



Tvang i barnevern og psykiatri

Vurdering av verdiriktighet

av Marius Storvik

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Høsten 2009

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	4
1.1	Bakgrunnen for oppgaven	4
1.2	Målsetting og avgrensning	5
1.3	Metode og kilder	7
1.4	Begreper	9
1.5	Framveksten av det autonome mennesket	10
1.6	Den videre framstilling	12
2.	Verdiriktighet.....	13
2.1	Rettsikkerhetsidealet – verdiriktighet	13
2.2	Likhet	16
2.3	Respekt for personlig integritet/autonomi	17
3.	Kravet til likhet	19
3.1	Postulatet	19
3.2	Grenseklienter	19
3.3	Ulikheter i tvangshjemlene	22
3.3.1	Situasjonen	22
3.3.2	Forholdsmessighetskravet.....	23
3.3.3	Inngrepsterskelen.....	24
3.3.4	Inngrepets art.....	25
3.3.5	Inngrepets varighet	26
4.	Respekt for personlig integritet/autonomi	29
4.1	Autonomi og integritet.....	29
4.1.1	Utgangspunkt for drøftelsen	29
4.1.2	Autonomi: Selvbestemmelsesrett og/eller integritet?	30
4.1.3	Kvalifisert autonomi?	32
4.1.4	Autonomiens begrunnelse?	36

4.2	Paternalisme som avveiningsprinsipp ved inngrep i autonomi	37
4.2.1	Begrepet paternalisme	37
4.2.2	Lovskravet.....	38
4.2.3	Kravet til et lovlig formål	40
4.2.4	Forholdsmessighetskravet.....	41
5.	Rettspolitisk vurdering	43
5.1	Felles lov om tvang mot barn	43
5.2	Ideen om kvalifisert autonomi må forkastes.....	44
5.3	To praktiske eksempler	45
5.3.1	Bruk av tvangsmiddel	45
5.3.2	Frivillighet ved plassering	48
5.4	Et skjerpet forholdsmessighetskrav ved tvang mot barn.....	49
6.	Avslutning.....	53
7.	Litteraturliste.....	54

1. Innledning

*Den gale gutten i det andre huset
var tjoret fast. Om natten hørte vi
han ulte. Og da hvasket jeg mot puten:
Takk kjære Gud! Jeg er iallfall fri!*

*Den gale gutten skriker ikke lenger.
Men likevel kan skriket vekke meg
når nettene er stjerneløse svarte.
Da er det ikke gutten. Det er jeg.*

Inger Hagerup¹

1.1 Bakgrunnen for oppgaven

Gjennom studietiden har jeg jobbet både ved en psykiatrisk akuttavdeling og ved en barnevernsinstitusjon som behandler ungdommer med alvorlige atferdsvansker. Disse to institusjonstypene er på mange måter vesentlig forskjellige, samtidig som de har flere likhetstrekk.

For det første mottar begge institusjonstypene både frivillige og tvangsplasserte beboere. Ved plassering i begge institusjonstyper er det et prinsipp om frivillighet først ved innlegging.² Dette gjør at mange frivillige beboerne godtar plasseringen fordi de frykter tvangsplassering om de ikke tar imot behandlingen frivillig.

For det andre har institusjonene anledning til å styre beboerens hverdag. Husordensreglement som gjelder for alle på institusjonen setter rammer for beboeren som denne ikke har i hjemmet. I tillegg har institusjonen anledning til å foreta en rekke inngrep i beboernes integritet.

Begge fagfeltene foretar administrative frihetsberøvelser og begge fagfeltene hjemler krenkelser i beboernes integritet og autonomi. Et felles begrep for dette er tvang, noe som

¹ Vaaland s. 115

² Se Sandberg i Andenæs 2002 s. 272 og Rasmussen i Andenæs 2002 s. 413.

kjennetegner begge fagfeltene. Med denne forståelsen hadde jeg forventet at tvangen skulle være relativt lik. Dette viste seg ikke å stemme.

Den grunnleggende rettslige forskjellen er at barnevernloven er laget for barn.³ Den tar utgangspunkt i barnet og dets spesielle behov. Psykisk helsevernloven er laget for å beskytte rettssikkerhet og menneskeverd, men er ikke laget for barn.⁴ Den er tilpasset barn ved at samtykkereglene er tilpasset helserettlig myndighetsalder og ved forbud mot mekaniske tvangsmidler for barn under 16 år.⁵ Med disse unntak tar den ikke hensyn til barns særlige behov ved bruk av tvang mot barn.

Psykisk helsevernloven har barn og unge som en viktig målgruppe.⁶ Menneskerettighetene skal etter menneskerettsloven § 3 ved motstrid gå foran norsk rett og etter § 2 (4) er barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett.⁷ Barnekonvensjonens artikkel 3 fastslår at ved "alle handlinger som berører barn...skal barnets beste være et grunnleggende hensyn". Dette prinsippet er også nedfelt i barnevernloven § 4 -1 og barneloven § 48.⁸ At dette ikke berøres i psykiske helsevernloven er underlig.⁹

1.2 Målsetting og avgrensning

Få er uenig om prinsippet om barnets beste. Mange er imidlertid uenig om hva som er barnets beste. Vurderingen av hva som er barnets beste i hjelpeapparatet blir i stor grad overlatt til forvaltningens skjønn. Fordi skjønnets er bygget på faglige vurderinger vil det være vanskelig å overprøve skjønnets. Dette gjør at barnets rettssikkerhet i stor grad er knyttet til rettsanvenders skjønnetsutøvelse.

Målsettingen med oppgaven er å belyse enkelte rettssikkerhetssider ved tvang mot barn i psykiatri og barnevern. I kapittel 2 vil jeg redegjøre for rettssikkerhetsbegrepet, dets inndeling og nærmere innhold. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses temaet til den delen av rettssikkerheten som omfatter verdiriktighet.

³ Lov nr. 100 av 1992 om barneverntjenester (barnevernloven), § 1-1.

⁴ Lov nr. 62 1999 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) § 1-1.

⁵ Se §§ 2-1, 2-2 og 4-8.

⁶ Syse 2007 s. 133.

⁷ Lov nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettighetsloven).

⁸ Lov nr. 7 1981 om barn og foreldre (barnelova)

⁹ I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) er ikke barnets beste nevnt. I Ot.prp.nr.65 (2005-2006) er barnets beste nevnt to ganger på side 35 i drøfting om samtykke for barn under 16 år.

Gjennom det deskriptive arbeidet med å belyse rettssikkerhet, vil jeg peke på en del forhold som normativt burde nyanseres. Grunnlaget for rettssikkerhet ved tvang mot barn er basert på prinsippet om barnets beste. Det sentrale i oppgaven er imidlertid tvang og ikke prinsippet om barnets beste. Dette prinsippet vil belyses underveis.¹⁰

Begrepet rettssikkerhet er grundig behandlet i juridisk teori i den forstand at begrepets innhold er redegjort for, dette kommer jeg tilbake til.¹¹ Øyrehagen Sunde omtaler *”likskap for retten og om det forutberekelege som rettstryggleiksverdi”* som deler av rettens dypstruktur.¹² De elementer av rettssikkerhetsbegrepet jeg søker å belyse er kravene til verdiriktighet.¹³ Slik jeg forstår Eskeland er kravene til verdiriktighet på et nivå over rettssikkerhet, men samtidig ett nivå under der rettsavgjørelser fattes.¹⁴ Dette gjør det naturlig å anse kravet til verdiriktighet som en del av rettsprinsippene.

Nygaard skriver at rettsprinsipp er en hovedrettesnor, *”Altså at det er tale om tungtvegande retningsliner. I dette vil liggja at avvik frå hovudrettesnora må grunnjevast særskilt”*.¹⁵ Arntzen og Graver peker på at rettsprinsipper gir fastere holdepunkter for rettsanvenderen og at de brukes som en del av rettsteoretikere og rettsanvenderen sin begrunnelse i stadig større grad.¹⁶ Fokus på verdiriktighet ved tvang mot barn kan derfor ha betydning både ved den praktiske rettsanvendelsen, men også rettspolitisk i forhold til lovgivers vurderinger. Begge disse aspektene ligger til grunn i oppgaven.

Ulik tvangsbruk under oppholdet på institusjon antok jeg skyldtes bakenforliggende forskjeller i plasseringsgrunnlaget. Å avdekke de legislative hensynene ved tvang mot barn viste seg å være vrient. Forarbeidene forklarer i liten grad de legislative hensynene bak tvangen, og i den grad de gjør det er det knyttet til konkrete problemstillinger. Det foreligger omtrent ikke domstolspraksis vedrørende tvang mot barn. Terminologibruken som brukes på de respektive fagfeltene synes ikke å være sammenfallende. Dette gjør det svært

¹⁰ Bendiksen s. 166-174 redegjør for innholdet i uttrykket *”barnets beste”*. Se også ytterligere henvisninger fra Bendiksen.

¹¹ Se for eksempel: Sunde i Kjønstad 2002 s. 376-426 og Eskeland 1989 s. 57-106. Begrepets innhold redegjøres for under punkt 2.1.

¹² Øyrehagens Sunde 2005 s. 30. Se Arntzen 2009 s. 223-234 med ytterligere henvisninger om rettens lagdeling.

¹³ Verdiriktighet redegjøres for i kapittel 2.

¹⁴ Eskeland s. 58-59.

¹⁵ Nygaard s. 261

¹⁶ Graver 2006 på s. 211 og Arntzen på s. 224-225.

plasskrevende og omfattende å foreta en komparativ analyse av de legislative hensynene ved plasseringene.

For å muliggjøre sammenligningen tar jeg i utgangspunktet kun opp spørsmålet om tvang for å forhindre skade. Her vil bare forskjeller som konstateres i de ulike regeltekstene belyses. Der regeltekstene tilsvarer hverandre redegjøres det ikke nærmere for innholdet. Oppgaven vil derfor ikke egne seg til å være et oppslagsverk i gjeldende rett på disse spørsmålene.

Basert på ulikhetene og dels likhetene vil jeg deretter verdimesse analysere noen av de styrende hensyn. Disse verdimesse hensyn vil dels gjøre seg gjeldende på det rettslige eksemplet, tvang for å forhindre skade, men vil også gjøre seg gjeldende ved vurderingen av plasseringene. Dette gjør at enkelte problemstillinger vedrørende plassering og prosessuelle spørsmål må berøres, uten at det er plass til å gi dette en omfattende behandling. Der det er berørt har jeg likevel forsøkt å redegjøre tilstrekkelig til å få frem poengene. At det gjøres slik skyldes at verdivurderingene vil være på et overordnet nivå, og det har vært vanskelig å finne ett rettslig eksempel som godt nok illustrerer verdivurderingene.

Opgaven dreier seg om tvang mot barn, hvilket innebærer personer under 18 år. Psykisk helsevernloven har særregler for barn under 16 år. På barnevernsinstitusjon er det enkelte særregler for barn under 15 år. For å styre unna særreglene vil oppgaven dreie seg om barn mellom 16 og 18 år.

Siden målsettingen er avgrenset til å belyse enkelte sider av rettsikkerhetsbegrepet vil konklusjonene ikke kunne hamres ut i stein. Avhandlingens tema fortjener atskillig mer plass og tid enn det som er til rådighet her. Mitt håp er at avhandlingen kan brukes i videre arbeid med temaet.

1.3 Metode og kilder

Rettsdogmatisk metode, slik den er beskrevet i teorien, dreier seg om å fastlegge gjeldende rett.¹⁷ Siden fastlegging av gjeldende rett kun tjener som eksempel for å belyse verdiriktighet, vil rettsdogmatisk metode bare benyttes der dette er hensiktsmessig.

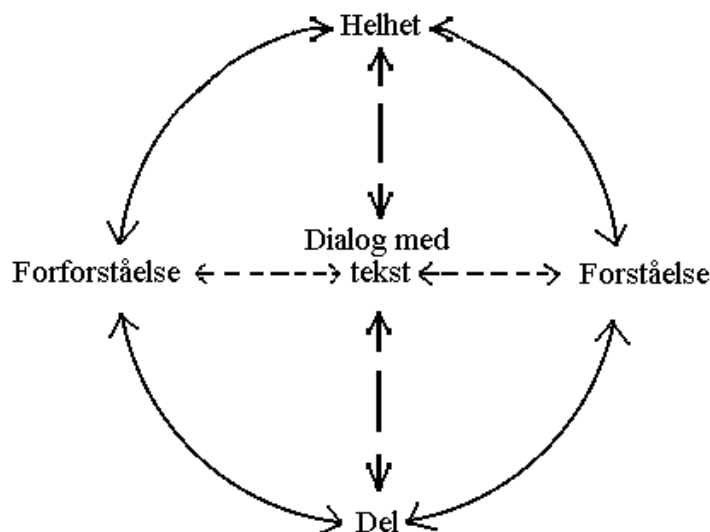
Den rettsdogmatiske metode har likevel vært utgangspunktet i min leting etter kilder som kan belyse verdiriktighet. Det har imidlertid vist seg at rettskildenes prinsipielle drøftelser om tvang mot barn i beste fall er fragmentariske. Et eksempel på dette er at det ikke finnes Høyesterettspraksis på plassering av barn på verken barneverns- eller psykiatrisk institusjon. Det finnes ikke rettspraksis på bruk av tvang under institusjonsopphold, selv om det her

¹⁷ Andenæs Innføring i rettsstudiet 2002 spesielt s. 169-170. Nygård spesielt s. 91-115, Eckhoff 2005 spesielt s. 15-38, 118-147.

riktignok finnes en uttalelse fra Sivilombudsmannen. Jeg har ikke funnet litteratur som i særlig grad redegjør for rettsprinsipper for tvang mot barn. Dette gjør at jeg etter hvert har arbeidet etter en annen metode.

Jus og teologi har sammen dannet grunnlaget for den hermeneutiske metode. I likhet med rettsdogmatisk metode bygger denne på litteraturstudier. Forskjellen er at den hermeneutiske metode er en metode for fortolkning i den hensikt å få forståelse og ny kunnskap, der rettsdogmatikken søker etter svaret på et rettslig spørsmål.

Dette gjør at jeg har benyttet meg av hermeneutisk metode.¹⁸ Utgangspunkt er tatt i min forforståelse fra arbeidslivet og fra studiet.¹⁹ Forforståelsen er brukt i arbeidet med forskjellige tekster som har belyst problemstillingen. Oppgaven har blitt til i en vekselvirkning mellom arbeidet med problemstilling og litteratursøk. Gjennom dette har jeg søkt en "horisontsammensmelting", der min forforståelse smelter sammen med tekstens mening (tekstens horisont).²⁰



21

Min forforståelse har vært basert på egne erfaringer fra arbeid i de ulike feltene, samt relativt inngående kjennskap til rettsreglene på områdene. Dette har vært det videre utgangspunktet for ulike diskusjoner og samtaler som har korrigert min forståelse. Samtidig med dette har jeg arbeidet med ulike tekster. Tekstene har ikke vært begrenset til juridiske tekster, men også lærebøker, forskning og annen litteratur på flere ulike fagområder.

¹⁸ Se Bernt/Doublet s. 178-221 og Grennes 55-65.

¹⁹ Grennes s. 56.

²⁰ Grennes s. 56.

²¹ Hentet fra Aleksandersen og Nilssen s. 22.

Etterprøvnbarhet er et sentralt vitenskapelig krav.²² Kravet er søkt tilfredstilt ved å legge opp avhandlingen logisk og ved å underbygge påstander.

Siden arbeidet dreier seg om å belyse rettsprinsipper, har jeg tatt utgangspunkt i Gravers fire grunnlag for å fastslå rettsprinsipper. En av disse er sammenstilling av ulike enkeltregler, en annen er oppstilling av regler fra en høyere rang, en tredje er å søke forankring i rettstradisjonen, en fjerde er forestillinger om hva som utgjør nødvendige eller allmenne grunnlag. Graver peker også på at disse grunnlagene flyter sammen.²³ Etter Gravers modell har jeg benyttet flere ulike grunnlag for å belyse verdiriktigheten ved tvang mot barn.

1.4 Begreper

Jeg vil komme nærmere tilbake til en del begreper senere i oppgaven, men noen begreper må ha en foreløpig arbeidsdefinisjon.

Med *integritet* menes helhet og selvstendighet.²⁴ Begrepet vil langt på vei være sammenfallende med frasen den personlige sfære. Inngrep i den personlige sfære vil medføre krenkelse av integriteten.

Begrepet *autonomi* kan oversettes til selvbestemmelsesrett.²⁵ Fram til begrepet er nærmere definert vil jeg bruke begrepet selvbestemmelsesrett, deretter vil jeg bruke autonomi og selvbestemmelsesrett om hverandre.

Paternalisme er et inngrep i integriteten og selvbestemmelsesretten gjort fra en holdning om at den som foretar inngrepet vet bedre.²⁶

Frasen *fungerende rett* viser til hvordan retten fungerer i praksis.²⁷ Betegnelsen brukes på de tilfeller der det er et skille mellom den rettsregel domstolen vil komme til, og den rettsregel som praktiseres i forvaltningen.

²² Bernt/Doublet s. 167.

²³ Graver 2006 s. 198.

²⁴ Morwood s. 96

²⁵ <http://snl.no/autonomi/filosofi>

²⁶ Østenstad s. 62.

²⁷ Haugli 2000 s. 31.

Tvang foreligger når noen må gjøre, tåle eller unnlate noe mot sin vilje.²⁸ I denne oppgaven foreligger tvang for det første når et barn mot sin vilje må oppholde seg på en institusjon. For det andre vil det være tvang når barnets integritet krenkes.

1.5 Framveksten av det autonome mennesket

Verdens eldste lov, Ur Nammus lov, delte innbyggerne i tre ulike grupper; kongen, det frie mennesket og slaven.²⁹ Loven stilte disse tre gruppene i prinsipielt ulike posisjoner. Både i forhold til hva de kunne gjøre og i forhold til hva de måtte tåle. Både slaver, kvinner og barn var mannens eiendeler og ikke selvstendige rettslige individer. Utøvende myndighet var tillagt enkelte særlige privilegier. Å skille befolkningen i tre kategorier, gjenkjennes også i dag. Etter norsk rett er det i dag klare forskjeller i hva myndighetene, borgere og personer uten rettslig handleevne kan gjøre og hva de må tåle.

Ikke bare skillet mellom ulike befolkningsgrupper i de eldste lovene i verden er gjenkjennbart, men også lovgivningsteknikken. Både Ur Nammus lov, Hammurabis lov og moseloven er bygget opp kasuistisk.³⁰ Lovene beskriver handling og påfølgende konsekvens.³¹ Antitetisk lesning av lovene viser at menneskene er frie så lenge de ikke handler i strid med loven. Denne metanormen er også et grunnleggende kjennetegn ved vårt rettsystem. Eckhoff/Sundby skriver: *"...alt som ikke er forbudt ved særskilt norm er tillatt, og alt som ikke er særskilt påbudt er man fritatt for."*³²

Antikkens lover, bortsett fra Ur Nammus lov, utgav seg for å være gudegitte. Dette gjorde at lovene ikke kunne endres etter kongens innfall. Dette gav lovene et konstitusjonelt preg. I moderne lover har Grunnloven og menneskerettighetene den samme funksjon.³³ Det konstitusjonelle preg gav og gir myndighetene begrensninger i forhold borgerne.

²⁸ Aasen s. 53-57.

²⁹ http://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Ur-Nammu, sist sjekket 29.10.09. Selv om en kjenner til eksistensen av elder lover er dette den eldste bevarte. Loven er datert ca 2100-2050 f.Kr., teksten er skrevet på summerisk, og loven var virksom i det babylonske riket.

³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Babylonian_law, sjekket 11.12.09. Hammurabis lov er den mest kjente av de babylonske lovene. Den er datert 1790 f.Kr.

³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Hammurabi, sist sjekket 29.10.09.

³² Eckhoff/Sundby 1991 s. 72.

³³ Menneskerettighetene har kun en semikonstitusjonell rolle.

Å skille mellom ulike mennesker har vært og er selvsagt i norsk rett gjennom historien. Likevel arbeides det for å få redusere grunnleggende skiller mellom mennesker. Et eksempel på dette er likestillings og antidiskrimineringsretten hvis oppgave er å påvise skillene og få likebehandling av gruppene.³⁴ Et annet eksempel er Grunnloven som kun gav 7,5 % av befolkningen stemmerett. Dette ble etter hvert ansett som uriktig og stemmerettsandelen har gradvis økt til 75 % av befolkningen i 1985.³⁵

På andre områder er lovgiver fornøyd med tingenes tilstand. I utlendingsretten er det selvsagt at det skilles mellom norske borgere og utlendinger. For å få ytelser etter folketrygden må du være medlem. For å få sertifikat må du være 18. For å komme i fengsel må du være 15. Eksempelene er mange.

Oftest er det gode grunner for skillene mellom borgerne. Likevel vil utviklingen iblant gjøre at den logiske sammenheng for skillene forsvinner. Derfor må samfunnets skiller underlegges en diskurs for å vurdere om skillene skal opprettholdes. Siden skillene ofte ligger på et prinsippnivå, og ikke i reglens overflate vil det være snakk om langsomme endringer.³⁶ Et eksempel på dette er hvordan menneskerettighetene langsomt har fått en sentral og nærmest konstitusjonell rolle i norsk rett.

Sentralt i filosofen Immanuel Kants filosofi er forståelsen av forstand. Basert på menneskets forstandsfungering bygger Kant ut ideen at mennesket har selvbestemmelsesrett.³⁷ Kant har utformet sitt kategoriske imperativ som en universalisering av menneskelig likeverd. I denne versjonen lyder imperativet: *"Behandle menneskeheten i deg selv eller i enhver aldri som bare et middel, men alltid som et mål i seg selv."*³⁸ Kinander skriver om dette prinsippet: *"Dette prinsippet om respekt for personer har også fått stor politisk og rettslig relevans, idet det har munnet ut i forståelsen av menneskerettigheter som individers garanti mot nettopp å bli brukt som middel for at staten skal oppnå de mål den selv setter. Man kan langt på vei si at hele menneskerettighetstanken, og mye av ideen om individuelle rettigheter, har vært veldig influert av Kants filosofi og tanker om autonomi og respekt for personer."*³⁹

³⁴ Se for eksempel emnebeskrivelse til spesialfag i likestillings- og antidiskrimineringsrett, fra <http://uit.no/jus/5797/39>

³⁵ Andenes 2004 s. 95.

³⁶ Grennes s. 59-64.

³⁷ <http://www.snl.no/autonomi/filosofi>, sjekket 01.12.09, og Kinander, Rettsfilosofi s. 77.

³⁸ Kinander s. 84.

³⁹ Kinander s. 84.

Som jeg senere kommer tilbake til, skaper juridiske implikasjoner at selvbestemmelsesretten begrunnes i menneskets forstandsfungering. Det denne korte rettshistoriske framstillingen har forsøkt å vise er at ideen om menneskets selvbestemmelsesrett kan spores tilbake i menneskehetens aller eldste bevarte lover. Selv om Kant har forsøkt å begrunne selvbestemmelsesretten, og at menneskerettighetene derfra har forsøkt å transformere denne til positiv rett, gjør ikke at ideen om autonomien derved kan tilskrives disse. Den grunnleggende tanken om selvbestemmelsesrett synes derfor å gå mye lengre tilbake enn både Kant og menneskerettighetene.

1.6 Den videre framstilling

I neste kapittel redegjøres det for rettssikkerhetsidealet og dets innhold. Det vises hvordan verdiriktighet er en del av rettssikkerhetsbegrepet. Verdiriktighet operasjonaliseres i kravene til likhet og respekt for personlig integritet.

I kapittel tre behandles kravet til likhet. Det reises et postulat om at forskjeller i tvangsreglene må være begrunnet i saklige forskjeller. Deretter drøftes om forskjeller mellom institusjonene saklig forsvarer ulikheter. Videre tar kapitlet for seg tvang for å hindre skade, og viser at hvordan samme situasjon innenfor gjeldende og fungerende rett behandles ulikt.

De grunnleggende ideer som begrunner tvang mot barn drøftes i kapittel fire. Først drøftes forholdet mellom selvbestemmelsesrett og integritet. Deretter behandles spørsmålet om selvbestemmelsesretten er et rettsgode som bare innehas av barn som oppfyller visse krav. I den neste delen av kapittel fire vises det hvordan tvang mot barn kan avveies på en mer hensiktsmessig måte innen gjeldende rett.

Kapittel fem inneholder rettspolitiske vurderinger. Først i kapitlet anbefales det felles lov om tvang mot barn. Deretter gis det innspill til vurderingstema ved et slikt arbeid.

2. Verdiriktighet

*"We hold these truths to be self-evident,
that all men are created equal,
that they are endowed by their Creator
with certain unalienable Rights,
that among these are
Life, Liberty and the pursuit of Happiness"*

Thomas Jefferson⁴⁰

2.1 Rettssikkerhetsidealet – verdiriktighet

Rettssikkerhet peker på krav til regelens eller avgjørelsens innhold, og krav til framgangsmåten for beslutningstaker.⁴¹ Begrepet blir i NOU 1991:20 definert slik:

*"Rettssikkerhet er normer for et forhold mellom den offentlige forvaltning og private rettssubjekter, som åpenbarer seg gjennom lov, forskrifter, retningslinjer eller ulovfestede rettsprinsipper, og som har som formål å sikre den private part fundamentale rettsgoder, rettigheter og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser."*⁴²

Det følger av definisjonen at normene for rettssikkerhet også kan hjemles i ulovfestede rettsprinsipper og at formålet blant annet er å sikre fundamentale rettsgoder og menneskeverd. Disse forholdene blir i juridisk teori omtalt som kravet til verdiriktighet, altså et krav til avgjørelsens verdimeslige innhold.⁴³ Det nærmere innhold i begrepet verdiriktighet er vanskelig å fastslå fordi verdier ofte er subjektive størrelser som varierer mellom individ og kulturer, i tillegg spiller tiden inn som en endringsfaktor for verdier.⁴⁴ Før jeg går inn på det nærmere innholdet av verdiriktighet vil jeg først si litt om diskursen vedrørende hvilket innhold rettssikkerhetsbegrepet skal ha.

Teorien er delt i synet på om rettssikkerhetsbegrepet skal utvides til også å omfatte krav til verdiriktighet.⁴⁵ Eskeland bruker spørsmålet om verdiriktighet som sentral del av sin analyse, og bygger sin begrepsbruk på både Stortingsmelding nr. 32 (1976-77) og flere teoretikere.

⁴⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Declaration_of_Independence, sist sjekket 14.10.2009.

⁴¹ Sjøvig 2007 s. 118.

⁴² NOU 1991:20 s. 14.

⁴³ Sjøvig 2007 s. 120.

⁴⁴ Sunde i Kjønstad 2002 s. 399.

⁴⁵ Se Sjøvig 2007 s. 120 med referanser. Syse 1994 s. 39 kritiserer formuleringene, men slutter seg til essensen.

Når for eksempel Søvig ikke slutter seg til denne utvidelsen synes det å være begrunnet med at det ikke er hensiktsmessig i hans arbeid.⁴⁶ Eckhoff/Smith kritiserer Eskelands utvidelse av rettssikkerhetsbegrepet, men behandler de samme spørsmålene som Eskeland behandler og som drøftes nedenfor.⁴⁷ Det synes å være enighet om at verdiriktighet er en viktig del av jussen.⁴⁸ Kritikken mot verdiriktighet som del av rettssikkerhetsbegrepet synes å være fundert på om det er riktig å bruke begrepet rettssikkerhet i sensuren av rettsreglene og i forhold til fastleggingen av det nærmere innholdet.

Østenstad velger å bruke begrepet menneskeverd i stedet for rettssikkerhet i sin avhandling.⁴⁹ Østenstad har gode grunner for sin begrepsbruk, og i hans konstruerte avveiningsmodell avveies selvbestemmelsesrett, menneskeverd og paternalisme mot hverandre. At jeg ikke følger Østenstads begrepsbruks skyldes to forhold. For det første dreier hans avhandling seg om behandling og omsorg for psykisk funksjonshemmede og aldersdemente. Disse gruppenes forstandsfungering skiller seg grunnleggende fra den forstandsfungering som kjennetegner barn. For det andre er Eskelands operasjonaliserte rettssikkerhetsbegrep mer brukt og gjennomarbeidet i teorien, noe som gjør det mer anvendelig. Jeg bruker derfor Eskelands modell for rettssikkerhetsbegrepet i den videre drøftelsen.

I sin avhandling, *Fangerett*, analyserer Eskeland rettssikkerhetsidealet og operasjonaliserer det. Basert på operasjonaliseringen analyserer han fangenens rettssikkerhet. Eskelands operasjonalisering gjør rettssikkerhet anvendelig i denne analysen.⁵⁰

Først deler han rettssikkerhetsidealet inn i rettssikkerhetskrav og rettssikkerhetsgarantier. Rettssikkerhetskrav dreier seg om at innholdet i forvaltningens avgjørelser tilfredsstiller visse krav. Rettssikkerhetsgarantier er de garantier som gjør at forvaltningens avgjørelser i størst mulig grad får et innhold i samsvar med rettssikkerhetskravene. Rettssikkerhetsgarantiene er prosessuelle regler som skal sikre riktige avgjørelser.

Rettssikkerhetskravene blir av Eskeland delt i to grupper. *”Dels et krav om at avgjørelser skal være i samsvar med gjeldende rett. Dette er et formelt krav – jeg kaller det et krav om rettsriktighet. Dessuten innebærer rettssikkerhetsidealet krav om at avgjørelser ikke skal stride mot visse grunnleggende verdier – uten hensyn til om disse verdier er beskyttet eller*

⁴⁶ Søvig 2007 s. 120.

⁴⁷ Kritikken av Eskeland er i Eckhoff/Smith 2003 s. 50-51, behandlingen av aspektene er på sidene 46-54.

⁴⁸ Bernt og Doublet s. 227-228 og 306.

⁴⁹ Østenstad s. 82-83.

⁵⁰ Syse 1994 s. 37.

anerkjent i regelverket. Dette er et substansielt krav".⁵¹ Rettsriktighet vil ikke behandles nærmere. Det substansielle kravet kaller Eskeland verdiriktighet.

Avhandlingens videre deler vil dreie seg om hvorvidt rettsreglene er utformet slik at disse ikke strider mot grunnleggende verdier. Jeg vil da ikke ta hensyn til hvorvidt reglene er anerkjent av regelverket eller ikke. Spørsmålet er om rettsreglene er verdiriktige i forhold til fundamentale rettsgoder eller menneskeverd.

Verdiriktighet blir av Eskeland delt inn i respekt for personlig integritet, likhet og kvalitativ minstestandard. I juridisk teori har Eskeland blitt kritisert for å dra inn kvalitativ minstestandard inn i spørsmålet om verdiriktighet.⁵² Spørsmålet om kvalitativ minstestandard vil være relevant i den konkrete sak, og problemstillingen har i liten grad vært problematisert i barnevern og psykiatri. Da konkrete saker ikke behandles her, og dette ikke er en sentral problemstilling behandles ikke kvalitativ minstestandard ytterligere.

Spørsmålet blir da hvilke verdier som kan anses som grunnleggende. For det første er det de to verdiene som følger av Eskelands operasjonalisering; likhet og respekt for personlig integritet/autonomi. Disse verdiene har vern gjennom Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), som også har forrang gjennom menneskerettsloven § 2 (1). Slik EMK har blitt tolket av den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har i betydelig grad påvirket norsk rett.⁵³ EMK hjemler flere sentrale menneskerettigheter, tre av disse rettigheter har relevans for denne oppgaven. Vernet mot tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter artikkel 3, rett til frihet og sikkerhet etter artikkel 5 og rett til familieliv og privatliv etter artikkel 8.

Dernest de verdier som følger av rettsregler som angår barn; jeg nevner hensynet til barnets beste slik det er nedfelt i barnekonvensjonens artikkel 3 og prinsippet om mildeste inngrep slik dette følger av implisitt av barnevernloven.

Jeg vil nå redegjøre for det nærmere innholdet i kravene til likhet og respekt for personlig integritet. I de neste delene av avhandlingen vil jeg vurdere noen fragmenter av regelverket rundt institusjonsplassering og institusjonsopphold for ungdommer i psykiatriske- og barnevernsinstitusjoner.

⁵¹ Eskeland s. 59.

⁵² Syse 1994 s. 38 med ytterligere henvisninger.

⁵³ Aall s. 24.

2.2 Likhet

Rettsferdighet er et grunnleggende krav i retten. Stortingsmelding nr. 32 (1976-77) uttaler at rettsikkerhetskravet er et krav *"ikke bare til institusjonenes og andre forvaltningsorganers avgjørelsesmåter og praksis, men også et krav om at selve reglene må være rettferdige"*.⁵⁴ Kravet om rettsferdighet er hjemlet i det forvaltningsrettslige prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt.⁵⁵ Praktisk gjør likhetskravet at lovgiver i størst mulig grad binder forvaltningen til regler ved vedtak som angår enkeltpersoner. Regelbinding gir forutberegnelighet og muligheter for overprøving og kontroll. I tillegg sikrer dette formell likhet, slik at alle like tilfeller skal behandles likt.⁵⁶

Det sentrale og ofte vanskelige spørsmålet er hva som ligger i like tilfeller. I common law systemet gjør presedensene (stare decisis) det til en sentral del rettens oppgave å avgjøre hvorvidt tilfellet er likt eller ikke.⁵⁷ Siden sakens opplysning og kontradiksjonsprinsippet er utslag av rettsferdighetsidealet vil tilsynelatende ulikhet kunne være utslag av rettsferdighet. Dette vil imidlertid være forhold som ligger på saksbehandlingsnivået, der hvert tilfelle er forskjellig.

I denne oppgaven vurderes likhet på lovgivernivå. Spørsmålet om hva som er like tilfelle avhenger da av hva som er relevant ved avgjørelsen.⁵⁸ Hvilke forhold som er relevante vil følge av rettsreglene. Der borgerne forskjellsbehandles må det være et krav om at forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet.⁵⁹

Eckhoff/Smith nevner et eksempel der ulikheten ikke er saklig begrunnet: *"Lover om rasediskriminering kan f.eks. medføre likhet i den forstand at alle hvite behandles likt, og alle svarte likt, og de kan være slik formet at avgjørelser er lette å forutsi. Men de fleste vil mene at de er urettferdige fordi de legger avgjørende vekt på et kriterium (hudfarge) som burde være irrelevant. I slike situasjoner bør man selvsagt arbeide for å få lovene endret."*⁶⁰

Jeg forstår Eckhoff/Smith slik at dersom lovene vektlegger et irrelevant kriterium for forskjellsbehandling er lovene urettferdige. Eckhoff/Smiths konsekvens er å arbeide for å

⁵⁴ Stortingsmelding nr. 32 (1976-77) s. 7.

⁵⁵ Se for eksempel: Stortingsmelding nr. 32 (1976-77) s. 8 og Høgberg 2006 på s. 302.

⁵⁶ Eckhoff/Smith 2003 s. 52.

⁵⁷ Wacks s. 33.

⁵⁸ Eskeland s. 62.

⁵⁹ Eskeland s. 63.

⁶⁰ Eckhoff/Smith 2003 s. 52.

endre lovene. Spørsmålet om det er forskjellsbehandling, og om denne begrunnes i et irrelevant kriterium behandles i kapittel 3.

2.3 Respekt for personlig integritet/autonomi

Mens kravet om likhet bygger på ideen om rettferdighet mellom borgerne, bygger kravet om respekt for personlig integritet på ideen om å beskytte den enkelte borger. Eskeland skriver at det sentrale *”i denne rettsikkerhetsverdi er imidlertid at den enkelte selv skal kunne bestemme over sin fysiske person og sine personlige interesser”*.⁶¹ Det Eskeland beskriver kalles autonomi eller selvbestemmelsesrett i denne avhandlingen. Eskeland skriver i neste setning: *”Integritetskrenkende vil et inngrep være når det skjer uten personens samtykke”*.⁶² Her vever Eskeland langt på vei sammen autonomi og integritet, noe som blir for enkelt, jfr. diskusjon nedenfor.⁶³ Jeg er likevel enig med Eskeland i hans konklusjon om at inngrep i autonomien uten samtykke er integritetskrenkelser.

Gjennom velferdslovgivningen har integriteten i liten grad vært uttrykt, likevel er den forutsatt.⁶⁴ Negativt er integriteten vernet gjennom ulike straffebud som forbyr integritetskrenkende inngrep uten samtykke. Positivt har en rekke elementer av integriteten blitt vernet gjennom implementeringen av EMK.

I hvilken grad integriteten har et negativt strafferettslig vern der et uhjemlet inngrep er foretatt fra forvaltningen med den beste vilje, er uklart. Halvorsen mener problemstillingen er teoretisk, men konkluderer sin drøftelse med at integriteten er negativt vernet av straffeloven.⁶⁵ I sitt neste kapittel viser hun til mange eksempler på erstatning for integritetskrenkelser i helsevesenet. Disse kjennetegnes nettopp ved at pasientens integritet er krenket. Samtidig påpeker Halvorsen at det ikke finnes praksis der krenkelsen av kun viljen har gitt erstatningsutbetaling.⁶⁶ Problemstillingen om integritetskrenkelser i en strafferettslig sammenheng kan derfor ikke være teoretisk. Spørsmålet er heller hvorfor det ikke finnes strafferettspraksis på dette. Svaret kan dels ligge i forskjellene på erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag og straffrihetsgrunner, og dels i at disse lovbruddene ikke

⁶¹ Eskeland s. 61.

⁶² Eskeland s. 61.

⁶³ Skriver om dette nedenfor.

⁶⁴ Syse 2009 s. 5.

⁶⁵ Halvorsen s. 69-78 med ytterligere henvisninger.

⁶⁶ Halvorsen s. 78-81.

blir anmeldt eller etterforsket. Etter fungerende rett er bare den fysiske integritet vernet, og da kun gjennom erstatning og ikke gjennom straffesanksjoner.

Eskeland redegjør generelt for hva som må anses integritetskrenkende.⁶⁷ Deretter skriver Eskeland: *”Det er klart at det til en viss grad er et vurderingsspørsmål hva man vil anse som et integritetskrenkende inngrep og hva som faller utenfor. Vurderingen vil nok lett gli over i en avveining mellom hensyn som taler for å tillate et inngrep uten hensyn til hvordan det klassifiseres, og hensyn som taler mot å tillate inngrepet”*.⁶⁸

Dette synspunktet kan diskuteres. Vurderingen om inngrepet er integritetskrenkende eller ikke, er et spørsmål om det krenker selvbestemmelsesretten eller ikke. Deretter kan det spørres om det foreligger grunnlag for at inngrepet likevel er tillatt. Med dette resonnementet kan det slås fast at inngrepet både er integritetskrenkende og tillatt. Jeg kan ikke se at det skal være motsetning mellom disse, og finner at det er uheldig å sammenblande disse vurderingene. Mer om dette i kapittel 4.

⁶⁷ Eskeland s. 61-63.

⁶⁸ Eskeland s. 62.

3. Kravet til likhet

*“We feel one cut from the scalpel
more than ten blows of the sword
in the heat of battle.”*

*Michel Montaigne*⁶⁹

3.1 Postulatet

Jeg har ovenfor redegjort for at rettssikkerhetskravet omfatter prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt. Først i dette kapitlet vil jeg vise at det er et irrelevant kriterium å vektlegge hvilken institusjonstype ungdom er plassert på. Deretter vil jeg vise at regelverket for psykiatriske institusjoner åpner opp for atskillig mer integritetskrenkende inngrep enn barnevernsinstitusjonene.

Først litt om utgangspunktet. De vedtak vi snakker om er tvangsvedtak; noe som innebærer bruk av fysiske eller psykiske midler mot en annen med det resultat at dennes selvbestemmelsesrett begrenses.⁷⁰ Selv om det er mange likheter mellom barnevernsinstitusjoner og psykiatriske institusjoner vil forskjellene gjøre det problematisk å framsette krav om likhet. Dette fordi ulikhetene kan være de kriterium som forsvarer forskjellene.

Det kan tenkes to kriterier som forsvarer forskjeller mellom institusjonstypene. Det første er at de behandler ulike normavvik. Det andre er at tvangshjemlene kan være knyttet til behandlingen. For at likhetsprinsippet skal gjøre seg gjeldende må det vises at samme normavvik kan behandles i begge institusjonstyper. Deretter må det vises at det integritetskrenkende tiltaket ikke er behandlingsrelatert. Postulatet er formulert slik:

Forutsatt at det er vilkårlighet rundt hvilken institusjonstype en ungdom blir behandlet i, må reglene for integritetskrenkelsene ungdommen kan utsettes for, som ikke er behandlingsrelatert, være tilsvarende mellom de ulike institusjonstypene.

3.2 Grenseklinter

Grunnvilkåret i mitt postulat, at en viss grad vilkårlighet styrer institusjonstypen ungdommen plasseres i, kan ikke empirisk underbygges. Dette skyldes at dette ikke har vært praktisk mulig for meg, i tillegg til at dette vanskelig kan undersøkes. Det har likevel ikke vært mulig å

⁶⁹ Brand s. 39

⁷⁰ I samme retning: Gisle s. 302.

falsifisere påstanden. Tvert imot finnes det både medisinsk- / sosialfaglige og kasuistiske eksempler på at vilkårlighet avgjør hvor behandling skal skje.

Egen arbeidserfaring, samt en rekke samtaler med personale på både barnevernsinstitusjoner og på psykiatriske institusjoner viser at grensene mellom fagfeltene ikke er klare. Disse samtalenene, som ikke er gjennomført etter verken kvalitativ eller kvantitativ metode, men var åpne intervjuer i en tidlig fase av informasjonsinnhenting med fokus på problematikken rundt grenseklienter. Mine samtaler viser at det er konsensus blant ansatte for at det finnes en rekke grenseklienter. Med grenseklient mener jeg en ungdom som er plassert på institusjon for enten barnevern eller psykiatri, og som kunne vært plassert på motsatt institusjonsgruppe. Konsensusen strekker seg til frivillige plasseringer.

I NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. ble det foreslått at barnevernstjenesten kunne innlegge barn på psykiatriske sykehus, og at sykehuset kunne holde disse tilbake ved tvang uten at vilkårene etter psykisk helsevernloven var oppfylt.⁷¹ Dette forslaget er ikke gjeldende rett i dag. Videre fremgår det: *”For en del av de barn det her gjelder, må regnes med at de har store problemer av psykisk karakter og at de trenger fagkyndig behandling av disse problemer. For denne gruppe vil det være behov for innsats fra det psykiske helsevern”*.⁷² Flertallet i NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke åpnet opp for tvangsplassering uten psykose, men stilte krav til at atferdsavviket skyldes en sykdomstilstand.⁷³ Flertallet utelukket likevel ikke *tvangsplassering* av ungdommer med borderline eller atferds- og misbruksproblematikk.⁷⁴ Selv om flertallets syn ikke har nådd gjennom, må det likevel være klart at disse gruppene plasseres på frivillig grunnlag.

Disse eksemplene fra forarbeidene viser at problematikken med grenseklienter er kjent for lovgiver. Jeg vil nå vise hvordan samme ungdom kan bli oppfanget av begge institusjonstyper fra et medisinsk- og barnevernfaglig perspektiv.

Borderline var til midten av 90 tallet den medisinske diagnosen som ble brukt på personer, også ungdommer, med ulike atferdsavvik som medisinen ikke klart kunne diagnostisere.⁷⁵ Det synes som disse ungdommene vanligvis ble behandlet utenfor psykiatriske institusjoner.⁷⁶ Gjennom internasjonale diagnose-systemer ble borderline implementert i psykiatrien, men

⁷¹ NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. s. 191 - 192.

⁷² NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. s. 194.

⁷³ NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke, s 21-22.

⁷⁴ NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke, s. 140. Borderline redegjøres for nedenfor.

⁷⁵ Lange s. 6-7.

⁷⁶ Lange s. 11-16.

nå under betegnelsen personlighetsforstyrrelse i ulike kategorier. For å diagnostiseres med personlighetsforstyrrelse kreves det at symptomene har vedvart over tid, noe som medfører at diagnosen ikke brukes på ungdommer.⁷⁷ Likevel vil symptomene behandles både medikamentelt og terapeutisk i psykiatrien både for barn og voksne.⁷⁸

Personlighetsforstyrrelse har sterk sammenheng med omsorgssvikt, likevel er ikke sammenhengen absolutt.⁷⁹ Omsorgssvikt er gruppebetegnelsen på flere av kriteriene etter barnevernloven §§ 4-4 og 4-12 som gjør at barnevernet skal gripe inn med hjelpetiltak eller omsorgsovertakelse. Avhengig av i hvilken grad barnevernet faktisk fanger opp omsorgssvikt i samfunnet, kan de som i voksen alder får diagnosen personlighetsforstyrrelse ha vært i barnevernets system. Siden barnevernet har begrenset psykiatrisk kompetanse vil dette bli tatt opp og behandlet som alvorlige atferdsvansker. Etter barnevernloven §§ 4-24 og 4-26 er dette et selvstendig inntakskriterium for behandling på barnevernsinstitusjon.

Basert på fagfeltenes terminologi synes det derfor som de samme atferdsavvik oppfanges og behandles i både barnevernet og i psykiatrien. Siden det ikke finnes faglige kriterier eller diagnosesystemer som klart avgjør hvor dette atferdsavviket skal behandles, synes dette å avgjøres av tilfeldigheter.

Jeg vil nå vise noen kasuistiske eksempler på grenseklienter.

I mine samtaler ble følgende eksempel presentert: En enslig mindreårig asylsøker har i 2008 og 2009 tidvis har vært tvangsplassert i psykiatrisk institusjon, og tidvis har vært plassert barnevernsinstitusjon. Ungdommens funksjonssvikt har hele tiden oppfylt vilkårene for psykiatrisk tvangsinnleggelse. Psykiatrien har avvist ytterligere institusjonsbehandling fordi atferdsvanskene har vært for store, og barnevernsinstitusjonen har hatt store problemer fordi tvangsreglene ikke er tilpasset denne type behov.⁸⁰

I sin phd-avhandling i pedagogikk drar Eyvind Hedel fram to eksempler på ungdommer som er periodisk psykotiske, men som blir behandlet i barnevernet.⁸¹ Begge ungdommene Hedel skriver om har hovedsakelig barnevernsbakgrunn, men har også sporadisk vært tvangsplassert i psykiatrien.

⁷⁷ <http://no.wikipedia.org/wiki/Personlighetsforstyrrelse>

⁷⁸ http://no.wikipedia.org/wiki/Emosjonelt_ustabil_personlighetsforstyrrelse

⁷⁹ T Klette s. 1538-1540.

⁸⁰ Eksemplet kommer fra samtale med avdelingsleder Anne Helene Angelsen ved Bodø Ungdomshjem 04.09.09.

⁸¹ Hedel s. 116-132.

I evalueringsrapporten for Klokkerhuset, et samarbeidsprosjekt mellom psykiatri og barnevern, konkluderes det med at *”det er rimelig å reise en hypotese om at feltet i utstrakt grad preges av vilkårlighet og tilfeldighet”* og *”det er uklarerheter og liten grad av felles oppfatninger om hvilke kriterier som skal legges til grunn når den enkelte søker plasseres”*.⁸² I rapporten påpekes det at i 1994 var 3,28 % av barn i Finnmark på barnevernstiltak, mens tallet i Oppland var kun på 1.6 %.⁸³ Det kan spørres om *noe* av årsaken til denne forskjellen er at psykiatrien i Oppland i større grad fanger opp barn enn psykiatrien i Finnmark. Siden forskning som viser regionale forskjeller i psykiatrien tar utgangspunkt i innbyggere over 18 år kan dette ikke besvares.⁸⁴

Hvor mange grenseklienter som finnes vil være ren gjetning. At det finnes, og at antallet nok ikke er ubetydelig, må imidlertid kunne forutsettes.

3.3 Ulikheter i tvangshjemlene

3.3.1 Situasjonen

En grenseklient mellom 16 og 18 år er, frivillig eller tvungent, plassert på enten barneverns- eller psykiatrisk institusjon. Ungdommen begynner med det som på fagspråket kalles utagering, på folkespråket at ungdommen klikker eller går amok. Dette vil utløse en nødssituasjon der personalet griper inn for å hindre skade.

Personalets handlingsalternativer er regulert etter hvilken institusjon de arbeider i. Psykisk helsevernloven § 4 – 8 regulerer tvang i nødssituasjonen. Med hjemmel i denne bestemmelsen er det gitt en tvangsmiddelforskrift som fastlegger klarere rammer for lovhjemmelen.⁸⁵ Tvangsmiddelforskriftens § 5 slår fast at tvangsmidler ikke kan brukes i behandlingsøyemed.

For barnevernsinstitusjoner er utgangspunktet for nødssituasjonen barnevernlovens § 5-9. Denne bestemmelsen trekker opp enkelte generelle begrensninger, men tjener i hovedsak som forskriftshjemmel for tvangsforskriften som regulerer rettigheter og bruk av tvang på

⁸² Falkum m.fl. s. 76-77.

⁸³ Falkum m.fl. s. 16.

⁸⁴ Se for eksempel Rapport fra Statens helsetilsyn 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*.

⁸⁵ Forskrift nr. 1173 av 200 om bruk av tvangsmidler for å avverge skade i institusjoner for døgnopphold innenfor det psykiske helsevernet § 5 siste setning.

barnevernsinstitusjon. § 18 i Tvangsforskriften regulerer direkte nødssituasjonen. Tvangsforskriften presiseres av rundskrivet Q-819.

Videre i oppgaven brukes begrepet "tvangsmiddel" som betegnelse på inngrep i nødssituasjon uavhengig av virkemidlene som benyttes.

Avhengig av hvilken institusjonstype dette skjer på, vil det være tre markante forskjeller i personalets tvangsmiddelbruk. For det første vil terskelen for inngrep være ulik. For det andre vil inngrepets art være ulikt. For det tredje vil inngrepets lengde være ulikt.

3.3.2 Forholdsmessighetskravet

Selv om det ikke er påtagelige forskjeller i forholdsmessighetskravet mellom de to institusjonstypene, vil jeg for sammenhengens skyld redegjøre for forholdsmessighetskravet som regeltekstene i dag stiller.⁸⁶

Psykisk helsevernloven kapittel 4 gir bestemmelser om gjennomføring av psykisk helsevern. Bestemmelsene i §§ 4-3 til 4-9 regulerer de integritetskrenkende virkemidler som kan benyttes for å forebygge, gjennomføre og sikre god behandling og sikkerhet på institusjonen under oppholdet. Bare § 4 – 4 gjelder kun for pasienter som er tvangsplassert. § 4-2 med overskriften, vern om personlig integritet, er generalklausul for gjennomføring av psykisk helsevern.⁸⁷ Bestemmelsen skal sikre medbestemmelse, selvbestemmelse, forholdsmessighet og slår fast minste inngreps prinsipp.⁸⁸ Forholdsmessigheten slår fast i setningen: "*...Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket.*"

I forhold til inngrep for å hindre skade må ulempen, altså integritetskrenkelsen, veies mot den gunstige virkning, altså avverging av skade, som oppnås ved tiltaket. Dette må forstås som et forholdsmessighetskrav mellom det truede gode og inngrepets art og varighet.

Barnevernloven § 5 – 9 har langt på vei samme innhold som psykisk helsevernloven § 4 – 2, men er utformet på slik at den ikke har funksjon som generalklausul. Det er heller ikke mulig å lese et forholdsmessighetskrav av bestemmelsen. Juridisk teori peker imidlertid på at mildeste inngreps prinsipp generelt er et barnevernsrettslig prinsipp som kan lese av sammenhengen i loven.⁸⁹ I tvangsforskriften kan forholdsmessighetskravet innleses på to

⁸⁶ Se også punktene 4.2.4 og 5.4.

⁸⁷ Viser til Nygaard, sin redegjørelse for begrepet på sidene 190-191 og 387-390.

⁸⁸ Hagen m.fl. s. 224-225.

⁸⁹ Bendiksen s. 204.

måter. Første ved at bare nødvendig tvang er tillatt. Dernest gjennom henvisningen til *"alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger, jf. straffeloven § 47 og § 48"*. Etter disse blir spørsmålet om det er utilbørlig å tilføye et så stort onde. I følge Andenæs felles det en etisk dom over nødvergehandlingen. Dette innebærer en konkret vurdering der det truede gode, forsett, alder og virkemidler må sees sammen.⁹⁰

Forholdsmessighetskravet må derfor tolkes inn i begge regeltekstene. Det må likevel anses uheldig at regeltekstene har samme materielle innhold, men at barnevernloven ikke legger forholdsmessighet som skranke for tvang. Etter barnekonvensjonens artikkel 3 skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Det må påpekes at hensynet til barnets beste kunne vært tatt inn i kravet til forholdsmessighetsvurderingen.

3.3.3 Inngrepsterskelen

Tvangsmiddelbruken skal etter både psykisk helsevernloven § 4-8 og tvangsforskriften § 18 være *"uomgjengelig nødvendig"* for å hindre *"skade"*. Bestemmelsene har også til felles at ett av de vernede goder er person. Forskjellene ligger i de materielle godene som skal vernes.

Etter tvangsforskriften § 18 er det vernede godet *"vesentlig skade på eiendom"*. Etter psykisk helsevernloven § 4-8 er de vernede goder: *"betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting"*.

Begrepene vesentlig og betydelig har noe ulik betydning. Språklig indikerer *"betydelig"* en betegnelse på skadens omfang, mens *"vesentlig"* mer betegner skadens virkning på objektets funksjon. Det foreligger imidlertid ikke grunn til å tro at lovgiver har ment at begrepene skal ha ulik betydning, heller ikke at begrepene blir oppfattet ulikt. Det burde derfor benyttes samme begrep her.

Det neste blir spørsmålet om hvilke goder som er vernet. Psykisk helsevernloven opplyser de vernede goder: *"bygninger, klær, inventar eller andre ting"*. Begrepene er satt i flertall ubestemt form, noe som gjør at det irrelevant hvem som eier formuesgodene. Verdien på objektene strekker seg fra mange millioner til verdiløse gjenstander. Av lovteksten er det simpelthen nok at en gjenstand er i fare for å bli skadd.

Forarbeidene uttaleler at de vernede goder er *"legeme og beskyttelse av materielle goder av betydelig verdi"*.⁹¹ Videre fra forarbeidene: *"...man [kan] ikke gå ut i fra at pasienten*

⁹⁰ Andenæs 2005 s. 166.

⁹¹ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 120.

*kommer til å rasere hele avdelingen selv om vedkommende kaster en kopp i gulvet.*⁹² At lovteksten har vernet om alle gjenstander er nok for nettopp den situasjonen at pasienten kan "rasere hele avdelingen". Problemet er at lovteksten ikke har med nyansen om den samlede verdien av gjenstandene. Dette gjør at "en kopp i gulvet", for rettsanvender, vil være nok til at inngrepsterskelen er nådd.

I Tvangsforskriften er det vernede gode "eiendom". Det finnes her ikke forarbeider som kan belyse det nærmere meningsinnhold. Ordlydsfortolkning av begrepet "eiendom" tilsier at det avgjørende er at det foreligger eierskap til formuesgodet. I prinsippet vil dette omfatte alle materielle og immaterielle formuesgoder som kan eies. I vanlig språkbruk knytter begrepet eiendom seg likevel til formuesgoder av ikke ubetydelig verdi. Det vil være søkt å si at eiendommen er ødelagt når koppen er kastet i gulvet. Derimot kan det sies at eiendommen er vandalisert, når avdelingen er rasert. Dette gjør at det her er naturlig å tolke inn et krav til at verdien av eiendommen ikke kan ha en ubetydelig verdi.

Begge rettsreglene beskytter person på likt grunnlag. Når det gjelder de beskyttede materielle goder må det konkluderes med at psykisk helsevernloven de lege lata har høyere terskel for inngrep enn tvangsforskriften.

Likevel er spriket mellom forarbeidene til psykisk helsevernloven og lovteksten så stort at det er sannsynlig at det her er forskjell på gjeldende rett og fungerende rett. Dette underbygges ved at ingen av lærebøkene i rettspsykiatri drøfter hvilke goder som skal være i fare. Rosenqvist/Rasmussen innleder riktignok oppramsingen av de materielle vernede goder med begrepet "betydelig", mens Høyér/Dalgard kun viser til lovteksten.⁹³ At de ikke redegjør for størrelsen av de materielle godene gjør det naturlig å anta at praksis ved institusjonene vil være knyttet til lovtekstens oppramsing og ikke forarbeidenes nyansering. Motsatt er forholdet i barnevernsinstitusjon der begrepet eiendom umiddelbart henspiller på at det vernede godet må ha en noe større materiell verdi.

Hvorvidt det faktisk er et sprik mellom de lege lata og fungerende rett kan ikke slås fast uten ytterligere undersøkelser. Likevel synes dette å være en lovgiveroppgave å klargjøre.

3.3.4 Inngrepets art

Når inngrepsterskelen er nådd hjemler tvangsforskriften § 18 "nødvendig tvang". Paragrafen utdyper ikke nærmere hva som ligger i nødvendig tvang. I § 13 slås det fast at

⁹² Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 120.

⁹³ Roseqvist/Rasmussen s. 175 og Høyér/Dalgard 2002 s. 139.

”Tvangsmedisinering, fysisk refsing, isolasjon, mekaniske tvangsmidler eller annen bruk av fysisk tvang eller makt er ikke tillatt verken i straffe-, behandlings- eller oppdragelsesøyemed. Mindre inngripende fysisk tvang eller makt, som for eksempel kortvarig fastholding eller bortvisning fra fellesrom, kan imidlertid anvendes...”

Bestemmelsen begrenser positivt en rekke tvangsmidler, og åpner kun opp for kortvarig fastholding og bortvisning fra fellesrom. Det kan imidlertid spørres om de begrensninger som § 13 setter opp vil gjøre seg gjeldende i en nødssituasjon. Ordlyden i forskriften innskrenker kun bruken av tvangsmidlene når formålet er straff, behandling eller oppdragelse. Ingen av disse formålene vil primært gjøre seg gjeldende i en nødssituasjon etter § 18. I departementets merknader til forskriften (Q-819) gjøres det imidlertid klart at de eneste tillatte virkemidlene under nødvendig tvang er holding og isolering av beboeren.⁹⁴ I § 18 (4) slås det fast at isolering bare kan skje når minst ett personale er tilstede i samme rom.

I psykiatriske institusjoner stiller dette seg annerledes. Her framkommer det klart av § 4 - 8 at tvangsmidlene som kan anvendes er:

- ”a. mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet, herunder belter og remmer samt skadeforebyggende spesialklær.*
- b. kortvarig anbringelse bak låst eller stengt dør uten personale til stede.*
- c. enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt.*
- d. kortvarig fastholding.”*

Ut over det som er tillatt på barnevernsinstitusjonene kan psykiatriske institusjoner bruke: isolasjon uten personale tilstede, beltesenger, tvangstrøyer og tvangsmedisinering.

Det må etter dette kunne slås fast at det er stor forskjell i arten av inngrep som tillates på de ulike institusjonstypene.

3.3.5 Inngrepets varighet

Tvangsforskriften § 18 (2) siste setning fastslår at *”Tiltaket skal opphøre straks skaden eller faren er avverget.”* I Q-819 sies det at tvangsbruken skal gjøres så kortvarig som mulig. I praksis vil det være fysisk og psykisk krevende å gjennomføre skjerming og/eller holding. Dette gjør at tvangsmiddelets art gjør at tiltaket trolig ikke opprettholdes lengre enn nødvendig.

⁹⁴ Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon med merknader Q-819. Merknader til § 18. Hentet fra: <http://www.regjeringen.no/en/dep/bld/Documents/rundskriv/2002/forskrift-om-rettigheter-og-bruk-av-tvan/5.html?id=279240>, sist sjekket 02.11.09.

Psykisk helsevernloven er taus om inngrepets varighet. Begrensningene på dette er satt i tvangsmiddelforskriften § 7.⁹⁵ Her fastslås det at bruken skal være så *"kortvarig som mulig"*. Etter denne formuleringen kommer det to konkrete tidspresiseringer. Først fastslås det at isolering maksimalt kan anvendes i *"inntil to timer om gangen"*. Så lenge det fortsatt er behov for isoleringen kan tiltaket fortsette. Videre fastslås det at ved *"sammenhengende bruk av tvangsmidler ut over 8 timer..."* skal pasienten om mulig gis friere forpleining. Dette er nok i praksis kun aktuelt ved bruk av mekaniske tvangsmidler. Dette viser at det slett ikke er uvanlig å bruke tvangsmidler i så lang tid.

Med tanke på at inngrepet kun skal brukes i nødssituasjoner ligger det i forskriftene til begge områdene at tiltaket skal opphøre når det ikke lengre foreligger en nødssituasjon som berettiger tiltaket. Dette støttes av at Q-819 bruker samme begrepet i sin utlegging av varigheten som tvangsmiddelforskriften.

Likevel er det kun barnevernsforskriften som uttrykker dette i klartekst ved å si at tiltaket skal opphøre *"straks"*. Begrepet *"straks"* er klarere signal til rettsanvender, enn at det skal være så *"kortvarig som mulig"*.

Tvangsmidlenes forskjellige art vil i praksis nok også gi ulik varighet. Psykiatrien benytter tvangsmidler som ikke krever en fysisk innsats fra personalet. Det kan lett tenkes at virkningen vil være at tvangsmidlet benyttes litt for lenge enn litt for kort. En indikasjon på dette gis ved at tvangsmiddelforskriften har sett seg nødt til å sette tidsbegrensninger i tvangsmiddelbruken målt i tidsenheten timer. På barnevernsinstitusjon der personalet fysisk må opprettholde tvangsbruken er det vanskelig å se for seg at en skal drive holding i flere timer. Tvert imot er det lett å se for seg at det slippes for tidlig, for så å fysisk ta kontroll over ungdommen igjen, enn at det holdes for lenge.

Det må konkluderes med at varighetene av inngrepene i praksis er forskjellige, selv om det er vanskelig å si noe om hvor stor forskjellen er.

Tvangsmiddelforskriften § 7 (4) fastslår: *"Bruken skal straks avbrytes hvis den viser seg ikke å ha de forutsette virkninger..."*. Denne formuleringen gjør det naturlig å spørre hvilke virkninger det er naturlig å forutse ved bruk av tvangsmidler. Vilklårene for bruk av tvangsmidler er at det skal være en nødssituasjon, jfr. lovens vilkår om at det skal være *"uomgjengelig nødvendig"* for å hindre skade. Det stilles også krav til at *"lempeligere midler har vist seg å være åpenbart forgjeves eller utilstrekkelige"*. Videre presiseres det i § 5 at tvangsmidler ikke skal anvendes i behandlingsøyemed. Dette gjør at den eneste tillatte situasjonen for å bruke tvangsmidler er ved akutt nødssituasjon, og det gripes inn for å

⁹⁵ Forskrift nr. 1173 av 2000 om bruk av tvangsmidler for å avverge skade i institusjoner for døgnopphold innenfor det psykiske helsevernet.

avverge skade. Høyer skriver: *”Med fare forstås her en konkret og overhengende fysisk fare...[d]et er viktig å merke seg at bruk av tvangsmidler representerer yttergrensen for de virkemidler man kan benytte... Den lovfestede adgangen til bruk av tvangsmidler er en kodifisering av tiltak som ellers ville falle inn under nødretten.”*⁹⁶ Den eneste lovlige forutsette virkningen av tvangsmidlet er å avverge konkret og overhengende fysisk fare.

Tvangsforskriftens presisering om at bruken skal avbrytes om tvangsmidlet ikke gir de forutsette virkninger synes å være meningsløst. Når pasienten representerer en konkret og overhengende fare, og faren forhindres ved fysiske virkemidler i flere timer uten faren er redusert, da skal en straks avbryte de fysiske virkemidlene som forhindrer faren. Såfremt det kun representerer en fare for materielle goder vil dette kunne aksepteres, men ved fare for personer vil det være uforsvarlig å avbryte bruken.

Forskriftens presisering synes derfor å være enten et meningsløst vedheng, eller at forskriften viser til en realitet der tvangsmidlene brukes som et ledd i behandlingen. At tvangsmidler faktisk benyttes som i behandlingsøyemed underbygges av de åpne intervjuer som er foretatt i forbindelse med denne oppgaven. Forskriftens formulering indikerer at lovgiver erkjenner at det finnes ulovlig bruk av tvangsmidler. Etter mitt syn burde problemstillingen heller vært løst ved å gi pasientene prosessuelle regler som effektivt kunne etterprøvd lovligheten av tvangsmidlene. Eksisterende prosessuelle regler vanskeliggjør dette. Tvistelovens gjelder *”rettskrav”*, noe som vanskeliggjør domstolstilgang i ettertid. Siden den store majoritet av psykiatriske pasienter ikke har økonomiske ressurser til en retts sak vil fri rettshjelp være det eneste alternativet. Fri rettshjelpordningen åpner ikke opp for denne typen saker. Pasientene er derfor i praksis er prosessuelt avskåret fra å overprøve bruk av tvangsmidler. Dette underbygges ved at søk på lovdata ikke gir et eneste treff på bestemmelser om bruk av tvangsmidler, verken på loven av 1999 eller loven av 1961. Samtidig viser undersøkelser fra kontrollkommisjonene at det faktisk klages på bruken. I stedet for å gi pasientene prosessuelle regler som sikrer etterprøving av tvangsmidler finner lovgiver det tilstrekkelig å oppfordre helsepersonellet til å avbryte bruken om den tilsiktede behandlingseffekt ikke inntreffer. Dette er en uheldig løsning.

⁹⁶ Høyer Dalgard 2002 s. 139-140.

4. Respekt for personlig integritet/autonomi

"But I don't want comfort. I want God, I want poetry, I want real danger, I want freedom, I want goodness. I want sin."

"In fact," said Mustapha Mond, "you're claiming the right to be unhappy."

"All right then," said the Savage defiantly, "I'm claiming the right to be unhappy."

"Not to mention the right to grow old and ugly and impotent; the right to have syphilis and cancer; the right to have too little to eat; the right to be lousy; the right to live in constant apprehension of what may happen to-morrow; the right to catch typhoid; the right to be tortured by unspeakable pains of every kind." There was a long silence.

"I claim them all," said the Savage at last.

Aldous Huxley⁹⁷

4.1 Autonomi og integritet

4.1.1 Utgangspunkt for drøftelsen

Det grunnleggende spørsmålet ved tvang mot barn er hvem som skal bestemme; individet, institusjonen eller de foresatte. Idealet er regler som balanserer disse tre partenes vilje slik at hensynet til barnets beste blir det styrende. Institusjonene og foreldrene har gjerne et klart bilde av hva som er barnets beste. Dette må imidlertid veies mot individets behov for styring i eget liv. Om balanse ikke oppnås blir ikke hensynet til barnets beste tilstrekkelig ivaretatt.

I dette kapitlet er det brukt en hermeneutisk tilnærming. Dette gjør at drøftelsen ikke tar utgangspunkt i en redegjørelse av gjeldende rett.

Det er to viktige utgangspunkt som må nevnes. Det første er at tvangsbruk bør holdes på et minimum. Dette er det rettslige utgangspunktet ved tvang.⁹⁸ I drøftelsen omtales dette som menneskeverdet.⁹⁹ Det andre er spørsmålet om hva som er barnets beste jfr. barnekonvensjonen artikkel 3. I følge Bendiksen er prinsippet om barnets beste *"en norm av overordnet karakter. I tillegg til at det er uttrykkelig fastsatt i enkeltbestemmelser i den nasjonale lovgivningen, ligger barnets beste til grunn for lovgivningen som et av de*

⁹⁷ Huxley kapittel 17.

⁹⁸ Se punkt 2.3

⁹⁹ Se Østenstad s. 70-83 for videre redegjørelse.

*hensynene som har vært med å utforme reglene...*¹⁰⁰ Disse to utgangspunktene ligger til grunn framover.

Den videre drøftelsen er av prinsipiell karakter. Spørsmålet om plasseringsgrunnlag vil derfor også berøres. I juridisk teori og praksis rundt psykisk helsevern er det sentrale spørsmålet om pasienten frivillig mottar behandling eller om den er tvangsplassert. Forskning viser at det er liten sammenheng mellom pasientens offisielle status og pasientens opplevelse av tvang. Hele 16,7% av frivillig innlagte anser seg som tvangsinnlagte, og 46,9% av tvangsinnlagte anser seg som frivillig innlagt.¹⁰¹ Den manglende korrelasjon mellom formell- og opplevd status plasseringen underordnet i denne drøftelsen. Jeg vil derfor i denne delen drøfte tvang generelt, uavhengig om det er knyttet til plassering eller bruk av ulik tvang under institusjonsoppholdet.

Hensikten med den videre drøftelsen er å belyse de grunnposisjoner som tas når det avgjøres hvem som skal bestemme. Først redegjøres det for selvbestemmelsesrett, og det spørres om denne kan falle bort. Deretter redegjøres det for hvilke vurderinger som ligger til grunn når det gripes inn i selvbestemmelsesretten.

4.1.2 Autonomi: Selvbestemmelsesrett og/eller integritet?

Det autonome mennesket er en grunnleggende ide i vår rettsorden. Begrepet autonom kommer fra de greske ordene "auto" som betyr selv og "nomos" som betyr regel. Sammensatt betyr begrepet at selvet skaper sin egen rett. Begrepet kan oversettes med selvbestemmelsesrett.

I den historiske redegjørelsen viste jeg at de fleste rettssystemer, også vårt, opererer med autonomi som grunnleggende forutsetning. Gjennom Grunnlovens § 110 c og Menneskerettsloven § 3 har Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) blitt en del av norsk rett med forrang.¹⁰² Flere bestemmelser i EMK fastslår positivt aspekter ved autonomien som tidligere langt på vei har vært uhjemlet. Jeg nevner artikkel 3 om forbud mot tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling, artikkel 5 om personlig frihet og sikkerhet, artikkel 8 om rett til privatliv, artikkel 14 med diskrimineringsforbudet og tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 om bevegelsesfrihet.

I Kinanders redegjørelse for Kants autonomiforståelse viser han at ideen om individuelle rettigheter er nært knyttet til autonomibegrepet. Han viser også at den grunnleggende

¹⁰⁰ Bendiksen s. 166.

¹⁰¹ Høyer 2009 s. 8-9.

¹⁰² Lov nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

respekten for personer også er knyttet til autonomibegrepet. I Kinanders redegjørelse for Kant veves selvbestemmelsesretten og integriteten sammen i autonomibegrepet. Dette kan skyldes at Kinander ikke har definert begrepene. Jeg er enig i at selvbestemmelse og integritet henger tett sammen. Likevel kan ikke integritet sees som del av autonomien. Etter min oppfatning må den grunnleggende respekten for personers autonomi både knyttes til selvbestemmelsesrett og til integritet.

Østenstad påpeker at problemet med autonomibegrepet er at det er tett vevd sammen med begrepet integritet. Svekket autonomi gir imidlertid ikke svekket integritet. I praksis vil derfor integriteten alltid bli krenket ved inngrep i autonomien. Østenstad går bort fra autonomibegrepet og erstatter dette med selvbestemmelsesrettsbegrepet. Søvig og muligens Halvorsen følger den samme linjen i sin begrepsbruk.¹⁰³

I tråd med EMDs skille mellom positive og negative rettigheter kan også selvbestemmelsesretten skilles i positive og negative rettigheter. Søvig skriver at *“den positive er retten til å gjøre ulike typer valg på egne vegne, mens den negative er retten til å være i fred for ulike former for inngrep eller atferd fra andre”*.¹⁰⁴

Etter min oppfatning er selvbestemmelsesretten i den negative forstand svært vanskelig å skille fra integritet. Når individet har rett til å bli vernet mot inngrep fra andre er dette på den ene siden et utslag av retten til å bestemme over seg selv. På den andre siden er det også et utslag vernet av den personlige sfære. Selvbestemmelsesrett og integritet betegner to ulike rettsgoder. Det ene skal beskytte individets rett til egne valg. Det andre skal beskytte individet mot inngrep i den personlige sfære.

Selv om det skilles mellom selvbestemmelsesrett og integritet vil premisset i det følgende være at inngrep i selvbestemmelsesretten også normalt innebærer integritetskrenkninger.

Dette gjør at integritetskrenkningen vil være den samme uavhengig av om begrepet autonomi erstattes med begrepet selvbestemmelsesrett. At integritetskrenkningene skal reduseres ved en terminologisk endring er i overkant optimistisk. Uavhengig av begrepsbruk vil begge rettsgodene krenkes ved negative inngrep i selvbestemmelsesretten. Mindre tvang oppnås ved endring i forståelse og ikke terminologi.

Begrepet autonomi vil derfor anvendes i det følgende.

¹⁰³ Se Østenstad s. 64, Søvig 2007 s. 84, Halvorsen ss. 196.

¹⁰⁴ Søvig 2007 s. 83.

4.1.3 Kvalifisert autonomi?

I Kants redegjørelse for sin morallov bruker han menneskets evne til å tenke rasjonelt som begrunnelse for at mennesket må sees på som et mål og ikke et middel.¹⁰⁵ Dette fører til Kants forståelse av mennesket som autonome skapninger.¹⁰⁶ Problemet med dette resonnetet er; når menneskets rasjonalitet er bortfalt eller svekket forsvinner også begrunnelsen for autonomien, noe som igjen fører til bortfall av autonomien.

Dette resonnetet gjør at forståelsen av autonomi knytter seg til den forstandsmessige fungeringen. Et eksempel er Aasen som skriver at autonomi henspiller på en "viljeskrenkelse".¹⁰⁷ Dersom viljen ikke uttrykkes på grunn av komatilstand eller høygradig demens, er det da en autonomi å ta hensyn til?

Nilstun og Syse har i et forskningsprosjekt om tvangsinnlagte pasienters rettsstilling, "Paternalism and Autonomy", sammenstilt gjeldende rett i de ulike nordiske land. Basert på sammenstillingen finner disse fram til ulike verdipremisser som de mener er grunnleggende i lovgivningen i forhold til tvangsplasseringer ovenfor psykiatriske pasienter.¹⁰⁸ Det første verdipremisset lyder:

"Personer som i relevant henseende er kompetente, har rett til fritt å bestemme over seg selv. Idealet er at selv personer med begrenset kompetanse har rett til innflytelse på avgjørelser som angår dem. Administrativ frihetsberøvelse av slike personer innebærer en innskrenkning i denne retten til selvbestemmelse."

I følge verdipremisset er forutsetningen for å bestemme over seg selv, altså autonomi, at individet er kompetent i det relevante henseende. I psykisk helsevernloven er denne kompetansen knyttet direkte til tilstedeværelsen av "alvorlig sinnslidelse".¹⁰⁹ Antitetisk må det sluttet at den som ikke har nødvendige kompetansen i relevante henseende heller ikke har autonomi i det relevante henseende. Andre setning i verdipremisset indikerer at integriteten til den ikke autonome personen, skal ivaretas ved likevel å gi vedkommende innflytelse.

Basert på forarbeidene beskriver Rasmussen den legislative begrunnelsen for tvangssystemet i psykisk helsevern slik: "Det karakteristiske ved de alvorlige sinnslidelser er

¹⁰⁵ Østenstad s. 75.

¹⁰⁶ Kinander s. 84.

¹⁰⁷ Se for eksempel Aasen s. 62.

¹⁰⁸ Nilstun og Syse s. 837.

¹⁰⁹ Psykisk helsevernloven §3 – 3 og Syse 2009 s. 6-7.

*at den syke menes å være så syk at han mangler forståelsen av at han er syk, og dermed evnen til, og muligheten for, selv å be om helsehjelp.*¹¹⁰ Noe moralfilosofi følger også opp denne linjen og hevder at autonomi ikke er iboende i mennesket, men noe individet må kvalifisere seg til.¹¹¹

Disse eksemplene er et uttrykk for det som kalles det kvalifiserte autonomibegrepet. Individets grad av forstandsfungering avgjør graden av autonomi. Autonomien er altså ikke noe selvsagt, men noe som er avhengig av vurdering eller kvalifisering.

I strafferetten brukes også det kvalifiserte autonomibegrepet.¹¹² Virkningen av kvalifisert autonomi i strafferetten gir direkte rettslig virkning, mens i psykiatri skal også tilleggsvilkår være oppfylt. I likhet med psykiatrien gir psykosen bortfall av autonomien i det relevante henseende. Der det relevante henseende i psykiatrien er at en forstår sitt eget beste, er det i strafferetten den strafferettslige tilregnelighet. Psykosen gjør at lovovertrederen ikke regnes som strafferettslig tilregnelig, og handlingen blir derfor straffri. Den psykotiske lovovertrederen blir strafferettslig ikke ansett å ha autonomi /selvbestemmelse i forhold til handlingen, altså et kvalifisert bortfall av autonomi.¹¹³

Selv om lovgiver på ulike måter søker å ivareta integriteten gjør det kvalifiserte autonomibegrepet at integritetsvernet avhenger av individets forstandsfungering og ikke barnets beste eller menneskeverdet.

Det er en rekke problemer med dette utgangspunktet. Rent praktisk viser forskning at det ikke er noen klar sammenheng mellom den alvorlige sinnslidelsen og pasientens sykdomsinnsikt. To studier som er gjort på tvangsplasserte pasienter viser at henholdsvis 83 og 55 % av pasientene manglet de rasjonelle evner som kreves for å kunne gi informert samtykke.¹¹⁴ Disse studiene endrer på kunnskapsgrunnlaget som begrunner tvangsplasseringene.

Etter mitt skjønn gir dette to mulige konsekvenser. Den en er at den legislative begrunnelsen for tvangsplasseringen mangler hos mellom 17 og 45 % av pasientene. Den andre muligheten er at den rettslige konstruksjonen som begrunner tvangsplasseringene må endres.

¹¹⁰ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 44 og Rasmussen i Andenæs 2002 s. 403.

¹¹¹ Viser til Østenstads redegjørelser for Dworkin, Tranøy og Tännsjö ståsteder i Østenstad s. 65.

¹¹² Andenæs 2005 s. 302-303

¹¹³ Andenæs 2005 s. 306

¹¹⁴ Høyer 2008 på sidene 286-287.

Begrunnelsen for å bruke tvang i barnevernsinstitusjoner synes også være basert på kvalifisert autonomi. Forarbeidene uttaler:

*”...de unge det her gjelder gjerne har så store personlige problemer og så svake ressurser at de ikke er i stand til å vurdere sitt eget hjelpebehov. Deres mening kan derfor ikke uten videre være avgjørende. Dessuten er det grunn til å peke på at det her dreier seg om tvang overfor barn, dvs. mennesker som befinner seg i en utviklingsprosess og som kan være mer mottakelige for påvirkning enn de fullvoksne. Av betydning er det dessuten at det dreier seg om aldersgrupper som står under foreldrenes ansvar og heller ikke ellers har full handlefrihet.”*¹¹⁵

Essensen i disse argumentene er de samme som dras fram i begrunnelsen for tvang i psykisk helsevern; avviket skaper redusert evne til selvinnsikt, noe som igjen hindrer individet fra å be om hjelp. Det kunne like gjerne vært sagt at barnet ikke er ”kompetent i det relevante henseende”. Resultatet er at barnets autonomi ”ikke uten videre kan være avgjørende”. Fordi forstandsevnen er svekket fordi det er barn og de har atferdsvansker, gjør autonomien svekket noe som gjør tvangsinngrep forsvarlige. At dette også medfører integritetskrenkelse synes ikke å være vurdert.

Når samfunnet konstaterer et normavvik som individet er uenig i, blir individets uenighet tolket som bekreftelse på alvorligheten av normavviket. Når normavviket er så stort at individet ikke er enig i at det er et normavvik, blir dette en begrunnelse for å innskrenke individets autonomi. Denne vurderingen skjer i psykiatrien ved at ”psykiateren overlates et...subsumsjonsskjønn”, som innebærer vurdering av hvorvidt pasienten har beslutningskompetanse i forhold til det behandling.¹¹⁶ I barnevernet vil tilstedeværelsen av alvorlige atferdsvansker være nok til at autonomien anses redusert.

EMK nedfeller positivt store deler av autonomien, se nedenfor. For at et resonnement om kvalifisert autonomi skal føre fram etter EMK må rettighetene være betinget av forstandsevner.

EMK artikkel 1 slår fast at rettighetene gjelder *enhver* som oppholder seg på statens territorium. EMD i en rekke saker behandlet saker fra alvorlig sinnslidende, noe som viser at det ikke stilles forstandskrav. Videre har EMD i en rekke saker strukket statens ansvar både med tanke på jurisdiksjonen og med tanke på hvem som nyter godt av konvensjonens

¹¹⁵ NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. s. 192.

¹¹⁶ Nilstun og Syse s. 859.

rettigheter.¹¹⁷ Det må derfor konkluderes med at konvensjonen som helhet gjelder uavhengig av vedkommendes forstandsmessige evner.

De enkelte artikler åpner heller ikke for unntak fra dette. Artikkel 5 slår fast at enhver har rett til frihet. Konvensjonen åpner opp for at individet kan bli "deprived" eller "berøvet" sin frihet. For å bli berøvet sin frihet krever det en aktiv handling fra tredjeperson. De andre artiklene har tilsvarende formuleringer som viser at lovlig bortfall av rettighetene krever en aktiv handling fra tredjeperson. Bortfall av rettigheter kan derfor ikke skje ved bortfall av kognitive evner. Det har ikke vært mulig å finne eksempler på at ideen om kvalifisert autonomi har vært behandlet i EMK. Det må antas dette skyldes at denne argumentasjon ikke vil være holdbar i forhold til EMK. Selve ideen om kvalifisert autonomi er ikke forenelig med Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK.

At kvalifisert autonomi er problematisk underbygges videre ved flere etiske, logiske og systembaserte argumentene.

I Østenstads avhandling avvises det kvalifiserte autonomibegrepet. Første viser Østenstad til det juridiske fokus på faktiske handlinger og den rettslige normen om handlefrihet. Denne normen gjelder uavhengig av forstandsfisering. For det andre viser Østenstad til den nære sammenhengen mellom integritet og autonomi. Østenstad argumenterer med at et samtykke, uavhengig av forstandsmessig fungering, er mindre integritetskrenkende enn forståelsen av at individet ikke kan samtykke. For det tredje viser Østenstad at individene da ikke har positiv moralsk rett til å le eller gråte når de selv vil det, men bare et negativt vern mot at det gripes inn i disse.¹¹⁸

Spørsmålet om mennesket i det hele tatt kan ta rasjonelle avgjørelser berører ikke Østenstad. En rasjonell avgjørelse innebærer at det handlingsalternativ som med størst sannsynlighet gir de beste konsekvenser velges. Problemet er at psykologisk forskning viser at mennesker ofte er irrasjonelle beslutningstagere. Ofte foretrekker mennesket status quo fremfor mer lovende alternativer, eller lar seg bestemme mer av fortiden enn av framtiden.¹¹⁹ Det er altså naturlig for mennesket å ta dumme valg. Søvig understreker at sentralt i autonomien er retten til å ta valg som ikke anerkjennes av samfunnet.¹²⁰

¹¹⁷ Se for eksempel: EMD dom av 8. April 2004, Assanidze mot Georgia, avsnitt 147 og dom av 23. Mars 1995. Loizidou mot Tyrkia avsnitt 62, Kurt mot Tyrkia dom av 25. mai 1998 og Çakici mot Tyrkia dom av 8. Juli 1999.

¹¹⁸ Østenstad s. 66 – 69.

¹¹⁹ Teigen i Svartdal s. 296 – 314. Se spesielt oppsummeringen på s.314.

¹²⁰ Søvig 2007 s. 83-84.

Dette vil kunne gi en Catch-22 problematikk.¹²¹ Avgjørelser som ikke anerkjennes av samfunnet, er ikke forstandige, slike avgjørelser medfører at individet ikke anses som autonome. Avgjørelser som tas *fordi* de anerkjennes av samfunnet, er ikke avgjørelser men tvang. Heller ikke dette er autonomt. Sirkelargumentasjonen blir uholdbar ved å knytte autonomien til forstandsevne.

Ideen om kvalifisert autonomi i seg selv er problematisk. Videre synes det som kvalifisert autonomi er en del av idégrunnlaget som gjør bruk av tvang mindre betenkelig. Å utøve tvang mot barn med grunnlag i kvalifisert autonomi, uten at hensynet til barnets integritet eller menneskeverd er sentralt i vurderingen, kan vanskelig forsvares. Det må etter dette konkluderes med at kvalifisert autonomi ikke er verdiriktig.

4.1.4 Autonomiens begrunnelse?

Å finne autonomiens begrunnelse er som å spørre om høna og egget. Den filosofiske begrunnelsen for ideen om kvalifisert autonomi var menneskets evne til å tenke rasjonelt. Betyr det at autonomien oppstod idet begrunnelsen kom? Åpenbart ikke. Den filosofiske begrunnelsen må skyldes at autonomi ble konstatert og forsøkt forklart. Dette innebærer at selv om et filosofisk grunnlag for begrunnelsen anses falt, er ikke autonomien derved falt.

Etter min oppfatning må autonomien begrunnes i menneskets natur. At autonomi må være utgangspunktet er nok et prinsipp som har eksistert i de fleste rettssystemer fra Ur Nammus lov til EMK. Ideen er også forankret i verdenserklæringen om menneskerettighetene som i artikkel 1 slår fast *"Alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter..."*. Å dvele ytterligere ved hvilken filosofisk begrunnelse autonomien har er ikke relevant. Det må være nok å slå fast mennesket er autonomt de lege lata.

¹²¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Catch_22, sist sjekket 02.11.09.

"There was only one catch and that was Catch-22, which specified that a concern for one's safety in the face of dangers that were real and immediate was the process of a rational mind. 'Orr' was crazy and could be grounded. All he had to do was ask; and as soon as he did, he would no longer be crazy and would have to fly more missions. Orr would be crazy to fly more missions and sane if he didn't, but if he was sane he had to fly them. If he flew them he was crazy and didn't have to; but if he didn't want to he was sane and had to. Yossarian was moved very deeply by the absolute simplicity of this clause of Catch-22 and let out a respectful whistle.

"That's some catch, that Catch-22," Yossarian observed.

"It's the best there is," Doc Daneeka agreed."

4.2 Paternalisme som avveiningsprinsipp ved inngrep i autonomi

4.2.1 Begrepet paternalisme

Begrepet paternalisme er hentet fra medisinsk etikk, og defineres tradisjonelt som *“Det å gripe inn overfor et individ med det formål å hjelpe vedkommende, når dette skjer i strid med vedkommendes ønske eller uten at samtykke foreligger...”*.¹²² Syse omtaler paternalisme som resultatet av et slikt inngrep.¹²³ Begrepet paternalisme kommer fra det latinske adjektivet *paternus* som kan oversettes med faderlig.¹²⁴ Begrepet er ikke nødvendigvis knyttet opp til gode faderlige hensikter. Til forskjell fra *bonus pater familias*, er den som utøver paternalisme enhver som *“tiltar seg retten til å bestemme hva som er best for en annen”*.¹²⁵ Østenstad skriver at paternalismebegrepet *“uttrykker ei “vi veit best”-haldning.”*¹²⁶.

Ofte framstilles hensynet til individet som eneste relevante hensynet bak paternalisme. Da blir det relevante spørsmålet om individet har beslutningskompetanse.¹²⁷

Der underliggende verdier analyseres blir paternalisme nyansert ved inndeling i individuell eller sosial paternalisme, avhengig av paternalismens formål. Videre skilles det mellom sterk og svak paternalisme der det avgjørende er om pasienten er beslutningskompetent i relevant henseende.¹²⁸

Sterk og svak paternalisme er en vurdering om hvorvidt barnet besitter de rasjonelle evner som gjør at barnet er beslutningskompetent. Østenstad viser at begrepene samtykkekompetent, beslutningskompetent og autonomievrne har samme meningsinnhold.¹²⁹ Skillet mellom sterk og svak paternalisme er derfor et uttrykk for ideen om kvalifisert autonomi.

Ideen må skyldes at svak paternalisme vil være mindre problematisk enn sterk paternalisme. Det er lettere å forsvare tvang overfor borgeren som ikke besitter evner til å foreta rasjonelle avgjørelser med tanke på sitt eget beste. Motsatt er det mer problematisk å

¹²² Nilstund og Syse 1997 s. 839.

¹²³ Syse 2009 s. 3.

¹²⁴ Morwood s. 133.

¹²⁵ Lødrup s. 97 og Tranøy, sitert i Østenstad s. 62.

¹²⁶ Østenstad s. 62.

¹²⁷ Østenstad s. 63 med henvisninger.

¹²⁸ Syse 2009 s. 3-4.

¹²⁹ Østenstad s. 64.

forsvare tvang ovenfor borgeren som på rasjonelt grunnlag kan beslutte hva som er til sitt eget beste. Avgjørelser om tvang bør imidlertid ses som problematisk uansett hva begrunnelsen er.¹³⁰ Som følge av at kvalifisert autonomi ikke er verdiriktig, kan heller ikke sterk og svak paternalisme benyttes i en analyse av underliggende verdier.

Siden paternalismebegrepet er innarbeidet i medisinsk etikk finner jeg det hensiktsmessig å benytte begrepet videre. I det følgende redegjøres for hvilke vurderingstema et rettmessig paternalistisk inngrep i autonomien må bære med seg.

Jeg finner rammene fra menneskerettighetene som relevante for rettmessig paternalisme. I Aalls redegjørelse for menneskerettighetenes generelle del oppstiller han tre vurderingstema etter EMK som EMD bruker når de prøver saker. For det første kreves det hjemmel i lov. For det andre kreves det at inngrepet står seg ovenfor formålkontroll. Formålkontrollen vil være spesifikt knyttet til formålet med den enkelte lov, og generelt knyttet til overordnede eller bakenforliggende verdinormer. For det tredje kreves det at det skal være forholdsmessighet mellom det mål som søkes oppnådd og det middel som benyttes ved inngrepet.¹³¹

4.2.2 Lovskravet

Lovkravet eller legalitetsprinsippet vil være oppfylt enten ved enten ved at handlingen er straffri etter nødretts eller nødvergebestemmelsene i straffeloven, eller ved at handlingen er tillatt eller påbudt ved spesielle bestemmelser i lovverket.

Som et rettslig utgangspunkt kan det fastslås at individene har full autonomi i forhold til egen frihet, helse og liv.¹³² Inngrep i autonomien krever selvstendige rettsgrunnlag. Aktuelle rettsgrunnlag er samtykke og lovgivning. Uten rettsgrunnlag vil inngrep i borgernes autonomi være straffbart.¹³³

Legalitetsprinsippet innebærer at inngrep i borgernes rettssfære må foretas på grunnlag av rettsregler gitt i lov eller i medhold av lov.¹³⁴ Samfunnsutviklingen har gjort at Stortinget i betydelig grad delegerer lovgivningsmyndigheten til forvaltningen. Dette gjør at en del

¹³⁰ Stortingsmelding nr. 32 (1976-77) s. 10.

¹³¹ Aall s. 95 og s. 125-129.

¹³² I samme retning: Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven s. 9.

¹³³ Forutsatt at øvrige straffbarhetsvilkår er oppfylt.

¹³⁴ Gisle s. 169.

forvaltningsinngrep tillattes uten Stortingsbehandling.¹³⁵ I disse tilfellene stiller domstolene ofte sterkere krav til den materielle kompetansen og sterkere kvalitative krav til utøvelsen av forvaltningsskjønnet.¹³⁶

Det er likevel sikker rett at legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov ved inngrep i personlig frihet.¹³⁷ Det offentliges tvang mot barn må sies å være i kjernen av dette. Dette innebærer at disse inngrepshjemlene skal gis ved lov eller i medhold av lov. For psykisk helsevernloven er dette oppfylt. Det problematiske er at reguleringen av tvangsinngrep ovenfor barn i barnevernsinstitusjon er regulert i forskrift. Riktignok inneholder loven en delegasjonshjemmel for tvangsforskriften. Dette gjør at de formelle kravene er oppfylt.

Legalitetsprinsippet historiske begrunnelse ligger i behovet for en skranke for den utøvende makt. Selv om forvaltningen i dag er underlagt en helt annen kontroll enn i tiden etter eneveldet, finnes fortsatt eksempler på at forvaltningen går for langt overfor borgerne. Psykiatrien har eksempelvis en lang historie med overgrep mot borgerne.¹³⁸

I forarbeidene til psykiatriloven av 1999 sies det: *”Det stilles i dag noe sterkere krav til tydeligheten av tvangshjemler og hjemler for restriktive tiltak enn den gangen lov om psykisk helsevern ble utarbeidet. Her spiller legalitetsprinsippet og hensynet til rettsikkerheten inn.”*¹³⁹ Den tidligere loven det vises til er 1961 loven, forarbeidene viser altså til rettsutvikling over 38 år. Når forarbeidene påpeker at det stilles sterkere krav til ”tydeligheten” i moderne lover kan dette ikke bare ha med presisjonen i lovhjemmelen, hjemmelens rang må også ha betydning for tydeligheten. At tvangshjemlene i 1999 loven er gitt i lovs form, og ikke i forskrifter som var tilfellet 1961 loven må nok forstås på bakgrunn av de overgrep som er blitt avdekket.

I en EMD dom fra 2007 blir en rettsregel underkjent av flere årsaker. I tillegg til at forarbeidene ikke kunne redegjøre for avveining av motstridende interesser, pekes det også på at retningslinjene ikke var underlagt interesseavveining og forholdsmessighetsvurdering av parlamentet.¹⁴⁰ Dette viser at EMD faktisk bruker lovskravet til å underkjenne rettsregler som ikke er i lovs form. Dette vil imidlertid avhenge av en konkret vurdering.

¹³⁵ Hjort Kraby s. 141.

¹³⁶ Eckhoff/Smith 2003 s. 315 - 316 og Hjort Kraby, på s. 148.

¹³⁷ Hjort Kraby s. 151.

¹³⁸ En lettlest innføring i dette gis i Steen 2005. Se også for eksempel NOU 1992:25 Utredning om lobotomi.

¹³⁹ Ot.prp.nr. 11 (1998-99) s. 20.

¹⁴⁰ EMDs dom i Dickson mot Storbritannia av 4. des. 2007. Se også Søvigs drøftelse i Søvig 2008 på s. 71.

På denne bakgrunn blir det underlig at Barnevernloven fra 1992 forskriftsdelegerer hjemlene for tvang på institusjon. Det må spørres hvorfor de samme betraktninger om legalitetsprinsippet og rettssikkerheten som forarbeidene til psykisk helsevernloven legger til grunn ikke gjør seg gjeldende her.

Siden barnevernloven bare gjelder for barn, burde dette tilsi strengere krav til lovhjemmelen. Noe av dette kan tilskrives den rettsutvikling som har skjedd årene mellom barnevernloven og psykisk helsevernloven. Det er likevel søkt at rettsutviklingen på legalitetsprinsippets område skal skape så fundamentale endringer på kun 7 år.

Likevel er ikke dette grunnlag for generelt å anse tvangsforskriften som ugyldig. Om en avgjørelse vil stå seg ved prøving i en enkelt sak, vil bero på omstendighetene. De lege ferenda må det likevel understrekes at regler om tvang mot barn bør underlegges Stortingsbehandling.

4.2.3 Kravet til et lovlig formål

Aall skiller mellom spesielle og generelle formål. De generelle formål vil være bakenforliggende formål som ikke nødvendigvis er uttrykt i regeltekstene. Dette vil være av typen forutberegnelighet, rettssikkerhet og maktfordeling.¹⁴¹ De spesielle formål *”som kan påberopes som grunnlag for inngrep [kan] grovt sett være i samfunnets eller enkeltpersoners interesse”*.¹⁴² Denne inndelingen av spesielle formål sammenfaller med inndelingen av paternalisme i individuell og sosial paternalisme.

Syse kaller *”inngripen ovenfor en person begrunnes i hensynet til vedkommendes eget beste”* for individuell paternalisme.¹⁴³ I velferdsrettslige framstillinger vektlegges ofte individuell paternalisme ensidig, men Østenstad påpeker at også samfunnets interesser kan legitimerer paternalisme.¹⁴⁴

I utredning for Helsedirektoratet bruker Syse begrepet *”sosial paternalisme”*. Syse forstår dette som *”inngripen til det beste for omgivelsene; stort sett skjer dette for å beskytte en tredje person eller materielle goder av en viss størrelsesorden”*.¹⁴⁵ Etter Aalls inndeling er sosial paternalisme inngrep for å beskytte samfunnets interesser.

¹⁴¹ Aall s.125.

¹⁴² Aall s. 125.

¹⁴³ Syse 2009 s. 3

¹⁴⁴ Østenstad s. 63 med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Syse 2009 s. 3

Individuell- og sosial paternalisme er nedfelt som grunnlag for inngrep i dagens regeltekster. Dette framgår av psykisk helsevernlovens formulering: *”skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig skade på bygninger, klær, inventar eller andre ting.”*, og tvangsforskriftens formulering: *”skade på person eller vesentlig skade på eiendom”*. Jeg har tidligere vist at fungerende rett gir ulikt vern for formuesgoder, og at det ikke er legitime forskjeller. En burde her verne formuesgodene på lik linje.

Selv om plasseringshjemplene ikke er behandlet er det nettopp her kravet til et lovlig formål kan bli noe uklart. I forhold til barnevern vil plasseringsgrunnlaget blant annet være alvorlig eller gjentatt vold.¹⁴⁶ Når en ungdom utøver alvorlig eller gjentatt vold vil det være nærliggende å tenke at ungdommen plasseres for å beskytte samfunnet fra ungdommen. Barnevernslovens forarbeider gjør det imidlertid klart at det *”ikke skal være barneverntjenestens oppgave å beskytte samfunnet mot barn med atferdsproblemer”*.¹⁴⁷ Selv om dette er et uttrykk for at bare individuell paternalisme er lovlig formål vil grensegangen være flytende. Det barn som er til fare for andre, vil skade sitt eget liv, ved å realisere skadepotensialet. Tvangsplassering vil da kunne tillates basert på en barnets beste vurdering. Gjennom individuelle paternalismen vil også sosial paternalisme kunne oppnås.

Psykisk helsevernloven åpner opp for tvangsplassering blant annet ved *”nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse”*.¹⁴⁸ Denne formuleringen omfatter både sosial og individuell paternalisme. Det må her konstateres forskjell i det tillatte formål.

Dette kan skyldes at vern av samfunnet har helt ulik rolle som begrunnelse for tvangsplassering i henholdsvis barnevern og psykiatri. Det er uklart i hvilken grad grenseklienter kan tvangsplasseres i psykiatri. Dersom grenseklienter også kan konstateres i disse tilfellene må det vurderes om samfunnets beskyttelsesbehov skal ha ulikt vern avhengig av hvilket system som fanger opp ungdommen.

4.2.4 Forholdsmessighetskravet

Selv om et inngrep tilfredsstiller kravene til lovhjemmel og formål, må det også vurderes om inngrepet er nødvendig.¹⁴⁹ Etter EMK artikkel 8 til 11 må et inngrep for å være rettmessig blant annet være *”nødvendig i et demokratisk samfunn”*, og det samme kravet er tolket inn i

¹⁴⁶ Barnevernloven § 4 - 24.

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 59.

¹⁴⁸ Psykisk helsevernloven § 3 - 3.

¹⁴⁹ Se for øvrig punkt 3.3.2.

artikkel 5.¹⁵⁰ EMD praksis oppstiller krav til at inngrepet skal skyldes et presserende samfunnsbehov (pressing social need).¹⁵¹ I tillegg skal inngrepet være proporsjonalt med formålet.¹⁵²

Aall formulerer forholdsmessighetsspørsmålet slik: ” *Var det etter omstendighetene nødvendig å gå frem på en så inngripende måte?*”.¹⁵³ Generelt vil det være konvensjonsstridig dersom inngrepet ikke egnet til å realisere formålet, formålet ikke er tilstrekkelig tungtveiende eller formålet kan nås med lempeligere midler.

Ovenfor er det vist at forholdsmessighetskravet er gjeldende rett på begge rettsområdene. Utfordringen er at forholdsmessighetsvurdering er utpreget skjønnsmessig. Etter norsk rett er minstekravene at det er foretatt vurdering av forholdsmessigheten og at inngrepet ikke er urimelig.¹⁵⁴ Forholdsmessigheten skal vurderes før vedtak treffes, og dersom det er tvil om utfallet stilles det sterkere krav til begrunnelsen.¹⁵⁵

Det er tidligere påpekt at hensynet til barnets beste ikke er tatt inn i forholdsmessighetsvurderingen. Ved tvang mot barn må dette hensynet være en del av den paternalistiske vurderingen. I den rettspolitiske vurderingen vil jeg konkretisere hvilke virkninger dette kravet kan få.

¹⁵⁰ Aall s. 127.

¹⁵¹ Dom av 24. Mars 1988, Olson mot Sverige med videre henvisninger.

¹⁵² Dom av 24. Mars 1988, Olson mot Sverige.

¹⁵³ Aall s. 128.

¹⁵⁴ Eckhoff/Smith 2003 s. 367-368.

¹⁵⁵ Eckhoff/Smith 2003 s. 367-368.

5. Rettspolitisk vurdering

*Og når lørdan blir til søndar
Du ber en stille bønn da
Om at ungen ikke våkner klokka fem*

Louis Jacoby¹⁵⁶

5.1 Felles lov om tvang mot barn

I kapittel tre ble det vist at tilfældigheter til en viss grad avgjør hvor ungdommer med atferdsavvik behandles. Det er også vist at det er store forskjeller i den tvang ungdommen kan bli utsatt for på institusjonene. Selv om bare bruk av tvangsmidler er undersøkt, er det ikke usannsynlig at ytterligere analyse vil avdekke flere forskjeller mellom institusjonstypene.

Selv om reglene i seg selv skaper likhet innenfor institusjonene og er forutsigbare, blir de "urettferdige fordi de legger avgjørende vekt på et kriterium... som burde være irrelevant".¹⁵⁷ I Eckhoff/Smiths eksempel var hudfarge det irrelevante kriterium. I denne oppgaven er det vist at kriteriet som burde være irrelevant er institusjonstypen. I slike tilfeller oppfordrer Eckhoff/Smith til å "arbeide for å få lovene endret".¹⁵⁸

I kapittel fire ble det vist at det er grunnleggende svakheter rundt tenkemåten ved tvang mot barn. Disse svakhetene skyldes ikke grenseklientene. Disse svakhetene skyldes ideen om at autonomien er bortfalt eller svekket ved disse normavvikene. Virkningen er at terskelen for tvangsinngrep senkes uten at vurderingen av integriteten og menneskeverdet synes å være vurdert tilstrekkelig.

I tillegg er vurderingen av barnets beste fraværende i psykiatrien.¹⁵⁹

I sin kommentarutgave til Psykisk helsevernloven påpeker Syse at reglene ikke er tilpasset barn og ungdom, selv om disse er en viktig målgruppe.¹⁶⁰ Syse ber departementet "vurdere om det ikke bør gis egne forskriftsbestemmelser om tvangsmilder og om de særlige bevegelses- og frihetsinnskrenkninger som kan anvendes i forhold til barn".¹⁶¹

¹⁵⁶ <http://www.youtube.com/watch?v=4XrmQFsmPJs>

¹⁵⁷ Eckhoff/Smith 2003 s. 52.

¹⁵⁸ Eckhoff/Smith 2003 s. 52.

¹⁵⁹ I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) er ikke barnets beste nevnt. I Ot.prp.nr.65 (2005-2006) er barnets beste nevnt to ganger på side 35 i drøfting om samtykke for barn under 16 år.

¹⁶⁰ Syse 2007 s. 133.

¹⁶¹ Syse 2007 s. 133.

Jeg er enig med Syse i at tvang mot barn må reguleres spesielt. Med bakgrunn i min redegjørelse for lovskravet kan jeg ikke se at egne forskriftsbestemmelser er tilstrekkelig.

For å sikre veridiktighet ved tvang mot barn bør det lages felles lov om tvang mot barn. En mindre drastisk løsning kunne vært å samordne reglene om tvangsbruk på barnevernsinsitusjon og psykiatrisk institusjon bedre. Etter min mening er det imidlertid avdekket så alvorlige svakheter ved rettssikkerheten at en anbefaling om å lappe på regelverket er inadekvat.

Videre i denne rettspolitiske vurderingen redegjøres det for ulike elementer og avveininger som bør vurderes i felles tvangslov. Det må understrekes at kun elementer av problematikken er berørt, dette gjør at denne rettspolitiske delen på ingen måte er utførlig eller kan anses avsluttet. De videre drøftelsene kan anses som innspill til et eventuelt utvalg.

5.2 Ideen om kvalifisert autonomi må forkastes

Dagens tvangsregler synes å være bygget på ideen om kvalifisert autonomi. Min påstand er at dette idégrunnlaget gjør det enklere å forsvare tvang mot barn. Videre er min påstand at ideen ikke kan legges til grunn ved vurderinger av tvang. Det er klart at mine påstander her må underlegges en diskurs, og at påstandene som et resultat av dette må modifieres. En del av en slik diskurs vil være hvordan tvang da skal begrunnes. Jeg vil i det følgende kort redegjøre for noen utgangspunkter.

På tross av leting i til dels store mengder rettskilder og litteratur har jeg ikke funnet redegjørelse for hvordan avveiningen mellom autonomien og det paternalistiske inngrepet skal skje ved tvang mot barn.¹⁶² Det synes som at så lenge begrunnelse for tvangen har aktverdige formål og individet må beskyttes fra seg selv, er dette nok til å krenke autonomien, integriteten og menneskeverdet. Bortsett fra der kvalifisert autonomi legges til grunn, kan jeg ikke finne eksempler på at hensynet til barnets selvbestemmelsesrett er et relevant vurderingstema.

Selv om borgerne er autonome kan dette ikke absolutt legges til grunn. En bilist kan ikke i kraft av sin autonomi fritt velge kjørefelt. Heller ikke kan en borger slå ned tilfeldig forbipasserende. Disse banale eksemplene viser at samtidig som mennesker er autonome må de også akseptere begrensninger i selvbestemmelsesretten.

Når paternalistiske vurderinger gjør at autonomien må vike, blir ikke barnet fratatt sin selvbestemmelsesrett. Det betyr at i den situasjonen må integriteten og selvbestemmelsesretten vike for andre hensyn, som da veier tyngre.

¹⁶² Se kildelisten.

Når selvbestemmelsesretten begrenses må dette være hjemlet i lov, begrensningen må ha et lovlig formål og begrensningen må være forholdsmessig.

For barn som er på institusjonene, må autonomien begrenses i den grad dette er nødvendig, av hensyn til samhandling og sikkerhet i forhold til andre beboere og personale. I tillegg kan det hende at autonomien også må begrenses av hensyn til det enkelte individ. Dette kan være aktuelt i forhold til for eksempel hygiene eller døgnrytme. Likevel må det i disse tilfellene stilles strengere krav til forholdsmessigheten enn ved tvang av sikkerhetsgrunner.

Etter mitt syn kan dette prinsipielt betraktes som en variant av en nødrettsvurdering. Individet har i kraft av sin autonomi rett til å bestemme over seg selv. I kraft av lov og lovlig formål har forvaltningen også rett til å bestemme over barnet. Ved denne betraktningen vil rett stå i mot rett.

Løsningen på situasjonen må skje basert på en forholdsmessighetsvurdering. Utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen er at den må skje på bakgrunn av den konkrete situasjonen. Likevel er det to viktige grep lovgiver kan gjøre for å sikre barnets rettssikkerhet. For det første må det settes rammer for skjønnet. Skjønnsstemaene må angis, både momenter som taler for og mot inngrepet. For det andre må det stilles prosessuelle krav som gjør at forholdsmessighetsvurderingen kan overprøves.

I det følgende vil det gis to eksempler som viser noe av den praktiske vurderingen ved tvang overfor barn. Eksempelene viser hvordan samme situasjon kan løses på ulike måter, og hensyn som taler for ulike løsninger.

5.3 To praktiske eksempler

5.3.1 Bruk av tvangsmiddel

Etter leggetid setter to ungdommer seg på samme rom. De spiller høy musikk, som ikke er til sjenanse for andre enn ansatte, og røyker på rommet. På tross av gjentatte oppfordringer nekter ungdommene å avbryte situasjonen.

I vanlige hjem ville voksne gått inn på rommet og fysisk gjort det som er nødvendig for å avbryte det uakseptable i situasjonen. De ville slukket sigarettene, dempet musikken og sendt besøket hjem.

På institusjon kan situasjonen eksempelvis være resultat av maktkamp, frihetstrang eller normavvik. Kombinasjonen av ungdommenes normavvik og at personalet har en annen autoritet enn foreldre, gjør at situasjonen må løses annerledes. Personalets løsning av situasjonen vil være en kombinasjon av miljøterapeutiske ferdigheter og de tilgjengelige virkemidler.

Siden de tilgjengelige virkemidler etter dagens regelverk er ulike, vil situasjonen også bli løst ulikt i barnevern og psykiatri.

En normal handlingsmåte i psykiatrien ville være nokså lik handlingsmåten i et vanlig hjem. Etter at ungdommen har avvist korreksjon ville personalet fysisk avbrutt situasjonen ved å slukke sigarettene, slått av musikken og om nødvendig fysisk ha flyttet en av ungdommene over på eget rom.

Fordi dette er ungdommer med normavvik og personalet har en annen rolle enn foreldre, vil personalets handlemåte oppleves som et inngrep i den private sfære. Ungdommen vil gjerne oppleve situasjonen som så inngripende og krenkende at ungdommen reagerer med mottiltak. Dette gjør at en handlingsmåte som vil være normal i hjemmet, på institusjon raskt kan eskalere slik at fare for skade oppstår.

Personalet på den psykiatriske institusjonen har virkemidlene til å håndtere den potensielt farlige situasjonen på en relativt trygg og komfortabel måte. For personalet vil imøtegåelse av en eskalerende situasjon i praksis være mindre betenkelig. Situasjonen kan derfor lett ende med at en eller begge ungdommene tilbringer resten av natta i belteseng.

Den samme vurderingen av hvilke virkemidler som er tilgjengelige vil, også skje på en barnevernsinstitusjon. Som tidligere vist er tvangsmidlene på disse institusjonene atskillig mer begrenset. Fordi eskalering av situasjonen her bare kan møtes med kortvarig holding og bruk av isoleringsrom vil skadepotensialet ved en utagering være større. Også den menneskelige faktoren må tas inn, det er enklere å belte ungdommen fast, enn å fysisk holde ungdommen til den har roet seg.

Fordi tvangsmidlene på barnevernsinstitusjonen er begrenset må personalet vurdere sine handlingsalternativer basert på hvorvidt de har virkemidlene til å løse situasjonen ved eskalering. Resultatet kan bli at personalet strekker seg lengre for å unngå eskalering enn på en psykiatrisk institusjon.

En vanlig strategi på barnevernsinstitusjonen at ett personale setter seg sammen med ungdommene og er rimelig taus. Ungdommene som ikke ønsket å prate om alt mens personalet er tilstede vil snart bli lei av situasjonen. Etter en stund går ungdommene hver for seg.

Ovenfor ungdommen har reaksjonsmåten ved de ulike institusjonstypene både positive og negative sider. På barnevernsinstitusjonen vil mangelen på tvangsmidler gjøre at ungdommens integritet i stor grad bli vernet. Dette i motsetning til psykiatrisk institusjon der tilgangen på tvangsmidler lettere skaper integritetskrenkelser.

For ungdommen som ofte er utsatt for omsorgssvikt, herunder manglende grenser, vil klar grensesetting være sentralt i omsorgsplikten. Reaksjonsmåten på barnevernsinstitusjon kan

derfor gi ungdommen en opplevelse av mangel på klare rammer og grenser. Dette gjør at mangelen på tvangsmidler kan skape et hinder for institusjonens omsorgsplikt. Ungdommen kan bli utrygg, og få behov for ytterligere grensetesting. Mangelen på virkemidler kan således ha en negativ effekt på behandlingen av ungdommen.

De ulike måtene å løse samme situasjon på viser at personalets handlinger før den akutte faren for skade oppstår, ofte er avgjørende. Rammene, og måten rammene praktiseres, vil ofte avgjøre hvorvidt ungdommen samarbeider eller er motvillig. Dette gjør at institusjonen til en viss grad kan begrense trassatferd fra ungdommene. Erfaring viser at de farlige situasjonene ofte kan unngås ved å være mer fleksible i situasjonene. Utfordringen er å skape den riktige balansen mellom fleksibilitet og tydelige grenser.

Å avveie sikkerhet, omsorg og minst mulig grad av integritetskrenkelser mot hverandre er problematisk. Etter dagens ordning utformes og praktiseres reglene av ulike departement og ulike profesjoner. Dette gir også svært ulik tilnærming til problemstillingen.

I forbindelse med revideringen av psykisk helsevernloven som trådte i kraft 1. januar 2007 hadde departementet på høring et forslag om å tillate mekaniske tvangsmidler ovenfor barn under 16 år. Høringen viste at omtrent halvparten var positive til forslaget, mens den andre halvdel var spørrende eller negative. Det er interessant å merke seg at *"de som ønsket forbudet opphevet var i hovedsak fagfolk i barne- og ungdomspsykiatrien, mens bruker- og pårørendeorganisasjonene gjennomgående mente at forbudet burde opprettholdes"*.¹⁶³ Departementet valgte å trekke forslaget fordi kunnskapsgrunnlaget ikke var godt nok. Departementet mente situasjonene kunne løses uten bruk av tvangsmidler, og at utvikling av personalets kompetanse vil være tilstrekkelig virkemiddel.¹⁶⁴

Hvorvidt barnevernsinstitusjonene i disse situasjonene bør ha flere tvangsmidler varierer etter hvem en spør. Miljøpersonale på institusjonsnivå har gjerne et ønske om flere tvangsmidler. På ledelsesnivå i institusjonen og på direktoratsnivå uttrykkes det imidlertid i hovedsak tilfredshet over dagens tvangsmidler.¹⁶⁵ En mener flere tvangsmidler gjør at fokus flyttes fra miljøterapeutiske virkemidler til kontrolltiltak. Og at et slikt fokusskifte gjør behandlingssituasjonen vanskeligere.

Med bakgrunn i kravet til likhet er min påstand at det må være en felles list for hvilke tvangsmidler som kan benyttes ovenfor barn. Som eksemplene og de overordnede føringene

¹⁶³ Ot.prp.nr.65 (2005-2006). Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v. s. 25.

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) s. 26.

¹⁶⁵ Viser til samtaler med Tove Andersson, leder Tromsø ungdomssenter og Jarle Raknes, spesialrådgiver ved Bufdir.

viser har de to fagområdene ulike synspunkter på bruk av tvangsmidler ovenfor barn. Fra helsedepartementet synes fokus å være større grad av kontroll, mens fra barnedepartementet synes fokus å være minst mulig integritetskrenkelse. En felles standard for tillatte tvangsmidler vil derfor ikke skape likhet når kulturen på de ulike fagfeltene er forskjellig. Spørsmålet om hvilke tvangsmidler som skal være tillatt har jeg ikke grunnlag til å uttale meg om.

5.3.2 Frivillighet ved plassering

”Pablo” var i fosterhjem fra han var 6 til han var 16.¹⁶⁶ Etter fylte 16 har han vært i flere ulike barnevernstiltak. Når Pablo er 17 år og 9 måneder krever barnevernet at han tvangsplasseres i inntil 12 måneder for behandling for atferdsvanskene som inkluderer vold, rusmisbruk og vagabondering.

Pablo har opplevd en rekke svik fra systemet og ansatte på ulike nivåer i barnevernet. Dette gjør at tilliten til systemet er liten, og frihetstrangen er desto større. Før saken i Fylkesnemnda forteller Pablo at dersom vedtaket går gjennom vil han bli på institusjonen til fylte 18, og deretter vil han forlate. Hans plan er å lage så mye bråk at barnevernet gir opp og slipper han.

Pablo har behov for hjelp til sine atferdsvansker og behov for voksenkontakt. Siden Pablo har frihetstrang og mistillit til systemet vil han ikke motta dette. Barnevernet vil gjøre det som er best for Pablo, og vil tvinge disse godene på ham. Pablos løsningsforslag, å sloss seg ut, understreker behovet han har og gir barnevernet en sterkere sak.

Dette eksemplet viser hvordan autonomi og paternalisme står i konflikt med hverandre. Løsningen blir dårlig for Pablo uansett om autonomien eller paternalismen vinner konflikten.

Når saken er til behandling i Fylkesnemnda skjer det som for Pablo er uventet. Fordi barnevernloven stiller strenge vilkår frykter barnevernet at de vil tape saken. Dette får Pablo bekreftet av sin advokat. De tilbyr følgende forlikstilbud som Pablo ikke kan si nei til: Barnevernet trekker saken mot at Pablo frivillig, med tre ukers tilbakeholdsrett, blir på institusjon til han fyller 18. Deretter flytter han i hybel som er delfinansiert av barnevernet, får oppfølging fra tidligere fosterfar og får støtte til å ta sertifikat. Pablo forplikter seg til å følge opp kontakten med tidligere fosterfar, levere rustester og følge opp lærlingkontrakten.

Etter mitt skjønn balanserer denne løsningen samfunnets behov for å gripe inn, med individets autonomi. Det viktigste er likevel at Pablo i skrivende stund får behandling som reelt er frivillig.

¹⁶⁶ Historien om ”Pablo” er anonymisert og godkjent av Pablo.

Når det gjelder forholdet mellom frivillighet og tvang i psykiatri har Høyre funnet pasienter har samme grad av bedring om de behandles frivillig eller tvungent. Forskningen viser imidlertid at kun halvparten av pasientene i ettertid ønsker at tvang skal benyttes ved en senere lignende situasjon.¹⁶⁷ Spørsmålet om frivillighet og tvang ved plassering er imidlertid tema som så vidt er berørt i denne oppgaven. Likevel henger dette nært sammen med drøftelsene av autonomi og paternalisme. På denne bakgrunn og med bakgrunn i henvisningen til Høyre må det understrekes at integritetskrenkelsene ved tvang vanligvis er store. Derfor bør det systematisk arbeides med tiltak for å øke graden av frivillighet ved plassering i institusjon.

Basert på disse to eksemplene og de ulike praktiske løsningene vil neste del konkretisere hvordan forholdsmessighetskravet kan skjerpes.

5.4 Et skjerpet forholdsmessighetskrav ved tvang mot barn

I den nye tvisteloven er det i stor grad lagt til rette for alternativer til domstolsbehandling.¹⁶⁸ Både barnevernloven og psykisk helsevernloven bygger på prinsipper om frivillighet først. Problemet med dagens frivillighetsprinsipp er at der ungdommen nekter, vil bruk av tvang være det eneste alternativet. Dette gjør at frivillighetsprinsippet ofte er illusorisk. I Pablos tilfelle ble tilbudet gitt slik at ungdommen kunne se at den profiterte på behandling. Frivilligheten ble derfor reell. I eksemplet med ungdommene på rommet viste de ulike handlingsalternativene at situasjonen kunne løses på ulike måter. Dette viser at tvang kan unngås. Likevel vil det ikke alltid være ønskelig eller reelt mulig. For å begrense tvang til der det er nødvendig må hjelpeinstansene aktivt søke å begrense tvangen, og kontrollinstansene må få redskaper til å vurdere om tvangen kunne og burde vært unngått. Dette henger tett sammen. Når kontrollinstansene kritiserer forvaltningens tvangsbruk vil det være naturlig å anta at forvaltningen selv søker å redusere tvangen. Dette gjør at bedre redskaper til kontrollinstansene for å vurdere om tvangen var forholdsmessig, trolig vil gi mindre tvang i institusjonene.

Eskeland formulerte forholdsmessighetskravet i spørsmålet: *”Var det etter omstendighetene nødvendig å gå frem på en så inngripende måte?”*¹⁶⁹

Bruk av tvangsmidler overfor barn omtales i forarbeidene til psykisk helsevernloven som mer traumatiserende enn tvang overfor voksne. På samme måte gir Barnekonvensjonens artikkel

¹⁶⁷ Høyre 2009 s. 55.

¹⁶⁸ Skoghøy på sidene 277-304.

¹⁶⁹ Aall s. 128.

9 barn en særskilt rett til ikke å bli skilt fra sin familie. Dette gjør at disse tvangsvedtakene må anses som mer inngripende ovenfor barn enn overfor voksne.¹⁷⁰

Høyesterett uttalte i Isene dommen, som dreide seg om landbruksformål: *”Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn.”*¹⁷¹ Graver bruker blant annet denne dommen når han utleder et prinsipp om at gyldige skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser krever en forsvarlig vurdering av forholdsmessigheten.¹⁷² Dette gjør at kravene til begrunnelsen ved tvang ovenfor barn må være strengere enn ved tvang ovenfor voksne. Hvordan en i praksis kan gjennomføre disse strengere krav til begrunnelsen må utredes ytterligere. Jeg finner likevel å peke på noen muligheter for å gjennomføre dette.

Bruk av tvang skjer på bakgrunn av enkeltvedtak. I enkeltvedtakene kreves det ulik begrunnelse avhengig av hvem som fatter vedtaket og hva vedtaket dreier seg om. Kravene til begrunnelse for vedtak om plassering er ulikt mellom rettsområdene.

Etter barnevernsloven § 7 – 19 (3) kreves det at vedtaket skal begrunnes som en dom, mens etter psykisk helsevernloven § 3 – 3 (2) kreves det at vedtaket og grunnlaget for dette nedtegnes. Den samme forskjellen finner en ved vedtak om bruk av tvangsmidler. Etter psykisk helsevernloven § 4 – 8(5) kreves det at vedtaket skal nedtegnes, mens etter tvangsforskriften § 18(5) skal vedtaket protokollføres og begrunnes. I realiteten blir ikke nødvendigvis forskjellene mellom begrunnelsene så store da alminnelig forvaltningsrett ligger i bakgrunnen, og begrunnelsene må sees i sammenheng med den journalføring som ellers skjer.

Det avgjørende etter mitt syn er at det må stilles strengere krav til begrunnelsen ved tvangsvedtak overfor barn. At det må være andre krav til begrunnelsen ved vedtak overfor barn framkommer ikke av psykisk helsevernloven.

Med utgangspunkt i situasjonen ”fare for skade” vil jeg vise hvordan skjerpet krav til begrunnelsen kan forbedre barns rettssikkerhet.

Nødvendighetsvurderingen de lege lata er knyttet til om tvangen var uomgjengelig nødvendig der og da. Spørsmålet om tidligere handlinger fra personalets side som ungdommen kan oppleve som provoserende er ikke del av vurderingstemaet når tvangen skal etterprøves.

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.65 (2005-2006) s. 27.

¹⁷¹ Rt. 1981 s. 745 på s. 748.

¹⁷² Graver 1995 på s. 298.

Som vist vil nødvergesituasjonen ofte ha et forløp. Under forløpet kan personalet ofte se hvordan situasjonen vil ende. Personalets handlinger under forløpet kan ha avgjørende betydning for at det oppstod en farlig situasjon.¹⁷³ Ved en forholdsmessighetsvurdering som avveier autonomi mot paternalisme må også handlinger som direkte og indirekte leder til bruk av tvangsmidler være del av begrunnelsen for tvangsmiddelbruken.

At dette ikke er gjeldende rett i dag antas å skyldes at reglene er konstruert som analogi fra strafferettens nødrett og nødvergebestemmelser. Selv om strafferetten til en viss grad tar hensyn til hele situasjonen gjennom reglene om provokasjon og retorsjon, er det i utgangspunktet en kort tidsramme som skal vurderes.

Det kan være problematisk med regler som er basert på analogi fra helt andre rettsområder. Dette fordi det vil være ulikheter mellom rettsområdene som stiller andre krav til rettsregelen. I disse tilfellene har ungdommene ulike normavvik som gjør at de kan reagere annerledes. Selve institusjonaliseringen er begrunnet i normavvikene. I departementets presisering av regelverket påpekes det at mange av ungdommene daglig gjør kriminelle handlinger, og at institusjonen må være rustet til å møte disse særskilte behovene.¹⁷⁴ Dette er et eksempel på at analogien ikke er tilstrekkelig. I tillegg bruker forarbeidene til barnevernsloven det faktum at det er barn og derfor har begrenset innsikt og forståelse som et selvstendig argument for bruk av tvang.¹⁷⁵ At det kan brukes tvang fordi de er barn, gjøre at det burde stilles et strengere krav til vurderingen om tvangen var forholdsmessig. Alle disse faktorene gjør at vurderingen av forholdsmessigheten må gjøres annerledes enn ved et tilfeldig gateslagsmål.

For å skjerpe kravene til begrunnelsen og på den måten forbedre rettssikkerheten, må det for det første stilles krav til at hele situasjonens foranledning tas med i forholdsmessighetsvurderingen. Dette innebærer at en lengre tidsperiode, gjerne hele det forutgående døgn, må belyses ved vurderingen av om vedtaket var forholdsmessig. Når saken belyses slik vil et større hendelsesforløp komme fram. Dette hendelsesforløpet vil kunne avdekke ulike handlingsalternativer som ledet fram til situasjonen. Da kan det avdekkes om situasjonen kan forklares i tidligere integritetskrenkelsener. Så kan det spørres om disse tidligere integritetskrenkelsene som kunne lede til situasjonen var forholdsmessige.

¹⁷³ Sivilombudsmannens årsmelding for 2003 s. 120.

¹⁷⁴ Brev til "Landets fylkesmenn" med overskriften: "Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon – presiseringer av regelverket." fra Barne og familiedepartementet. Brevet har referansen 200503909 og er datert 21. November 2005, og er signert Tone G. Smith og Bodil Rake Lystrup. Kopi av brevet er sendt til Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet og Barne-, ungdoms- og familieetaten (regionene). s. 6.

¹⁷⁵ NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv. s. 192.

Et slikt forsterket krav til begrunnelse vil kunne gi flere effekter. For det første vil det gjøre en ettertidig kontroll mulig. Selv om bruken av tvangsmidlene i situasjonen var forholdsmessig, kan foranledningen kontrolleres. For det andre vil det kunne skape en større bevissthet blant personalet rundt behandlingsopplegget. For det tredje vil bevisstheten om økt mengde papirarbeid i seg selv være et argument for å unngå tvangsmiddelbruk.

Som en del av et sterkere krav til begrunnelsen vil det også være naturlig at det stilles strengere krav til kontradiksjon. At det er barn med normavvik gjør kan gjøre det vanskeligere å ivareta egne interesser. Sivilombudsmannen uttaler i en sak om veiledningsplikt for psykiatriske pasienter: *”For pasienter i en vanskelig livssituasjon, slik psykisk syke personer i en sykehusavdeling gjerne er, kan det kreves ekstra innsats for at de skal kunne vareta sitt eget tarv.”*¹⁷⁶ I sak om bruk av tvangsmiddel på barnevernsinstitusjon uttaler Sivilombudsmannen at *”det ut fra prinsippene om god forvaltningsskikk avgjøres om andre, særlig vedkommendes advokat, skal gis rutinemessig orientering om tvangsbruk”*.¹⁷⁷ At god forvaltningsskikk kan innebære rutinemessig orientering til barnets advokat understreker behovet for et styrket kontradiksjonsprinsipp.

I dag er kontradiksjonsprinsippet ivaretatt ulikt på institusjonstypene. I psykiatriske institusjoner skal kontrollkommisjonen gjennomgå protokollene når de har tilsyn med institusjonen.¹⁷⁸ Kontrollkommisjonen kan foreta lovlighetskontroll enten på eget initiativ eller etter klage.¹⁷⁹ På barnevernsinstitusjoner skal tilsynsmyndigheten foreta en lovlighetskontroll av samtlige tvangsmiddelvedtak.¹⁸⁰

For å sikre kontradiksjon burde det foretas en lovlighetskontroll som inkluderer kontroll av begrunnelsen for tvangsmiddelvedtaket, uavhengig av klage.

Som en del av det forsterkede kravet til kontradiksjon vil det også være naturlig at ungdommen rutinemessig får framlagt tvangsvedtaket og får anledning til å gi uttrykk for sitt syn. Ungdommen kan da svare på om den er enig i tvangsvedtaket og om den er enig i den redegjørelsen som er gjort for situasjonen og foranledningen. Der ungdommen har en annen versjon av hendelsesforløpet må det gis anledning til å uttrykke dette. I tillegg burde det nedfelles krav om rutinemessig orientering av barnets advokat ved en rekke ulike tvangsvedtak.

¹⁷⁶ Sivilombudsmannens sak 2005/1947.

¹⁷⁷ Sivilombudsmannens årsmelding for 2003 s. 119.

¹⁷⁸ Forskrift nr. 1408 av 2000 om kontrollkommisjonens virksomhet. §4-2 (1).

¹⁷⁹ Psykisk helsevernloven § 6 – 1 (2).

¹⁸⁰ Forskrift nr 1564 av 2003 om tilsyn med barn i barneverninstitusjoner for omsorg og behandling § 7 (4).

Trolig vil slike forsterkede krav til saksbehandlingen medføre en større bevissthet rundt ungdommens autonomi og forholdsmessigheten av det paternalistiske inngrepet. Det vil i større grad muliggjøre kritikk, som for det første er en rettssikkerhet for ungdommen, og for det andre vil være bærer av forbedringspotensial for institusjonen.

Selv om behovet for tvangsmidler ikke opphører vil et mulig resultat være redusert bruk av tvangsmidler og større grad av beskyttelse av ungdommens integritet. Dersom dette viser seg å fungere vil det også kunne være mindre problematisk å utvide tilgangen på tvangsmidler i barnevernsinstitusjonene, slik at omsorgsplikten i større grad kan sikres.

6. Avslutning

Oppgaven har vurdert verdiriktigheten ved tvang mot barn i barnevern og psykiatri. Vurderingen er lagt opp etter det operasjonelle rettssikkerhetsbegrepet. Oppgaven har vist at barns rettssikkerhet ikke er tilfredsstillende på to ulike grunnlag.

I kapittel 3 er det vist at prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt ikke er oppfylt. Dette skyldes at det er vilkårlighet rundt hvilken institusjonstype barnet havner på og at reglene for tillatte integritetskrenkelser mellom institusjonstypene er ulike.

I kapittel 4 er det vist at respekten for personlig integritet ikke er tilstrekkelig ivaretatt. Dette skyldes en ide om at autonomien faller bort som resultat av ulike normavvik og at integriteten er tett vevd sammen med autonomien. Denne ideen om kvalifisert autonomi er imøtegått på ulike måter, og det er i oppgaven tatt avstand fra ideen. Videre er et operasjonelt paternalismebegrep lansert som mulig aveiningsnorm ved inngrep i autonomien etter gjeldende rett.

I kapittel 5 er det lansert et forslag til felles lov om tvang mot barn. Videre i kapitlet er det gitt innspill til et eventuelt utvalg for en slik tvangslov for barn. For det første kan ikke ideen om kvalifisert autonomi legges til grunn. For det andre må det stilles et skjerpet krav til forholdsmessighetsvurderingen.

7. Litteraturliste

Lover

Grunnloven av 17. mai 1814.

Lov nr. 7 1981 om barn og foreldre (barnelova).

Lov nr 100 1992 om barneverntjenester.

Lov nr 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, (menneskerettsloven).

Lov nr 62 1999 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Forskrifter:

Forskrift nr. 1173 av 2000 om bruk av tvangsmidler for å avverge skade i institusjoner for døgnoophold innenfor det psykiske helsevernet.

Forskrift nr. 1408 av 2000 om kontrollkommisjonens virksomhet.

Forskrift nr 1594 2002 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon.

Forskrift nr 1564 av 2003 om tilsyn med barn i barneverninstitusjoner for omsorg og behandling.

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr.44 (1991-1992), Barneverntjenester (barnevernloven).

Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven).

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

Stortingsmeldinger:

Stortingsmelding nr. 32 (1976-77).

Offentlige utredninger:

NOU 1985:3 Tiltak for ungdommer med atferdsvansker.

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester mv.

NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke.

NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming.

NOU 1992:25 Utredning om lobotomi.

NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge.

NOU 2004: 23, Barnehjem og spesialskoler under lupen.

Rapport fra Helsetilsynet 4/2006, *Bruk av tvang i psykisk helsevern*.

Rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet, Vurdering av behandlingstvilkåret i psykisk helsevernloven – Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern (IS-1370).

Rundskriv:

Q-819, Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon med merknader (Hentet fra:

<http://www.regjeringen.no/en/dep/bld/Documents/rundskriv/2002/forskrift-om-rettigheter-og-bruk-av-tvan/5.html?id=279240>).

Brev til "Landets fylkesmenn" med overskriften: "Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon – presiseringer av regelverket." fra Barne og familiedepartementet. Brevet har referansen 200503909 og er datert 21. November 2005, og er signert Tone G. Smith og Bodil Rake Lystrup. Kopi av brevet er sendt til Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet og Barne-, ungdoms- og familieetaten (regionene). (Fått kopi fra Tove Andersson ved Tromsø Ungdomssenter).

Rettspraksis:

Rt. 1981 s. 745 (Isene).

Assanidze mot Georgia , EMD dom av 8. April 2004.

Çakici mot Tyrkia, EMD dom av 8. Juli 1999.

Dickson mot Storbritannia, EMD dom av 4. des. 2007.

Kurt mot Tyrkia EMD dom av 25. mai 1998.

Loizidou mot Tyrkia , EMD dom av 23. Mars 1995.

Olson mot Sverige, EMD dom av 24. Mars 1988.

Uttalelser fra Sivilombudsmannen:

Sivilombudsmannens årsmelding for 2003.

Sivilombudsmannens sak 2005/1947.

Litteratur:

Andenæs, Johs, *Innføring i Rettsstudiet*, 6. Utgave (Oslo 2002).

Andenæs, Johs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 9. Utgave (Oslo 2004).

Andenæs, Kristian mfl., *Sosialrett* 6. Utgave (Oslo og Kristiansand 2002).

Andenæs, Johs, Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber Mohn, *Alminnelig strafferett*, 5. Utgave Oslo 2005.

Arntzen, Svein Kr., *Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*, Avhandling levert for graden Phd i rettsvitenskap (Tromsø 2009).

Askeland, Bjarte: Om analogi og abduksjon, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s 499 - (TFR-2004-499).

Bendiksen, Lena R. L., *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, (Tromsø 2008).

Bernt, Jan Fridthof og David R. Doublet, *"Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring"* Bergen 1998, 4. Opplag 2003.

Blandhol, Sverre: Retorikk og juss, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2003 s 499 - (TFR-2003-499) .

Brand, Paul og Philip Yancey, *The Gift of Pain*, (Michigan 1997).

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 7. Utgave, (Oslo 2003).

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. Utgave (Oslo 2001).

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer : systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. Utgave (Oslo 1991).

Eskeland, Ståle, *Fangerett*, 2. Utgave (Viken 1989).

Falkum, Eivind, Eli Feiring, Heidi Gautun, *Hva med dobbeltklientene? Samarbeid mellom barnevern og barne- og ungdomspsykiatri. Evaluering av Klokkehuset*, (FAFO 1996)

Gisle, Jon, m.fl., *Jusleksikon*, 2. Utgave (Oslo 2002).

Graver, Hans Petter, " Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser", *Lov og Rett* 1995 s. 279.

Graver, Hans Petter, *I prinsippet prinsipiell - om rettsprinsipper*, TfR 2006 s. 189.

Grennes, Tor, *Innføring i Vitenskapsteori og metode*, 2. Utgave (Oslo 2001).

Hagen, Kristin, Tore Roald Riedl og Roger Østbøl, *Psykisk helsevernloven med innledning og kommentarer*, (Oslo 2002).

Halvorsen, Marit, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, (Oslo 1997).

Haugli, Trude *Samværsrett i barnevernssaker*, 2 utg. (Tromsø 2000).

Hedel, Eyvind, "Klientkarrierer i profesjonskulturelle grenseland. Om to skjebner, og om prosejonenes rolle og ansvar for utvikling av klientkarrierer hos barn og unge." (Avhandling levert for graden phd. Levert juni 2009).

Huxley, Aldous, *Brave New World*, Hentet fra: <http://www.huxley.net/bnw/seventeen.html>

Høgberg, Alf Petter, *Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet 'reelle hensyn' og termen « reelle hensyn »* i Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste. 2006, s. 297 (Hentet fra lovdata).

Høyer, Georg og Odd Steffen Dalgard, *Lærebok i rettspsykiatri*, (Tromsø og Oslo 2002).

Høyer, Georg, *Involuntary hospitalization in contemporary mental health care. Some (still) unanswered questions*, *Journal of Mental Health*, June 2008; 17(3): 281-292, på sidene 286-287.

Høyer, Georg, *Tilbakeslag i psykiatriske pasienters autonomi og rettssikkerhet*, *Lov og Rett* 1995 s. 151.

Høyer, Georg, *Kunnskapsgrunnlaget i forhold til bruk av tvang i det psykiske helsevernet*, Vedlegg 3 i *Vurdering av behandlingstvilkåret i psykisk helsevernloven (IS 1370)* (Oslo 2009).

- Kinander, Morten, *Rettsfilosofi – en innføring*, (Mærrapanna 2005).
- Kjønstad, Asbjørn (red), *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet*, (Oslo 2002).
- Klette, T, *Omsorgssvikt og personlighetsforstyrrelser*, Tidsskrift for den norske legeforening, 2008 s. 1538-1540.
- Kraby, Ida Hjort, *Hva er lov – særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger*, Jussens venner 1996 nr. 3 s. 148.
- Lange, Jon, "Ungdom må få vise at de kan ting – Borderlinge-fungerende ungdommer i behandlingshjem. En deskriptiv oppfølgings-studie". Oslo 1991.
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. Utgave (Oslo 2005).
- Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*, (Oslo 2005).
- Morwood, James, *Pocket Oxford Latin Dictionary*, Oxford 2005.
- Mørch, Willy-Tore, Jannike E. Snoek og Aslak Syse, *Frivillighet og tvang i behandling av barn og ungdom*, (Oslo og Troms 1998).
- Nilstun, Tore og Aslak Syse, *Ulike regler – lik lovforståelse*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1997 s. 837.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgåve 2004 2. Opplag (Bergen 2005).
- Oppedal, Mons, *Akutthjemlene i barnevernloven*, Oslo 2008.
- Rasmussen, Ørnulf, *Psykisk helsevern*, i Andenæs, Kristian mfl., Sosialrett 6. Utgave (Oslo og Kristiansand 2002).
- Sandberg, Kirsten, *Barnevernloven*, i Andenæs, Kristian mfl., Sosialrett 6. Utgave (Oslo og Kristiansand 2002).
- Skoghøy, Jens Edvin, *Ny sivilprosesslov – tvisteloven av 2005*, Jussens Venner 2006 s. 269-331.
- Steen, Thorvald (red.), *Asylet* (Oslo 2005).
- Stang Dahl, Tove, *Barnevern og samfunnsvern*, (Oslo 1992).
- Sunde, Cathrine Opstad, *Hva er rettssikkerhet?*, i Kjønstad, Asbjørn (red), *Barnevern, fylkesnemnder og rettssikkerhet*, (Oslo 2002).
- Svartdal, Frode, "Psykologi - en introduksjon", Tromsø 1997.

Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete – Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, Oslo 1994.

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

Syse, Aslak, *Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, herunder om lovoppdatte vilkår. Kort om bruk av tvang i behandlingsøyemed i psykisk helsevern, i og utenfor institusjon*, Vedlegg 2 i Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven (IS 1370) (Oslo 2009).

Søvig, Karl Harald, *Tvang overfor rusmiddelavhengige – Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Bergen 2007.

Søvig, Karl Harald, *Retten til å bli foreldre*, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008 s. 68.

Teigen, Karl Halvor, *Bedømming og beslutninger*, i Svartdal, Frode, "Psykologi - en introduksjon", Tromsø 1997.

Vaaland, Tor Øystein, *Brev til en minister*, Bærum 2007.

Wacks, Raymon, *Law – A verdy Short Introduction*, Oxford 2008.

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*. (Avhandling for graden ph.d., elektronisk versjon som skal være identisk med trykket disputasversjon av november 2009).

Øyrehagen Sunde, Jørn, *Speculum legale – rettspegelen*, (Tromsø 2005).

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. Utgave (Bergen 2007).

Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, (Bergen 2000).

Mastergradsavhandlinger:

Aleksandersen, Øistein og Fritz Nilssen, *Buddhistisk Økonomi - Nok er Nok - Nok er Best*, (Masteroppgave 2006 Høgskolen i Bodø).

Eide, Ingvild Louise, "Rettigheter og tvang på barnevernsinstitusjoner – Bevegelsesfriheten utenfor institusjon, bruk av isolasjon og tilbakeføring ved rømming".

Sødal, Line De Lange, "Adgang til bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjoner og fosterhjem". (Masteroppgave 2008).

Nettsteder:

http://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Ur-Nammu

<http://uit.no/jus/5797/39>

http://en.wikipedia.org/wiki/Code_of_Hammurabi

<http://no.wikipedia.org/wiki/Personlighetsforstyrrelse>

http://no.wikipedia.org/wiki/Emosjonelt_ustabil_personlighetsforstyrrelse

http://en.wikipedia.org/wiki/Catch_22

http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Declaration_of_Independence

<http://www.youtube.com/watch?v=4XrmQFsmPJs>

Muntlige kilder:

Tove Andersson, leder Tromsø ungdomssenter.

Anne Helene Angelsen ved Bodø Ungdomshjem.

Trond Børresen, Spesialrådgiver, Sykehuset Asker og Bærum

Randi Haugland, Fylkesmannen i Troms.

Kari Hennum, Senior Executive Officer, Vestre Lier.

"Pablo"

Jarle Raknes, spesialrådgiver ved Bufdir.

Are Saastad, fagforbundet (vært tilknyttet Gaustad sykehus i en årrekke).

Antall ord: 17146