

Selv om grunnlovsbestemmelsen har en annen retts teknisk utforming, er det altså slik at vilkårene «nødvendig» og «ikke uforholdsmessig» må forstås i lys av den uttømmende listen i EMK art. 5 nr. 1.

I forbindelse med denne avhandlingen, er det EMK art. 5 nr. 1 bokstav e som er relevant. Her heter det at «persons of unsound mind» kan frihetsberøves. EMD har i sin praksis innfortolket tre kriterier som må være oppfylt i ordlyden «persons of unsound mind».¹⁷⁰

For det første må det kunne vises til – på en pålitelig måte – at personen er «of unsound mind», herunder at det foreligger en beslutning av en kompetent maktinstans på bakgrunn av objektiv medisinsk ekspertise. For det andre må tilstanden være av en slik art og omfang slik at den nødvendiggjør frihetsberøvelsen. For det tredje må frihetsberøvelsen ikke opprettholdes, med mindre tilstanden er av vedvarende karakter. Disse kriteriene er fulgt opp i EMDs praksis og er således gjeldende rett.¹⁷¹

¹⁶⁷ Se punkt 2.7.

¹⁶⁸ Listen fremgår av EMK art. 5 nr. 1 bokstavene a-f.

¹⁶⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 116.

¹⁷⁰ Se *Winterwerp mot Nederland* [J] 1979, no. 6301/73, avsnitt 39.

¹⁷¹ Se bl.a. *Luberti mot Italia* [J] 1984, no. 9019/80, avsnitt 27, *Johnson mot Storbritannia* [J] 1997, no. 22520/93, avsnitt 60 og *H.L. mot Storbritannia* [J] 1998, no. 45508/99, avsnitt 98.

Kriteriene viser at frihetsberøvelse krever oppfyllelse av tre vilkår: «person of unsound mind», nødvendighet og forholdsmessighet.¹⁷²

3.3.4 Oppfyller en person med demens «unsound mind»-kriteriet?

For at en pasient med demens skal kunne skjermes, må altså selve sinnstilstanden være omfattet av ordlyden «unsound mind». «Unsound mind» er et autonomt begrep.¹⁷³ Dette innebærer at EMD tolker det uavhengig av hvordan det forstås i nasjonal rett. Det som nå skal vurderes er om demenssykdom er omfattet av «unsound mind»-kriteriet.

I kommisjonsavgjørelsen *X mot Den føderale republikken Tyskland* ble det lagt til grunn at «unsound mind»-kriteriet ikke er begrenset til psykiatrien.¹⁷⁴ Domstolen mente at kriteriet må tillegges en vid betydning som blant annet inkluderer unormale personlighetstrekk, som ikke tilsvarer en psykisk lidelse. Domstolen formulerte seg slik:

«It is true that according to the medical opinion submitted by him the applicant does not seem to be mentally ill. However, the notion "unsound mind" within the meaning of Article 5(1) (e) must be understood in a wider sense comprising also abnormal personality traits which do not amount to mental illness.»¹⁷⁵

I avgjørelsen *X mot Nederland* ble en person som var «suffering from a defective development or morbid disturbance of his mental faculties» ansett å være omfattet av «unsound mind»-begrepet.¹⁷⁶ Uttalelsen viser at det ikke er diagnosen som er avgjørende, men hvorvidt det foreligger en unormal mental tilstand.¹⁷⁷

I saken *Winterwerp mot Nederland* ble det gitt utsagn som direkte knyttet seg til forståelsen av begrepet, men disse var vage og generelle. Det ble uttalt at:

«This term is not one that can be given a definitive interpretation: as was pointed out by the Commission, the Government and the applicant, it is a term whose meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society's attitude to mental illness changes, in particular

¹⁷² Kjølbro (2010) s. 299-230.

¹⁷³ *Inseher mot Tyskland* [GC] 2018 no. 10211/12 og no. 27505/14, avsnitt 127.

¹⁷⁴ *X mot Den føderale republikken Tyskland*, 12. juni 1976, no. 7493/76. Publisert i D.R. 6, s. 182-183.

¹⁷⁵ Se *X mot Den føderale republikken Tyskland*, s. 182.

¹⁷⁶ Se *X mot Nederland*, 5. desember 1978, no. 6852/74, s. 7. Publisert i D.R. 15, s. 5-14.

¹⁷⁷ Se, Østenstad (2011) s. 452.

so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread.»¹⁷⁸

Her peker EMD på begrepets dynamiske utvikling innenfor psykiatrien, og standpunktet i *X mot Den føderale republikken Tyskland* kan dermed se ut til å være forlatt, slik at begrepet er forbeholdt psykiatrien. Dersom en slik forståelse skal legges til grunn, reiser dette spørsmålet om demens er en sinnstilstand som er omfattet av sykdomsvilkåret i psykisk helsevernloven, fordi denne loven regulerer behandling av psykiske sykdommer.¹⁷⁹

EMD peker imidlertid også på at samfunnets holdning til psykiske lidelser endrer seg, særlig med tanke på en mer utbredt forståelse av problemene til psykiatriske pasienter. Uttalelsen viser at hva som er, og ikke er, en psykisk lidelse endrer seg over tid. Derfor må «unsound mind»-kriteriet ses med dagens øyne. Med en slik forståelse blir det likevel et spørsmål om demens er å anse som en «mental illness».

Videre har EMD fastslått at «unsound mind»-kriteriet ikke kan anvendes overfor personer som har en avvikende atferd og synspunkter som strider mot de sosiale normer majoriteten i samfunnet har.¹⁸⁰ I denne forbindelse har EMD uttalt at det må foreligge «a true mental disorder».¹⁸¹ Dette må anses som en presisering av «unsound mind»-begrepet.¹⁸² Uttalelsen gir anvisning på at det må foreligge en medisinsk anerkjent diagnose, og at det ikke er tilstrekkelig med en unormal sinnstilstand, slik saken var i *X mot Nederland*.

Domstolen har også fastslått at tilstanden ikke behøver å være mottakelig for behandling, for å være omfattet av «unsound mind»-kriteriet.¹⁸³

Saken *Haidn mot Tyskland* er særlig relevant for spørsmålet om personer med demens er omfattet av kriteriet. I denne saken var Haidn blitt ilagt fengselsstraff på tre og et halvt år, etter å ha blitt dømt for voldtekt. Tre dager før soningstiden var over, besluttet domstolen som var ansvarlig for fullbyrdelsen av fengselstraffen, at han skulle fengsles i såkalt «forebyggende fengsel» på ubestemt tid. Denne beslutningen var i tråd med en nylig innført

¹⁷⁸ *Winterwerp*, avsnitt 37.

¹⁷⁹ Herunder at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse», jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 3.

¹⁸⁰ *Winterwerp*, avsnitt 37.

¹⁸¹ *Winterwerp*, avsnitt 39. Se også *Inseher mot Tyskland*, avsnitt 127, *Haidn mot Tyskland* [J] 2011, no. 6587/04 avsnitt 91.

¹⁸² Østenstad (2011) s. 452.

¹⁸³ *Hutchison Reid mot Storbritannia* [J], 2003, no. 50272/99, avs. 52.

nasjonal lov om farlige lovbrytere, og på bakgrunn av psykiatriske rapporter ble han vurdert å være en alvorlig risiko for andre. Søkeren ble holdt i forebyggende fengsel i ca. 3 måneder, før han ble innlagt på en psykiatrisk enhet.

Tyskland hevdet på sin side at innleggelsen på psykiatrisk enhet var i tråd med EMK art. 5 nr. 1 bokstav e, fordi det var bevist at klageren led av en psykisk sykdom, herunder demens.¹⁸⁴

I vurderingen av om innleggelsen var lovlig, la Domstolen til grunn at det var objektiv medisinsk ekspertise som viste at klagen led av en personlighetsforstyrrelse.¹⁸⁵ Domstolen var imidlertid ikke overbevist at sinnstilstanden ble vurdert med hensyn til EMK art. 5 nr. 1 bokstav e. Dessuten var det tvil med hensyn til:

«that such a mental disorder could have been “established before a competent authority” under German law, as the courts dealing with the execution of sentences in the present case were not called upon to examine under the Bavarian (Dangerous Offenders’) Placement Act whether the applicant was to be detained as a mentally ill person, but had to determine whether the applicant represented a particular danger to the public, irrespective of his mental health.»¹⁸⁶

Konsekvensen av dette var at det ikke kunne holdes for sikkert, at den medisinske ekspertisen skulle fastslå om klageren led av en «true mental disorder» i lys av konvensjonsbestemmelsen, men snarere om han utgjorde en alvorlig risiko for andre, uavhengig av hans mentale tilstand.¹⁸⁷ Frihetsberøvelsen kunne derfor ikke sies å være i tråd med konvensjonsbestemmelsen, og det ble konstatert konvensjonsbrudd.

Det er imidlertid problematisk at det ble konkludert med konvensjonsbrudd, fordi det kan tilsi at demens ikke er omfattet av «unsound mind»-kriteriet. Det må likevel fremheves at konklusjonen hadde sammenheng med Tyskland sin fremgangsmåte, herunder at sinnstilstanden ble fastslått med sikte på fengsling, og ikke innleggelse på psykiatrisk enhet. Som EMD selv uttaler, var det objektiv medisinsk ekspertise som beviste at Haidn hadde en «true mental disorder», men vurderingen knyttet seg til «feil» frihetsberøvelse. Dette er et

¹⁸⁴ *Haidn mot Tyskland*, avsnitt 69.

¹⁸⁵ *Haidn mot Tyskland*, avsnitt 92.

¹⁸⁶ *Haidn mot Tyskland*, avsnitt 93.

¹⁸⁷ *Haidn mot Tyskland*, avsnitt 93.

selvstendig vilkår (lovskreven fremgangsmåte), og har ingen sammenheng med hvorvidt det faktisk foreligger en «mental disorder». Dette tilsier at demens er omfattet av kriteriet.

Som nevnt ovenfor må også psykiatri ses med dagens øyne, og har det vært en utvikling med hensyn til hvilke sykdommer som er «psykiske». I denne forbindelse er det tatt til orde for at Verdens helseorganisasjons internasjonale statistiske klassifikasjon av sykdommer (ICD) og American Psychiatric Association sin diagnostiserende og statistiske manual over sykdommer (DSM), vil være en generell retningslinje for hvilke tilstander EMD sannsynligvis vil erkjenne som «true mental disorders».¹⁸⁸

Verdens Helseorganisasjon definerer «mental disorder» som psykiske lidelser med forskjellige presentasjoner, som generelt sett er preget av «en kombinasjon av unormale tanker, oppfatninger, følelser, oppførsel og forhold til andre».¹⁸⁹ Ifølge deres definisjon er demens omfattet. Det samme er lagt til grunn i litteratur om alderspsykiatri.¹⁹⁰

Bjørn Henning Østenstad mener at demens faller innenfor «unsound mind»-begrepet, særlig med henblikk på «mental disorder» som en presisering av begrepet.¹⁹¹ Det gis imidlertid ingen spesifikk begrunnelse for denne påstanden.¹⁹² Han peker også på at oppfyllelsen av kriteriet beror på tilstandens alvorlighet, ved å vise til følgende uttalelse fra EMD i *Winterwerp mot Nederland*:

«The very nature of what has to be established before the competent national authority - that is, a true mental disorder - calls for objective medical expertise. Further, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement.»¹⁹³

Slik jeg ser det, kan ikke uttalelsen tolkes dithen at sinnstilstandens alvorlighetsgrad har sammenheng med spørsmålet om «unsound mind»-kriteriet er oppfylt. Som det ble redegjort for ovenfor, inngår sinnstilstandens art eller omfang i nødvendighetsvurderingen og er et selvstendig vilkår for frihetsberøvelse.

¹⁸⁸ Bartlett mfl. (2007) s. 43.

¹⁸⁹ World Health Organization, "Mental disorders" (2019) URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>. (lest 16. mai 2021).

¹⁹⁰ Engedal og Tveito (2019) s. 360 flg.

¹⁹¹ Østenstad (2011) s. 452.

¹⁹² Se, Østenstad (2011) s. 452.

¹⁹³ Se, *Winterwerp mot Nederland*, avsnitt 39. Se også Østenstad (2011) s. 452 og 215-217.

Kjønstad, Syse og Kjelland mener at «unsound mind» er sammenfallende med strafferettslig utilregnelighet.¹⁹⁴ Etter straffelovens § 20 annet ledd vil en person være utilregnelig derom han eller hun på handlingstidspunktet har en a) sterkt avvikende sinnstilstand, b) sterk bevissthetsforstyrrelse eller c) høygradig psykisk utviklingshemming. I straffelovens forarbeider ble det lagt til grunn at demens faller inn under det medisinske psykosebegrepet og vil dermed være utilregnelig dersom symptomene var betydelige.¹⁹⁵

Om det er strafferettslig utilregnelighet, medisinske definisjoner, eller andre innfallsvinkler som skal legges til grunn er vanskelig å avgjøre. Uansett hvilken innfallsvinkel man velger, ser det ut til at demens vil være omfattet. Det er likevel opp til EMD å avgjøre dette spørsmålet. Saken *Haidn mot Tyskland* peker likevel klart i retning av at demens er omfattet av kriteriet.

På denne bakgrunn legges det til grunn at demens er omfattet av «unsound mind»-kriteriet, og følgelig kan en person med demens skjermes dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.

3.3.5 Nødvendighetsvilkåret

Selv om det foreligger både lovhjemmel og tilstanden er omfattet av «unsound mind»-kriteriet, er dette ikke tilstrekkelig for å frarøve noens frihet. Inngrepet må også være nødvendig.

Nødvendighetskravet innebærer at tilstanden må være av en slik art eller omfang at den nødvendiggjør frihetsberøvelsen. Dette betyr at det må være bevist at frihetsberøvelsen var nødvendig i det enkelte tilfelle.¹⁹⁶

Spørsmålet som nå skal vurderes, er om hensynet til medpasienter er omfattet av nødvendighetsvilkåret. Det må også stilles spørsmål om hvilken situasjon som kan legitimere skjerming, herunder om det må foreligge en nødssituasjon.

¹⁹⁴ Kjønstad, mfl. (2018) s. 468.

¹⁹⁵ NOU 2014: 10 s 129, jf. Prop. 154 L (2016 – 2017) s. 76

¹⁹⁶ *Varbanov mot Bulgaria* [J], 2000, no. 31365/96, avsnitt 46.

EMD har i sin praksis utformet en nødvendighetstest.¹⁹⁷ I forbindelse med nødvendighetsvilkåret i vurderingen av «persons of unsound mind», var det først i saken *Hutchison Reid mot Storbritannia*, at dette ble vurdert.

I denne saken slo Domstolen fast at frihetsberøvelsen kan være nødvendig av hensyn til personens behandling eller dersom personen må holder under oppsyn og kontroll, for eksempel for å forhindre personen i å skade seg selv eller andre. Domstolen formulerte det slik:

*«Such confinement may be necessary not only where a person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or allivate his condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him, for example, causing harm to himself or other persons».*¹⁹⁸

Uttalelsen tilsier at nødvendighetsvilkåret vil være oppfylt dersom det er nødvendig for å forhindre skade på andre. Det er imidlertid vært å merke seg, at dette hensynet oppstilles som et eksempel, og ikke som en absolutt skranke. Rettsregelen er fulgt opp i flere rettsavgjørelser.¹⁹⁹ I disse sakene var fare-momentet aktuelt, fordi det var anført av partene at frihetsberøvelsen var nødvendig for å beskytte andre mot skade. Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget om de overnevnte hensyn er de eneste som legitimerer skjerming. Per 16.05.2021 har Domstolen ikke hatt en sak som omhandler frihetsberøvelse hvor det ikke forelå en fare for andre, og det må derfor sies å være et uavklart spørsmål om dette hensynet er omfattet. Ettersom fareisiko for andre er et *eksempel* på når frihetsberøvelsen vil være nødvendig, kan det ikke utelukkes at også andre hensyn vil være omfattet.

I *Stanev mot Bulgaria* ble imidlertid lagt føringer for hva slags atferd som skal til, for at nødvendighetsvilkåret er oppfylt.²⁰⁰ I denne saken ble det fastslått at frihetsberøvelsen ikke var nødvendig i henhold til EMK art. 5 nr. 1 bokstav e, fordi det ikke var tilstrekkelig dokumentert at klageren utgjorde en fare for seg selv eller andre.²⁰¹ Det ble særlig vist til at

¹⁹⁷ Harris m.fl, s. 325.

¹⁹⁸ *Hutchison Reid mot Storbritannia*, avsnitt. 52.

¹⁹⁹ Se eksempelvis *Stanev mot Bulgaria* [GC], 2012, no. 36760/06, avsnitt 157 og *Radu mot Tyskland* [J], 2013, no. 20084/07 avsnitt 91.

²⁰⁰ *Stanev mot Bulgaria*, avsnitt 157.

²⁰¹ *Stanev mot Bulgaria*, avsnitt 157.

nødvendigheten av tiltaket beror på «*the seriousness of the person's condition in the interests of ensuring his or her own protection or that of others.*»²⁰²

For at frihetsberøvelsen skal være nødvendig, må det altså foretas en vurdering av pasientens tilstand. Den må være av en viss alvorlighetsgrad for at vilkåret skal være oppfylt.

Nødvendighetskravet ble ytterligere presisert i *Pleso mot Ungarn*.²⁰³

*«the Court stresses that involuntary hospitalisation may indeed be used only as a last resort for want of a less invasive alternative, and only if it carries true health benefits without imposing a disproportionate burden on the person concerned.»*²⁰⁴

Selv om denne saken gjaldt tvangsinnleggelse på sykehus, legger den viktige føringer med hensyn til terskelen for frihetsberøvelse, og dermed også skjerming. Uttalelsen gir anvisning på to konkrete vilkår som må være oppfylt: For det første må frihetsberøvelsen være siste utvei, ved at mildere tiltak har vært forsøkt. For det andre må det kunne påvises faktiske helsefordeler som står i forhold til ulempene ved frihetsberøvelsen. Sistnevnte har liten relevans i forbindelse med skjerming av hensyn medpasienter, fordi det ikke er den utagerende pasientens helsebehov som står i fokus. Avgjørelsen gir likevel anvisning på at andre tiltak må ha vært forsøkt, og at det må foreligge en forholdsmessighet ved tiltak. I denne saken var ikke fare-alternativet relevant, og det ble lagt avgjørende vekt på manglende forsøk på mindre inngripende tiltak.²⁰⁵

På denne bakgrunn kan det sies å foreligge flere krav til at skjermingen skal være legitim. For det første må nødvendigheten av skjermingen ta utgangspunkt i pasientens tilstand, hvorav det må foreligge en viss alvorlighetsgrad for at skjermingen skal være legitimert. For det andre skal skjerming være siste utvei. For det tredje kan det være nødvendig dersom det foreligger en fare for andre, men det kan ikke utelukkes at også andre hensyn er omfattet. Rettstilstanden på dette punkt er uavklart. Ettersom det ikke foreligger holdepunkter for noe annet, må det rettslige utgangspunktet være at skjerming vil være legitimt utenfor nødssituasjoner.

²⁰² *Stanev mot Bulgaria*, avsnitt 157.

²⁰³ *Pleso mot Ungarn* [J], 2012, no. 41242/08.

²⁰⁴ *Pleso mot Ungarn*, avsnitt 66.

²⁰⁵ *Pleso mot Ungarn*, avsnitt 67.

3.3.6 Forholdsmessighetsvilkåret

Det tredje og siste kriteriet er kravet om inngrepets forholdsmessighet.

Forholdsmessighetskravet innebærer at sinnstilstanden må vedvare gjennom hele frihetsberøvelsesperioden. Det vil ikke være grunnlag til frihetsberøvelse så fort nødvendigheten faller bort.²⁰⁶ Dette utgjør en svært viktig rettssikkerhetsgaranti for vedkommende.

Enkelte praktiske problemstillinger vil imidlertid kunne forekomme i forbindelse med dette kriteriet. Av og til vil det være vanskelig å fastslå om personens sinnstilstand har avtatt. Derfor har EMK akseptert at hensynet til det bredere samfunn kan veie tyngre enn den frihetsberøvedes rett til umiddelbar og ubetinget frigjøring.²⁰⁷

Slik var tilfellet i *Luberti mot Italia*. I denne saken forelå det klare medisinske holdepunkter om at vedkommende var friskmeldt, men det ble likevel ansett som forsvarlig å erkjenne myndighetene mer tid for å vurdere om vedkommende kunne løslates.²⁰⁸

Et slikt hensyn vil neppe være relevant for kasusen skjerming av personer med demens. I et slikt tilfelle vil det ikke være et spørsmål om pasienten er friskmeldt, men om den utagerende atferden har avtatt. EMDs avgjørelse viser likevel at dersom nødvendigheten av tiltaket faller bort, må også frihetsberøvelsen opphøre.

Dette tilsier at dersom pasientens utagerende atferd har avtatt, vil det ikke lenger være grunn til å skjerme pasienten, og det ville vært uforholdsmessig å opprettholde skjermingen.

3.3.7 Forholdet mellom lovkravet i Grl. § 94 og § 113

Grl. § 113 oppstiller et lovkrav for myndighetenes inngrep. Et lovkrav følger også av Grl. § 94 og EMK art. 5. Etersom skjerming er et inngrep etter alle bestemmelsene, reiser dette spørsmålet om forholdet mellom dem. Spørsmålet er om det gjelder et dobbelt lovkrav, eller om de skal harmoniseres. Dersom det er forskjeller i lovkravene, vil det være naturlig å tale om et dobbelt lovkrav.

²⁰⁶ Harris m.fl., s. 324.

²⁰⁷ Harris m.fl. s. 324.

²⁰⁸ *Luberti mot Italia*, avsnitt 29.

Lovkravet i Grl. § 113 inneholder både formelle og materielle hjemmelskrav. Det formelle kravet innebærer, som nevnt, at inngrepet må ha hjemmel i formell lov eller i forskrift gitt i medhold av slik lov. Det materielle kravet innebærer at lovhjemmelen må være så presis som forholdene tillater. I denne forbindelse ble det vist til lovkravets relativitet.

I punkt 3.3.1 ble det vist til forarbeidenes uttalelser om et «særlig» lovkrav i Grl. § 94. Dette tyder på en forskjell mellom lovkravene, særlig med hensyn til hjemmelens presisjonsnivå. I hvilken grad lovkravet i Grl. § 94 skiller seg fra Grl. § 113, fremstår imidlertid som uklart. På denne bakgrunn ble det lagt til grunn at Grl. § 94 sitt lovkrav måtte tolkes i lys av EMK art. 5. Lovkravet etter EMK innebærer at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal lovgivning, sett i lys av statens organisering av lovgivningsmyndighet. I dette lovkravet finnes også en relativ presisjonsregel.

Når lovkravene holdes opp mot hverandre, ser det ut til at forskjellen mellom dem er det formelle lovkravet. I litteraturen er derfor lagt til grunn at Grl. § 113 inneholder et strengere legalitetskrav, da inngrepet må være forankret i formell lov.²⁰⁹ Det blir også anført at lovkravet etter EMK ikke vil være tilstrekkelig for å tilfredsstille lovkravet etter Grl. § 113.²¹⁰ Begrunnelsen for å holde lovkravene atskilt er altså det formelle lovkravet i Grl. § 113, som gir anvisning på at holde dem atskilt og operere med et dobbelt lovkrav.

Før grunnlovsrevisjonen i 2014 ble lovkravet i EMK holdt atskilt fra spørsmålet om inngrepet hadde hjemmel etter norsk lov.²¹¹ Også etter grunnlovsrevisjonen har Høyesterett holdt vurderingen om lovhjemmel etter norsk lov og EMK atskilt.²¹² Høyesterett har likevel ikke poengtert noen forskjell mellom lovkravene.

I den nevnte lagmannsrettsdommen, ble det vurdert om inngrepet hadde tilstrekkelig klar hjemmel.²¹³ Lagmannsretten fant at selv om både lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis pekte i retning av at barn under 15 år kunne fengsles, var dette ikke tilstrekkelig for å forstå at

²⁰⁹ Skoghøy (2018) s. 57 og Aall (2018) s. 365.

²¹⁰ Skoghøy (2018) s. 57.

²¹¹ Se Rt. 2006 s. 1382 A, avsnitt 51 (her behandles EMKs lovkrav etter en selvstendig tolkning av det norske lovkravet) og Rt. 2011 s. 51 A, avsnitt 43 (Høyesterett konstaterte her at lovkravet etter EMK P1-1 var oppfylt etter en selvstendig tolkning av norsk lov).

²¹² Se, HR-2017-467-A avsnitt 43 flg. Saken gjaldt Grl. § 102 og EMK art. 8. Se også Rt. 2014 s. 1105 A, avsnitt 30 (her ble det ikke poengtert noen forskjell mellom lovkravene) og HR-2016-2017-A avsnitt 52-57 (i denne dommen ble lovkravene holdt klart atskilt, med referanse til Rt. 2014 s. 1105).

²¹³ LB-2016-8370 punkt 5.2.5.

«kravet til klar lovhjemmel for frihetsinngrep som kan utledes av Grunnloven § 94 første ledd første punktum og § 113 og EMK art. 5, er oppfylt.»²¹⁴ Også vilkårene for fengsling av slike barn må være tilstrekkelig klarlagt.

Lagmannsretten utleder her et krav om klar lovhjemmel ved å henvise til både Grl. § 94 og § 113 og EMK art. 5. Det ble ikke poengtert noen forskjell på lovkravene i lagmannsrettens drøftelser, men lovkravene ble likevel holdt atskilt. Dette kan gi anvisning på en harmonisering av lovkravene.

Som det fremgår av juridisk teori er argumentasjonen for å holde lovkravene atskilt at, dersom man kun anvender lovkravet i Grl. § 113, kan dette medføre at kravet om formell lov faller bort. Slikt sett har det formodningen mot seg å tale om en harmonisering av lovkravene.

På den annen side er lovkravet etter EMK utformet med sikte på å omfatte alle lands lovgivningstradisjon. Hvorvidt det foreligger en hjemmel til inngrepet, beror likevel på hva som er lovgivningstradisjonen. For norsk retts vedkommende, organiseres lovgivningsmyndigheten ved å vedta formelle lover. Vi har ikke et common law-system. Dette tyder på at kravet om formell lov kan utledes av EMK, og slikt sett er det overflødig å tale om et dobbelt lovkrav. Spørsmålet blir imidlertid hvor en skal forankre lovgivningsorganiseringen: i Grl. § 113 eller i norsk lovgivningstradisjon?

Inntil dette spørsmålet blir definitivt klargjort, virker det mest hensiktsmessig å legge til grunn et dobbelt lovkrav. Det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen, er at det eksisterer et dobbelt lovkrav. De materielle hjemmelskravene er, så vidt jeg kan se, likelydende og i det videre vil det ikke gjøres noen skilnad på disse kravene.

3.4 Oppsummering

Legalitetsprinsippet, med sine materielle hjemmelskrav sier altså noe om hvordan et forhold skal reguleres. Det er lovgivers oppgave å vedta lover, og legalitetsprinsippet stiller dermed et krav til lovgivers utforming av lovtekst. De materielle vilkårene som følger av EMK art. 5 nr. 1, sier derimot noe om *hva* som kan gjøres, og setter skranker for myndighetenes maktutøvelse.

²¹⁴ LB-2016-8370 punkt 5.2.5.

Skrankene kan kort oppsummeres slik:

- Det må foreligge en formell lovhjemmel, eller forskrift gitt i medhold av loven
- Lovhjemmelen må være så presis som forholdene tillater, både med hensyn til inngrepet og med hensyn til hva det kan vedtas forskrift om
- Inngrepet må være nødvendig
- Inngrepet må være forholdsmessig

4 Mulige hjemmelsgrunnlag for skjerming

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal den tredje hovedproblemstillingen behandles. Spørsmålet er om det eksisterer en lovhjemmel i gjeldende helselovgivning, som regulerer skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner. For å undersøke om slik hjemmel eksisterer, må det først og fremst undersøkes om de aktuelle lovene generelt sett regulerer skjerming.

Dersom en slik skjermingssituasjon er regulert, må det deretter spørres om de overnevnte skrankene og innholdsmessige krav, er oppfylt. Dette er selve forutsetningen for at skjermingen skal være legitim.

4.2 Helsepersonelloven § 7

4.2.1 Innledning

Helsepersonelloven § 7 regulerer helsepersonellens plikt til å yte helsehjelp. Bestemmelsen blir ofte omtalt som «øyeblikkelig-hjelp-plikten»²¹⁵, og gjelder for alle som defineres som helsepersonell etter hpl. § 3 og som oppholder seg i Norge.²¹⁶

Frem til 1999 var plikten til å yte øyeblikkelig helsehjelp begrenset til leger, tannleger og jordmødre. Gjennom lovendringen i 1999 ble det vedtatt at plikten til å yte øyeblikkelig helsehjelp skulle gjelde for alt helsepersonell. Begrunnelsen for en slik plikt er at helsepersonell har særlige forutsetninger for å hjelpe andre i de situasjoner som bestemmelsen omfatter, på grunn av sin utdanning og erfaring.²¹⁷ Plikten gjelder både i arbeidstiden og på fritiden.

Det fremgår av bestemmelsen at:

«Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.»

²¹⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 219. Se også Warberg (2011) s. 96.

²¹⁶ Jf. hpl. § 2.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 51.

Plikten gjelder ikke absolutt, og er begrenset til den helsehjelp som helsepersonellet «evner» å gi. Formuleringen gir anvisning på at det ligger en differensiering av hva som kan forventes av det enkelte helsepersonellet.²¹⁸ Det kan for eksempel ikke forventes at en sykepleierstudent skal ha de samme forutsetningene til å hjelpe pasienten, som en lege. Hva den enkelte plikter å gjøre vil altså variere etter hva som kan forventes på bakgrunn av den enkeltes kvalifikasjoner, bakgrunn og den konkrete situasjonen.²¹⁹

Det som nå skal vurderes er om det kan utledes en hjemmel til skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner i denne bestemmelsen.

4.2.2 Gis det hjemmel til skjerming?

Øyeblikkelig-hjelp-plikten er begrenset til å gjelde «helsehjelp». I punkt 1.2.2 ble det forklart hva som ligger i dette begrepet. Spørsmålet som nå skal vurderes, er om ordlyden «helsehjelp» omfatter skjerming.

Kort oppsummert er «helsehjelp» handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, som er utført av helsepersonell. Dette innebærer at hjelpen må ha et medisinsk element, som omfatter den konkrete handlingen og formålet med den. Definisjonen av «helsehjelp» er vid.

I helsepersonelloven § 3 tredje ledd er inntatt en egen bestemmelse som definerer «helsehjelp». Denne er likelydende med den som finnes i pbrl. § 1-3 bokstav c. Innholdet i bestemmelsene er sammenfallende, men det gis ingen veiledning i forarbeidene til helsepersonellovens bestemmelse. Det må derfor tas utgangspunkt i forarbeidene til pbrl. § 1-3 bokstav c.²²⁰

I forbindelse med skjerming er det lite hensiktsmessig å vurdere om dette kan sies å ytes ut fra et diagnostisk, forebyggende eller rehabiliterende formål. Med «diagnostisk» menes tiltak som foretas, basert på pasientens sykehistorie og objektive funn, for å fastslå en sykdom.²²¹ Å «forebygge» betyr å avverge eller forhindre at sykdom, skade, lidelse eller funksjonshemming oppstår.²²² Når en pasient er utagerende, vil det allerede være for sent å forebygge. Dette

²¹⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 73.

²¹⁹ Warberg (2011) s. 96.

²²⁰ Se Prop.91 L (2010 – 2011) s. 519

²²¹ Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126.

²²² Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126.

hensynet er derfor ikke relevant i det foreliggende. Med «rehabiliterende» menes handlinger med sikte på gjenoppretting av tapte funksjoner etter sykdom.²²³ Spørsmålet blir derfor om skjerming kan sies å være en handling utfra et behandlende, helsebevarende eller pleie- og omsorgsformål.

En handling med «behandlende» formål vil typisk ta sikte på hel eller delvis helbredelse, og således en endring i pasientens helsesituasjon, enten dette er psykiatrisk eller somatisk.²²⁴ Hvorvidt skjerming kan innfortolkes i dette formålet, er ikke omtalt i hverken forarbeider eller i juridisk teori.

Det er imidlertid grunn til å sammenligne med psykisk helsevernloven § 4-3. Etter denne kan skjermingen være begrunnet i «behandlingsmessige årsaker».²²⁵ I bestemmelsens forarbeider, uttales det at skjerming kan bidra til å gi pasienten ro, og slippe alle inntrykkene som kan være uheldig for pasientens sinnstilstand.²²⁶ Disse hensynene gjør seg også gjeldende for pasienter med demens, fordi symptomer kan bli trigget av mange inntrykk og skape forvirring.²²⁷ Skjerming kan altså være et nyttig tiltak for å roe ned symptomtrykket, og dermed ha et behandlende formål.

Reelle hensyn taler også for et slikt tolkningsresultat. Dersom pasienten har et behov for helsehjelp, som bare kan ivaretas med skjerming, ville det være uheldig om bestemmelsen ikke omfatter en slik handling. Konsekvensen av det motsatte, kan i så fall være at pasienten ikke får sin rett til nødvendig helsehjelp. Som nevnt er det lagt til grunn en vid definisjon av «helsehjelp», og for at regelen skal være praktikabel må den omfatte alle handlinger som knyttet til pasientens helsesituasjon. De symptomer som nevnt ovenfor, er klart et resultat av pasientens helsesituasjon.

På denne bakgrunn legges det til grunn at skjerming er omfattet av ordlyden «helsehjelp».

²²³ Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126.

²²⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999) s. 126, jf. IS-2015-8, s. 15-16.

²²⁵ Jf. phvl. § 4-3 første ledd.

²²⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998 – 1999) s. 160.

²²⁷ Engedal og Tveito (2019) s. 374-375.

4.2.3 Kan skjermingen gjennomføres med tvang?

Ettersom denne avhandlingen handler om skjerming som tvangstiltak, er det nødvendig å undersøke om helsepersonelloven § 7 åpner for skjerming ved bruk av tvang.

Det følger av bestemmelsen at plikten til å yte helsehjelp gjelder «selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen» og «selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke». Dette innebærer at helsehjelpen kan ytes med tvang.²²⁸ Det gjøres imidlertid unntak fra de tilfeller som fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, som blant annet gjelder retten til å nekte blodoverføring og en døende pasients rett til å nekte livsforlengende behandling.

Motstand kan arte seg på flere forskjellige måter. Personen kan verbalt nekte å motta helsehjelpen, men det er ikke alle som har evnen til å uttrykke seg verbalt. Dette reiser spørsmålet om det må foreligge uttalt motstand for at plikten inntre.

I forarbeidene knyttes motstandssituasjonen seg til de tilfeller hvor personen verbalt nekter helsehjelp.²²⁹ Som eksempler på motstand vises det til der en person nekter å motta blod, å avbryte en pågående sultestreik eller der en døende person nekter å motta livsforlengende behandling. Disse unntakene fremgår allerede av lovteksten.

I litteraturen påpekes problematikken med at fysisk motstand ikke er gjort rede for i forarbeidene.²³⁰ Molven peker på at forbudet mot å bruke fysisk makt ikke er nevnt, og dette tilsier at slik maktbruk sannsynligvis er tillat. Av praktiske årsaker, er det naturlig å legge seg på linje med Molven med hensyn til hva slags motstand som kreves. Det må legges til grunn at både verbal og fysisk motstand er omfattet av bestemmelsen.

4.2.4 Terskelen for å yte helsehjelp

Det følger av § 7 at helsehjelpen må være «påtrengende nødvendig». En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at det må foreligge en akutt situasjon, og at det er fare for liv og helse. Dette tilsier at det skal en del til før plikten inntre.

En slik forståelse er også lagt til grunn i lovens forarbeider, og det presiseres at bestemmelsen er ment å fange opp situasjoner som krever livreddende innsats, og en innsats for å avverge

²²⁸ Molven (2019) s. 169.

²²⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 52.

²³⁰ Molven (2019) s. 169.

alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon.²³¹ Inngrepsterskelen er altså høy. Bestemmelsen gir helsearbeideren et konkret skjønn, hvor det må vurderes om det er fare for liv eller fare for forverring av helsetilstanden.²³²

Dersom det foreligger tvil om hjelpen er påtrengende nødvendig skal helsepersonellet foreta nødvendige undersøkelser.²³³ Det er imidlertid ikke påkrevd at alle tenkelige undersøkelser skal foretas. Undersøkelsesplikten begrenses til de nødvendige, herunder for å avdekke om det er behov for øyeblikkelig hjelp, om helsearbeideren er kvalifisert og har mulighet ut fra de rådende omstendighetene, til å utføre helsehjelpen.²³⁴ Undersøkelsesplikten må derfor ses i sammenheng med forsvarlighetskravet, som blant annet innebærer at helsepersonell har en plikt til å holde seg faglig oppdatert, og til å innhente nødvendig bistand fra andre hvis mulig.²³⁵ Plikten opphører dersom det ytes hjelp fra mer kvalifisert helsepersonell.²³⁶

Når pasienten har fått øyeblikkelig hjelp, og faren er over, opphører hjelpeplikten. Det samme gjelder dersom pasienten dør. Plikten er altså tidsbegrenset. Det kan likevel tenkes enkelte tilfeller hvor det er uklart om plikten har opphørt, for eksempel der behovet for helsehjelp fremdeles er stort, men ikke kan betegnes som akutt. I forarbeidene sies det at helsehjelpen er «påtrengende nødvendig» når den hjelp som gis kan ha en effekt på helsetilstanden. Her siktes både til pasientens helsetilstand og til personalets muligheter til å gi adekvat hjelp.²³⁷

4.2.5 Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?

Av lovens ordlyd fremkommer det ikke *hvem* som må ha et behov for helsehjelp. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at hensynet til medpasienter ikke er omfattet, fordi vilkårene for å yte tvungen helsehjelp forstås slik at de knytter seg til den pasienten som har et påtrengende nødvendig behov for helsehjelp.

I forarbeidene heter det imidlertid at bestemmelsen også gjelder for fare på andres liv, for eksempel i forbindelse med en psykotisk person som utgjør en fare for andres liv.²³⁸ Det er ikke presisert hvorfor hjelpeplikten skal gjelde slike tilfeller. Det sies imidlertid at

²³¹ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 219.

²³² Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 219. Se også Warberg (2011) s. 96.

²³³ Jf. hpl. § 7 annet ledd.

²³⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 220.

²³⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 220.

²³⁶ Jf. hpl. § 7 tredje ledd.

²³⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 219.

²³⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 219. Se også Warberg (2011) s. 97.

øyeblikkelig-hjelp-plikten er viktig for å markere vern om liv, som er helsetjenestens viktigste oppgave.²³⁹

Det er imidlertid noen betenkelighet med å legge en slik forståelse til grunn. For det første kan en slik tolkning ikke utledes av ordlyden. For det andre reiser det spørsmålet om man kan bruke tvang på én pasient, for å sikre helsehjelpen til en annen. Uttalelsen i forarbeidene kan tyde på en slik hjemmel.

Resonnementet kan illustreres slik:

Peder Ås bor på sykehjem og utviser en utagerende atferd mot Marte Kirkerud. Han blir til slutt aggressiv mot henne, og forsøker å angripe henne. Marte får et påtrengende nødvendig behov for helsehjelp. Helsepersonellet beslutter å skjerme Peder på rommet, men han motsetter seg tiltaket. For å sikre Martes liv, gjennomføres skjermingen med tvang.

I et slikt scenario, vil Marte være den pasienten som utviser et behov for helsehjelp, men Peder er den som motsetter seg tiltaket. En slik tolkning harmonerer dårlig med ordlydstolkningen.

På den annen side, kan det sies at bestemmelsen åpner for beskyttelse av andre, dersom tvangsbruken knytter seg til Marte, i gitt scenario. Sett at Marte er den som blir ført til rommet mot hennes vilje, vil det ikke lenger være betenkeligheter med å legge til grunn at hensynet til andre er omfattet.

Spørsmålet blir dermed hvilken forståelse som skal legges til grunn. Som nevnt i punkt 3.2.2, legger legalitetsprinsippet klare føringer på hvordan en bestemmelse skal tolkes. Det er ordlyden som er regeldannende, og adgangen til å tolke en bestemmelse utvidende med grunnlag i forarbeider er begrenset.

På bakgrunn av legalitetsprinsippets klare rammer, har det formodningen mot seg legge til grunn at det kan brukes tvang på Peder for å sikre Marte. Det følger ikke av en naturlig språklig forståelse av ordlyden.

²³⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999) s. 52.

Dette skulle tilsi at helsepersonelloven § 7 ikke et hjemmelsgrunnlag for å skjerme en utagerende pasient med demens av hensyn til medpasienter. I tillegg er det klart at det må foreligge et påtrengende nødvendig behov for helsehjelp, som betyr akutt fare for liv og helse. Skjerming utenfor nødssituasjoner, er dermed heller ikke omfattet av denne bestemmelsen.

4.3 Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A

4.3.1 Innledning

Frem til tidlig 2000-tallet var adgangen til å yte helsehjelp som en pasient motsatte seg begrenset til de akutte og enkeltstående situasjoner.²⁴⁰ I slike nødssituasjoner hadde helsepersonell en plikt til å yte helsehjelp, og denne pliktregelen er fremdeles gjeldende.²⁴¹ I praksis var det imidlertid ikke uvanlig at behovet for helsehjelp, som pasienten motsatte seg, oppstod i flere situasjoner enn i de akutte.

På oppdrag fra Helse- og omsorgsdepartementet, undersøkte Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens den faktiske bruken av tvang i helse- og omsorgstjenestene overfor personer med demens. Rapporten viste at både institusjonene og hjemmetjenestene satte i verk tiltak som krevde rettslig grunnlag.²⁴² De tvangstiltak som oftest ble anvendt var blant annet tvangdusjing, holding av hender og føtter, sengehest og tilsetning av medisiner i maten til pasienten. Begrunnelsen for de uhjemlede tiltakene var at disse var nødvendige for å til et minimum av stell, hindre tjenestemottakeren i å fatte ut av seng eller stol og gjennomføre nødvendig medisinsk behandling.²⁴³

På denne bakgrunn ble det nødvendig med et regelverk som regulerte situasjoner som ikke var omfattet av akutthjelpsituasjonene i helsepersonelloven § 7, men der det likevel var behov for å yte helsehjelp som pasienten motsatte seg.²⁴⁴ I 2006 ble det vedtatt en endringslov, som blant annet tilføyde kapittel 4A i det vi i dag kjenner som pasient- og brukerrettighetsloven.²⁴⁵ Kapittel 4A inneholder reglene om helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 22.

²⁴¹ Jf. hpl. § 7. Se punkt 4.2.

²⁴² Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 22.

²⁴³ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 22.

²⁴⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005- 2006) s. 38.

²⁴⁵ Lov nr. 99/2006.

motsetter seg helsehjelpen²⁴⁶, og er et viktig og nødvendig bidrag i den rettslige reguleringen av tvangstiltak overfor personer med demens.

Formålet bak reglene er slått fast i § 4A-1, der det heter at formålet med reglene er å yte nødvendig helsehjelp for å forhindre vesentlig helseskade. Reglene om tvang er således begrunnet i de overordnede hensynene om liv og helse. Det er ikke ønskelig at enkelte personer i samfunnet ikke får den helsehjelp de har behov for, fordi de ikke har forutsetningene til å forstå hva nektelse av helsehjelp innebærer.²⁴⁷

Reglene i kapittel 4A har også som formål å forebygge og begrense bruk av tvang. Et av hovedformålene bak vedtakelsen av kapittel 4A var å hjemle adgang til bruk av tvang i situasjoner som falt utenfor nødssituasjonene.²⁴⁸ Derfor er det noe fornuftsstridig at kapittelets formålsbestemmelse sier at reglene har som formål å begrense og forbygge bruk av tvang. Loven må imidlertid forstås slik at selv om det finnes hjemmel til å bruke tvang, så må det strebes etter at tvangsbruken forebygges og begrenses.²⁴⁹ Dette er også årsaken til at vilkåret om at «tillitsskapende tiltak [må] ha vært forsøkt» er inntatt i § 4A-3, og at de øvrige vilkårene for å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg er snevre.²⁵⁰

4.3.2 Nærmere om anvendelsesområde

Kapittel 4A kommer til anvendelse når helsepersonell yter helsehjelp til pasienter over 16 år som mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen.²⁵¹

For det første gjelder kapittelets bestemmelser «når helsepersonell yter helsehjelp». Dette innebærer at reglene gjelder uavhengig av hvor helsehjelpen blir gitt.²⁵² Således gjelder reglene både i hjemmebaserte tjenester, og i helseinstitusjoner som sykehus og sykehjem.²⁵³ Reglene om innleggelse og tilbakeholdelse, gjelder imidlertid bare i helseinstitusjon.²⁵⁴ Hva som er «helsehjelp» er definert i pbrl. § 1-3 bokstav c, som «handling som har

²⁴⁶ Jf. pbrl. § 4A-2.

²⁴⁷ Se også Warberg (2011) s. 354.

²⁴⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 38.

²⁴⁹ Warberg (2011) s. 355.

²⁵⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86 og s. 29.

²⁵¹ Jf. § 4A-1 første ledd.

²⁵² Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86.

²⁵³ Skaug (2013) s. 96.

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86. Det følger for øvrig av pbrl. § 4A-4 annet ledd.

forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell.».

Kapittel 4A gjelder ikke for undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke.²⁵⁵ Slik helsehjelp kan bare skje med hjemmel i psykiskhelsevernloven.

Begrunnelsen for dette unntaket er at lovgiver ikke ønsket å innføre et dobbelt sett med regler for undersøkelse og behandling av psykisk lidelse. Dersom det er nødvendig med helsehjelp for psykisk lidelse, og pasienten motsetter seg dette, er det mer formålstjenlig at psykiskhelsevernlovens regler kommer til anvendelse.²⁵⁶ Således er det klart at kapittel 4A bare gjelder somatisk tvang.²⁵⁷

For det andre gjelder kapittelets bestemmelser bare for pasienter over 16 år som «mangler samtykkekompetanse». Hvorvidt en pasient «mangler samtykkekompetanse», beror på om pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykke omfatter, som følge av psykiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming.²⁵⁸ Virkeområdet til kapittel 4A er imidlertid «diagnoseuavhengig», som betyr at det ikke har noen betydning hvilken sykdom som er årsaken til den manglende samtykkekompetansen.²⁵⁹

Hvorvidt pasienten har samtykkekompetanse, beror altså på en vurdering av personens evne til å forstå hva et samtykke innebærer. Selve diagnosen fratår ikke pasienter med demens samtykkekompetansen. Det kan derfor stilles spørsmål om de pasienter som denne avhandlingen omhandler har tapt sin samtykkekompetanse, men i den videre behandlingen av kapittel 4A, legges det til grunn at vilkåret er oppfylt.

For det tredje kommer kapittelet kun til anvendelse dersom pasienten «motsetter seg helsehjelpen». Dersom pasienten mangler samtykkekompetanse, men ikke motsetter seg helsehjelp, gjelder reglene i pbrl. § 4-6. Motstand kan komme til uttrykk på forskjellige måter. Noen pasienter uttrykker seg verbalt, og andre på en fysisk måte. Uttrykksformen er ikke avgjørende.²⁶⁰ Motstanden kan også komme til uttrykk på forskjellige tidspunkt; Vanligvis idet helsehjelpen blir tilbudt, men også tidligere. Tidspunktet for motstanden vil heller ikke

²⁵⁵ Jf. pbrl. § 4A-2 annet ledd.

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 31 og Ot.prp. nr. 65 (2005 – 2006) s. 37.

²⁵⁷ Se også Warberg (2011) s. 354.

²⁵⁸ Se pbrl. § 4-3 annet ledd. For nærmere omtalte, se Warberg (2011) s. 356-357

²⁵⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 85 og Warberg (2011) s. 354.

²⁶⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 36.

være utslagsgivende.²⁶¹ Unntaksvis vil også helsehjelp kunne bli gitt dersom pasientens motstand er forventet. Dette kommer til uttrykk i pbrl. § 4A-3 annet ledd, ved ordlyden «(...) med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand». Forventet motstand er dermed likestilt med uttrykt motstand.

4.3.3 Gis det hjemmel til skjerming?

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 regulerer hvilke tiltak som kan benyttes for å gjennomføre tvungen helsehjelp. I første ledd heter det:

«Dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, kan helsehjelp gjennomføres med tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten.»

For å kunne yte tvungen helsehjelp, er det altså et krav om at vilkårene i § 4A-3 er oppfylt. Det er ikke hensiktsmessig å gi en utfyllende redegjørelse av de vilkårene i det følgende, fordi det må forutsettes at disse vilkårene er oppfylt for den videre behandlingen av problemstillingen. Det kan kort nevnes at tillitsskapende tiltak må ha vært forsøkt, med mindre det er åpenbart formålsløst å prøve dette. Dette er et strengt vilkår, og det skal mye til for å oppfylle dette unntaket.²⁶² I tillegg er tvungen helsehjelp bare aktuelt dersom vilkårene i pbrl. § 4A-3 annet ledd bokstavene a-c er oppfylt. For det første må en unnlattelse av å gi helsehjelp kunne føre til «vesentlig helseskade» for pasienten. Uteblitt helsehjelp må altså føre til konsekvenser av et betydelig omfang, herunder alvorlige konsekvenser.²⁶³ For det andre må tvungen helsehjelp være nødvendig. Nødvendighetsvurderingen beror på et forsvarlig medisinsk skjønn, men det kreves ikke at pasienten har behov for akutt hjelp.²⁶⁴ For det tredje må tiltaket være forholdsmessig, som innebærer at fordelene ved tiltaket må være klart større enn ulempene det medbringer.²⁶⁵ I tillegg til dette, må det foretas en helhetlig forholdsmessighetsvurdering, jf. tredje ledd.

Sett at vilkårene er oppfylt kan helsehjelpen ytes med «tvang eller andre tiltak», jf. § 4A-4 første ledd. I forarbeidene er det slått fast at en definisjon av tvangsbegrepet ikke var

²⁶¹ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 85.

²⁶² Jf. pbrl. § 4A-3 første ledd, jf. IS-2008-10, s. 25

²⁶³ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86.

ønskelig, men at det vil omfatte tiltak som blir brukt for å overvinne eller omgå motstand hos pasienten.²⁶⁶ «Andre tiltak» er likestilt med tvang.²⁶⁷

Paragraf 4A-4 inneholder også eksempler på hvilke tvangstiltak som kan benyttes. Ettersom slike tiltak er meget inngripende, måtte disse hjemles særskilt.²⁶⁸ I denne sammenhengen, er det tredje ledd som er relevant, hvor det heter:

«Dersom lovens vilkår er oppfylt, kan videre varslings- og lokaliseringssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak som belter og lignende anvendes.»

Spørsmålet er om skjerming vil være omfattet av ordlyden «bevegelseshindrende tiltak».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «bevegelseshindrende tiltak» tilsier at alle tenkelige bevegelseshindrende tiltak kan benyttes. Dette henger sammen med at det ikke er gitt noen uttømmende liste over hva slags tiltak som vil være «bevegelseshindrende». Dette taler for at skjerming er omfattet. Derimot tilsier ordlyden «belter og lignende» at det kun er fysiske gjenstander som kan benyttes i henhold til denne bestemmelsen, som utelukker skjerming. Ordlyden «som» gir imidlertid anvisning på at «belter» er et eksempel på et bevegelseshindrende tiltak. Dette trekker i retning av at skjerming er omfattet.

I forarbeidene heter det at «tvangstiltak» ikke er uttømmende spesifisert, med hensyn til hvilke tiltak det er anledning til å bruke.²⁶⁹ Dette henger sammen med vanskelighetene med å få oversikt over hvilke tiltak det kan være aktuelt å bruke, samt at en snever spesifisering kan utelukke tiltak som etter en konkret vurdering kan være det minst inngripende i det konkrete tilfellet.²⁷⁰

Uttalelsen tilsier to ting. For det første er «bevegelseshindrende tiltak» ikke begrenset til fysiske gjenstander, slik som belter. For det andre foreligger det en vid definisjon av hva som kan regnes som et «tvangstiltak». Helsepersonell er altså gitt et stort skjønn med hensyn til hvilke tiltak de kan benytte, og slik det fremstår vil stort sett alle tiltak være omfattet, så lenge

²⁶⁶ Ot.prp. nr. 65 (2005 – 2006) s. 44.

²⁶⁷ IS-2008-10, s. 33.

²⁶⁸ Ot.prp. nr. 65 (2005 – 2006) s. 86.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 43.

²⁷⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 43.

de er benyttet for å sikre pasienten nødvendig helsehjelp. Dette taler for at skjerming er omfattet.

Som nevnt i punkt 1.5 finnes det ikke tilgjengelig avgjørelser fra domstolene om skjerming. Dette gjelder også i henhold til denne bestemmelsen. Spørsmålet er heller ikke behandlet i juridisk teori. I rundskriv fra Helsedirektoratet gjengis uttalelsene i forarbeidene om at det er vanskelig å gi en fullstendig liste over alle tenkelige tiltak, samt en liste over eksempler, herunder stol- eller sengebelte, sengehest og bord fremfor stoler. Disse nevnes også i forarbeidene.²⁷¹ Det fremstår dermed som uklart hvilke tiltak som er omfattet.

Reelle hensyn taler imidlertid for at skjerming er omfattet. Når forarbeidene eksplisitt har uttalt at en spesifisert og uttømmende liste er praktisk talt umulig, vil det være mot sin hensikt å tolke bestemmelsen innskrenkende til å kun omfatte belter og andre fysiske gjenstander som nevnes som eksempler. Dette poenget gjelder også i forhold til forarbeidenes uttalelser om hva som vil være det minst inngripende tiltaket. Dersom skjerming er det minst inngripende tiltaket, men bestemmelsen kun gjelder belter og lignende, vil det være en unødvendig konsekvens at skjerming ikke er omfattet.

På bakgrunn av forarbeidene uttalelser og reelle hensyn, må det legges til grunn at skjerming er omfattet av bestemmelsen.

4.3.4 Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?

Tvangstiltak kan bare gjennomføres dersom vilkårene i § 4A-3 er oppfylt, og av § 4A-3 annet ledd bokstav a, fremgår det at en unnlattelse av å gi helsehjelp må kunne føre til vesentlig helseskade «for pasienten». Spørsmålet er hvilken pasient det siktes til.

I lys av vilkåret om at pasienten må «motsette» seg helsehjelpen, er den naturlige språklige forståelsen av ordlyden «pasienten» at det er den pasienten har ytt motstand, og som har behov for helsehjelp, som er omfattet av bestemmelsen. Det er ikke naturlig å tolke bestemmelsen slik at tvungen helsehjelp kan ytes av hensyn til medpasienter.

I merknadene til § 4A-3 vurderes ikke dette aspektet av vilkåret. Det er særlig vilkåret om «vesentlig helseskade» som står i fokus.²⁷² Det er heller ikke nevnt noe om hensynet til andre

²⁷¹ IS-2015-8, s. 123-124 og s. 127-128. Se Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 48.

²⁷² Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006), s. 86.

pasienter i de spesielle merknadene til § 4A-4.²⁷³ I de generelle merknadene til sistnevnte sies det imidlertid at:

«forslaget gir ikkje [...] heimel for å bruke vernetiltak for å ta vare på andre bebuarar. Slik departementet ser det, kan ein sikre andre personar gjennom førebygging og tilrettelegging utan bruk av tiltak som pasient motset seg.»²⁷⁴

Det er altså ikke tillatt å anvende tvang av hensyn til medpasienter. Slik det fremgår må andre pasienter ivaretas gjennom andre tiltak, herunder forebygging og tilrettelegging. Det samme følger av rundskriv fra Helsedirektoratet.²⁷⁵

I innledningen ble det vist til flere rapporter hvor skjerming av hensyn til medpasienter var dokumentert. Også i disse rapportene er det lagt til grunn at pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, ikke åpner for tvang av hensyn til medpasienter. I oppsummeringsrapporten til Statens Helsetilsyn heter det at: «Bestemmelsen om at tvang etter pasientrettighetsloven 4A bare kan benyttes av hensyn til pasienten selv må bli bedre kjent».²⁷⁶ Oxford Research hadde i sin rapport et eget punkt om uhjemlede tiltak i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, hvor skjerming av pasienten fordi han eller hun er utagerende mot andre pasienter ble nevnt.²⁷⁷

På bakgrunn av ordlydstolkning, forarbeider, rundskriv og rapportene, er det klart at kapittel 4A, ikke gir hjemmel til skjerming av hensyn til medpasienter.

4.4 Særlige regler når en person oppholder seg på institusjon

4.4.1 Innledning

I helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 er det gitt særlige bestemmelser som gjelder når en person oppholder seg i institusjon. Bestemmelsen er en videreføring av den tidligere sosialtjenesteloven²⁷⁸ § 7-11. Det følger av hol. § 12-4 annet ledd at:

²⁷³ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 86-87.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 47.

²⁷⁵ IS-2015-8, s. 118. Se også s. 127-128 og IS-2008-10, s. 38.

²⁷⁶ Statens helsetilsyn, Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009-2010 (2011) punkt 7.1.4, s. 16

²⁷⁷ Oxford Research, Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A (2013) punkt 5.3.5, s. 55.

²⁷⁸ Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven – sotjl) (opphevet).

«Beboerne skal gis adgang til å bevege seg både i og utenfor institusjonen med de begrensninger som institusjonen fastsetter av hensyn til behovet for trygghet og trivsel.»

Det fremgår imidlertid av tredje ledd at:

«Det er ikke tillatt å bruke innelåsing i enerom, andre tvangstiltak [...], med mindre det er tillatt ved lov eller forskrifter som nevnt i fjerde ledd.»

I bestemmelsens fjerde ledd er det gitt hjemmel til å gi forskrift om gjennomføringen av institusjonsoppholdet, og om de tvangstiltak som fremgår av fjerde ledd bokstavene a-h. Per 13.05.21 er det gitt to forskrifter i henhold til denne bestemmelsen: forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon²⁷⁹ og forskrift om kontantytelser fra folketrygden.²⁸⁰

Av de tvangstiltak det kan vedtas forskrift om etter fjerde ledd, er det bokstav h som er relevant for denne avhandlingen, hvor det heter:

«bruk av tvang i nødssituasjoner i tråd med alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger.»

Da helse- og omsorgstjenesteloven skulle vedtas, ble det foreslått at sosialtjenesteloven § 7-11 ikke skulle videreføres, blant annet fordi pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A nylig var blitt vedtatt.²⁸¹ Bestemmelsen ble imidlertid ansett som et viktig bidrag i å sikre vern av rusmiddelavhengiges rettigheter under opphold i omsorgs- og helseinstitusjoner. Dette nødvendiggjorde videreføringen.²⁸² Enkelte språklige forenklinger ble gjort under videreføringen, men det nærmere innholdet og hjemmel til å vedta forskrifter er uendret.²⁸³

I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 er ikke det nærmere innhold i bestemmelsen gjort rede for. Diskusjonene knytter seg til nødvendigheten av videreføringen av sosialtjenesteloven § 7-11.²⁸⁴ Det må derfor ses hen til forarbeider og juridisk teori til den

²⁷⁹ Forskrift 26. august 2016 nr. 1003 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg rehabilitering av personer med rusmiddelproblemer.

²⁸⁰ Forskrift 14. februar 2014 nr. 137 om disponering av kontantytelser fra folketrygden under opphold i kommunal helse- og omsorgsinstitusjon og i helseinstitusjon i spesialisthelsetjenesten.

²⁸¹ Prop.91 L (2010 – 2011) s. 353.

²⁸² Prop.91 L (2010 – 2011) s. 353.

²⁸³ Prop.91 L (2010 – 2011) s 505.

²⁸⁴ Prop.91 L (2010 – 2011) s. 505 og 352-353.

tidligere bestemmelsen for å avklare innholdet. Ingen av bestemmelsene har vært behandlet i domstolene.

Selv om bestemmelsen særlig tar sikte på å regulere rusmiddelavhengiges rettigheter i institusjon, er den ikke avgrenset mot denne pasientgruppen. Regelen gjelder alle som oppholder seg på institusjon etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav c.²⁸⁵ Som «institusjon» regnes blant annet aldershjem og sykehjem.²⁸⁶ Dette betyr at personer med demens som bor på et kommunalt sykehjem er omfattet. Av fremstillingshensyn vil ordlyden «institusjonen» benyttes i det videre.

Det som nå skal vurderes er om det gis hjemmel til skjerming. For det første må det spørres om bestemmelsen gir hjemmel til skjerming generelt sett, og for det andre må det spørres om bestemmelsen åpner for skjerming av hensyn til medpasienter.

4.4.2 Gis det hjemmel til skjerming?

Etter annet ledd skal beboeren ha mulighet til å fritt kunne bevege seg i og utenfor institusjonen, med mindre institusjonen fastsetter begrensninger av hensyn til behovet for trygghet og trivsel. Etersom institusjonen kan «fastsette begrensninger» i bevegelsesfriheten, reiser dette spørsmålet om annet ledd gir hjemmel til å skjerme sykehjemsbeboeren.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «med de begrensninger som institusjonen fastsetter» i annet ledd, er at institusjonen kan vedta sine egne regler om begrensninger i bevegelsesfriheten, som gjelder innad i institusjonen.

Til sostjl. § 7-11 ble det uttalt at bestemmelsen er generell og ubestemt, og tar sikte på å regulere de grunnleggende sider ved bevegelsesfriheten.²⁸⁷ Med hjemmel i denne, vil institusjonen likevel kunne kreve at det gis beskjed om reisefravær fra institusjonen i god tid, og at institusjonsplassen kan frafalles ved et lengre opphold. Bestemmelsen gir også hjemmel til opprettelse av lukkede institusjoner med sikte på tvangsplassering.²⁸⁸ Således vil institusjonen ved eget reglement kunne gjøre begrensninger i bevegelsesfriheten.²⁸⁹

²⁸⁵ Karl Harald Søvig, *Norsk lovkommentar, helse- og omsorgstjenesteloven*, note 156, Rettsdata.no (lest 16. mai 2021).

²⁸⁶ Jf. Forskrift 16. desember 2011 nr. 1254 om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon § 1 bokstav c og d.

²⁸⁷ NOU 1985: 18, s. 128.

²⁸⁸ NOU 1985: 18, s. 128, jf. Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) s. 111.

²⁸⁹ Se også Ot.prp. nr. 78 (1997 – 1998) s. 19.

Uttalelsene i forarbeidene tilsier at den adgangen institusjonen har til å gjøre begrensninger i bevegelsesfriheten, er knyttet til selve driften av institusjonen. For å kunne drive forsvarlig må det kunne kreves beskjed i god tid før reisefravær, og at plassen kan frafalles ved et lengre opphold utenom institusjonens vegger. Selv annet ledd gir hjemmel til å opprette lukkede institusjoner *med sikte på* tvangsplassering, kan dette vanskelig anses som en hjemmel til å faktisk tvangsinnlegge noen. Dette tilsier at andre ledd ikke gir hjemmel til å bruke tvangstiltak.

En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk teori.²⁹⁰ Annet ledd gir ikke hjemmel for tvangsbruk, men er en avgrensning av hvordan institusjonen skal drives. En hjemmel om skjerming kan derfor ikke utledes av annet ledd.

Av helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 tredje ledd fremgår det at «innelåsing i enerom» og «andre tvangstiltak» ikke er tillatt, med mindre det er tillatt ved lov eller forskrift som nevnt i fjerde ledd. Her oppstilles altså et forbud mot tvangstiltak, som det kan gjøres unntak fra ved lov eller forskrift. Bestemmelsen gir ikke i seg selv hjemmel til tvangsbruk, men er en delegasjonsfullmakt som gir Kongen adgang til å vedta forskrifter innenfor rammen av fjerde ledd.²⁹¹ Spørsmålet er hva slags tvangstiltak en forskrift kan omfatte, herunder om skjerming er omfattet.

Til sosialtjenesteloven § 7-11 var det i utgangspunktet foreslått at den retts tekniske utformingen av ordlyden skulle være «innlåsing i enerom og lignende tvangstiltak».²⁹² En slik utforming ble imidlertid ansett for snever, og kunne indikere det kun er slike tvangstiltak loven åpner for. På denne bakgrunn ble ordlyden endret til «andre tvangstiltak», som også er den ordlyden den någjeldende loven har.²⁹³

Hva som ligger i «andre tvangstiltak» er ikke nærmere spesifisert i forarbeidene, men det vises til at bestemmelsen vil gi hjemmel til å vedta forskrifter om mekaniske tvangsmidler og tvangsmedisinering.²⁹⁴ Som nevnt gir hol. § 12-4 fjerde ledd bokstav h, hjemmel til å vedta

²⁹⁰ Kjønstad mfl. (2000) s. 267-268.

²⁹¹ Kjønstad mfl. (2000) s. 268.

²⁹² NOU 1985: 18, s. 129.

²⁹³ Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) s. 112.

²⁹⁴ Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) s. 112.

forskrifter om «tvang», men heller ikke dette begrepet er gitt noe særlig innhold i forarbeidene. Det fremstår derfor som uklart hvilke tvangsmidler som er omfattet.

Forarbeidenes uttalelser og deres begrunnelse for ordlydsendringen antyder at «tvangstiltak» må forstås vidt. Selv om tvangsmedisinering og mekaniske tvangsmidler nevnes i forarbeidene, er det på det rene at det finnes andre tvangstiltak enn dette. Det kan for eksempel være varslings- og lokaliseringssystemer, tvangsinngjeldelse mv. Som nevnt ovenfor gir hol. § 12-4 annet ledd hjemmel til å opprette lukkede institusjoner. Etersom tilbakeholdelse i institusjon ikke er nevnt i forarbeidene som et tvangstiltak, kan dette tilsi at slikt tiltak ikke er omfattet av ordlyden. Med en slik forståelse ville det imidlertid vært meningsløst å opprette en lukket institusjon, dersom en person ikke kunne tvangsinngjeldes. Reelle hensyn tilsier dermed at «tvangstiltak» må forstås vidt.

Uttalelsene i forarbeidene gir også en indikasjon på at skjerming er omfattet. Skjerming er et tiltak som i stor grad ligner på «innelåsing i enerom», med det unntak at døren ikke kan låses ved skjerming. Dette trekker sterkt i retning av at skjerming er omfattet.

På bakgrunn av det overnevnte, må det legges til grunn at skjerming er omfattet.

4.4.3 Kan skjermingen være begrunnet i hensynet til medpasienter?

Det følger av hol. § 12-4 fjerde ledd bokstav h, at det kan gis regler i forskrift om «bruk av tvang i nødssituasjoner i tråd med alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «nødvergebetraktninger» er skjermingen kan gjennomføres av hensyn til medpasienter, og adgangen til å benytte skjerming er forbeholdt nødssituasjonene, altså for å forhindre at en sykehjemsbeboer skader andre. En slik forståelse er også lagt til grunn i forarbeidene og i juridisk teori.²⁹⁵

Det kan dermed slås fast at hensynet til medpasienter er omfattet av bestemmelsen.

Adgangen til å benytte skjerming i medhold av denne bestemmelsen er imidlertid avgrenset mot annet enn nødssituasjoner. Selv om uttrykket «nødssituasjon» ikke er nærmere spesifisert, tilsier ordlyden at det foreligger en høy terskel for å anvende skjerming. Ordlyden «fare» tilsier også en høy terskel. Etersom den samme forståelsen er lagt til grunn i

²⁹⁵ Se, Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991) s. 112 og Andenæs mfl. (2005) s. 256.

forarbeidene og juridisk teori, kan det vanskelig argumenteres for at bestemmelsen har et annet innhold. I lys av de materielle hjemmelskrav, som begrenser muligheten til å tolke en bestemmelse utvidende, må det konkluderes med at den påviste skjermingspraksisen ikke har hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4. Bestemmelsen er dermed ikke et mulig hjemmelsgrunnlag.

4.5 Sykehjemsforskriften

4.5.1 Innledning

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 har norske kommuner et såkalt sørge-for-ansvar.²⁹⁶ Ansvaret innebærer i korte trekk at kommunen skal tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester til alle pasient- og brukergrupper, herunder personer med somatisk og psykisk lidelse, rusmiddelproblem, nedsatt funksjonsevne, skade eller lidelse mv.²⁹⁷ For å oppfylle dette ansvaret må kommunen stille med ulike tjenester som kan tilby slik helsehjelp. I hol. § 3-2 første ledd er det inntatt en liste over hvilke helsetjenester kommunene plikter å tilby, som inkluderer blant annet helsestasjon, legevakt, fastlegeordninger, helsetjenester i hjemmet og sykehjem.²⁹⁸

I § 3-2 annet ledd annet punktum er det inntatt en forskriftshjemmel, hvor det heter at:

«Kongen i statsråd kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om krav til innhold i tjenestene etter bestemmelsen her, herunder bestemmelser om kompetansekrav for ulike typer tjenester».

Bestemmelsen er en videreføring av den tidligere kommunehelsetjenesteloven²⁹⁹ § 1-3 femte ledd og sosialtjenesteloven § 2-1 tredje ledd.³⁰⁰ Med hjemmel i den tidligere kommunehelsetjenesteloven vedtok Sosialdepartementet (nå Helse- og omsorgsdepartementet) sykehjemsforskriften.

Selv om sykehjemsforskriften ble vedtatt med hjemmel i en lov som nå er opphevet, gjelder den fremdeles i dag. Det følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 13-2 at «[f]orskrifter,

²⁹⁶ Se, Befring, mfl. (2019) s. 60-61 og Kjønstad mfl. (2018) s. 175.

²⁹⁷ For nærmere omtale, se Kjønstad mfl. (2018) s. 190 flg.

²⁹⁸ Se, hol. § 3-2 første ledd nr. 1-7.

²⁹⁹ Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven – khl.) (opphevet).

³⁰⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 490.

vedtekter og instruksjoner gitt med hjemmel i lov som oppheves eller endres når loven her trer i kraft, gjelder også etter denne lov er satt i kraft, med mindre de strider mot loven her eller forskrift i medhold av loven.» Dette betyr at sykehjemsforskriften fremdeles er gjeldende i dag, forutsatt at den ikke strider mot loven. I sykehjemsforskriften er hol. § 3-2 annet ledd tilføyd som lovhjemmel.

I forskriften er det inntatt en bestemmelse i § 3-3 som lyder:

«Det er ikke hjemmel for å bruke tvangstiltak i boformen. Ved behov kan beskyttelsestiltak benyttes for å beskytte beboerne mot å skade seg selv, og for å beskytte andre beboere.»

Spørsmålet som skal vurderes i det følgende, er om denne gir hjemmel til skjerming av hensyn til medpasienter.

Før dette kan vurderes, må det imidlertid undersøkes hva hol. § 3-2 annet ledd gir hjemmel til å vedta forskrift om. Som nevnt i punkt 3.2.2, må det foreligge tilstrekkelig hjemmel for forvaltningens myndighetsutøvelse.³⁰¹ For at en forskrift skal være gyldig, må den imidlertid være innenfor rammen av delegasjonsloven. Det er derfor nødvendig å undersøke rammen til helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 annet ledd annet punktum.

Dersom delegasjonsloven er uklar, må det minnes om at ordlyden er regeldannende for tolkningen. I tillegg oppstiller lovkravet et presjonskrav. En viktig side av lovkravet er jo nettopp at forvaltningens myndighet må angis med en viss klarhet i loven.³⁰² På denne måten bidrar presisjonskravet til å ivareta flere hensyn; den begrenser mulighetene for maktmisbruk ved at forvaltningens lovgivende kompetanse må holde seg innenfor gitte rammer, ivaretar borgernes forutberegnelighet fordi vage formuleringer i lovtekst er dårlig egnet som grunnlag for borgerne til å forutberegne sin rettsstilling og mulighetene for rettslig kontroll fra domstolene styrkes.³⁰³

Det som nå skal undersøkes, er hva hol. 3-2 annet ledd annet punktum gir hjemmel til å vedta forskrift om.

³⁰¹ Se også, Eckhoff og Smith (2014) s. 365-366.

³⁰² Se punkt 3.2.2.

³⁰³ Fliflet (2017) s. 292

4.5.2 Hva kan det gis forskrift om etter hol. § 3-2?

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «krav til innhold i tjenestene», er konkrete innholdsmessige krav til de enkelte tjenestene i § 3-2 første ledd nr. 1-7. De innholdsmessige kravene vil dermed gi uttrykk for hva tjenestene konkret skal gå ut på. Forståelsen tilsier at dette er krav som kommunene plikter å oppfylle, for å overholde sitt sørge-for-ansvar.

I bestemmelsen nevnes «[b]estemmelser om kompetansekrav for ulike typer tjenester», men eventuelle forskrifter er ikke begrenset til å kun gjelde dette, jf. ordlyden «herunder».

I forarbeidene uttales det at bestemmelsen gir hjemmel til å gi forskrift om «krav til innhold i tjenestene omhandlet i § 3-2 første ledd.», og at bestemmelsen gir «mulighet til å fastsette innholdsmessige krav for at tjenestetilbudet skal kunne anses som institusjon etter første ledd nr. 6 bokstav c.»³⁰⁴ I 2011 ble det vedtatt en forskrift om dette.³⁰⁵

Det uttales videre at bestemmelsen i all hovedsak er en videreføring av tidligere rett, med det unntak at det ikke lenger er anledning til å gi nærmere bestemmelser i forskrift om tjenestenes organisering.³⁰⁶ Årsaken til dette er at siktemålet med å vedta helse- og omsorgstjenesteloven, var å vedta en mer overordnet regulering av kommunens ansvar og plikter, som ikke legger føringer på den enkelte kommunes organisering av tjenester.³⁰⁷

I dag står altså kommunene friere til å bestemme deres organisering av helsetjenester, men det nærmere innholdet i helsetjenestene kan fremdeles fastsettes i forskrift. Uttalelsene i forarbeidene underbygger også den naturlige språklige forståelsen. Det refereres til forskrifter som kan bestemme hvordan kommunale institusjoner skal være utformet, men ikke organisert. Dette bærer bud om at hol. § 3-2 annet ledd annet punktum er en pliktregel, hvorav kommunene er pliktsubjekt.³⁰⁸ Dette gjenspeiler seg også i siktemålet om en mer overordnet regulering av «kommunens ansvar og plikter». Dette taler for at en forskrift ikke kan inneholde inngrepsbestemmelser.

³⁰⁴ Prop. 91 L (2010 – 2011) s. 490.

³⁰⁵ Forskrift 16. desember 2011 nr. 1254 om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon. (I kraft 01.01.2012)

³⁰⁶ Prop.91 L (2010 – 2011) s. 490.

³⁰⁷ Prop.91 L (2010 – 2011) s. 202. Etter dagens lov finnes det imidlertid flere forskrifter med bestemmelser om tjenestenes organisering. Sykehjemsforskriften § 3-2 er et eksempel på dette. Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved hva slags endringer i organiseringsfriheten den någjeldende loven medbrakte. Dette spørsmålet vil ikke kommenteres nærmere i det videre.

³⁰⁸ Med «pliktregel» menes en regel som pålegger eller fritar for plikter. Se, Gisle, *Jusleksikon* (2010) s. 312.

I juridisk teori heter det at uttrykk som «bestemmelser» og «regler» i en delegasjonsfullmakt tyder på at det skal kunne gripes inn i private rettsforhold, og at ord som «instruks» og «reglement» peker i retning av at reguleringen bare kan gjelde interne forhold i forvaltningsapparatet.³⁰⁹ Dette skulle tilsi at hol. § 3-2 annet ledd annet punktum er en inngrepshjemmel, jf. ordlyden «bestemmelser» i lovteksten. På den annen side taler både ordlyd og forarbeider for at et slikt tolkningsresultat ikke kan legges til grunn.

Det samme kan sies, dersom man ser hol. § 3-2 annet ledd annet punktum i en kontekstuell sammenheng. Hol. § 3-2 inneholder en liste over hvilke tjenester kommunen skal tilby for å oppfylle sitt sørge-for-ansvar etter hol. § 3-1. Bestemmelsen er også inntatt i et eget kapittel i loven som heter «[k]ommunenes ansvar for helse- og omsorgstjenester». Når kommunene er tildelt et lovpålagt ansvar med konkrete plikter, har det formodningen mot seg at eventuelle forskrifter kan inneholde inngrepshjemler. Dersom lovgiver har ment å delegerer en slik lovgivningsmyndighet til forvaltningen, må det spørres om lovtekstens formulering er for vag. Det er heller ikke forutberegnelig overfor borgerne at det kan fattes forskrifter med inngrepshjemler med hjemmel i en lov som regulerer kommuners ansvar for helse- og omsorgstjenester.

Her burde det også nevnes at helse- og omsorgstjenesteloven inneholder et eget kapittel med regler som gjelder bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemming som mottar helse- og omsorgstjenester.³¹⁰ Reglene inneholder konkrete og strenge vilkår for bruk av tvang og makt. Etter § 9-14 kan det i forskrift gis nærmere bestemmelser «til utfylling og gjennomføring av reglene i dette kapitlet.» Loven er et eksempel på at inngrepshjemplene klart fremgår av lovteksten og at forskriftshjemmelen klart gjelder utfylling av inngrepshjemplene. Dersom § 3-2 skulle hatt et lignende innhold, herunder inngrepshjemler, kan det stilles spørsmål om den burde hatt en klarere ordlyd. Et slikt resonnement kan imidlertid ikke utledes av dens forarbeider.

På denne bakgrunn er det klart at hol. § 3-2 annet ledd annet punktum gir adgang til å vedta forskrifter om innholdsmessige krav, herunder pliktregler, som kommunene skal oppfylle.

³⁰⁹ Eckhoff og Smith (2014) s. 366. Her brukes ordlyden «kompetansebestemmelser» fremfor «delegasjonsloven».

³¹⁰ Se hol. kapittel 9.

4.5.3 Er sykehjemsforskriften § 3-3 innenfor rammen av loven?

Det som nå skal vurderes er om sykehjemsforskriften § 3-3 er innenfor rammen av hol. § 3-2 annet ledd. Dette er en forutsetning for at lovkravet etter GrL. § 113 og EMK art. 5 skal være oppfylt. For å besvare dette spørsmålet må det nærmere innholdet i forskriftsbestemmelsen undersøkes.

Det fremgår av forskriften § 3-3 første punktum at det ikke er hjemmel for å bruke tvangstiltak i boformen. Hva som er et «tvangstiltak» er ikke nærmere definert i forskriften. Det legges derfor til grunn at «tvangstiltak» etter denne bestemmelsen vil være overvinnelse av motstand, eller omgåelse av motstand.³¹¹

Etter annet punktum vil det likevel være adgang til å benytte beskyttelsestiltak ved behov. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «beskyttelsestiltak» vil være et tiltak for å beskytte pasienten, men hvor det ikke gjennomføres med tvang.

Ettersom § 3-3 ikke gir hjemmel til å bruke tvangstiltak, reiser dette spørsmålet om «beskyttelsestiltak» er noe annet enn tvangstiltak. Begrepene er sentrale og utgjør selve innholdet i hva § 3-3 regulerer. Det er likevel verdt å nevne at ordlyden taler for at bestemmelsen er en inngrepshjemmel, og dermed utenfor rammen av hol. § 3-2. Spørsmålet er hva slags «tiltak» det gis hjemmel til å bruke.

Til bestemmelsen finnes det ingen allment tilgjengelige forarbeider. Årsaken til dette er at forskriften ikke er vedtatt i statsråd, og dermed foreligger det ikke statsrådsforedrag, som skal utarbeides ved vedtakelser av forskrifter.³¹²

Bestemmelsen ble imidlertid nevnt av mindretallet i den nevnte Sårstell-dommen. Kort oppsummert var spørsmålet i saken om det fantes lovhjemmel for et kommunalt sykehjem å skifte sengetøy, utføre sårstell og skifte bandasjer med tvang.

Mindretallet mente at det ikke forelå hjemmel til å gjennomføre disse tiltakene med tvang, og viste blant annet til sykehjemsforskriften § 3-3. Det ble uttalt at sykehjemsforskriften ikke gir hjemmel til å bruke tvang, med unntak fra når tvang er nødvendig for å beskytte pasienten

³¹¹ Se punkt 1.2.3.

³¹² Jf. Lov 23. mars 1909 om instruks for Regjeringen (regjeringsinstruksen) § 4. Jeg har ikke funnet grunn til å be om innsyn i Arkivverket (tidligere Riksarkivet) for å få utstedt forarbeidene. Dette henger sammen med at utilgjengelige forarbeider ikke vil ha stor rettskildemessigvekt, se Skoghøy (2018) s. 75.

mot å skade seg selv eller for å beskytte andre beboere.³¹³ I saken var det enighet mellom partene om at disse vilkårene ikke var oppfylt.

Mindretallet oppstiller her § 3-3 annet punktum om «beskyttelsestiltak» som en unntaksregel. Dette tilsier at «beskyttelsestiltak» er det samme som «tvangstiltak», og følgelig at forskriftsbestemmelsen er en inngrepsbestemmelse. Dette taler for at bestemmelsen er utenfor rammen av hol. § 3-2.

I forbindelse med vedtakelsen av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, ble det vurdert hva slags tvangstiltak § 4A-4 skulle inneholde. I forarbeidene uttales det at «bevegelseshindrende tiltak» i pbrl. § 4A-4 tredje ledd hovedsakelig dekker tiltak som er omtalt som vernetiltak i sykehjemsforskriften § 3-3.»³¹⁴ Selv om forskriften § 3-3 ikke inneholder begrepet «vernetiltak», må det antas at det siktes til ordlyden «beskyttelsestiltak». Det samme er slått fast i rundskriv fra Helsedirektoratet.³¹⁵ Dette tilsier at «beskyttelsestiltak» er å regne som «tvangstiltak», og at sykehjemsforskriften § 3-3 er en inngrepshjemmel.

I likhet med Høyesteretts mindretall, er det også i juridisk teori lagt til grunn at sykehjemsforskriften forbyr tvangsbruk, med unntak fra når det er nødvendig for å beskytte pasienten mot å skade seg selv, eller for å beskytte andre pasienter.³¹⁶ Dette trekker i retning av at forskriftsbestemmelsen er en inngrepshjemmel.

Alminnelige rettstekniske hensyn taler også for et slikt tolkningsresultat. Det kan vanskelig tenkes tilfeller hvor beskyttelsestiltak iverksettes uten at disse må karakteriseres som tvang. Dette kan best belyses ved et eksempel:

Peder Ås har demens og bor på sykehjem. Han forsøker plutselig å skade seg selv, ved å slå seg selv i hodet. Den eneste måten å beskytte Peder på, er å fysisk ta tak i armene hans og holde de fast. Peder uttrykker sterk motstand. Helsepersonellet gjennomfører tiltaket likevel, for å forhindre ytterligere slag mot hodet.

³¹³ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 46.

³¹⁴ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 47.

³¹⁵ IS-2015-8, s. 127.

³¹⁶ Kjelleevold og Aasen (2011) s. 59.

Dersom helsepersonellet ikke har adgang til å anvende slik tvang, men kun beskyttelsestiltak som ikke innebærer tvang, oppstår det problemer med hensyn til beskyttelsen av Peder. Dette viser problematikken ved å forstå «beskyttelsestiltak» som noe annet enn «tvangstiltak».

På bakgrunn av det overnevnte må det være klart at «tvangstiltak» er det samme som «beskyttelsestiltak», og at bestemmelsen gir hjemmel til å gjøre inngrep. Dette innebærer at forskriftsbestemmelsen er utenfor rammen av hol. § 3-2, og dermed ugyldig.

Dette er muligens en streng konklusjon. Sykehjemsforskriften var tidligere hjemlet i kommunehelsetjenesteloven § 1-3, som i stor grad er likelydende med den någjeldende helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2. I tillegg ble forskriften vedtatt i 1988. I lys av det dagjeldende legalitetsprinsippet, kan det godt tenkes at forskriften hadde tilstrekkelig hjemmel. Lovkravet ble ikke håndhevet særlig strengt, og det var flere inngrepshjemler som ikke bygget på formell lov. For eksempel kan læren om politiets ulovfestede generalfullmakt nevnes.

Læren gikk ut på at reelle hensyn og formålsbetraktninger tilsa at politiet måtte ha myndighet til å iverksette tiltak for å opprettholde ro og orden, forebygge lovbrudd og ivareta borgernes sikkerhet, fordi samfunnet hadde pålagt politiet bestemte plikter. Fullmaktene ble dermed forankret ulovfestede forutsetninger i politiloven og politiinstruksen.³¹⁷ I dag fremgår denne myndigheten av politiloven.³¹⁸

Sett at legalitetsprinsippet hadde samme styrke i dag, ville nok sykehjemsforskriften § 3-3 hatt hjemmel i hol. § 3-2. Gjennom nyere rettspraksis og grunnlovsrevisjonen har det imidlertid blitt lagt til grunn en strengere håndhevelse av lovkravet. Det er særlig borgernes forutberegnelighet som står i fokus, og lovkravets funksjon som en reell skanke for myndighetsutøvelse. På denne bakgrunn kan det ikke konkluderes med at lovkravet er oppfylt for sykehjemsforskriften § 3-3 sitt vedkommende.

4.5.4 Burde sykehjemsforskriften være hjemlet i hol. § 12-4?

Selv om sykehjemsforskriften § 3-3 ikke kan sies å være innenfor rammen av hol. § 3-2, er det likevel grunn til å spørre om den ville ha vært gyldig med hjemmel i en annen lovbestemmelse.

³¹⁷ Se Skoghøy (2018) s. 55-56 med videre henvisninger.

³¹⁸ Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven – politil).

Som nevnt inneholder helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 regler som gjelder når en person oppholder seg på institusjon.³¹⁹ Det ble klargjort at sykehjem er omfattet av ordlyden «institusjon». Bestemmelsens anvendelsesområde vil således ikke være en hindring for at sykehjemsforskriften blir vedtatt i medhold av denne.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 fjerde ledd kan det gis forskrift om tvangstiltak. Selv om det ikke er spesifisert hvilke tvangstiltak loven omfatter, er det ikke tvilsomt at det er en inngrepsbestemmelse som gir hjemmel til å vedta mer utfyllende regler om tvang i forskrift. Ettersom sykehjemsforskriften § 3-3 inneholder regler om tvangstiltak, vil den klart være innenfor lovens rammer. Det vil derfor være mulig å vedta forskriften i medhold av hol. § 12-4 fjerde ledd. Rammen til helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 er tvang i nødssituasjoner, og dette reiser spørsmålet om hva slags situasjoner sykehjemsforskriften gir hjemmel til å bruke tvang i.

I forskriften § 3-3 annet punktum heter det at beskyttelsestiltak kan brukes for å «beskytte beboerne mot å skade seg selv, og for å beskytte andre beboere».

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at skade-momentet er begrenset til å gjelde pasienten selv, men for å beskytte andre beboere behøver det ikke foreligge en skaderisiko. Dette tilsier at hensynet til medpasienter kan ivaretas utenfor nødssituasjonene.

Sett i sammenheng med uttalelsene i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 tredje ledd, kan det se ut til at «skade» skal tolkes på samme måte som «vesentlig helseskade» i § 4A-3 annet ledd bokstav c. I tillegg ble det uttalt at «*[t]il forskjell fra sykeheimsforskrifta gir ikkje forslaget heimel for å bruke vernetiltak for å ta vare på andre bebuarar*».³²⁰ Uttalelsen kan tas til inntekt for at sykehjemsforskriften § 3-3 gjelder ivaretagelse av medpasienter utenfor nødssituasjonene. Det er imidlertid mangel på øvrige rettskilder å lene seg på.

Bestemmelsen kunne med fordel ha vært klarere med hensyn til hvilke tvangstiltak som er omfattet og i hvilke situasjoner tvang kan brukes.

³¹⁹ Se punkt 4.4.

³²⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006) s. 47.

Ved å vedta sykehjemsforskriften i hol. § 12-4 vil imidlertid bruken av tvangstiltak være begrenset til nødssituasjonene.³²¹ Dette vil medføre at heller ikke sykehjemsforskriften gir hjemmel til skjerming utenfor nødssituasjonene, og følgelig ikke regulert de forhold som ble påvist i de overnevnte rapportene. Samtidig er det likevel grunn til å hevde at en forskriftshjemmel som er innenfor lovens rammer, er bedre enn en forskriftshjemmel som er ugyldig.

4.6 Oppsummering

I denne delen av oppgaven har det vært forsøkt å analyse flere materielle regler, med sikte på å klargjøre om de regulerer skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner. Analysen har vist at de aktuelle hjemmelsgrunnlag ikke gir hjemmel til den skjermingspraksisen som pågår i dag.

Selv om skjerming generelt sett er omfattet av reglene, er ikke hensynet til medpasienter omfattet av pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, eller helsepersonelloven § 7. I tillegg er det klart at helse- og omsorgstjenesteloven § 12-4 regulerer tvangstiltak i en nødssituasjon. Som det har fremgått, innebærer en «nødssituasjon», at det foreligger en fare for liv og helse. Dette tilsier en høy terskel, og skjerming uten nødssituasjoner er dermed ikke regulert her.

Sykehjemsforskriften står i en særstilling. Både ordlyd og uttalelser i forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-4 tredje ledd, tilsier at tvang kan brukes utenfor nødssituasjoner i henhold til § 3-3. De materielle hjemmelskravene er imidlertid ikke oppfylt, da bestemmelsen måtte sies å være utenfor hol. § 3-2 sine rammer. Dette tilsier at forskriftsbestemmelsen er ugyldig. Det ble likevel stilt spørsmål om sykehjemsforskriften burde være fattet med hjemmel i helse- og omsorgstjenesten § 12-4, men dette vil medføre at tvangsbruken kun kan knyttes til nødssituasjonene.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at den påviste skjermingspraksisen, ikke har hjemmel i gjeldende rett. Dette tilsier at det foreligger et hull i lovverket. Spørsmålet blir dermed om skjermingspraksisen vil bli lovregulert i det nye lovforslaget.

³²¹ Se punkt 4.4.3

5 Tvangsbegrensningsloven - et nytt lovforslag

5.1 Innledning

I tvangsbegrensningsloven er det foreslått fire bestemmelser om bruk av skjerming. For det første vil skjerming kunne benyttes som skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner. For det andre som et behandlingstiltak. For det tredje som et gjennomføringstiltak. For det fjerde av hensyn til medpasienter.³²² Skjerming som behandlings- og gjennomføringstiltak er ikke relevant for denne avhandlingen, og disse vil ikke kommenteres videre.

I tvangsbegrensningsloven er skjerming definert som «å holde en person helt eller delvis atskilt fra personell og andre som ikke deltar i oppfølgingen av vedkommende.»³²³

Definisjonen er nærmest likelydende med den som fremgår av psykisk helsevernloven § 4-3 og psykisk helsevernforskriften § 18, men med enkelte modifikasjoner.

Utvalget har valgt en løsning som innebærer at skjerming er definert i en egen bestemmelse, og hvilke hensyn som kan begrunne skjermingen er regulert i egne hjemler. Det er særlig reglene om skjerming som skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner og skjerming av hensyn til medpasienter som er relevant for denne avhandlingen. Selv om førstnevnte klart knytter seg til nødssituasjoner, er det nødvendig å undersøke hvilken terskel for skjerming som er lagt til grunn. Dersom det foreligger en senket inngrepsterskel, kan det tenkes at bestemmelsen vil bidra til å fylle et lovtomt område. Spørsmålet er om lovforslaget gir et slikt bidrag.

5.2 Generell dissens

Til lovforslaget forelå det en generell dissens. Mindretallet i tvangslovsutvalget mente blant annet at formuleringene «nødvendig», «vesentlig helseskade» og «integritet» var svært skjønnsmessige begreper, og at slike begreper er bidragsytere til den store variasjonen av tvangsbruk i helsetjenestene. Det ble særlig påpekt at nødvendighetsvilkåret er problematisk fordi helsearbeidere neppe mener at de bruker tvang unødvendig.³²⁴ I tillegg var det dissens om å foreslå en helt ny lov, fremfor å revidere eller endre de allerede eksisterende

³²² Jf. henholdsvis § 4-5, § 6-11, § 6-19 og § 7-5.

³²³ Jf. § 1-4 første ledd nr. 5.

³²⁴ NOU 2019: 14, s. 808.

lovverkene.³²⁵ Det var ikke dissens med hensyn til forslaget om skjerming, eller det nærmere innholdet i disse bestemmelsene.

5.3 Skjerming som skadeavverging i nødssituasjoner

I § 4-3 er det inntatt en regel om «særlig inngripende tiltak som skadeavverging i nødssituasjoner». Her er det listet opp ulike tiltak som kan benyttes dersom det foreligger en «nødssituasjon» i henhold til §§ 4-1 og 4-2, hvorav skjerming er et av tiltakene.³²⁶

Det er også inntatt et vilkår om at tiltaket må være «strengt nødvendig» og gjennomføres i tråd med de «særlige begrensninger» som følger av §§ 4-4 til 4-8.³²⁷ Det fremgår av utvalgets merknader til bestemmelsen, at vilkåret «strengt nødvendig», innebærer en skjerpet terskel for nødvendighet.³²⁸ Av de «særlige begrensninger» som følger av overnevnte bestemmer, er det § 4-5 som relevant for skjerming. Her er det inntatt regler med hensyn til adgangen til å låse døren og hvorvidt helsepersonell må være til stede i rommet. Hovedregelen for personer over 18 år, er at døren skal være ulåst med mindre det er nødvendig å låse døren av sikkerhetshensyn.³²⁹

I § 4-5 henvises det også til § 8-5 som inneholder krav til selve skjermingslokalet. Kort oppsummert må lokalet være innredet som et vanlig beboelsesrom – så langt dette er forsvarlig ut fra hensynet til personens sikkerhet – dersom skjermingen blir gjennomført innendørs. Dette kravet gjelder uavhengig om skjermingen blir gjennomført i henhold til § 4-5, § 6-11, § 6-19 eller § 7-5.

Hva som definerer «skjerming» etter § 4-3, avviker fra den som er lagt til grunn i § 1-4 første ledd nr. 5. Utvalget peker på at begrepet «skjerming som skadeavvergende tiltak» skal erstatte det som tradisjonelt omtales som «isolasjon», som innebærer at døren til skjermingsrommet kan låses.³³⁰

³²⁵ NOU 2019: 14, s. 808.

³²⁶ Jf. § 4-3 første ledd nr. 2.

³²⁷ Jf. § 4-3 første ledd.

³²⁸ NOU 2019: 14, s. 725. Sml. nødvendighetsvilkåret i pbrl. § 4A-3 annet ledd bokstav b.

³²⁹ Jf. § 4-5 nr. 3.

³³⁰ NOU 2019: 14, s. 482.

Bestemmelsen er ikke avgrenset til bestemte arenaer, og kommer til anvendelse uavhengig av om pasienten mottar helsetjenester i psykisk helsevern eller i kommunal helsetjeneste.³³¹

Videre mener utvalget skjerming i henhold til § 4-3 ikke kan benyttes for å oppnå et annet formål enn skadeavverging.³³² Dette betyr at skjerming eksempelvis ikke kan brukes i behandlingsøyemed.

Det som nå skal vurderes er hva som ligger i ordlyden «nødssituasjon». Den relevante bestemmelsen i forbindelse med hensynet til medpasienter er § 4-2, hvor det heter:

«Ved akutt fare for andres liv, krenkelse av andres fysiske integritet eller vesentlig skade på andres eiendeler, kan det besluttet og gjennomføres skadeavvergende tiltak, og nødvendig med bruk av tvang, på de vilkår som fremgår av bestemmelsen her og innenfor de grenser som følger av kapitlet her.»

Tvangslovsutvalget peker på at denne bestemmelsen er en parallell til § 4-1, men ettersom nødverge er en situasjon hvor «rett [står] mot urett» er terskelen for inngrep senket i § 4-2.³³³ Dersom et skadeavvergende tiltak gjennomføres av hensyn til pasienten selv, uttaler utvalget at det må foreligge en «krise i rask utvikling».³³⁴ Ved at inngrepsterskelen for nødverge er senket, er det naturlig å anta at «akutt fare» i § 4-2 ikke behøver å innebære en slik krise. Det gis imidlertid ikke noen nærmere veiledning med hensyn til i hvilken grad inngrepsterskelen er senket. Det skjerpede kravet til nødvendighet i § 4-3 tilsier også at inngrepsterskelen er høy.

Slik det fremstår, må det sies å foreligge en høy inngrepsterskel. Selv om inngrepsterskelen er senket i nødverge-situasjonene, taler selve ordlyden for at skjerming utenfor nødssituasjoner ikke er omfattet. Ordlyden «akutt fare for andres liv», tilsier at livet må stå i fare, og ordlyden «krenkelse av andres fysiske integritet» tilsier at det må være tale om en kroppslig krenkelse. Forstyrrende atferd som kommer i konflikt med andre helse- og omsorgsbehov faller dermed utenfor anvendelsesområdet. Dersom det ikke er tiltenkt å erkjenne bestemmelsen en høy

³³¹ NOU 2019: 14, s. 726.

³³² NOU 2019: 14, s. 725.

³³³ NOU 2019: 14, s. 725.

³³⁴ NOU 2019: 14, s. 724.

inngrepsterskel, må det sies å foreligge et forbedringspotensial her. Slik lovteksten er utformet i dag, vil den nok ikke bidra til å fylle hullet i lovverket.

5.4 Skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner

I lovforslaget er det også foreslått en særlig regel om skjerming av hensyn til medpasienter. Spørsmålet er om denne vil bidra til å regulere dagens skjermingspraksis i kommunen.

Bestemmelsen foreslås vedtatt i § 7-11 og gjelder utenfor nødssituasjoner. Det heter at:

«For en person som er innlagt i institusjon for psykisk helsevern etter §§ 5-4 eller 5-5 og fremviser utagerende atferd, kan det fattes vedtak om og gjennomføres skjerming som vedkommende motsetter seg, dersom dette er nødvendig av hensyn til medpasienters rett til nødvendig helsehjelp og ikke er urimelig overfor personen. Tillitsskapende tiltak og alternativer til tvang må være prøvd, jf. § 2-1 og § 2-2.»

Bestemmelsen kommer kun til anvendelse for personer som er innlagt i institusjon for psykisk helsevern. «Psykisk helsevern» er definert i § 1-4 første ledd nr. 2 som «spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykiske helseproblemer».

Etter gjeldende rett vil et av inngangsvilkårene for å motta helsehjelp i det psykiske helsevernet, bero på om personen har en «alvorlig sinnslidelse».³³⁵ I praksis byr dette på et diagnosenært kriterium.³³⁶ Tvangslovutvalget ønsker å frigjøre inngangskriteriet fra en slik diagnostisk tilnærming, og heller oppstille vilkår om manglende beslutningskompetanse og et behovskriterium.³³⁷ Utvalget mener også at «beslutningskompetanse» skal vurderes på samme måte som «samtykkekompetanse» vurderes i dag, altså etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Dette skulle tilsi at personer med demens vil ha en mulighet til å motta helsehjelp i det psykiske helsevernet etter tvangsbegrensningsloven, og følgelig lukke hullet i lovverket.

Likevel er det en forutsetning for bestemmelsens anvendelsesområde, at personen faktisk får helsehjelp i det psykiske helsevernet. I tillegg til dette, må personen være innlagt i institusjon

³³⁵ Jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 3.

³³⁶ NOU 2019: 14 s. 317.

³³⁷ NOU 2019: 14 s. 318 – 319.

i medhold av §§ 5-4 eller 5-5. For å kunne bli innlagt i medhold av disse bestemmelsene, er det flere vilkår som må være oppfylt. Vilkårene er omfattende. Først og fremst må det ha vært forsøkt med tillitsskapende tiltak eller andre alternative tiltak.³³⁸ Personen må også ha et «sterkt behov» for behandling i det psykiske helsevernet.³³⁹ Dette tilsier en høy terskel.

Det kan neppe holdes for sikkert at omsorgen for personer med demens, flyttes fra kommunen til spesialisthelsetjenesten, og slik sett bidrar heller ikke denne bestemmelsen til å fylle tomrommet i lovgivningen. Det er også problematisk at det ikke foreslås en lovhjemmel til å anvende skjerming utenfor nødssituasjonene for en pasient som mottar helsehjelp i den kommunale helsetjenesten. Praksisen viser at situasjonen oppstår, og at det er et behov for en slik hjemmel.

Dette ble også påpekt av flere instanser i høringsrunden. Både Pasient- og brukerombudene i Norge og Statsforvalteren i Møre og Romsdal ga uttrykk for at det er ønskelig med en slik hjemmel i sine høringssvar.³⁴⁰

Spørsmålet blir dermed hvorfor en slik hjemmel ikke ble foreslått av tvangslovsutvalget.

5.5 Tvangslovsutvalgets begrunnelse

Det fremgår av lovforslaget at tvangslovsutvalget vurderte muligheten til å foreslå en mer generell hjemmel for bruk av tvang, for å ivareta fellesskapsinteresser.³⁴¹ Med «fellesskapsinteresser» mener utvalget en hjemmel om inngripende tiltak utenfor nødssituasjoner.³⁴² I deres drøftelser ble det vist til Sårstell-dommen som en referanse på at problemstillingen kan oppstå.

Utvalget mente imidlertid at en slik hjemmel i så fall måtte formuleres bredt for å fange opp alle tenkelige og utenkelige situasjoner, som de anså som problematisk.³⁴³ I tillegg mente de at en slik hjemmel kunne reise menneskerettslige problemer. På denne bakgrunn ble det ikke foreslått en hjemmel for å ivareta dette formålet.

³³⁸ Jf. § 5-4 første ledd nr. 1.

³³⁹ Jf. § 5-4 første ledd nr. 2.

³⁴⁰ Pasient- og brukerombudene i Norge, «Høringssvar NOU – Tvangsbegrensningsloven», 10. desember 2019. Statsforvalteren i Møre og Romsdal, «Høringssvar fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal», 16.12.2019. Det bemerkes at Fylkesmannen endret navn til Statsforvalteren den 01.01.2021.

³⁴¹ NOU 2019: 14 s. 613.

³⁴² NOU 2019: 14 s. 612.

³⁴³ NOU 2019: 14 s. 613.

Det pekes altså på to problemstillinger i forbindelse med en generell hjemmel. For det første vil det kreve en vid formulering av lovtekst, og for det andre kan hjemmelen potensielt reise menneskerettslige problemer.

Den retts tekniske utformingen av lovtekst, er en svært krevende og omfattende oppgave. Mitt formål med denne avhandlingen, er ikke å ikke å utforme et forslag til lovtekst, men heller å legge til rette for at lovgiver kan treffe et informert valg. Avhandlingens bidrag må dermed være å avklare om det rettslig sett er mulig å innføre en hjemmel om skjerming av pasienter med demens av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjonene. Det faller derfor utenfor mitt formål å delta i diskusjonen om utforming av lovtekst.

Likevel kan det kort nevnes at det er liten tvil om at generell hjemmel om skjerming i tvangsbegrensningsloven, kan være utfordrende å gjennomføre. Tvangsbegrensningsloven er tenkt å regulere tvangsbruk på tvers av pasientgrupper, og en generell hjemmel uten et avgrenset virkeområde, måtte naturligvis være svært vid. Ettersom lovforslaget inneholder en hjemmel om skjerming utenfor nødssituasjonene i det psykiske helsevernet, må det likevel spørres om det ville vært mulig å utforme en lignende bestemmelse avgrenset mot personer med demens som mottar helsehjelp i kommunal helsetjeneste.

Sett at tvangsbegrensningsloven ikke blir vedtatt på Stortinget, reiser dette spørsmålet om hvordan en hjemmel om skjerming utenfor nødssituasjonene kan tilføyes dagens helselovgivning. Spørsmålet byr på et forslag til lovtekst, som ikke er formålet med avhandlingen. Jeg føyer likevel til, at lovhjemmelen muligens hadde fått plass i dagens pasient- og brukerrettighetslov kapittel 4A, sett at vilkårene i § 4A-3 annet ledd blitt endret til å også omfatte medpasienter, eller ved å tilføye en helt egen bestemmelse, slik som i psykisk helsevernloven § 4-3.

Ved å vurdere det rettslige, ble det nevnt ovenfor at utvalget peker på potensielle menneskerettslige problemer ved å foreslå en generell hjemmel, men spesifiserer ikke hvilke menneskerettslige problemer som vil oppstå. Spørsmålet er om det vil melde seg noen menneskerettslige problemer med hensyn til innføringen av en lovhjemmel til skjerming av personer med demens av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjonene, og burde det i det hele tatt vedtas en hjemmel om dette?

6 Burde det vedtas en hjemmel om skjerming?

I punkt 2.8 og 3.3.4 ble det lagt til grunn at skjerming er en frihetsberøvelse etter EMK art. 5 nr. 1 og at personer med demens er omfattet av ordlyden «persons of unsound mind».

Ettersom kasusen skjerming er omfattet, og skjermingen er legitim overfor personer med demens, vil det ikke reise menneskerettslige problemer i dette henseende.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hjemmel til skjerming utenfor nødssituasjonene vil være i tråd med EMKs tolkning av nødvendighetsvilkåret i. Som det ble nevnt i punkt 3.3.5 er fremdeles uavklart hvorvidt en frihetsberøvelse er legitim uten at det foreligger en risiko for skade på andre. Slik rettstilstanden er i dag, må det rettslige utgangspunktet være at en hjemmel om skjerming utenfor nødssituasjonene ikke vil være en krenkelse av EMK art. 5.

Det er også anerkjent av Høyesterett at en pasient i den kommunale helsetjenesten må tåle enkelte begrensninger i sine rettigheter. I den nevnte Sårstell-dommen var det enighet om at man må ta hensyn til både driften av sykehjemmet og medpasienter.³⁴⁴ Årsaken til dissensen var at mindretallet mente det ikke forelå en hjemmel for inngrepet, og på denne bakgrunn var ikke tiltakene legitimert. Dersom det hadde eksistert en lovhjemmel, kan det ikke utelukkes at mindretallet hadde akseptert tvangsbruken.

Slik jeg ser det, foreligger det ingen rettslige hindringer i å vedta en hjemmel om skjerming overfor personer med demens av hensyn til medpasienter. Dersom det vedtas en hjemmel om skjerming er det klart at den må være tilstrekkelig klar. Klare lovhjemler sikrer forutberegnelighet og forhindrer vilkårlig frihetsberøvelse. I tillegg må de nærmere vilkårene for skjerming være regulert i bestemmelsen, da dette er et selvstendig vilkår for frihetsberøvelse.³⁴⁵

Fraværet av en lovhjemmel bringer med seg flere uheldige konsekvenser. For det første er ikke forutberegneligheten til pasienten ivaretatt, og for det andre blir pasientene utsatt for krenkelser av EMK art. 5 nr. 1.

Sett at det nye lovforslaget blir vedtatt, kan fraværet av en hjemmel til skjerming av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjonene, i kommunal helsetjeneste, medføre at

³⁴⁴ Se, Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30 og 41.

³⁴⁵ Se punkt 3.3.2

«nødssituasjonene» strekkes lenger i praksis, enn det som er tiltenkt. Man vil dermed stå overfor en skjematisk bruk av nødssituasjons-begrepet, fordi det ikke er mulig å hjemle skjermingen i noen annen bestemmelse. Dette var tilfellet da pasient- og brukerrettighetsloven skulle endres. Som nevnt i punkt 4.3.1, var adgangen til å bruke tvangstiltak tidligere begrenset til de akutte nødssituasjonene og helsepersonelloven § 7 var den eneste hjemmelen som regulerte tvang overfor personer med demens. Da den faktiske tvangsbruken ble kartlagt oppdaget man at ble brukt tvang utenfor nødssituasjonene, som var hovedårsaken til at kapittel 4A ble vedtatt. Det er ikke utenkelig at en slik situasjon vil oppstå dersom man ikke innfører en lov om skjerming utenfor nødssituasjonene. I grunn, skjer det den dag i dag.

7 Avslutning

I innledningen ble det reist tre hovedproblemstillinger.

For det første ble det stilt spørsmål om skjerming er et inngrep i pasientens bevegelsesfrihet etter Grl. § 106 og P4-2 eller en frihetsberøvelse etter Grl. § 94 og EMK art. 5 nr. 1. I punkt 2.82.8 ble det tatt utgangspunkt i at skjerming er en frihetsberøvelse, men dette beror på en konkret helhetsvurdering av bevegelsesfrihetens grad og intensitet. Slik jeg ser det, vil det skjerming ofte kunne være en frihetsberøvelse, fordi intensiteten vil være høy ved at pasienten kan holdes tilbake i skjermingsrommet. I tillegg vil pasienten ha et svært begrenset område å bevege seg på, som øker intensiteten ytterligere.

I denne sammenhengen ble det reist en problemstilling med hensyn til forvaltningens faktiske handlinger. Det var særlig den omstendighet at det fattes få skriftlige vedtak, som åpnet for spørsmålsstillingen. På bakgrunn av forarbeidene til grunnlovsrevisjonene og Høyesterettspraksis er det klart at også faktiske handlinger som er inngripende overfor borgeren også vil utgjøre et inngrep.

For det andre ble det stilt spørsmål om hvilke rettslige skranker og materielle hjemmelskrav som begrenser adgangen til å benytte skjerming. Grunnloven § 113 stiller både formelle og materielle hjemmelskrav. Det formelle kravet innebærer at inngrepet må være regulert i en formell lovhjemmel, eller i forskrift gitt i medhold av slik lov. Det materielle kravet innebærer at lovhjemmelen må være så presis som forholdene tillater. Presisjonskravet gjelder altså ikke absolutt, men er en relativ skranke.

Det ble også utledet materielle hjemmelskrav og innholdsmessige krav av EMK art. 5 nr. 1. Også her gjelder et relativt presisjonskrav til inngrepshjemmelen. I denne forbindelse ble det spurt om lovkravet i Grl. § 113 og EMK art. 5. burde harmoniseres. Det var særlig omstendigheten ved at EMK art. 5 krever at inngrepet har hjemmel i nasjonal lovgivning som åpnet for en slik drøftelse. Det ble imidlertid konkludert med at inntil det foreligger noen klargjøring fra Høyesterett, må det legges til grunn å gjelde et dobbelt lovkrav i dag.

Særlig et sentralt spørsmål oppstod til denne problemstillingen: hvilke hensyn kan legitimere skjerming? Rettspraksis fra EMD viser at nødvendighetsvilkåret vil være oppfylt, dersom det for eksempel foreligger en fare for skade på andre. Det har imidlertid ikke vært behandlet av Domstolen om også andre hensyn kan legitimere inngrepet, og ettersom det ikke foreligger

holdepunkter for noe annet, må rettstilstanden sies å være uavklart. Sårstell-dommen tas imidlertid til inntekt for at tvangsbruk ikke er betinget av en nødssituasjon, sett at det foreligger en lovhjemmel.

Endelig reiste oppgaven spørsmål om det eksisterer en lovhjemmel for skjerming av personer med demens av hensyn til medpasienter utenfor nødssituasjoner i dagens helselovgivning. Etter en analyse av flere materielle regler, ble det klart at flere av reglene regulerte skjerming, men hensynet til medpasienter er bare omfattet i enkelte av bestemmelsene. For de reglene som regulerte hensynet til medpasienter, vil det kun være legitimt å bruke tvang dersom det foreligger en nødssituasjon.

På denne bakgrunn ble det fastslått at det eksisterer et hull i lovverket. Etersom tvangslovsutvalget har foreslått en ny lov, var det naturlig å undersøke om tvangsbegrensningsloven vil bøte på hjemmelsproblematikken gjeldende regelverk. Etter en analyse av de aktuelle bestemmelsene, ble det klart at lovforslaget foreløpig ikke er redningen for den uhjemlede bruken av skjerming som eksisterer i dag.

Referanseliste

Norske lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Regjeringsinstruksen	Lov 23. mars 1909 om instruks for Regjeringen
Vegtrafikkloven	Lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Kommunehelsetjenesteloven	Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (opphevet)
Sosialtjenesteloven	Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (opphevet)
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester
Politi loven	Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Psykisk helsevernloven	Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern
Pasient- og brukerrettighetsloven	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter
Helsepersonelloven	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell
Smittevernloven	Lov 5. august 1994 nr. 55 om smittsomme sykdommer

Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Endringslov til pasientrettslova og biobanklova	Lov 22. desember 2006 nr. 99 om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forsikring – personar uten samtykkekompetanse
Utlendingsloven	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utledingers adgang til riket og deres opphold her
Plan- og bygningsloven	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling
Helse- og omsorgstjenesteloven	Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester

Norske forskrifter og rundskriv

Sykehjemsforskriften	Forskrift 14. november 1988 nr. 932 for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie
Psykisk helsevernforskriften	Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m.
Forskrift om helse- og omsorgsinstitusjon	Forskrift 16. desember 2011 nr. 1254 om kommunal helse- og omsorgsinstitusjon
Forskrift om kontantytelser fra folketrygden	Forskrift 14. februar 2014 nr. 137 om disponering av kontantytelser fra folketrygden under opphold i kommunal helse- og omsorgsinstitusjon og i helseinstitusjon i spesialisthelsetjenesten.
Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon	Forskrift 26. august 2016 nr. 1003 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling,

omsorg og rehabilitering av personer med
rusmiddelproblemer

I-1998/41	Rundskriv fra Sosial- og helsedepartementet
IS-2008-10	Rundskriv fra Helsedirektoratet, pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A
IS-2015-8	Rundskriv fra Helsedirektoratet, pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer

Norske lovforarbeider og innstillinger

NOU 1985: 18	Lov om sosiale tjenester m.v.
NOU 2014: 10	Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern
NOU 2019: 14	Tvangsbegrensningsloven
Ot.prp. nr. 29 (1990 – 1991)	Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)
Ot.prp. nr. 78 (1997 – 1998)	Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v.
Ot.prp. nr. 11 (1998 – 1999)	Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)
Ot.prp. nr. 12 (1998 – 1999)	Om lov om pasientrettigheter
Ot.prp. nr. 13 (1998 – 1999)	Om lov om helsepersonell
Ot.prp. nr. 55 (2002 – 2003)	Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenesten i kommunene (rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming)
Ot.prp. nr. 64 (2005 – 2006)	Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forsikring – personar utan samtykkekompetanse)

Ot.prp. nr. 65 (2005 – 2006)	Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.
Prop. 91 L (2010 – 2011)	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
Dok. nr. 16 (2011 – 2010)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
Innst. 186 S (2013 – 2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
Prop. 154 L (2016 – 2017)	Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldevne, samfunnsvern og sakkyndighet)

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953)

Protocol no. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol Thereto, Strasbourg, 16 September 1963 (entered into force 2 May 1968)

International Covenant on Civil and Political rights, 16. Desember 1966 (entered into force 23. March 1976)

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett:

Rt. 1954 s. 96

Rt. 1995 s. 20

Rt. 1995 s. 530 A (Fjordlaks)

Rt. 2001 s. 382

Rt. 2006 s. 1382 A

Rt. 2010 s. 612 A (Sårstell)

Rt. 2011 s. 51 A

Rt. 2011 s. 1127 A

Rt. 2014 s. 686 A

Rt. 2014 s. 702 U

Rt. 2014 s. 976 A

Rt. 2014 s. 1105 A (Acta)

Rt. 2014 s. 1281 A

Rt. 2014 s. 1292 A

Rt. 2015 s. 81 A

Rt. 2015 s. 93 A (Maria)

Rt. 2015 s. 110 A

Rt. 2015 s. 155 A

HR-2014-1986-U

HR-2016-1286-A

HR-2016-1833-A

HR-2016-2017-A

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2017-467-A

HR-2017-2078-A

HR-2018-456-P (Nesseby)

HR-2020-1724-A (Bybetjent)

Avgjørelser fra Lagmannsretten:

LB-2016-8370

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen:

Guzzardi mot Italia [P], dom av 6. november 1980, søker no. 7367/76

Winterwerp mot Nederland [J], dom av 27. november 1981, søker no. 6301/73

Luberti mot Italia [J], dom av 23. februar 1984, søker no. 9019/80

Ashingdane mot Storbritannia [J], dom av 28. mai 1985, søker no. 8225/78

Amuur mot Frankrike [P], dom av 25.06.1996, søker no. 19776/92

Johnson mot Storbritannia [J], dom av 24. oktober 1997, søker no. 22520/93

Steel m.fl mot Storbritannia [J], dom av 23. september 1998, søker no. 24838/94

Bollan mot Storbritannia [A], dom av 4. mai 200, søker no. 42117/98

Varbanov mot Bulgaria [J], dom av 5. oktober 2000, søker no. 31365/96

Hutchison Reid mot Storbritannia [J], dom av 20. februar 2003, søker no. 50272/99

Luordo mot Italia [J], dom av 17. juli 2003, søker no. 32190/06

Rakevich mot Russland [J], dom av 28. oktober 2003, søker no. 58973/00

H.L. mot Storbritannia [J], dom av 5. oktober 2004, søker no. 45508/99

Storck mot Tyskland [J], dom av 16. juni 2005, søker no. 61603/00

Shtukurov mot Russland [J], dom av 27. mars 2008, søker no. 44009/05

Austin and Others mot Storbritannia [GC], dom av 15. mars 2010, søker no. 39692/09

Medvedyev m.fl. mot Frankrike [GC], dom av 29. mars 2010, søker no. 3394/03

Haidn mot Tyskland [J], dom av 13. januar 2011, søker no. 6587/04

Stanev mot Bulgaria [GC], dom av 17. januar 2012, søker no. 36760/06

Munjaz mot Storbritannia [J], dom av 17. juli 2012, søker no. 2913/06

Pleso mot Ungarn [J], dom av 2. oktober 2012, søker no. 41242/08

Radu mot Tyskland [J], dom av 16. mai 2013, søker no. 20084/07

Ulisei Grosu mot Romania [J], dom av 22. mars 2016, søker no. 60113/12

Ilseher mot Tyskland [GC], dom av 4. desember 2018, søker no. 10211/12 og no. 27505/14

Avgjørelser fra EU-kommisjonen:

X mot Den føderale republikken Tyskland, 12. juni 1976, no. 7493/76. Publisert i D.R. 6, s. 182-183

X mot Nederland, 5. desember 1978, no. 6852/74. Publisert i D.R. 15, s. 5-14

Litteratur

Bøker:

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

Andenæs, Kristian, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kirsten Sandberg og Lasse Warberg, *Sosial rett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2003.

Bartlett, Peter, Oliver Lewis, Oliver Thorold, *Mental disability and the european convention on human rights*, Martinus Nijhoff 2007(Nederland, Leiden).

Befring, Anne Kjersti, Marion Hirst (red.), Bente Ohnstad og Kari Paulsrud, *Helserett i et nøtteskall*, Gyldendal 2019.

Befring, Anne Kjersti, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), *Sentrale helserettslige emner*, Gyldendal akademisk 2016.

Bernt, Jan F. Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2010.

Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss*, 3. utg., Universitetsforlaget 2010.

Bragdø-Ellenes, Sunniva Christina og Terje Abusland, *Forvaltningsrett i et nøtteskall*, Gyldendal juridisk 2017.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg., Universitetsforlaget 2014.

Engedal, Knut og Marit Tveito, *Alderspsykiatri*, Forlaget aldring og helse – akademisk 2019.

Fliflet, Arne Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utg., Universitetsforlaget 2017.

Gisle, Jon, *Jusleksikon*, 4. utg., Kunnskapsforlaget 2010.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 1999.

Harris, David J., Michael O'Boyle, Ed P. Bates, Carla M. Buckley, *Law of the european convention on human rights*, 3. utg., Oxford University Press 2014.

Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon: ved risiko for bevisforspillelse*, Fagbokforlaget 2017.

Kjølbrot, Jon, *Den europeiske menneskerettigheds konvention*, 3. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010.

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett II*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2012.

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg., Gyldendal 2018.

Kjønstad, Asbjørn, Jan Fridthjof Bernt, Alice Kjellevold og Harald Hove, *Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten*, 2. utg., Fagbokforlaget 2000.

Molven, Olav, *Helse og jus*, 9. utg., Gyldendal 2019.

Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks og Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. utg., Oxford University Press 2014.

Skaug, Lasse *Jus og saksbehandling i den kommunale helse- og omsorgstjenesten*, Kommuneforlaget 2013.

Skoghøy, Jens Edvin, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, Det juridiske fakultet, Tromsø, januar 2017.

Warberg, Lasse, *Norsk helserett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011.

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Fagbokforlaget 2011.

Østenstad, Bjørn Henning, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Fagbokforlaget 2018.

Tidsskrift:

Kjellevold, Alice og Henriette Sinding Aasen, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, (2011) s. 50-68

Kirkevold, Øyvind, «Bruk av tvang i sykehjem», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, (2005) nr. 10 s. 1346-1348.

Monsen, Erik, «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til

Sårstelldommen i [Rt. 2010 s. 612]», *Undring og erkjennelse: Festeskrift til Jan Fridthjof Bernt*, (2013) s. 419-429

Sabine Ruths, «Nytteverdien av skjermede enheter for demente», *Tidsskrift for Den norske legeforening*, (2005) nr. 9, s. 1191-1194

Syse, Aslak, «Huleboerdommen – feil navn og uklart innhold?», *Lov og Rett*, (2011) s. 628-637

Østenstad, Bjørn Henning, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?», *Lov og Rett*, (2014) s. 484-501

Høringssvar:

Pasient- og brukerombudene i Norge, «Høringssvar NOU – Tvangsbegrensingsloven», 10. desember 2019. URL: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=c5dab0d0-e733-4a8f-aa32-ad797751eb9b>

Statsforvalteren i Møre og Romsdal, «Høringssvar fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal», 16.12.2019. URL: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-av-nou-2019-14-tvangsbegrensingsloven---forslag-til-felles-regler-om-tvang-og-inngrep-uten-samtykke-i-helse--og-omsorgstjenesten/id2660716/?uid=08ea679d-94ba-4399-8b06-12e7cab7365e>

Kilder hentet fra internett:

Anine Kierulf, *Norsk lovkommentar: Kongeriket Norges Grunnlov*, note 256B.

Karl Harald Søvig, *Norsk lovkommentar, helse- og omsorgstjenesteloven*, note 156.

World Health Organization, “Mental disorders” (2019) URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

Rapporter:

Statens helsetilsyn, *Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling av mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009-2010* (2011). URL: https://www.helsetilsynet.no/globalassets/opplastinger/publikasjoner/internserien/oppsummering_pasrl_4a_internserien3_2011.pdf

Oxford Research, *Evaluering av pasient- og brukerrettighetsloven* (2013). URL:
[https://issuu.com/oxfordresearch/docs/evaluering_av_pasient- og_brukerret](https://issuu.com/oxfordresearch/docs/evaluering_av_pasient-og_brukerret) (publisert 2015)

