

Adgangen til tvangsbehandling med legemidler i det psykiske helsevern



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 559

Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen ca. 17 300 ord

23.04.10

Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1 Oppgavens tema og problemstillinger.....	1
1.2 Rettslig grunnlag.....	2
1.3 Avgrensning.....	2
1.4 Oversikt over den videre fremstilling.....	3
<u>2 OVERSIKT OVER NORSK RETT OG ADGANGEN TIL TVANGSBEHANDLING MED LEGEMIDLER.....</u>	<u>3</u>
2.1 Almennelige utgangspunkter om psykisk helsevern og adgangen til tvangsbehandling med legemidler.....	3
2.2 Legislative hensyn.....	6
2.3 Hvem kan et vedtak om tvangsmedisinering rette seg mot.....	7
2.4 Vilkårene for vedtak om tvangsbehandling med legemidler.....	9
2.5 Oppsummering og vurdering av oversikten av gjeldende rett.....	17
<u>3 ETISKE OG RETTSLIGE DILEMMA VED ADGANGEN TIL TVANGSBEHANDLING MED LEGEMIDLER.....</u>	<u>18</u>
3.1 Innledende bemerkninger om paternalisme.....	18
3.2 Forholdet til pasientrettighetsloven.....	19
<u>4 OVERSIKT OVER MENNESKERETTIGHETENE OG ADGANGEN TIL TVANGSBEHANDLING MED LEGEMIDLER.....</u>	<u>23</u>
4.1 Innledning.....	23
4.2 EMK og forholdet til norsk lov.....	23
4.2.1 EMK art. 3 og adgangen til tvangsbehandling med legemidler.....	23
4.2.2 EMK art. 8 og adgangen til tvangsbehandling med legemidler.....	26
4.3 Oviedo-konvensjonen og adgangen til tvangsmedisinering.....	29
4.4 Sammenfatning av oversikten.....	31
<u>5 FNs KONVENSJON OM RETTIGHETENE TIL MENNESKER MED NEDSATT FUNKSJONSEVNE OG BETYDNINGEN FOR ADGANGEN TIL TVANGSBEHANDLING MED LEGEMIDLER.....</u>	<u>32</u>
5.1 Innledning.....	32
5.2 Konvensjonens anvendelsesområde.....	32
5.3 Konvensjonens innhold og betydning for adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk rett.....	36
5.3.1 Innledende bemerkninger.....	36
5.3.2 Retten til frihet og grenser for adgangen til frihetsberøvelse.....	37
5.3.3 Konvensjonens betydning for etablering av TPH etter norsk rett.....	39
5.3.4 Konvensjonens grenser for adgangen til tvangsbehandling med legemidler.....	41
5.3.5 Konvensjonens betydning for adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk lov.....	45

5.3.6 Forholdet mellom pasientrettighetsloven og psykisk helsevernloven, konvensjonens betydning for ulike regelsett.....	49
5.4 Avsluttende bemerkninger om konvensjonens betydning for adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett.....	50
<u>6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OM OPPGAVEN.....</u>	<u>50</u>
<u>LITTERATURLISTE.....</u>	<u>52</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Det er et alminnelig utgangspunkt at enhver person har rett til autonomi og selvbestemmelse i forhold til eget liv. Legalitetsprinsipp slår fast at ethvert myndighetsinngrep, som innskrenker denne retten, krever hjemmel i lov eller forskrift. Av hensynet til samfunnet og det enkelte individ er det på ulike områder gitt unntakshjemler som innskrenker den enkeltes rettigheter.

På helserettens område følger hovedregelen av pasientrettighetsloven (pasrl.) § 4-1. Helsehjelp kan kun gis med pasientens informerte samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag. I et velferdssamfunn er det vanskelig å tillate at mennesker går til grunne som følge av sin sykdom. Samfunnet har et ansvar for å ivareta det enkelte individ. Som pasient vil man ikke alltid være i stand til å ivareta egen helse på ethvert tidspunkt. Det kan da foreligge et behov for å sikre at pasienten får nødvendig helsehjelp. Som en konsekvens av dette har lovgiver oppstilt en adgang til å tvangsbehandle pasienter.

Innenfor det psykiske helsevern foreligger det en lang rettstradisjon for anvendelse av tvang på nærmere bestemte vilkår. Adgangen er kommet til uttrykk gjennom psykisk helsevernloven (phlsvl.), og kan omfatte tvangsinnleggelse, tvangsbehandling og bruk av andre tvangsmidler under opphold ved institusjon. Tvangsbehandling med legemidler i det psykiske helsevernet er et område som det knytter seg flere rettslige og etiske vurderinger til. På den ene siden står hensynet til pasientens behov for helsehjelp, og på den andre hensynet til den enkeltes autonomi. Tvungen legemiddelbehandling er et inngrep i pasientens integritet, og medisineren kan føre til omfattende og alvorlige bivirkninger. Denne oppgaven søker å redegjøre for adgangen til å tvangsmedisinere psykiatriske pasienter. Den overordnede problemstillingen er som følger: *Hvilken adgang er det til å tvangsbehandle psykiatriske pasienter med legemidler?*

Under denne problemstillingen vil det særlig drøftes følgende:

- Hvem kan et vedtak om tvangsmedisinering rette seg mot?
- Hvilken adgang har vi etter norsk lov til å tvangsbehandle psykiatriske pasienter med legemidler?
- Hvilke dilemmaer står vi ovenfor ved vedtak om tvangsmedisinering, herunder forholdet mellom tvangsbehandling etter phlsvl. og pasrl., og betydningen av samtykkekompetanse.
- Hvilke skranker setter menneskerettighetene for tvangsbehandling med legemidler?

Videre ble det i 2006 vedtatt en ny FN konvensjon om rettighetene for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Denne er antatt å få betydning for sinnslidendes rettigheter. Det pågår for tiden et arbeid med å ratifisere konvensjonen i Norge. Når konvensjonen ratifiseres kan dette få betydning for adgangen til tvangsmedisinering etter norsk lov. Derfor vil konvensjonens innhold og betydning for gjeldende rett drøftes under den overordnede problemstillingen.

1.2 Rettslig grunnlag

Adgangen til tvangsbehandling med legemidler reguleres av psykisk helsevernloven § 4-4, med tilhørende forskrift 2000-11-24-1172 om undersøkelse og behandling uten eget samtykke.

1.3 Avgrensning

Oppgaven har som formål å redegjøre for adgangen til tvangsbehandling med legemidler. Tvangsmedisinering etter phlsvl. § 4-8 faller utenfor framstillingen, da tvangen ikke gjennomføres i behandlingsøyemed.

Adgangen til å etablere tvunget psykisk helsevern etter phlsvl. § 3-3 faller i utgangspunktet utenfor framstillingen. Temaet er imidlertid nært knyttet opp mot adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter phlsvl. § 4-4. Av denne grunn vil phlsvl. § 3-3 behandles i den utstrekning det har relevans for hovedtemaet.

Videre vil behandling av samtykkekompetanse og forholdet mellom pasrl. og

phlsvl. behandles noe mer på overflaten. Oppgaven omhandler hovedsaklig pasienter underlagt tvunget psykisk helsevern, da hovedregelen i phlsvl. § 4-4 om tvangsbehandling med legemidler er knytte opp mot det tvungne vernet. Andre pasienter faller i utgangspunktet utenfor fremstillingen.

Endelig vil behandlingen av gjeldende menneskerettigheter avgrense seg til de mest sentrale konvensjonene for oppgavens vedkommende. Av gjeldende konvensjoner er dette den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen og Oviedo-konvensjonen. Øvrige konvensjoner er utelatt da de ikke er funnet å oppstille ytterligere grenser for adgangen til tvangsmedisinering.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

Oppgaven vil bestå av to ulike deler. For det første en vurdering av adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter gjeldende norsk og internasjonal rett, herunder forholdet til øvrig helserettslig tvangslovgivning. For det andre en vurdering av adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter den nye FN konvensjonen, og konvensjonens betydning for gjeldende rett.

I kapittel 2 presenteres en oversikt over adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk lov. I kapittel 3 vurderes forholdet mellom tvangsbehandling etter phlsvl. og pasrl., samt betydningen av samtykkekompetanse. Kapittel 4 behandler menneskerettighetene som skranke for adgangen til tvangsmedisinering. Videre beror kapittel 5 på en vurdering av adgangen til tvangsmedisinering etter den nye FN konvensjonen, samt konvensjonens betydning for norsk rett. Endelig gis det i kapittel 6 noen avsluttende bemerkninger om temaet for oppgaven.

2 Oversikt over norsk rett og adgangen til tvangsbehandling med legemidler

2.1 Almennelige utgangspunkter om psykisk helsevern og adgangen til tvangsbehandling med legemidler

Hovedregelen om psykisk helsevern følger av phlsvl. § 2-1. Her heter det at psykisk helsevern skal «ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven, med mindre annet følger av loven.» Utgangspunktet er

understreket i forarbeidene¹ hvor det fremheves at psykiatrisk behandling skal baseres på frivillighet på lik linje med somatisk behandling. Dette innebærer at behandling med legemidler innenfor det psykiske helsevern som utgangspunkt er avhengig av pasientens samtykke. Fra dette utgangspunktet er det gitt en rekke unntakshjemler med adgang til å anvende tvang ovenfor sinnslidende.

Tvangsbehandling med legemidler reguleres av phlsvl. § 4-4 med tilhørende forskrift. Etter bestemmelsens første ledd er det et grunnvilkår at pasienten er under «tvungent psykisk helsevern,» heretter kalt TPH. Det vil i den videre drøftelsen vurderes hvilken adgang det er til å etablere TPH da dette har direkte betydning for adgangen til tvangsmedisinering.

Vedtak om TPH reguleres av phlsvl. § 3-3. Hovedvilkåret følger av bestemmelsens nr. 3 hvor det heter at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse.» Ordlyden «alvorlig sinnslidelse» viser til et rettslig begrep som avklart i forarbeider², rettspraksis og teori. Begrepet omfatter klart aktive psykososer, men gjennom rettspraksis faller også andre sinnslidelser innenfor ordlyden. Etter Rt. 1993 s. 249³ slo Høyesterett fast at en kronisk psykoselidende pasient var «alvorlig sinnslidende» også i symptomfrie perioder. Retten la avgjørende vekt på at symptomfriheten skyldtes behandling med antipsykotika. Videre følger det av Rt. 1988 s. 634 at klare avvikstilstander, hvor funksjonsevne er like redusert som ved psykososer, kan falle innenfor «alvorlig sinnslidelse,» selv hvor klare psykotiske trekk ikke kan påvises. På side 77 av forarbeidene⁴ utdypes innholdet av lovens vilkår. Her fremgår det at begrepet «alvorlig sinnslidelse» ligger nært opp til psykose begrepet. Samtidig ønsket ikke lovgiver å begrense loven til kun å omfatte psykososer, da det foreligger grensetilfeller som burde falle inn under psykiatriens ansvarsområde. Hovedvilkåret «alvorlig sinnslidelse» omfatter etter dette aktive psykososer, kroniske psykososer i symptomfrie perioder, hvor manglende symptomer skyldes medisinsk behandling, og psykoselignende avvikstilstander. At hovedvilkåret «alvorlig sinnslidelse» er oppfylt er ikke tilstrekkelig for å etablere TPH. I tillegg må et av lovens vilkår i § 3-3 nr.3 litra a eller b være oppfylt.

1 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 58

2 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 76-78

3 Se også Rt. 2001 s. 1481

4 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 7

Av lovens litra a reguleres behandlingsvilkåret. Vilkåret krever at etableringen av TPH er nødvendig for å hindre at pasienten på grunn av sinnslidelsen får sin «utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret.» Ordlyden legger opp til en vurdering av pasientens helsetilstand med og uten behandling. Denne vurderingen vil langt på vei bero på et medisinsk skjønn, men ordlyden «betydelig» og «stor sannsynlighet» taler for at gevinsten av behandlingen klart må overstige resultatet uten behandling.

Etter lovens litra b reguleres farevilkåret. Pasienten kan uavhengig av om behandlingsvilkåret er oppfylt underlegges TPH dersom farevilkåret er oppfylt. Det følger av bestemmelsen at TPH kan etableres dersom det er nødvendig for å hindre at pasienten på grunn av sinnslidelsen «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.» Ordlyden slår fast at det kun er fare for «liv og helse» som omfattes av vilkåret. Dersom vedkommende utgjør en fare for materielle verdier er således ikke vilkåret oppfylt. Videre oppstilles det et krav om at faren må være «nærliggende.» Etter Rt. 2001 s. 1481 uttaler førstvoterende at «nærliggende» ikke direkte peker på et tidsperspektiv, men at faren er reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet. Tidsmomentet er likevel et moment i vurderingen av påregnelighet etter rettens oppfatning. Faren må ha kommet til uttrykk eller på annen måte være dokumenterbar for å være «nærliggende.» Denne vurderingen kan bero på pasientens ord eller tidligere handlinger. Endelig må faren etter bestemmelsen være «alvorlig.» Dette innebærer at det foreligger en terskel for at faren kan begrunne etableringen av TPH. Faren må utgjøre en reell fare for liv eller helse.

Dersom lovens hovedvilkår «alvorlig sinnslidelse» og et av tilleggsvilkårene i § 3-3 nr. 3 er oppfylt, kan faglig ansvarlig i utgangspunktet etablere TPH. Loven oppstiller imidlertid en rekke andre prosessuelle og materielle vilkår for etableringen. Etter § 3-3 nr. 6 skal det foretas en helhetsvurderingen, med mindre farevilkåret er oppfylt. I denne vurderingen må etableringen av det TPH fremstå som det klart beste løsningen for pasienten. Den ovennevnte dommen Rt. 1988 s. 634 viser at helhetsvurderingen kan begrunne opphevelse av TPH, selv om øvrige vilkår er oppfylt.

Dersom samtlige vilkår etter phlsvl. § 3-3 finnes oppfylt kan det fattes vedtak

om etablering av TPH. Vedtaket er en forutsetning for å kunne vurdere adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter phlsvl. § 4-4. For den videre drøftelsen må det understrekes at etablering av TPH ikke fører til en direkte adgang til å tvangsmedisinere vedkommende pasient.

2.2 Legislative hensyn

Den legislative begrunnelsen for adgangen til tvangsbehandling med legemidler er todelt. For det første begrunnes reglene i hensynet til individet. Dette kommer til uttrykk i lovens forarbeider⁵. Her uttaler departementet at etter deres oppfatning må *"særregler om frihetsberøvelse av alvorlig sinnslidende sees på bakgrunn av vår kulturelle og rettslige tradisjon. Det synes nærliggende å regne med at samfunnet vanskelig ser at mennesker går til grunne uten at det gjøres noe for dem, og at dette ihvertfall ikke tåles hvis vedkommende er alvorlig sinnslidende og derfor ute av stand til å vurdere sin situasjon rasjonelt og slik ivareta sine interesser."* Videre uttales det at *"dersom de selv på grunn av en ofte forekommende mangel på sykdomsinnsikt ikke vil la seg underkaste psykisk helsevern, må samfunnet... ha adgang til å sørge for at slik skjer slik at de kan gjenvinne herredømmet og kontrollen over seg selv og sitt liv."* Forarbeidene viser til en kulturell og rettslig tradisjon innenfor det psykiske helsevernet, hvor hensynet til individet tillegges større vekt enn pasientens autonomi. Denne tradisjonen illustrerer en verdioppfatning som har vært styrende for lovgivningen i lang tid. Ved fremveksten av pasientrettigheter har pasientens autonomi blitt tillagt stadig større betydning. På pasientrettighetslovens område har dette ført til regelen om samtykke til helsehjelp i § 4-1. Dette er også hovedregelen for psykisk helsevern, men her er det oppstilt særskilte unntak for alvorlig sinnslidelser.

Den andre legislative begrunnelsen har kommet til uttrykk i farevilkåret etter lovens § 3-3 nr. 3 litra b. Her er hensynet til samfunnsvernet styrende. Dersom sinnslidelsen medfører at pasienten utgjør en alvorlig fare for sine omgivelser begrunner dette tilsidesettelse av vedkommendes autonomi. Lignende betraktninger ligger delvis til grunn for frihetsberøvelse etter straffelovens bestemmelser.

⁵ ot.prp. nr.11 (1998-1999) på s. 43 flg

2.3 Hvem kan et vedtak om tvangsmedisinering rette seg mot

Adgangen til tvangsbehandling med legemidler reguleres av phlsvl. § 4-4. Her fremgår det at pasienter kan undergis undersøkelse og behandling uten samtykke dersom vedkommende er underlagt TPH. Dette innebærer at det må være fattet vedtak om TPH etter phlsvl. § 3-3 for at vedkommende kan tvangsmedisineres.

Frivillige pasienter som reguleres av lovens § 2-1 faller som hovedregel utenfor adgangen til tvangsmedisinering. Etter phlsvl. § 2-2 kan frivillige pasienter samtykke til å være underlagt TPH. Bestemmelsens første ledd stenger imidlertid for at pasienten kan samtykke til anvendelse av regelen om tvangsmedisinering. Pasienter underlagt TPH etter phlsvl. § 2-2 kan derfor i utgangspunktet ikke tvangsbehandles med legemidler.

Selv om pasienten er under frivillig psykisk helsevern kan vedkommende på nærmere vilkår overføres til TPH på et senere tidspunkt. At pasienten er frivillig innlagt stenger dermed ikke for at vedkommende senere kan tvangsbehandles med legemidler. Dersom en frivillig pasient ikke samtykker til legemiddelbehandling kan vedkommendes helsetilstand tilsa at behandlingen bør gjennomføres med tvang. Dette avhenger av at vilkårene for etablering av TPH etter phlsvl. § 3-3 er oppfylt. Av Rt. 2001 s. 1481 fremgår det at nettopp behovet for tvangsmedisinering kan begrunne opprettholdelse av TPH. Dommen gjelder direkte opprettholdelse av TPH, men dette kan tale for at behovet for tvangsmedisinering også kan begrunne etableringen av TPH. Loven oppstiller i § 3-4 et konverteringsforbud mot overføring fra frivillig til tvunget psykisk helsevern. Bestemmelsen krever at det foretas en reell utskrivning før TPH etableres, men dersom farevilkåret er oppfylt oppstilles det en unntakshjemmel som åpner for direkte overføring til TPH. Dette betyr at frivillige pasienter ikke har et fullstendig vern mot senere å bli subjekt for vedtak om tvangsmedisinering. Grunnvilkåret for tvangsmedisinering er imidlertid at pasienten er underlagt TPH. Det neste spørsmålet er da hvem som faller under grunnvilkåret om TPH etter phlsvl. § 4-4.

Phlsvl. § 4-4 viste tidligere til lovens § 3-1 for å klargjøre at det ikke kunne fattes vedtak ovenfor pasienter under tvungen observasjon. I forarbeidene⁶ uttales det at henvisningen ikke lenger var nødvendig grunnet endringer i loven som f.eks.

⁶ Ot. prp. nr. 65 (2005-2006) s. 90

innføringen av begrepsforklaringen om psykisk helsevern i § 1-2. Det er derfor klart at lovens § 4-4 ikke hjemler adgang til tvangsmedisinering av pasienter under tvungen observasjon etter § 3-2 og tvungen undersøkelse etter § 3-1. Disse formene faller utenfor vilkåret etter § 4-4 om TPH. Vedtak om tvunget psykisk helsevern følger av phlsvl. § 3-3. Det er pasienter etter denne bestemmelsen som kan være subjekter for vedtak om tvangsmedisinering etter lovens § 4-4.

Omfanget av det tvungne vernet reguleres av phlsvl. § 3-5. Her fremgår det at TPH kan gjennomføres både med og uten døgnopphold i institusjon. TPH uten døgnopphold innebærer at pasienten på nærmere vilkår kan underlegges tvunget vern uten innleggelse ved institusjon. Det avgjørende er hvorvidt tvangsformen fremstår som et bedre alternativ for pasienten. Loven åpner dermed for at pasienter kan bo og oppholde seg i eget hjem, men det tvungne vernet gjelder likefullt. Det neste spørsmålet er da om et vedtak om tvangsbehandling med legemidler kan rette seg mot pasienter både i og utenfor institusjon.

I forskrift av 24.november nr. 1172 er det gitt utfyllende bestemmelser til loven om adgangen til tvangsbehandling med legemidler. Her fremgår det av § 2 at om ikke annet fremgår av forskriften gjelder bestemmelsene både ved og uten døgnopphold i institusjon, med henvisning til bestemmelsene i lovens § 3-1, som etter lovendringen i 2006 reguleres av § 3-5. Vedtak om tvangsmedisinering etter § 4-4 kan etter dette rette seg mot pasienter under TPH både med og uten døgnopphold i institusjon, på nærmere vilkår.

Det kan stilles spørsmål hvorvidt det foreligger en nedre grense for hvem et vedtak om tvangsbehandling med legemidler kan rette seg mot når vedkommende er underlagt TPH. Illustrerende er Rt. 1993 s. 249 hvor en pasient på tvunget ettervern begjærte seg utskrevet. Begrunnelsen for det tvungne vernet var for å opprettholde adgangen til tvangsmedisinering. HR tok ikke begjæringen til følge. Pasienten ble ansett for å være alvorlig sinnslidende, selv i perioder hvor medisineren gjorde han symptomfri. Dette understreker at selv symptomfrie og tilsynelatende friske pasienter kan være subjekt for vedtak om tvangsbehandling med legemidler, så lenge det tvungne vernet opprettholdes. Videre viser dommen at selv adgangen til tvangsmedisinering i seg selv kan begrunne opprettholdelse av TPH.

Etter drøftelsene ovenfor kan det sammenfattende slås fast at et vedtak om tvangsbehandling med legemidler kun kan rette seg mot pasienter under TPH. Pasienter under frivillig vern og tvungen observasjon faller utenfor området til phlsvl. § 4-4. Eventuell tvangsmedisinering av denne gruppen må fattes på nødrettslignende grunnlag etter phlsvl. § 4-8 eller straffelovens bestemmelser, hvor adgangen er snever. Endelig er det klart at et vedtak om tvangsmedisinering etter § 4-4 kan rette seg mot pasienter både med og uten døgnopphold i institusjon.

2.4 Vilkårene for vedtak om tvangsbehandling med legemidler

Det første vilkåret for å underlegges behandling uten eget samtykke er at behandlingen «klart» er i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode eller forsvarlig klinisk praksis, jfr. phlsvl. § 4-4 første ledd. En naturlig forståelse av ordlyden «klart» taler for at tvilsomme behandlingsmetoder faller utenfor lovens vilkår. Det stilles krav til behandlingens innhold og kvalitet. Hvor grensene går vil langt på vei bero på et medisinskfaglig skjønn⁷. For tvangsbehandling med legemidler bør dette innebære at virkninger og bivirkninger av medisineringsen er tilstrekkelig kartlagt før legemiddelet kan anvendes med hjemmel i § 4-4. Manglende kunnskap om legemiddelets effekter vil kunne føre til at tvangsmedisineringen ikke ligger innenfor lovens krav til forsvarlighet.

I forarbeidene⁸ fremheves det at ordlyden stenger for eksperimentell behandling. Ved introduksjon av nye legemidler for behandling av sinnslidelser vil grensen mellom klar forsvarlig praksis og eksperimentell behandling kunne komme på spissen. Dersom hensikten med anvendelsen av medikamentet er å utprøve effekten av legemiddelet i seg selv, vil dette falle utenfor lovens vilkår. Denne type utprøvende behandling må baseres på et informert og kompetent samtykke. Forbudet mot eksperimentell behandling stenger imidlertid ikke for enhver tvangsmedisinering med utprøvende hensikt. Legemidlers effekter kan være individuelle. Det bør derfor innenfor lovens rammer være adgang til å utprøve ulike medikamenter, for å finne det legemiddelet med best effekt på sinnslidelsen.

Etter bestemmelsens annet ledd er hovedregelen at behandling som innebærer et

7 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 107

8 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160

alvorlig inngrep ikke kan gjennomføres uten samtykke. I forarbeidene⁹ uttales det at tvangsbehandling med legemidler må regnes som et alvorlig inngrep, men at bruk av psykofarmaka har vært et framskritt i psykiatrien som har bedret mulighetene til å behandle psykotiske tilstander. Videre blir bruken av legemidler i enkelte tilfeller ansett for å være "en helt nødvendig forutsetning" for at den øvrige behandlingen skal virke. Medisinering kan f.eks. være en forutsetning for at pasienten kan gjennomføre samtalerapi o.l. Lovgiver stiller seg dermed positive til behandlingen av alvorlige sinnslidelser med legemidler. På denne bakgrunn er det i lovens litra a oppstilt et unntak som hjemler adgangen til behandling med legemidler uten eget samtykke. I tillegg foreligger det en snever unntakshjemmel basert på nødrettslige betraktninger etter straffelovens § 47.

Tvangsbehandling med legemidler etter § 4-4 annet ledd litra a krever at preparatet er registrert i landet og brukes i vanlige doser. At legemiddelet må være registrert i landet viser til godkjenningsordningen utført av Staten Legemiddelverk. Dette vilkåret vil være uproblematisk i praksis. I tillegg kan tvangsbehandlingen med legemidler bare foretas med «vanlig doser.» Spørsmålet videre er da hva som ligger i vilkåret «vanlige doser.»

En naturlig forståelsen av «vanlig doser» peker på at det foreligger en terskel for rettmessig bruk av medikamenter ved tvangsbehandling med legemidler. Hvor denne terskelen ligger vil dels bero på et medisinsk skjønn. I Felleskatalogen¹⁰ finner man informasjon om medikamentene basert på opplysninger fra legemiddel industrien. Her er det trukket opp maksimumsgrenser for dosering av de ulike medikamentene. Innholdet i felleskatalogen kan trekke opp grensene for «vanlige doser.» Hvorvidt disse grensene er bindende for adgangen til tvangsmedisinering kan det stilles spørsmål ved.

Opplysninger fra fabrikanter av legemidler vil sannsynligvis være motivert av to ulike hensyn. For det første grenser for forsvarlig bruk av medikamentet, og for det andre at grensene er trukket opp slik at produsenten unngår eventuelle søksmål. Det kan tenkes at informasjonen om grensene for forsvarlig bruk av legemiddelet legges lavere enn hva som er tilfellet, for å undra seg ansvar ved søksmål. Opplysningene om maksimumsgrenser kan derfor operere med en viss sikkerhetsmargin. Grensene fra

9 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160

10 Tilgjengelig fra: www.felleskatalogen.no

produsenten bør være styrende, men ikke absolutte. Dette taler for at «vanlige doser» kan ligge høyere enn grensene som fremkommer av felleskatalogen.

I praksis forholder nok legene seg til informasjonen som fremkommer fra produsenten, men det er vanlig at doseringen foretas etter en opptrappingsplan¹¹. Pasienten begynner da med en lav dose hvor denne etterhvert settes høyere avhengig av effekter og bivirkninger¹². Dersom pasienten ikke opplever store bivirkninger, men en gunstig effekt ved høy dose, bør doseringen kunne overstige grensene fra produsenten. Effekten ved økte doser bør kontrolleres regelmessig slik at behandlingen alltid ligger innenfor det forsvarlige. Denne vurderingen må foretas av den ansvarlige for vedtaket om tvangsmedisinering. Om skade på pasienten inntreffer som følge av for store doser, kan det være tvil om medisineringsen er foretatt innenfor lovens vilkår «vanlig... doser.» Hvis medisineringsen ble gjennomført utover grensene fra legemiddelprodusenten kan dette tale for et brudd på kravet til dosens størrelse. Dersom faglig ansvarlig går utenfor disse grensene bør doseringens størrelse være klart i samsvar med fellesfaglige medisinske oppfatninger og forsvarlig praksis for å ligge innenfor lovens vilkår.

Ved tvangsmedisinering er det særlig viktig å ta hensyn til pasienten, da behandlingen gjennomføres mot vedkommendes vilje. Det bør ligge en grense oppad for doseringens størrelse. Dersom størrelsen på dosen ikke er i samsvar med fellesfaglige medisinske oppfatninger, kan doseringen falle utenfor vilkåret i § 4-4 første ledd. Anvendelsen av «vanlige doser» bør ligge innenfor de styrende oppfatninger i det medisinskfaglige fellesskap¹³. Ved uenighet blant legene bør hensynet til pasienten få avgjørende vekt. Pasienten må ikke utsettes for tvangsmedisinering som det er knyttet usikkerhet til. For store doser kan i ytterste konsekvens rammes av forbudet mot eksperimentell behandling.

Videre følger det av § 4-4 annet ledd, litra a, annet punktum at behandlingen bare kan gjennomføres med «legemidler som har en gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger.» Ordlyden viser direkte til at

11 Medikamentell opptrapping i det psykiske helsevern fremkommer i rettspraksis, f.eks. LB-2008-192221. Følger også av informasjon i norsk legemiddelhandbok, Tilgjengelig fra: <http://www.legemiddelhandboka.no/>

12 Opplysninger om opptrapping av antipsykotisk medisinerings finnes i felleskatalogen. Se f.eks. informasjon om: Abilify, Leponex, Zyprexa og Risperdal fra: www.felleskatalogen.no

13 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 107-108

legemiddelet i seg selv må ha en dokumentert positiv effekt som overstiger eventuelle ulemper. Det bør imidlertid innfortolkes et krav om at vurderingen må foretas individuelt i forhold til de positive og negative effekter som manifesterer seg hos den enkelte. Denne tolkningen samsvarer med uttalelser fra Høyesterett i Rt. 1993 s.249¹⁴. På side 257 og flg. foretar retten en vurdering av de individuelle effekter av medisineren hos pasienten. Denne vurderingen lå til grunn for opprettholdelsen av TPH og adgangen til fortsatt tvangsmedisinering. Tolkningen kan i tillegg implisitt følge av undersøkelsesplikten etter § 4-4 fjerde ledd. Undersøkelsesplikten viser at det er det enkelte individ som står i fokus ved gjennomføringen av tvangsmedisinering.

Videre viser loven til en forholdsmessighetsvurdering mellom helsemessige gevinster og bivirkninger med legemiddelbehandlingen. Med ordlyden «klart» kreves det en høy grad av sannsynlighet for at de forventede positive virkninger av behandlingen overstiger bivirkninger. Dette utelukker tvangsbehandling med legemidler i tvilstilfeller, hvor det er usikkerhet knyttet til helsegevinsten i forhold til bivirkningene.

Hvorvidt det er mulig å foreta en fullgod forholdsmessighetsvurdering på forhånd er tvilsomt. Medikamenter kan ha ulike effekter fra et tilfelle til et annet. I tillegg vil eventuelle positive effekter først være dokumenterbare etter en viss tid. Virkningstid for full effekt av antipsykotisk medisinering kan være opptil 6-8 uker¹⁵. Loven kan dermed åpne for tvangsmedisinering med liten effekt og store bivirkninger. I praksis vil nok tvangsmedisineren avsluttes, eller medikamentet endres, dersom gunstig effekt uteblir og bivirkningene blir omfattende. I tillegg er det mulighet for å dempe bivirkninger med bruk av andre medikamenter. Da behandling med antipsykotika kan avhenge av lang virkningstid er det ikke gitt på forhånd at medikamentet får en gunstig effekt som klart overstiger bivirkninger. I slike tilfeller bør legemiddelets generelle virkninger være styrende, samtidig som det foretas individuelle vurderinger underveis.

Videre kan bruk av psykofarmaka medføre svært sjenerende bivirkninger som ufrivillige bevegelser, passivitet, vektøkning m.m.¹⁶. Vektøkning er en vanlig bivirkning

14 Se også Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 109

15 Bernt Jan Fridthjof, Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven, Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern (IS-1370.) Arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet. 2009. s. 51, Tilgjengelig fra:

http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

16 Norsk legemiddelhåndbok, tilgjengelig fra:

som i seg selv kan utgjøre en vesentlig helsefare for pasienten. I tillegg kan det være usikkert hvilken effekter langtidsbruk av medikamenter kan medføre.

Langtidsvirkninger vil ikke alltid regnes som bivirkninger, men sekundærvirkninger. Bivirkningen av medisineren vil f.eks. være vektøkning, mens sekundærvirkningen av vektøkning kan være diabetes eller hjerte- og karsykdommer. I en artikkel av Sukanta Saha m.fl.¹⁷ vises det til at dødeligheten er markert høyere blant mennesker med Schizofreni enn hos normal befolkningen. Dette skyldtes en rekke faktorer hvor sekundærvirkninger av medisineren bl.a. er trukket frem. Etter loven inngår ikke sekundærvirkninger direkte i vurderingen av adgangen til tvangsmedisinering, men av hensynet til pasientens helse bør disse vurderes. Når behandlingen med legemidler kan innebære en risiko i seg selv, i form av helseskadelige virkninger, setter dette strenge krav til eventuelle gunstige virkninger. Det neste spørsmålet er hvorvidt pasientens opplevelse av bivirkningen vil ha betydning for adgangen til tvangsmedisineringen.

Etter lovens tredje ledd, annet punktum, skal det vurderes om det er mulig å tilby frivillige tiltak som alternativer til tvangsbehandlingen. Dersom pasienten mener at bivirkningene av medisineren blir for omfattende, og derfor nekter behandling, må det etter loven vurderes om alternative tiltak er mulige for å oppnå frivillighet. Dette kan f.eks. være vurdering av lavere doser eller alternative medikamenter som pasienten vil samtykke til. Etter forskrift om behandling uten eget samtykke § 3 har pasienten rett til «så stor innflytelse som mulig» før vedtak treffes, og under gjennomføringen av behandlingen. Forskriften åpner for at pasientens opplevelse av bivirkninger ved gjennomføringen av tvangsmedisinering skal tillegges betydning. Videre regulerer phlsvl. § 3-9 pasientens rett til å uttale seg ved etablering av TPH. Pasientens uttalelser om preferanser og erfaringer vil ha vekt i vurderingen av etableringen. Bestemmelsen gjelder i utgangspunktet kun for reglene i lovens kap. 3, men den representerer et alminnelig prinsipp om pasientmedvirkning på helserettens område. Av phlsvl. § 4-2 følger det at tvang, herunder tvangsmedisinering, skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og at det så langt som mulig skal tas hensyn til pasientens syn på tiltaket.

<http://www.legemiddelhandboka.no/xml/index.php?frid=Lk-05-psykisk-1192&ID=Lk-05-psykisk-1193&stord=45479>

17 Saha S, Chant D, McGrath J. A systematic review of mortality in schizophrenia: is the differential mortality gap worsening over time? Arch Gen Psychiatry 2007;64(10):1123-31.

Bestemmelsen stiller krav til tvangsmedisineringens nødvendighet. Det må være forholdsmessighet mellom medisiner og de behandlingsmessige mål som søkes oppnådd¹⁸. Om pasienten opplever bivirkningene som for omfattende skal det etter loven tas hensyn til pasientens meninger. Er det mulighet til å oppnå tilnærmet lik gunstig virkning med lavere doser eller annet medikament, bør kravet om nødvendighet og hensynet til pasienten tillegges betydelig vekt. Dette taler for at pasientens opplevelse av bivirkninger er et relevant moment i vurderingen av adgangen til tvangsbehandling i de former som den gjennomføres.

I Rt. 1993 s. 249 kom spørsmålet om pasientens negative opplevelse av bivirkninger og adgangen til tvangsbehandling opp til vurderingen. HR uttalte på side 257 at vurderingen «reiser alvorlige etiske spørsmål.» Retten tok stilling til hvorvidt hensynet til tvangsmedisineringens positive effekt kunne rettferdiggjøre den negative opplevelsen av tvangen. Behandlingen med medikamenter gjorde at pasienten ble tilnærmet symptomfri, men medførte samtidig bivirkninger som tretthet, nedsatt konsentrasjonsevne, tungthetsfølelse i kroppen og ufrivillige bevegelser i høyre hånd. Særlig de ufrivillige bevegelser hos pasienten ble ansett som en alvorlig bivirkning, som måtte tillegges stor vekt ved spørsmålet om fortsatt medisinsk behandling. På tross av bivirkningene slo de sakkyndige fast at medisiner var nødvendig for å opprettholde pasientens bedring av tilstanden. Retten kom på bakgrunn av de sakkyndige vurderinger til at «de klare positive virkninger som A har av den medikamentelle behandlingen i dette tilfellet må være avgjørende.» Dette illustrerer at vurderingen av pasientens opplevelse av bivirkninger er et etisk dilemma, men at hensynet til de positive virkningene av tvangsbehandlingen kan rettferdiggjøre sterkt sjenerende bivirkninger. Pasientens opplevelse er gitt vekt i rettens avveining, men av hensyn til fare for forverring av vedkommendes sinnslidelse ble det tvungne vernet opprettholdt, med adgang til videre tvangsbehandlingen.

Etter dette vil pasientens opplevelse av bivirkningene være et moment som kan begrense adgangen til tvangsmedisinering. Pasientens opplevelse vil imidlertid ikke være avgjørende for adgangen. Positive effekter av medisiner, mangel på alternativer og fare for forverring av tilstanden kan begrense betydningen av

18 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 159

vedkommendes opplevelse.

Det følger av § 4-4 tredje ledd at undersøkelse og behandling uten samtykke bare kan iverksettes etter at det er "forsøkt å oppnå samtykke," eller at det er åpenbart at samtykke ikke kan eller vil bli gitt. Dette vilkåret utgjør et viktig prinsipp i det psykiske helsevernet om frivillighet først. Tvangen skal være siste utvei. Bestemmelsen annet punktum underbygger prinsippet hvor det kreves en vurdering av andre frivillige tiltak som alternativ til tvangsbehandlingen. Etter forskriftens § 3 fremheves også pasientens rett til innflytelse ved gjennomføring av behandlingen. Her utdypes det i siste ledd at forsøk på å etablere frivillig samarbeid skal fortsette også etter at tvangsvedtak er fattet. Dette innebærer at det kontinuerlig skal søkes å oppnå frivillig behandling.

Etter lovens fjerde ledd stilles det vilkår om tilstrekkelig undersøkelse før gjennomføringen av tvangsbehandlingen. Dette vilkåret utdypes i forskriftens § 5. Undersøkelsestiden kan ikke settes til mindre enn tre døgn med mindre pasienten vil lide "alvorlig helseskade" eller er "godt kjent." Begrepet «godt kjent» er klarlagt i rundskriv fra Helse- og Omsorgdepartementet¹⁹ hvor det siktes til forlengelse av vedtak for pasient som allerede er under behandling. En naturlig tolkning av fare for "alvorlig helseskade" viser til akutte situasjoner, hvor nødrettslige betraktninger kan gi grunnlag for en fremskutt prosess. Videre følger det av forskriftens § 5 at pasienten må være undersøkt av faglig ansvarlige i løpet av de siste 48 timer.

Vilkårene for gjennomføringen av tvangsbehandlingen er med å øke rettsikkerheten på området. De sikrer at legen har foretatt et minimum av undersøkelser og avveininger før behandlingen iverksettes. Dette kan begrense omfanget av feilbehandlinger. I tillegg har vilkårene betydning for at riktige vurderinger er foretatt i forhold til lovens øvrige vilkår. En vurdering av medisinerings positive effekt contra bivirkninger vil f.eks. bero på undersøkelser etter fjerde ledd.

I lovens fjerde ledd, siste punktum er det stilt ytterligere krav for gjennomføringen av tvangsbehandlingen. Det kreves stor sannsynlighet, altså mer en vanlig sannsynlighetsovervekt, for at tiltaket fører til helbredelse, vesentlig bedring eller unngåelse av vesentlig forverring. Kriteriene ligger nært opp til behandlingstvilkåret i lovens § 3-3 nr.3 litra a, og en tilsvarende betydning legges til grunn. Dersom det er

¹⁹ I-10/2001, merknader til Forskrift 24.november 2000 nr. 1172 § 5.

usikkerhet knyttet til effekten av tvangstiltaket, og det ikke foreligger kvalifisert sannsynlighet, kan tvangsbehandlingen ikke gjennomføres.

I lovens femte ledd fremgår det at den faglige ansvarlige treffer vedtak om undersøkelse og behandling uten eget samtykke. Krav til faglig ansvarlig for vedtak etter § 4-4 fremgår av egen forskrift av 1. desember 2000 nr. 1219. Her heter det at vedkommende må være lege med spesialisering innenfor psykiatri.

I forskrift 24. november 2000 nr. 1172, § 6 er det oppsatt ytterligere vilkår for vedtaket. For det første skal det alltid fattes særskilt vedtak for behandling med legemidler. Dette setter skranker mot å fatte helhetlige vedtak som kombinerer ulike behandlingsformer. Videre følger det av annet ledd at varigheten av et vedtak om tvangsbehandling med legemidler maksimalt kan settes til tre måneder. Når denne perioden er gått ut må faglig ansvarlig fatte nytt vedtak. For et eventuelt nytt vedtak stilles de samme krav som til det opprinnelige vedtaket. Dette sikrer at pasienten ikke blir gjenstand for kontinuerlig medisinerings, uten fornyet vurdering.

I forskriftens § 6 fjerde ledd fremgår det at behandlingen tidligst kan iverksettes 48 timer etter at pasienten er underrettet om vedtaket. Dette må ses i sammenheng med at en eventuell klage vil ha oppsettende virkning jfr. forskriftens § 11 siste ledd. Etter § 6 fjerde ledd er det imidlertid gjort unntak når tungtveiende behandlingmessige grunner gjør at behandlingen ikke kan utsettes. Dette må etter ordlyden "tungtveiende" anses som en snever unntaksregel, hvor det må foreligge en akuttliggende situasjon. Etter forskriftens § 11 siste ledd siste punktum følger et lignende unntak fra klagens oppsettende virkning, når utsettelse kan føre til at pasienten lider «alvorlig helseskade.» Disse unntakene må ses i sammenheng med hverandre. Hovedregelen om at behandlingen først kan gjennomføres 48 timer etter underrettelse kan dermed settes til side når utsettelsen medfører «alvorlig helseskade.»

Etter lovens sjettede ledd skal vedtak om tvangsmedisinering nedtegnes uten opphold. Nedtegningen sikrer notoritet over behandlingen med betydning for senere klagesak. I lovens syvende ledd er pasient eller nærmeste pårørende gitt klageadgang til fylkesmannen. En slik klage har som nevnt i utgangspunktet oppsettende virkning, og behandlingen hos fylkesmannen skal etter forskriftens § 12 skje uten ugrunnet opphold. Dette er med å sikre en rask behandling av klagen, og at lovligheten til vedtaket blir

overprøvd. Tvangsmedisinering kan av mange oppfattes som et større overgrep enn det å være underlagt TPH. Dette fremkommer gjennom historier fra tidligere psykiatriske pasienter²⁰. Det er derfor viktig med klagebehandling utover søksmålsadgangen, for å sikre at ikke adgangen til tvangsmedisinering benyttes unødige.

I utgangspunktet skiller ikke phlsvl. § 4-4 mellom adgangen til å fatte vedtak om tvangsbehandling ovenfor pasienter med og uten døgnopphold i institusjon. Så lenge vedkommende er underlagt TPH åpner loven for tvangsmedisinering. Etter lovens § 3-5, tredje ledd, modifiseres adgangen til tvangsmedisinering av pasienter uten døgnopphold. Adgangen er begrenset til å gi pålegg om oppmøte for behandling. Medisinering av pasienter på TPH i eget hjem avhenger av at pasienten samtykker. Dette følger av forskrift 24.november 2000 nr. 1174 § 2 første ledd. Phlsvl. § 3-5 tredje ledd gir imidlertid hjemmel for å avhente pasienter som ikke møter til behandling eller samtykker til medisineren i eget hjem. Trusselen om avhenting gjør at pasienter kan føle seg presset til å samtykke til medisinering i eget hjem. Dette kan være en uheldig konsekvens. På den annen side kan enhver form for tvang ha negative sider for pasienten. Tvangsmedisinering bør derfor gjennomføres i de former som fremstår som minst inngripende for pasienten jfr. phlsvl. § 4-2. Medisinering under press i eget hjem må regnes som mindre inngripende enn regelmessig avhenting med tvang.

2.5 Oppsummering og vurdering av oversikten av gjeldende rett

Som det fremgår av oversikten er det etter norsk rett oppstilt en rekke krav for gjennomføringen av tvangsbehandling med legemidler. Dette sikrer at vi innenfor det tvungne psykiske helsevernet i utgangspunktet ivaretar rettsikkerheten til en rettslig svakerestilt pasientgruppe. Vi minsker risikoen for de klare tilfeller av overmedisinering og tvangsbehandling som kan regnes som rene overgrep. I loven er det stilt strenge krav for innholdet og gjennomføringen av tvangsbehandlingen. I tillegg er det gitt en særskilt klageadgang for vedtak om tvangsmedisinering. Dette er med å eliminere usikkerheten som kan oppstå ved at adgangen til tvangsbehandling langt på vei beror på et subjektivt medisinsk skjønn til faglig ansvarlig. På tross av dette kommer det til stadighet frem

²⁰ Særuttalelse fra WSO og LPP, Tid for endring og paradigmeskifte. Mai 2009. Tilgjengelig i vedlegg 5 fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

tilfeller hvor pasienter har vært utsatt for feil- og overmedisinering. Så lenge loven legger opp til skjønnsmessige vurderinger hos faglig ansvarlige er dette noe som vanskelig kan unngås.

På pasientrettighetslovens område er pasienter gitt stadig større innflytelse i egen helsehjelp. Av opptrappingsplanen for psykisk helse²¹ er målsettingen å få en økt brukermedvirkning også på området for psykisk helsevern. Adgangen til tvangsbehandling fremmer fortsatt en paternalistisk holdning hvor legen har den endelige avgjørelsesmyndighet. Loven oppsetter imidlertid et viktig prinsipp om at det kontinuerlig skal søkes å oppnå frivillighet. Dette vil indirekte føre til at pasienten får en medvirkning i avgjørelser vedrørende sin egen behandling. Området reiser fortsatt en rekke etiske og rettslige dilemma som vil behandles i det neste kapittelet. For nå understrekes det et skille mellom tvangsbehandling og tvangsinnleggelse. At en pasient er underlagt TPH fører ikke til en direkte adgang for å underlegge vedkommende tvangsbehandling.

3 Etiske og rettslige dilemma ved tvangsbehandling med legemidler

3.1 Innledende bemerkninger om paternalisme

Den legislative begrunnelsen for adgangen til tvangsbehandling viser at lovgiver har inntatt en paternalistisk tankegang ved utforming av loven. Av professor Aslak Syse er begrepet paternalisme beskrevet på to ulike måter²². Svak paternalisme foreligger når selvbestemmelsesretten settes til side ved manglende personell kompetanse. Sterk paternalisme foreligger derimot hvor pasientens selvbestemmelsesrett settes til side på tross av foreliggende personell kompetanse. Det er en vanlig feiloppfatning at pasienter underlagt TPH også mangler kompetanse til å treffe selvstendige valg. Studier viser at på tross av realitetsbrister kan pasienter innenfor det tvungne psykiske helsevernet foreta adekvate og realistiske valg, selv om de motsetter seg behandling. Dette er bl.a.

21 St.prp. nr. 63 (1997-1998)

22 Syse Aslak, Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, herunder lovoppsatte vilkår. Kort om bruk av tvang i behandlingsoyemed i psykisk helsevern, i og utenfor institusjon. Oppdrag fra Helsedirektoratet, 2009. s. 4. Tilgjengelig i vedlegg 2 fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

dokumentert i en studie av Grisso og Appelbaum²³. Det betyr at pasienter underlagt TPH ikke automatisk mangler helserettlig samtykkekompetanse. Da adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter phlsvl. § 4-4 ikke er knyttet til den enkeltes samtykkekompetanse, foreligger det utøvelse av sterk paternalisme innenfor det psykiske helsevernet.

Ved fremveksten av pasientrettigheter har pasientens autonomi blitt tillagt stadig større vekt²⁴. På pasrl. område har dette ført til kravet om informert samtykke til helsehjelp § 4-1. Dette er også hovedregelen etter phlsvl., men her er det oppstilt særskilte unntak for alvorlige sinnslidelser, uavhengig av foreliggende kompetanse. Som fremstillingen i neste kapittel vil vise er autonomien i pasrl. knyttet til foreliggende kompetanse. Dette betyr at phlsvl. har et sterkere innslag av paternalisme. Det kan imidlertid ikke utelukkes at den rettslige tradisjonen endrer seg slik at autonomien på sikt får større innslag også innenfor det psykiske helsevernet.

3.2 Forholdet til pasientrettighetsloven

Et alminnelig utgangspunktet etter pasrl. og phlsvl. er at helsehjelpen bare kan gis med pasientens samtykke. Fra dette utgangspunktet er det gjort unntak i lovgivningen.

Adgangen til tvangsbehandling, herunder tvangsmedisinering, etter pasrl. følger av kap. 4 A. Etter kapitlet er adgangen knyttet til pasientens manglende samtykkekompetanse. Adgangen til tvangsmedisinering etter phlsvl. § 4-4 krever at pasienten er underlagt TPH. Etableringen av TPH etter phlsvl. § 3-3 forutsetter til en viss grad at pasienten ikke innser konsekvensene av manglende eller tilstrekkelig medisinering. Vurderingen er imidlertid ikke knyttet direkte opp mot vedkommendes kompetanse. Dette innebærer at pasienter underlagt TPH, på nærmere vilkår, kan tvangsmedisineres uavhengig av samtykkekompetansen. Det foreligger da et klart skille mellom adgangen til tvangsbehandling etter lovene.

Skillet fører til at psykiatriske og somatiske pasienter får ulike rettigheter på bakgrunn av pasientstatusen. Somatiske pasienter er etter pasrl. som utgangspunkt gitt

23 Grisso T, Appelbaum PS, The MacArthur Treatment Competence Study. III: Abilities of patients to consent to psychiatric and medical treatments. *Law Hum Behav* 1995;19(2):149-174.

24 Kjønstad Asbjørn, Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling. Oslo: Gyldendal akademisk; 2007

en rett til selvbestemmelse hvor de innehar tilstrekkelig kompetanse. En tilsvarende rett følger ikke for psykiatriske pasienter underlagt TPH. Dette innebærer en klar forskjellsbehandling mellom pasientgruppene. Det første spørsmålet er da hva begrunnelsen er for forskjellsbehandlingen mellom pasientgruppene.

Et praktisk eksempel kan illustrere begrunnelsen for forskjellsbehandlingen. Når en kompetent pasient rammes av kreft vil det etter pasrl. foreligge en rett til valg mellom behandlingsnivå jfr. § 3-1, og om vedkommende overhodet ønsker helsehjelp jfr. § 4-1. Retten til å nekte behandling gjelder selv om følgende blir fatale. Kreftbehandling kan innebære alvorlige negative effekter med usikker positiv gevinst. Etter pasrl. har pasienten derfor rett til å foreta en avveining om hvorvidt vedkommende ønsker helsehjelpen. Hensynet til den enkeltes kompetente autonomi er gitt større vekt enn vernet av individet.

Når sinnslidelsen medfører at personen ikke kan ivareta sin egen interesse, foreligger det et behov for adgang til tvangsbehandling, herunder tvangsmedisinering. Adgangen til å sette til side selvbestemmelsesretten er av lovgiver begrunnet i hensynet til vernet av individet²⁵. Etter phlsvl. § 4-4 kan derfor pasienter underlagt TPH tvangsbehandles uavhengig av foreliggende kompetanse. Det fremstår dermed en forskjellsbehandling mellom pasienter på bakgrunn av om lidelsen er mental eller somatisk. Grunnen til at sinnslidende ikke er gitt en tilsvarende rett som somatisk syke skyldes nok dels en rettslig tradisjon, med oppfatning av psykiske syke som hjelpetrengende i utøvelsen av sin rettslige handleevne, og dels at sinnslidelsen kan ha en betydning for evnen til å foreta realistiske og adekvate valg.

Studier²⁶ viser imidlertid at sinnslidende kan ha tilstrekkelig evne til å foreta kompetente valg. At phlsvl. overhodet ikke legger opp til en vurdering av den enkeltes kompetanse er et dilemma, da tvang aldri bør anvendes i større utstrekning enn nødvendig jfr. phlsvl. § 4-2. Drøftelsen videre beror på en vurdering av skillet mellom pasientgruppens rett til selvbestemmelse ved utøvelse av helsehjelp.

Etter pasrl. § 3-2 er samtykkekompetente pasienter sikret en rett til medvirkning. Retten gjelder medvirkning til gjennomføring av helsehjelpen og valg mellom

25 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 43 flg.

26 Grisso T, Appelbaum PS, The MacArthur Treatment Competence Study. III: Abilities of patients to consent to psychiatric and medical treatments. *Law Hum Behav* 1995;19(2):149-174.

tilgjengelige og forsvarlige behandlingsalternativer. Pasienter underlagt TPH er fratatt denne eksplisitte retten. Loven sikrer en indirekte rett til medvirkning, men faglig ansvarlig vil i utgangspunktet ha den endelige beslutningsmyndighet. I forarbeidene til pasientrettighetsloven, ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 64, uttales det at *«sykdom leges ikke av leger, men ved legers hjelp. Helbredelsen skjer i pasientens kropp og med pasientens medvirkning. Det er i stigende grad erkjent at samarbeid mellom helsevesenet og pasienten er viktig for å oppnå gode resultater for pasientene.»* Det psykiske helsevernet skal i utgangspunktet ytes etter reglene i pasientrettighetsloven, noe som taler for at lovgiver anser pasientmedvirkning også på dette området som viktig for helbredelsen. Videre er det i phlsvl. lovfestet et prinsipp om å forsøke å oppnå frivillighet ved tvangsbehandling. Dels skyldes nok dette et forsøk på å minske tvangsbruken, men det kan ikke utelukkes at lovgiver også anser at frivilligheten har gode effekter på behandlingen. Forarbeidene taler for at pasientmedvirkning kan ha positive helsemessige effekter.

Tvungen medisinerer blir av flere tidligere pasienter beskrevet som traumatiserende og nedverdiggende²⁷. Det er tvilsomt om slike opplevelser vil være med å fremme pasientens mentale helse. Ved tvangsbehandling med legemidler motsetter ikke nødvendigvis pasient seg en medikamentelle behandlingen, men størrelser på doser og type preparat. I vurderingen av adgangen til tvangsbehandling med legemidler må det foretas en etisk vurdering mellom pasientmedvirkning og det legislative hensynet til individet. For psykiatriske pasienter med manglende kompetanse bør det være en adgang til å tvangsmedisinere, uavhengig av pasientens vilje, hvor dette er nødvendig. Pasrl. § 4-3 første ledd litra b slår imidlertid fast at samtykkekompetansen kan falle bort delvis. Dette gjør seg gjeldende også ovenfor sinnslidende. Selv om pasienten underlagt TPH ikke er kompetent til å avgjøre hvorvidt en ønsker helsehjelp, kan vedkommende inneha tilstrekkelig kompetanse til å velge mellom behandlingsalternativer. At loven ikke tar hensyn til den enkeltes kompetanse kan føre til et svekket tillitsforhold mellom pasient og lege. Dette er en uheldig konsekvens for forsøket på å oppnå frivillighet etter loven. Videre kan foreliggende kompetanse tale for at pasienten selv har de beste

27 Særuttalelse fra WSO og LPP, Tid for endring og paradigmeskifte. Mai 2009. Tilgjengelig i vedlegg 5 fra:
http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

forutsetningene til å avveie mellom fordeler og ulemper ved tvangsmedisineringen.

Adgangen til tvangsmedisinering etter phlsvl. bør i større grad vurdere den enkeltes kompetanse i forhold til spørsmålet om medvirkning i behandlingen, når lovgiver anser at medvirkning til egen helsehjelp har positive effekter for helbredelsen.

Et annet skille mellom rettighetene i lovgivningen følger av pasrl. § 4-9. Her er pasienter gitt en rett til å nekte helsehjelp på nærmere vilkår i øyeblikkelig hjelp situasjoner etter hlspl. § 7. Religiøs overbevisning kan etter § 4-9 gi grunnlag for å nekte blodoverføring, selv hvor unnlatt behandling har døden til følge. Det er oppstilt som vilkår at vedkommende har samtykkekompetanse, men vurderingen av kompetansen kan være vanskelig i sektlignende miljøer som ikke deler oppfatning til flertallet i samfunnet. I lukkede religiøse miljøer hvor nektelse av blodoverføring er aktuelt, vil det foreligge sterke indre påvirkninger mellom medlemmene. Ønsker vedrørende helsehjelpen kan styres av ytre påvirkninger. At denne gruppen er gitt en større rett til selvbestemmelse ved helsehjelpen enn kompetente psykiatriske pasienter underlagt TPH er det vanskelig å gi en god begrunnelse for. Det kan antas at avvikende forestillinger knyttet til religion anses som mer legitime enn forestillinger knyttet til mental lidelse ved avgjørelsen om egen helsehjelp.

Skillet mellom adgangen til tvangsbehandling etter lovene illustreres ytterligere av dommen i Rt. 1993 s. 249. Dommen slår fast en adgang til å underlegge pasienter TPH, og fatte vedtak om tvangsbehandling selv i perioder hvor vedkommende er symptomfri. Dette betyr at tilsynelatende friske pasienter kan være subjekt for tvangsmedisinering. Adgangen ble begrunnet ut fra at symptomfriheten skyldtes medisinerings, og at det forelå en fare for at pasienten avsluttet behandlingen dersom tvangen ble opphevet. Videre ville unnlattelse av medisinerings kunne føre til en irreversibel forverring av tilstanden. At en symptomfri og frisk pasient ikke gis samme rett til selvbestemmelse som somatiske pasienter innebærer en klar forskjellsbehandling. På lik linje med en kreftsyk pasient vil pasienten i friske perioder kunne foreta kompetente avgjørelser vedrørende egen helse. Avgjørelsen vil da bero på en avveining mellom positive og negative effekter av behandlingen for egen helse, uten påvirkning av sinnslidelsen.

Fremstillingen har vist at adgangen til tvangsbehandling etter pasrl. skiller seg

vesentlig fra adgangen etter phlsvl. At pasienters samtykkekompetanse innenfor det tvungne psykiske helsevernet ikke er gitt samme betydning som etter pasrl. er et dilemma. Det er en aktuell problemstilling om dagens lovgivning innebærer en diskriminering av psykisk syke ved ratifiseringen av FN konvensjonen om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Slik loven er utformet nå, fremstår det et klart skille mellom lovgivningene som forskjellsbehandler retten til selvbestemmelse og adgangen til tvangsmedisinering på bakgrunn av lidelsen.

4 Oversikt over menneskerettighetene og adgangen til tvangsbehandling med legemidler

4.1 Innledning

Dette kapittelet avgrenser seg til de mest sentrale menneskerettslige kilder for oppgavens vedkommende. Oversikten vil omfatte bestemmelser i den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen, heretter kalt EMK, og Oviedo-konvensjonen. Øvrige relevante konvensjoner, som SP og ØSK, er ikke funnet å presentere noe ytterligere negativ rettslig vern enn det som følger av EMK, og er derfor utelatt.

4.2 EMK og forholdet til norsk lov

EMK er inkorporert i norsk lov og har trinnhøyde mellom lov og grunnlov. Gjennom ratifiseringen har Norge forpliktet seg til å respektere menneskerettighetene jfr. art. 1. Videre er det opprettet en egen domstol, heretter kalt EMD, som skal sikre at konvensjonspartene overholder sine forpliktelser jfr. art 19. Norge er forpliktet til å rette seg etter endelig dom fra EMD i enhver sak hvor landet er part jfr. art. 46. Dette gir en overnasjonal prøvingsrett på domstolens område. EMK skiller ikke mellom ikke mellom individene, men gir universelle rettigheter til enhver person i konvensjonsstatene. Dette følger av EMK art. 14, og betyr at konvensjonen kan påberopes av pasienter innenfor det psykiske helsevernet. For adgangen tvangsbehandling med legemidler er det særlig to artikler i loven som har relevans, art. 3 og art. 8. Disse vil behandles i den videre drøftelsen.

4.2.1 EMK art. 3 og adgangen til tvangsbehandling med legemidler

Etter EMK art. 3 er det forbud mot å utsette noen for «tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.» Tvangsbehandling med legemidler etter phlsvl. § 4-4 legitimerer kun medisiner i behandlingsøyemed. Straffealternativet etter art.3 faller dermed utenfor vurderingen. Videre gir ordlyden anvisning på at art. 3 er en terskelbestemmelse for rettmessig behandling. Dersom behandlingen faller innenfor et av artikkelens vilkår, er terskelen overskredet.

For det første må tvangsbehandling med legemidler ikke kvalifiseres som «tortur.» Begrepet «tortur» gir anvisning på en behandling som er særdeles inngripende for en pasient. Det kan ikke utelukkes at en tvangsbehandling med medisiner er så inngripende at den kan kvalifiseres som tortur, men terskelen er høy. En naturlig forståelse av ordlyden «umenneskelig eller nedverdiggende behandling» taler for at behandlingen er av en så inngripende og integritetskrenkende karakter at det ikke kan rettferdiggjøres ut fra andre hensyn. I forarbeidene²⁸ uttales det at tiltak som ydmyker personen ovenfor andre eller er egnet til å skape frykt eller en følelse av mindreverdighet, vil falle innenfor vilkårene «umenneskelig og nedverdiggende behandling.» Terskelen for at behandlingen regnes som «umenneskelig eller nedverdiggende» ligger etter dette noe lavere enn etter vilkåret «tortur²⁹.» I det følgende vil derfor vurderingen bero på hvilke skranker forbudet mot «umenneskelig eller nedverdiggende behandling» setter for adgangen til tvangsbehandling med legemidler.

Det er ovenfor EMD fremmet flere saker hvor psykiatriske pasienter hevder behandlingen innebærer et brudd på art. 3. Dommene gir et tolkningsbidrag til hvor terskelen mellom rettmessige og urettmessige behandlingen går.

I Herczegfalvy mot Østerrike ble det lagt ned påstand om at tvangsmedisinering av psykiatrisk pasient var i strid med art. 3. Saken omhandlet en pasient med manglende kompetanse, som utviste aggressiv atferd og nektet behandling. Dette hadde medført flere tilfeller av tvangsmedisinering. Motstanden mot tvangsmedisineringen førte til flere fysiske skader som blåmerker, brukne ben og tap av tenner. I premiss 82 uttales det at de etablerte medisinske prinsipper er styrende for vurderingen av rettmessig tvangsbehandling etter art. 3; «as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless

28 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 33 og Ot. prp. nr. 65 (2005-2006) s. 13

29 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 33

satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist.»

Hovedregelen er dermed at så lenge tiltaket beror på medisinsk nødvendighet vil behandlingen ikke regnes som «umenneskelig eller nedverdiggende.» I saken ble tvangsmedisineringen ansett for å oppfylle kravet til medisinsk nødvendighet.

Domstolen uttalte at den harde behandlingen kom som en konsekvens av pasientens motstand, og at denne opphørte i perioder hvor pasienten samarbeidet. På denne bakgrunn slo domstolen fast at det ikke forelå brudd på art. 3.

Dersom behandlingen er tilstrekkelig medisinsk begrunnet gis nasjonale myndigheter dermed vide fullmakter til å tvangsmedisinere psykiatriske pasienter. Dommen illustrerer at EMD er tilbakeholdne med å fastslå et brudd etter art. 3 når behandlingen beror på et medisinskfaglig skjønn. Dette taler for at terskelen er høy før det fastslås brudd på forbudet mot «nedverdiggende eller umenneskelig behandling.»

I en nyere dom, Henaf mot Frankrike, ble det fastslått et brudd på art. 3 ved bruk av håndjern og fotlenker under transport av en fange til sykehus. Saken skiller seg fra den tidligere Herczegfalvy-dommen ved at behandlingen ikke var medisinsk begrunnet, vedkommende hadde ikke tidligere utvist aggressiv atferd og vedkommende var ikke sinnslidende. I premiss 47 blir grensene for rettmessig behandling etter art.3 kommentert. Her fremgår det at behandlingen må nå et minimumsnivå av alvorlighet før den faller innenfor artikkelens anvendelsesområde. Denne vurderingen vil være relativ i forhold til omstendighetene i saken. Blant relevante momenter domstolen pekte på er varigheten av behandlingen, dens fysiske og psykiske effekter og subjektets helsetilstand. Grensene etter art. 3 varierer ut fra foreliggende omstendigheter, men som Herczegfalvy-dommen illustrerer er terskelen høy før grensene overskrides ved tvangsmedisinering i det psykiske helsevern. Uttalelser i Henaf-dommen tyder imidlertid på at grensen for vurderingen etter art.3 ikke ligger fast. Under premiss 55 uttales det at "*certain acts previously falling outside the scope of Article 3 might in future attain the required level of severity.*" Dette gir et signal om at det i fremtiden kan stilles strengere krav til behandlingen for at den skal være rettmessig.

I boken "Mental Disability and the European convention on human rights" av Peter Bartlett m.fl. vurderes terskelen etter art. 3³⁰. Her slås det fast at det i praksis bare

30 Bartlett Peter, Lewis Oliver og Thorold Oliver, Mental Disability and the European Convention on Human Rights, Leiden/Boston: Martinus NijHoff Publishers; 2007 s. 126 og flg.

er tilfeller av "ill treatment" som rammes av bestemmelsen. Denne behandlingen må nå et minimumsnivå av omfang og alvorlighet for at det foreligger brudd på art.3. Av forfatteren nevnes uforholdsmessig behandling, manglende begrunnelse, og injisering av sinnsendrende medikamenter mot kompetent pasients vilje, som mulige triggere av art. 3. Etter phlsvl. § 4-4 vil kravet om forholdsmessighet og begrunnelse i utgangspunktet være oppfylt jfr. fremstillingen i kap. 2. Det foreligger imidlertid adgang etter norsk rett til å tvangsmedisinere kompetente pasienter dersom de er underlagt TPH. Forfatteren mangler eksplisitt domsmateriale til støtte for kompetansesynspunktet, men det viser at pasientens kompetanse er moment i vurderingen av adgangen til tvangsbehandling med legemidler. Det er mulig dette taler for at vurderingen av kompetanse burde være mer fremtredende i adgangen til tvangsmedisinering etter phlsvl. § 4-4.

Ut fra vurderingene ovenfor setter EMK skranker for rettmessig tvangsbehandling med legemidler innenfor psykisk helsevern. Foreløpig er nasjonale myndigheter gitt vide fullmakter til tvangsbehandlingen når denne er medisinsk begrunnet, men med en grense oppad mot de uforholdsmessige og ubegrunnede behandlinger av inngripende karakter. Norsk rett oppstiller strenge vilkår for adgangen etter phlsvl. § 4-4. Disse må sies å ligge innenfor det som kan utledes av ordlyden til EMK art. 3, og det foreliggende domsmateriale. Lovgivers uttalelser i forarbeidene³¹, om samsvaret mellom norsk rett og EMK, taler også for denne oppfatningen. Det konkluderes derfor med at adgangen etter phlsvl. § 4-4 ligger innenfor skrankene etter EMK art. 3.

4.2.2 EMK art. 8 og adgangen til tvangsbehandling med legemidler

Etter Etter EMK art. 8 nr.1 har enhver rett til respekt for privatliv og familieliv. Videre følger det av art. 8 nr. 2 at det ikke skal skje noe "inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet." Bestemmelsen oppstiller et vern av privatlivet mot inngrep fra offentlige myndigheter. Da tvangsmedisinering er et inngrep i retten til privatliv setter artikkelen skranker for adgangen.

Etter art. 8 nr. 2 er det oppstilt unntak fra hovedregelen når inngrepet er i

31 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 33

«samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn... for å beskytte helse eller moral eller... andres rettigheter og friheter.» For det første må inngrepet være i "samsvar med loven." Her siktes det til at inngrepet samsvarer med nasjonal lovgivning, altså at det foreligger hjemmel for inngrepet. I Norge foreligger lovhjemmel for tvangsbehandling med legemidler jfr. § 4-4. Lovkravet er da oppfylt.

Videre må inngrepet være "nødvendig i et demokratisk samfunn... for å beskytte helse eller moral eller... andres rettigheter og friheter." Tvangsbehandlingen kan for det første begrunnes ut fra hensynet til pasientens "helse." Hovedvilkåret for adgang til tvangsbehandling etter phlsvl. § 4-4 er at vedkommende er underlagt TPH. Etter phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra a kan TPH etableres etter behandlingsvilkåret. Dette vilkåret er begrunnet ut fra den sinnslidendes helse. For det andre kan inngrepet begrunnes i beskyttelse av "andres rettigheter og friheter." Etter phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra b kan TPH etableres av hensyn til sikkerheten for andres liv og helse. Liv og helse er grunnleggende friheter og rettigheter. Ved tvangsbehandling med legemidler etter § 4-4 vil begrunnelsen for behandlingen delvis bero på vilkårene i phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra a og b. Dette taler for at adgangen til tvangsmedisinering ligger innenfor vilkårene i EMK art. 8 nr. 2.

Endelig må inngrepet etter EMK art. 8 være "nødvendig i et demokratisk samfunn." Bestemmelsens ordlyden peker på en forholdsmessighetsvurdering mellom graden av inngrep i pasientens liv og behovet for inngrepet. Inngrepet må under enhver omstendighet være «nødvendig»³². Vurderingen av inngrepet er et etisk spørsmål da inngrepet begrunnes i pasientens helse og samtidig krenker vedkommendes frihet. Tvangsbehandlingen står i konflikt med artikkelens formål om vernet av privatlivet. I vurderingen av inngrepets nødvendighet kan avgjørelser av EMD trekke opp noe klarere grenser.

I dommen *Herczegfalvy mot Østerrike* ble det påstått at tvangsmedisineringen innebar et brudd på art. 8. I dommens premiss 86 uttaler retten at klage over tvangsmedisineringen også er gjort i forhold til art. 3, og referer til denne vurderingen i premiss 83. I tillegg legger domstolen avgjørende vekt på at det ikke forelå informasjon som kunne motbevise myndighetenes standpunkt om at pasienten sinnslidelse gjorde

32 Ot. prp. nr. 65 (2005-2006) s. 14

vedkommende inkompetent til å treffe egne avgjørelser. Dette taler for det første for at vurderingen av adgangen til tvangsmedisinering etter art. 8 i det vesentlige er sammenfallende med grensene etter art. 3, da retten referer til denne vurderingen. Videre synes rettens uttalelser å legge særlig vekt på hvorvidt sinnslidelsen gjør pasienten inkompetent til å treffe avgjørelser. Dette kan bety at adgangen til å tvangsmedisinere psykiatriske pasienter, med kompetanse til å treffe egne valg, er begrenset. Bakgrunnen for tvangsmedisineringen har derfor betydning for adgangen. I foreliggende sak førte sinnslidelsen til at pasienten hadde manglende kompetanse til å treffe egne valg. I tillegg var motstand stor, han utviste aggressiv atferd og behandlingen var medisinsk nødvendig. Dette medførte at grovere tiltak rettmessig kunne benyttes ved gjennomføringen av tvangsmedisineringen. Det fremgår videre av premiss 83 at behandlingen var bekymringsfull, men at det ikke ble funnet bevist at denne gikk utover det som var en "medical necessity." Et medisinsk faglig skjønn kan dermed begrunne tvangsmedisinering også på området for art. 8.

Dommen Henaf mot Frankrike slår fast at terskelen for hva som rettmessig kan anses som medisinsk nødvendig ikke er fast. Dette åpner for at det ved senere tidspunkt kan stilles strengere kravet til forholdsmessigheten mellom medisinsk faglige vurderinger og nødvendigheten i et "demokratisk samfunn."

Etter norsk rett kan tvangsmedisinering bare gjennomføres når tiltaket med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller dersom pasienten unngår en vesentlig forverring av sinnslidelsen jfr. phlsvl § 4-4 fjerde ledd. I denne bestemmelsen ligger det en forholdsmessighetsvurdering som samsvarer med kravet om nødvendighet etter EMK art. 8. Dette taler for at adgangen til tvangsmedisinering ligger innenfor skrankene etter art. 8.

Uttalelsene fra Bartlett m.fl., i kap. 4.2.1, og antydninger i Herczegfalvydommen kan tale for at adgangen til tvangsmedisinering etter EMK bør ta hensyn til hvorvidt vedkommende er samtykkekompetent. Dersom det foreligger tilstrekkelig kompetanse til å ta avgjørelser vedrørende egen helsehjelp, bør dette sette skranker for rettmessig tvangsmedisinering selv hvor behandlingen er medisinsk begrunnet. Da det ikke foreligger noen direkte avgjørelser som innskrenker adgangen til tvangsmedisinering av kompetente pasienter underlagt tvunget psykisk helsevern, vil

dette kun være et moment i vurderingen. Adgangen til tvangsbehandling av frivillige psykiatriske pasienter må derimot innskrenkes etter art. 8. Denne innskrenkningen følger også av norsk rett.

Ut fra dette kan det konkluderes med at adgangen til tvangsbehandling etter norsk rett ligger innenfor lovlige inngrep etter EMK art.8. Dette samsvarer med lovgivers vurderinger i forarbeidene³³.

4.3 Oviedo-konvensjonen og adgangen til tvangsmedisinering

Konvensjonen er per i dag ikke inkorporert i norsk lov og representerer som utgangspunkt ikke gjeldende rett. Ved ratifiseringen har Norge påtatt seg en folkerettslig forpliktelse til å overholde konvensjonens innhold. Videre presumeres norsk rett å være i samsvar med folkerettslige forpliktelser, ved tolkningen av gjeldende rett. Dette innebærer at konvensjonens grenser vil ha betydning for fastleggelse av adgangen til tvangsbehandling med legemidler i det psykiske helsevern.

Etter konvensjonens art. 9 skal det legges vekt på hva pasienten ytrer i perioder hvor vedkommende er samtykkekompetent. Dette omfatter ønsker angående behandlingen dersom tilstanden senere forverrer seg. Ved lovendringen i 1999 ble det i forarbeidene³⁴ fremmet et forslag om "psykiatrisk testamentet" hvor lignende betraktninger lå til grunn. Dette forslaget ble nedstemt. Ved ratifiseringen ble norsk rett allikevel ansett for å samsvare med konvensjonen på dette punktet. Dette kan indirekte utledes av phlsvl. § 3-9 og helhetsvurderingen etter samme lovs § 3-3.

Etter konvensjonens art. 5 er det et generelt krav om informert samtykke ved medisinsk behandling. Utgangspunktet er derfor at all medisinsk behandling skal bygge på pasientens samtykke. Et slikt utgangspunkt følger også av phlsvl. § 2-1. Fra dette utgangspunktet er det gitt en unntakshjemmel i art. 7. Etter bestemmelsen foreligger det en adgang til behandling uten samtykke ovenfor "persons who have a mental disorder." Det er klart at pasienter med en "alvorlig sinnslidelse" jfr. phlsvl. § 3-3 faller innenfor bestemmelsens ordlyd. Vilkåret for tvangsbehandling med legemidler etter art. 4-4 er knyttet til etableringen av TPH etter phlsvl. § 3-3. Dette taler for at adgangen til tvangsmedisinering så langt ligger innenfor konvensjonens innhold.

33 Ot.prp. nr. 11 (1998-1999)

34 Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) s. 44

Videre oppstiller art.7 ytterligere vilkår for adgangen til tvangsbehandling. Det kreves at «without such treatment, serious harm is likely to result to his or her health.» Bestemmelsen legger opp til en vurdering av konsekvensene ved unnlatt behandling. Behandlingen med legemidler kan kun gjennomføres dersom det er sannsynlig at unnlatt behandling medfører alvorlig helseskade for pasienten. Ordlydens innhold er omtvistet i teorien.

I oppdrag fra Helsedirektoratet ble det opprettet en arbeidsgruppe, ledet av Jan Fridthjof Bernt, for å vurdere behandlingstvilkåret³⁵. Her blir det påpekt at problemets kjerne ikke er selve helsevernet, men tvangsbehandlingen innenfor det. Det blir fremsatt kritikk for omfattende tvangsmedisinering med alvorlige bivirkninger, men liten effekt. I en vurdering av Oviedo-konvensjonens art. 7 argumenterer Bernt for at vilkårene for behandling uten eget samtykke synes å peke mot det norske farevilkåret, om fare for egen helse etter phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra b. Han antyder dermed at tvangsmedisinering ikke kan begrunnes i behandlingstvilkåret. Dersom denne forståelsen legges til grunn innebærer det at adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett er konvensjonsstridig.

Aslak Syse slår fast i sin fremstilling³⁶ av de menneskerettslige aspektene ved tvang i det psykiske helsevesenet, at norsk rett tilfredsstiller konvensjonens krav. Han trekker inn uttalelser i forarbeidene ved tolkningen av konvensjonen³⁷. Av forarbeidene fremgår det at det norske behandlingstvilkåret samsvarer med konvensjonens krav til tvangsbehandlingen. På side 15 uttales det at «*Enten vedkommende mister muligheten til helbredelse eller vesentlig bedring eller opplever at tilstanden blir vesentlig forverret, vil det kunne anses som en alvorlig skade på hans eller hennes helse.*» På bakgrunn av forarbeidene synes Syse å legge til grunn en utvidende tolkning av konvensjonsteksten, slik at ordlyden også omfatter behandlingstvilkåret. Dersom denne tolkningen legges til grunn foreligger det samsvar mellom adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett og konvensjonens krav.

35 Bernt Jan Fridthjof, 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.) Arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet. 2009. Tilgjengelig fra:

http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

36 Syse Aslak, Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, herunder lovoppsatte vilkår. Kort om bruk av tvang i behandlingssøyemed i psykisk helsevern, i og utenfor institusjon. Oppdrag fra Helsedirektoratet, 2009. Tilgjengelig i vedlegg 2 fra:

http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

37 Ot. prp. nr. 65 (2005-2006) s.15

Ordlyden i art. 7 ligger imidlertid nært opp til innholdet i farevilkåret etter phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra b. Her heter det at etableringen av TPH må være nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen utgjør en «nærliggende og alvorlig for eget... liv eller helse.» Forståelsen av konvensjonens innhold vil på dette punkt avhenge av om en tolker ordlyden innskrenkende eller utvidende. En utvidende tolkning vil kunne omfatte behandlingstvilkårets ordlyd. På bakgrunn av ordlyden i art. 7 kan behandlingstvilkåret imidlertid synes å gå lenger enn kravet som følger av konvensjonen. Dette kan tale mot en utvidende tolkning, og at adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett bør innskrenkes.

Kravet i Oviedo-konvensjonen art. 7 ligger etter dette nært opp til det norske farevilkåret. Ordlyden i konvensjonen stenger imidlertid ikke for en utvidende tolkning som også omfatter behandlingstvilkåret. Når lovgiver har inntatt det standpunkt at norsk rett samsvarer med konvensjonen må dette tillegges betydelig vekt. Denne forståelsen har også støtte av Aslak Syse. Det legges derfor til grunn at adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett samsvarer med kravet etter Oviedo-konvensjonen art.7.

4.4 Sammenfatning av oversikten

Som det fremgår av fremstillingen ligger adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk rett innenfor rettmessig tvang etter EMK. Det kan imidlertid stilles spørsmål om den enkeltes samtykkekompetanse burde tillegges større vekt ved adgangen. Så langt har EMD vist skepsis med å oppstille strenge krav for rettmessig tvang, når denne er medisinsk begrunnet. Signaler i Henaf-dommen viser imidlertid at dette etterhvert kan endre seg.

Oviedo-konvensjonen oppstiller en hovedregel om informert samtykke innenfor psykisk helsevern, men åpner for unntak på særlige vilkår. Det er omtvistet i teorien hvorvidt norsk rett er i overensstemmelse med konvensjonens vilkår. Ordlyden taler for at tvangsmedisinering kun kan anvendes ved alvorlig fare for egen helse, noe som fører til motstrid ved tvangsmedisinering av pasienter innlagt etter behandlingstvilkåret. Gjeldende rett er uansett per idag at tvangsbehandling kan gjennomføres hvor pasienten er innlagt både etter behandlingskriteriet og farekriteriet.

5 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne og betydningen for adgang til tvangsbehandling med legemidler.

5.1 Innledning

Den 13. desember 2006 vedtok FNs generalforsamling konvensjonen om rettighetene for mennesker med nedsatt funksjonsevne, heretter kalt konvensjonen. Norge har foreløpig signert konvensjonen og det pågår i skrivende stund arbeid med ratifisering. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet har foreløpig slått fast at konvensjonen krever lovendringer i vergemålsloven. Videre har det pågått en utredning om ytterligere endringer må foretas før konvensjonen kan ratifiseres, herunder utredning av tvangsbestemmelsene i helse- og sosiallovgivningen³⁸. Opplysninger fra utredningen er enda ikke tilgjengelig, men uttalelser fra Audun Lysbakken³⁹ tyder på at departementet konkluderer med at tvangsbestemmelsene i helse- og sosiallovgivningen er i samsvar med konvensjonen. Denne delen av oppgaven faller delvis innenfor utredningsarbeidet. Her vil det for det første undersøkes hvilken adgang konvensjonen oppsetter for å tvangsbehandle psykiatriske pasienter med legemidler, og for det andre hvilken betydning dette har for norsk rett. Konvensjonsteksten vil bero på den norske oversettelsen⁴⁰.

5.2 Konvensjonens anvendelsesområde

For den videre drøftelsen er det nødvendig å vurdere konvensjonens

38 Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, FN-konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Tilgjengelig fra:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/nedsatt_funksjonsevne/fn-konvensjon-om-rettighetene-til-mennes.html?id=511768&epslanguage=NO

39 Barne-, likestillings- og inkluderingsminister Audun Lysbakken, tale under Funksjonshemmedes Fellesorganisasjons kongress. Tilgjengelig fra:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/aktuelt/taler_artikler/ministeren/taler-og-artikler-av-barne--likestilling/2010/Funksjonshemmedes-Fellesorganisasjons-kongress.html?id=591633

40 Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, FN-konvensjon om rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Tilgjengelig fra:
<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Nedsatt%20funksjonsevne/FN-konvensjonen%20-%20norsk%20oversettelse%20-%20korrigert%2022.12.2008.doc>
Engelsk konvensjonstekst tilgjengelig fra: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

anvendelsesområde. Da oppgaven omhandler adgangen til tvangsbehandling med legemidler i det psykiske helsevern, er spørsmålet i det følgende hvorvidt psykiatriske pasienter underlagt TPH faller innenfor konvensjonens grenser.

Konvensjonens formål etter art. 1 er å «fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet.» Vurderingen er da hvorvidt psykiatriske pasienter faller innenfor ordlyden «mennesker med nedsatt funksjonsevne.»

Etter konvensjonens art. 1 annet ledd defineres «mennesker med nedsatt funksjonsevne» som personer med «langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsettelse som i samspill med ulike barrierer kan hindre dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre.» En naturlig forståelse av «mental... funksjonsnedsettelse» åpner for at mentale lidelser kan falle innenfor konvensjonens grenser. Av ordlyden må imidlertid den mentale lidelsen medføre en nedsatt funksjonsevne. De klare tilfellene av «mental... funksjonsnedsettelse» vil være mennesker med psykisk utviklingshemning hvor graden av hjelpebehov i det daglige liv er stor. Det første spørsmålet er da om psykiatriske pasienter faller innenfor vilkåret «mental... funksjonsnedsettelse.»

Sinnslidelser er en mental tilstand som kan hindre vedkommendes funksjonsnivå. Det er imidlertid ikke gitt at enhver psykisk lidelse medfører nedsatt funksjonsevne. Rettspraksis⁴¹ har vist at symptomfrie personer kan være underlagt TPH, begrunnet i opprettholdelse av adgangen til tvangsmedisinering. Dersom pasienten anses som alvorlig sinnslidende, men samtidig er symptomfri er det usikkert om vedkommende har en nedsatt funksjonsevne i konvensjonens forstand. Symptomfriheten vil jo medføre at pasienten kan leve et tilnærmet normalt liv.

Til konvensjonen er det utarbeidet en håndbok vedrørende konvensjonens forståelse⁴². På side 12 uttales det at funksjonsnedsettelse ikke er eksplisitt definert i konvensjonen med henvisning til fortalen litra e. Her fremgår det at

41 Rt. 1993 s. 249 og Rt. 2001 s. 1481

42 Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol by the Department of Economic and Social Affairs, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the Inter-Parliamentary Union. Geneva: Office of the United Nations Commissioner for Human Rights: 2007. Tilgjengelig fra: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

funksjonsnedsettelse er et begrep under utvikling. Begrepet er dynamisk og definisjonen av funksjonsnedsettelse må ses i lys av samfunnets utvikling forøvrig. Videre følger det av håndboken at konvensjonen er ment å inkludere mennesker som faller innenfor definisjonen i art. 1 annet ledd. Dette betyr ikke nødvendigvis at personer som faller utenfor definisjonen skal ekskluderes. Da begrepet er dynamisk taler dette for at konvensjonsstater kan velge å inkludere et større spekter av rettighetssubjekter enn det som direkte følger av konvensjonen. Dette kan åpne for at psykiatriske pasienter i det hele kan omfattes av konvensjonens grenser.

Under FNs Generalforsamling, juli 2008, oversendte FNs Spesialrapportør for tortur en rapport hvor behandlingen av mennesker med mental funksjonsnedsettelse var et hovedtema. I rapporten fremkommer det en rekke vurderinger om tvangsbehandling innenfor psykiatriske institusjoner. Rapportøren legger klart til grunn at konvensjonen kan komme til anvendelse for tvangsinnlagte psykiatriske pasienter⁴³. Denne oppfatningen følger og av en studie fra FNs Høykommissær⁴⁴ for menneskerettigheter, hvor det i punkt 48 vises til at MI prinsippene,⁴⁵ om frihetsberøvelse begrunnet i sinnslidelser, kan stride mot konvensjonen. Dette taler klart for at psykiatriske pasienter kan omfattes av konvensjonen. Av definisjonen er det imidlertid stilt ytterligere krav til den mentale funksjonsnedsettelsen, herunder sinnslidelsen.

For det første må sinnslidelsen være «langvarig.» Av ordlyden «langvarig» følger det et visst tidsperspektiv. Dette innebærer at de kortvarige og forbigående sinnslidelser faller utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Hvor langvarig sinnslidelsen må være gir konvensjonen ingen holdepunkter for. Bruk av institusjonsopphold, ettervern og medikamentell behandling er momenter som kan tale for at konvensjonens krav er oppfylt. Kravet om varighet i forhold til fysisk funksjonsnedsettelse kan gi et bidrag til vurderingen. Et benbrudd medfører nok ikke i utgangspunktet at en person omfattes av konvensjonen, selv om helbredelsen kan ta flere måneder. Dersom bruddet fører til en lengre skade, hvor personen over noen år er

43 UN Special Rapporteur on Torture. Interim Report A/63/150. 28. July 2008. Punkt 40, 41, 44 og 63-65. Tilgjengelig fra: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48db99e82.html>

44 Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York: UN General Assembly; Human Rights Council; 2009. Tilgjengelig fra: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>

45 the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care

avhengig av hjelpemidler for å bevege seg, faller tilfellet muligens inn under definisjonen. I saken Glor mot Sveits ble det i EMD fastslått et brudd på diskriminering på bakgrunn av en funksjonsnedsettelse. Saken omhandlet en person med diabetes som ble pålagt å betale avgift, når han ikke kunne gjennomføre militærtjenesten. Domstolen refererte her for første gang til konvensjonen. Dommen viser at livsvarige sykdommer som diabetes kan falle innenfor konvensjonen når de medfører en nedsatt funksjonsevne. For psykiatriske pasienter taler dette for at kravet om «langvarig» kan være oppfylt når sinnslidelsen er livsvarig eller vedvarer over en lengre periode. Kroniske sinnslidende faller dermed klart innenfor vilkåret. Utover dette må det foretas en konkret vurdering på bakgrunn av de foreleggende omstendigheter hvorvidt den psykiatriske pasienten oppfyller kravet til varighet.

Videre er det ikke tilstrekkelig at sinnslidelsen «langvarig.» Det kreves i tillegg at den psykiske lidelsen i «samspill med ulike barrierer hindrer dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre.» Vilkåret oppstiller krav til sinnslidelsens alvorlighet og innvirkning på personen. Grensene skal etter definisjonen trekkes hvor lidelsen hindrer samfunnsdeltagelse «på lik linje med andre.» Alle mennesker har ulike forutsetninger for å delta i samfunnet, uavhengig av om det foreligger en sinnslidelse. Dette taler for at målestokken må fastlegges ut fra den enkeltes iboende evne til samfunnsdeltagelse uten sinnslidelsen, og hvorvidt sinnslidelsen påvirker denne evnen. Her bør det gå en grense nedover for kvalifiserte sinnslidelser. Personer med mildere depresjoner eller angstpregede lidelser, som fungerer i det vanlige liv, bør falle utenfor konvensjonen. Dersom den psykiske lidelsen derimot hindrer grunnleggende funksjoner som kommunikasjon, bevegelse o.l. bør vilkåret være oppfylt.

Etter dette kan psykiatriske pasienter under TPH omfattes av konvensjonen, men det stilles krav til sinnslidelsens varighet og alvorlighet. Da definisjonen er ment å inkludere personer som faller innenfor, og ikke nødvendigvis ekskludere de som faller utenfor, kan dette åpne for lempeligere krav⁴⁶. Dette vil for det første avhenge av

46 Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol by the Department of Economic and Social Affairs, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the Inter-Parliamentary Union. Geneva: Office of the United Nations Commissioner for Human Rights: 2007. Tilgjengelig fra: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

hvordan konvensjonen blir tolket i praksis, og for det andre nasjonale myndigheters forståelse ved implementeringen.

Adgangen til tvangsmedisinering etter norsk lov⁴⁷ er knyttet til etablering av TPH. Grunnvilkåret for etableringen er at vedkommende er «alvorlig sinnslidende.» I tillegg må den sinnslidende oppfylle enten behandlingsvilkåret eller farevilkåret⁴⁸. Disse vilkårene forutsetter til en viss grad at vedkommende har et nedsatt funksjonsnivå, da tvangen er begrunnet i pasientens eller andres liv og helse. Deler av denne gruppen vil sannsynligvis oppfylle konvensjonens krav. Dette samsvarer med uttalelsene fra FNs Spesialrapportør og Høykommissær. I utgangspunktet må det imidlertid foretas en konkret vurdering for hvert tilfelle. Dette kan føre til en tunggrodd prosess etter implementeringen av konvensjonen. For domstolene vil det være unødvendig tidkrevende å måtte ta stilling til hvorvidt den enkelte sinnslidelsen faller innenfor konvensjonens anvendelsesområde. Dersom ratifiseringen av konvensjonen i tillegg gjør det nødvendig med endringer i lovgivningen, i forhold til enkelte psykiatriske pasienter, kan dette føre til et tungvindt system i loven. Når håndboken åpner for at nasjonale myndigheter kan utvide rettighetssubjekter etter konvensjonen, bør adgangen benyttes for å unngå unødige prosesser. De rettigheter konvensjonen regulerer vil det være få betenkeligheter med å gi en utvidende anvendelse. Når flere pasienter innenfor TPH vil omfattes av konvensjonen, bør således Norge ved ratifiseringen gjøre konvensjonen gjeldende for alle innlagt på tvang.

Som fremstilling viser kan det slås fast at konvensjonen kan komme til anvendelse for pasienter under TPH. Dette er i utgangspunktet avhengig av at sinnslidelsen kvalifiseres som varig og tilstrekkelig alvorlig.

5.3 Konvensjonens innhold og betydning for adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk rett

5.3.1 Innledende bemerkninger

Konvensjonen regulerer grunnleggende menneskerettigheter og friheter for personer med nedsatt funksjonsevne jfr. art. 1. Dersom den sinnslidende faller innenfor

47 Phlsvl. § 4-4

48 Phlsvl. § 3-3

konvensjonens anvendelsesområde kan vedkommende påberope seg de rettigheter og friheter som følger av konvensjonen. Dette kan sette skranker for inngrep som krenker vedkommendes rett. Tvangsmedisinering er et inngrep i den enkeltes liv. Det overordnede spørsmål er som følger: Hvilken adgang er det til å tvangsmedisinere psykiatriske pasienter som faller innenfor konvensjonens anvendelsesområde, og hvilken betydning får dette for norsk rett.

Etter norsk rett er grunnvilkåret for adgang til tvangsmedisinering at pasienten er underlagt TPH. Dette innebærer et inngrep i den enkeltes frihet. Den videre fremstillingen vil bestå av to deler. Det vil i det følgende vurderes:

- hvilke grenser oppstiller konvensjonen for adgangen til frihetsberøvelse av psykisk syke, og betydningen av dette for norsk rett.
- hvilke grenser setter konvensjonen for adgangen til å tvangsmedisinere psykisk syke, og betydningen av dette for norsk rett.

5.3.2 Retten til frihet og grenser for adgangen til frihetsberøvelse

Etter konvensjonens art. 14 følger en rett til frihet og personlig sikkerhet for mennesker med nedsatt funksjonsevne, herunder sinnslidende. Retten korresponderer med innholdet av EMK art. 5. Konvensjonen slår imidlertid uttrykkelig fast at retten til frihet også gjelder for personer med nedsatt funksjonsevne.

Etter art. 14 litra b kan det foretas inngrep i retten til frihet, men det stilles vilkår til inngrepets rettmessighet. For det første må frihetsberøvelsen være «lovlig.» Begrepet «lovlig» sikter til at inngrepet må være i samsvar med nasjonal lovgivning. Denne tolkningen følger av EMK art. 5 punkt 1. Videre følger det av konvensjonens art. 14 litra b at innskrenkning i retten til frihet ikke kan rettferdiggjøres i den nedsatte funksjonsevnen, herunder sinnslidelsen. Bestemmelsen setter grenser for frihetsberøvelsens begrunnelse. Vurderingen videre er da hvilke begrensninger som ligger i at frihetsberøvelsen ikke kan begrunnes i sinnslidelsen.

Grensene må ses i sammenheng med konvensjonens formål og prinsipper. Av art. 1 følger det at konvensjonen har som formål å sikre at mennesker med nedsatt funksjonsevne har «full og likeverdig rett» til å nyte grunnleggende

menneskerettigheter og friheter. En naturlig forståelse av «full og likeverdig rett» taler for at konvensjonen søker å unngå forskjellsbehandling på bakgrunn av funksjonsnedsettelse. Dette samsvarer med konvensjonen prinsipp om ikke-diskriminering på bakgrunn av nedsatt funksjonsevne i art. 3 litra b. Prinsippet om ikke-diskriminering gjennomsyrrer konvensjonens innhold og er en viktig tolkningsfaktor⁴⁹ for konvensjonens forståelse. Ved tvangsinnleggelse av psykiatriske pasienter kan dette tale for at inngrepet i utgangspunktet ikke kan begrunnes direkte i sinnslidelsen. Frihetsberøvelse av psykiske syke bare på grunnlag av foreliggende sinnslidelse vil være konvensjonsstridig. Tvangsinnleggelsen bør f.eks. adskilles fra sykdommen og knyttes til den enkeltes behov for hjelp.

I rapporten fra FNs Spesialrapportør for tortur⁵⁰ behandles tvangsinnleggelse på bakgrunn av sinnslidelse i punkt 64. Her uttales det at tvangsinnleggelse rettferdiggjort i «the existence of a disability» vil stride mot konvensjonens art. 14. Videre uttrykkes det skepsis til at tilleggsvilkår som «danger to oneself or others» eller «need of treatment» begrunner tvangsinnleggelsen, når hovedvilkåret er direkte knyttet til eksistensen av en sinnslidelse. Rapporten viser at ikke-diskriminering prinsippet tillegges stor vekt i vurderingen av frihetsberøvelsens rettmessighet. Hvorvidt prinsippet representerer noe nytt kan det imidlertid stilles spørsmål ved. Etter EMK art. 14 følger det at rettighetene i Menneskerettighetskonvensjonen skal sikres «uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase... eller annen status.» Bestemmelsens utforming viser at all diskriminering uansett grunnlag er forbudt. Det er derfor klart at sinnslidende kan falle innenfor ordlyden «annen status.» Dette betyr at inngrep i retten til frihet etter EMK art. 5 heller ikke kan rettferdiggjøres i sinnslidelsen. Det nye med konvensjonen er at denne uttrykkelig tar sikte på å hindre diskriminering av mennesker med funksjonsnedsettelse, herunder sinnslidende. Dette gir en økt fokus på mennesker med funksjonsnedsettelse som rettighetshavere på lik linje med andre.

I studiet av FNs Høykommissær for menneskerettigheter⁵¹ ble følgende uttalt om

49 Jfr. Wien-konvensjonen art. 31 nr.1

50 UN Special Rapporteur on Torture. Interim Report A/63/150. 28. July 2008. Tilgjengelig fra: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48db99e82.html>

51 Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York: UN General Assembly; Human Rights Council; 2009. Punkt 48, Tilgjengelig fra: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>

frihetsberøvelse av sinnslidende; «*Unlawfull detention encompasses situations where the deprivation of liberty is grounded in the combination between a mental or intellectual disability and other elements such as dangerousness, or care and treatment.*» Dette samsvarer med innholdet i rapporten fra spesialrapportøren.

Tvangsinnleggelse som er begrunnet i en kombinasjon av sinnslidelse og tilleggsvilkår kan være konvensjonsstridig. I punkt 49 uttaler kommissæren imidlertid at det etter konvensjonen vil være adgang til lovlig frihetsberøvelse av sinnslidende for å yte «care and treatment,» men at begrunnelsen for inngrepet må adskilles fra lidelsen. Uttalelsene fra rapportøren og høykommissæren bør tillegges vekt, men det understrekes at de ikke er bindende da det er opprettet en egen komite til å monitorere konvensjonen.

Etter art. 14 foreligger en adgang til å tvangsinnlegge psykiatriske pasienter. Denne adgangen er for det første begrenset av inngrepets lovlighet. Videre stilles det krav til begrunnelsen. Tvangsinnleggelsen kan ikke begrunnes direkte i sinnslidelsen.

5.3.3 Konvensjonens betydning for etablering av TPH etter norsk rett

Etablering av TPH innebærer et inngrep i pasientens rett til frihet etter konvensjonens art. 14. For at etableringen av vernet skal være rettmessig må inngrepet oppfylle vilkårene i bestemmelsen. Etter art. 14 kreves det for det første at inngrepet er lovlig. Etablering av TPH etter phlsvl. § 3-3 oppfyller klart lovkravet.

Videre kreves det av konvensjonen at sinnslidelsen ikke rettferdiggjør inngrepet. Grunnvilkåret for etablering av TPH er at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse.» Dette taler for at etableringen er direkte begrunnet i sinnslidelsen, og at inngrepet kan være konvensjonsstridig. Denne tolkningen samsvarer med uttalelser fra FNs Spesialrapportør og Høykommissær. Etableringen av TPH etter phlsvl. § 3-3 kan etter art. 14 i utgangspunktet synes å stride mot prinsippet om ikke-diskriminering.

Prof. Aslak Syse argumenterer i forbindelse med et oppdrag fra helsedirektoratet⁵² for at tilleggsvilkårene, i phlsvl. § 3-3 nr. 3 litra a og b, reellt sett kan

⁵² Syse Aslak, Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, herunder lovoppsatte vilkår. Kort om bruk av tvang i behandlingsoyemed i psykisk helsevern, i og utenfor institusjon. Oppdrag fra Helsedirektoratet, 2009. s. 54, Tilgjengelig i vedlegg 2 fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

begrunne tvangsinnleggelse av sinnslidende. Dette har sammenheng med at oppfyllelse av hovedvilkåret «alvorlig sinnslidelse» ikke alene åpner for etablering av TPH. Loven krever at et av tilleggsvilkårene er oppfylt. Syse underbygger argumentet med at en lignende forståelse ble lagt til grunn da Sverige ratifiserte konvensjonen. Svensk rett har lignende vilkår, som etter norsk rett, for adgangen til tvangsinnleggelse og tvangsmedisinering⁵³. Ved ratifiseringen av konvensjonen kom den svenske regjeringen frem til at svensk rett lå innenfor konvensjonens grenser⁵⁴. Synspunktet er et relevant argument for at phlsvl. § 3-3 ikke strider mot konvensjonens prinsipp om ikke-diskriminering.

Uttalelsene fra spesialrapportøren og høykommissæren taler imot adgangen til å begrunne tvangsinnleggelsen i tilleggsvilkår, så lenge begrunnelsen direkte er knyttet til sinnslidelsen. Selv om grunnvilkåret for etablering av TPH etter phlsvl. § 3-3 er at det foreligger en «alvorlig sinnslidelse,» viser de legislative hensyn⁵⁵ at formålet med tvangen ikke er å innskrenke vedkommendes frihet på grunnlag av sinnslidelsen. Formålet med tvangen er å hjelpe de personer som på grunn av sykdommen ikke klarer å ta kompetente valg om helsehjelp. Hensynet bak regelen er dermed å ivareta individet og gi den nødvendige omsorg og hjelp det er behov for. Dette hensynet ligger innenfor Høykommissærens uttalelse om rettmessig tvangsinnleggelse. Problemet med norsk lov er dermed ikke nødvendigvis innholdet i loven, men utformingen. Grunnvilkåret «alvorlig sinnslidelse» kan være for nært knyttet opp mot tilleggskriteriene. Muligens ville det være mer i tråd med konvensjonens krav om tvangen begrunnes i den enkeltes kompetanse, og ikke lidelsen. Videre er konvensjonen et internasjonalt instrument gjeldende i land med særdeles ulike rettstradisjoner. Innholdet kan derfor i praksis gjerne begrenses til et minimumsnivå som konvensjonsstatene kan enes om. Når innholdet av phlsvl. § 3-3 ikke synes å stride mot art. 14 kan dette tale for at det foreligger tilstrekkelig samsvar.

Endelig er det klart at selv om uttalelsene fra rapportøren og kommissæren må tillegges vekt, er de ikke bindende. Etter Wien-konvensjonen art. 31 nr.1 skal traktater

53 Grönwall Lars og Holgersson Leif, *Psykiatrin, tvånget och lagen: en lagkommentar i historisk belysning*. Stockholm: Norstedts Juridik AB; 2009

54 Regeringens proposition 2008/09:28, *Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning*. Tilgjengelig fra: <http://www.regeringen.se/content/1/c6/11/25/54/dfe66fa4.pdf>

55 Se kap. 2

tolkes på bakgrunn av ordlyd, kontekst og formål. Dette taler for at uttalelsene ikke får avgjørende vekt for konvensjonens forståelse.

Sammenfattende kan det slås fast at innholdet av phlsvl. § 3-3 ikke strider mot konvensjonen. Dette betyr at art. 14 ikke begrenser adgangen til tvangsmedisinering etter norsk lov. Det kan være usikkert om hvorvidt lovens utforming vil være konvensjonsstridig etter uttalelser fra FNs Spesialrapportør og Høykommissær. På bakgrunn av at uttalelsene ikke er bindende, konkluderes det under tvil med at også utformingen av phlsvl. § 3-3 samsvarer med konvensjonen, da lovens tilleggsvilkår reellt sett kan begrunne tvangsinnleggelsen.

5.3.4 Konvensjonens grenser for adgangen til tvangsbehandling med legemidler

Av art. 25 følger en rett til høyeste oppnåelige helse uten diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne. Ordlyden taler for en rett til nødvendig helsehjelp for personer med funksjonsnedsettelse, herunder sinnslidende, på lik linje med andre.

Etter bestemmelsens litra d følger det at behandlingen skal skje "på grunnlag av fritt og informert samtykke." Det innebærer at som hovedregel skal helsehjelp ytes på bakgrunn av pasientens informerte samtykke. Etter konvensjonens art. 3 litra a er det et prinsipp at «menneskers iboende verdighet, individuelle selvstendighet med rett til å treffe egne valg, og uavhengighet» skal respekteres. Prinsippet fremmer den enkeltes rett til autonomi, og underbygger retten til å samtykke til helsehjelp etter art. 25. Dette taler mot en adgang til tvangsmedisinering av sinnslidende.

Etter konvensjonens artikkel 12 punkt 2 følger en rett til «rettslig handleevne» på lik linje med andre, og på alle livets områder. En naturlig forståelse av begrepet taler for at retten gjelder alle juridiske disposisjoner, herunder retten til å velge hvorvidt en ønsker helsehjelp. Denne forståelsen samsvarer med uttalelser fra FNs spesialrapportør. Rapportøren slår fast at rettslig handleevne innebærer en rett til å velge hvorvidt en ønsker «*medical treatment*⁵⁶.» Utøvelse av denne retten kan komme i konflikt med adgangen til tvangsbehandling med legemidler. Dersom den sinnslidende ikke ønsker å motta helsehjelp stenger bestemmelsen i utgangspunktet for tvangsmedisineringen.

56 UN Special Rapporteur on Torture. Interim Report A/63/150. 28. July 2008. Punkt 44, Tilgjengelig fra: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48db99e82.html>

Bestemmelsen er dermed nært knyttet til art. 25 og retten til helse. En innskrenkning i retten til rettslig handleevne, kan få direkte betydning for hovedregelen om informert samtykke i art. 25. Vurderingen av adgangen til tvangsmedisinering etter konvensjonen må derfor bero på en tolkning av bestemmelsene i forhold til hverandre.

Etter art. 12 punkt 2 er retten til rettslig handleevne for det første begrenset til å gjelde «på lik linje med andre.» Ordlyden åpner for at retten til å nekte helsehjelp kan innskrenkes dersom begrensningen gjelder alment, uavhengig av funksjonsnedsettelsen. Denne tolkningen samsvarer med uttalelser fra FNs Høykommissær. Han uttaler i punkt 49 av nevnte studie at «*Legislation authorizing the institutionalization of persons with disabilities on the grounds of their disability without their free and informed consent must be abolished. This must include the repeal of provisions authorizing institutionalization of persons with disabilities for their care and treatment without their free and informed consent... This should not be interpreted to say that persons with disabilities cannot be lawfully subject to detention for care and treatment or to preventive detention, but that the legal grounds upon which restriction of liberty is determined must be de-linked from the disability and neutrally defined so as to apply to all persons on an equal basis.*» Kommissæren legger til grunn at utgangspunktet for innleggelse og behandling av mennesker med funksjonsnedsettelse, herunder sinnslidende, må baseres på fritt og informert samtykke. Det utelukkes ikke rettmessig innskrenkninger i retten, men begrunnelsen må ikke være tilknyttet sinnslidelsen. Dette taler for en adgang til å tvangsmedisinere sinnslidende om begrunnelsen følger en ikke diskriminerende modell.

Vi finner eksempel på en slik modell i en artikkel av Prof. Peter Bartlett⁵⁷. Artikkelen viser til lovgivningen i Ontario, Canada. Her er adgangen til tvangsbehandling, herunder tvangsmedisinering, knyttet til vedkommendes samtykkekompetanse uavhengig av grunnlaget for innleggelse. Lovgivningen har i følge Bartlett ikke medført store problemer i praksis. Dette illustrerer at det er mulig å utforme nøytrale regler om adgangen til tvangsbehandling med legemidler, som ikke vil stride mot konvensjonen.

Av art. 12 punkt 3 følger det at konvensjonsstatene «skal» treffe tiltak som gir

⁵⁷ Bartlett Peter, English mental health reform: Lessons from Ontario? Journal of Mental Health Law 2001: 27-44. Tilgjengelig fra: http://eprints.nottingham.ac.uk/144/1/Bartlett_Ontario_England.pdf

mennesker med nedsatt funksjonsevne, herunder sinnslidende, tilgang til den støtte de trenger for å bruke sin rettslige handleevne. Etter ordlyden erkjenner konvensjonen at personer med funksjonsnedsettelse kan ha behov for støttetiltak for å utøve retten etter art. 12. Pasienter med alvorlige sinnslidelser kan ha manglende forutsetninger for å vurdere behovet for helsehjelp. Retten til helsehjelp ligger innenfor den enkeltes rettslige handleevne. Dersom vedkommende på grunn av sinnslidelsen ikke klarer å ivareta denne retten, åpner art. 12 punkt 3 for at støttetiltak «skal» treffes på vegne av pasienten. Tiltakene kan være i form av praktisk tilretteleggelse for å motta helsehjelp, eller i ytterste konsekvens å tvangsbehandle, herunder tvangsmedisinere, vedkommende uten at det foreligger samtykke etter art. 25.

Videre følger det begrensninger i adgangen til å treffe støttetiltak etter art. 12 punkt 4. Tiltakene skal respektere vedkommendes «rettigheter, vilje og preferanser.» En naturlig forståelse av ordlyden respekt for vedkommendes «vilje og preferanser,» innebærer at personens ønsker ved utførelse av rettslig handleevne bør få avgjørende vekt. Dette kan tale for et støtte til autonomi prinsipp⁵⁸, hvor personens vilje er styrende for avgjørelser vedrørende egen helse. Innenfor psykisk helsevern er det tradisjon for å avgjøre spørsmål om pasientens helse på grunnlag av viljessubstitusjon, hvor avgjørelsen beror på en antatt vilje dersom vedkommende ikke var sinnslidende. Lovgivning som baserer seg på utøvelse av helsehjelp på grunnlag av viljessubstitusjon kan i utgangspunktet stride mot art. 12 punkt 4. Her bør det imidlertid oppstilles en nedre grense for hvor langt den sinnslidendes «vilje og preferanser» er styrende.

Hvor langt vedkommendes «vilje og preferanser» skal vektlegges avhenger av tilstrekkelig evne til å ytre adekvate og realistiske valg. Den enkeltes kompetanse må vurderes. Foreligger tilstrekkelig kompetanse til å ytre veloverveide, adekvate og realistiske valg, bør personens «vilje og preferanser» være styrende i vurderingen av støttetiltak. Ovenfor denne gruppen vil det i utgangspunktet ikke være adgang til å anvende tvang. Dersom sinnslidelsen medfører manglende kompetanse kan behovet for støttetiltak tilsi at vedkommendes autonomi må settes til side. Dette kan åpne for ytelse

58 Bernt Jan Fridthjof, Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven, Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern (IS-1370.) Arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet. 2009. s. 46 Tilgjengelig fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

av helsehjelp på grunnlag av viljessubstitusjon.

Etter art. 25 litra b skal konvensjonsstatene sørge for at mennesker med funksjonsnedsettelse "får de helsetjenester som de trenger spesielt på grunn av sin nedsatte funksjonsevne... for å begrense og forhindre ytterligere funksjonsnedsettelser." For sinnslidende kan medisinsk behandling være nødvendig for å unngå en forverring i funksjonsnedsettelsen. Det er klart at sinnslidende har krav på behandling som forhindrer dette. Ordlyden er uklar om hvorvidt "får de helsetjenester" henviser til at vedkommende får tilgang til helsetjenesten, eller om staten plikter å gi helsetjenesten uavhengig av vedkommendes ønske. Om siste tolkningsalternativ legges til grunn kan dette åpne for tvangsbehandling med legemidler. Det neste spørsmålet er da om det foreligger en plikt for konvensjonsstaten å yte nødvendig helsehjelp uavhengig av samtykke.

På bakgrunn av art. 12 punkt 3 «skal» konvensjonstatene treffe nødvendig støttetiltak slik at vedkommende kan utøve sin rett til helsehjelp. Dersom den sinnslidende har et behov for helsehjelp, og mangler kompetanse til å ivareta retten, taler dette for at konvensjonsstatene er pliktige til å yte helsehjelp uavhengig av samtykke. Adgangen til tvangsmedisinering kan således begrunnes i plikten til å yte nødvendig helsehjelp etter art. 25. Vurderingen om det foreligger en plikt til å yte helsehjelp mot vedkommendes vilje må bero på at tiltaket er nødvendig. Dette følger implisitt av art. 12 punkt 4 hvor det kreves at tiltakene er «forholdsmessige.» I tillegg vil kravet om nødvendighet følge av EMK art. 8. Tvangsmedisinering av sinnslidende kan medføre omfattende bivirkninger og er således et særlig inngripende tiltak. Dette stiller strenge krav til tiltakets nødvendighet.

Da autonomi er et grunnleggende prinsipp etter konvensjonen bør kompetansen vurderes på alle stadier av helsehjelpen. Et praktisk eksempel kan illustrere dette. En sinnslidende med redusert kompetanse ønsker f.eks. ikke å motta medikamentell behandling. Hvor medisineringsen er nødvendig, åpner konvensjonen for tvangsgjennomføring etter plikten til å yte nødvendige helsetjenester etter art. 25, og plikten til å fatte støttetiltak etter art. 12. Videre kan det tenkes at den sinnslidende uttrykker adekvate og kompetente ønsker om tvangsmedisineringsens innhold. Dette kan f.eks. gjelde ønske om bruk av særskilt legemiddel eller størrelser på doser. Hvor

preferansene er utrykk for adekvate og realistiske overveielser, taler konvensjonens prinsipp om autonomi for at preferansene tillegges betydelig vekt. Etter hensynet til autonomi ved helsehjelp etter art. 25, og respekten for «vilje og preferanser» ved støttetiltak etter art. 12 punkt 4, bør vurderingen av vedkommendes kompetanse til selvbestemmelse inngå på alle stadier av tvangsbehandlingen.

Etter konvensjonen bør sinnslidende underlagt tvangsbehandling ha en medbestemmelsesrett ved gjennomføringen av behandlingen. Hvor langt denne skal gå må vurderes ut fra de enkelte omstendigheter.

Endelig setter konvensjonens art. 15 punkt 1 grenser for adgangen til tvangsbehandling med legemidler. Etter bestemmelsen følger et forbud mot tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Innholdet samsvarer med EMK art. 3 og det henvises derfor til kap. 4 om ordlydens tolkning. I art. 15 punkt 2 slås det i tillegg fast at det skal hindres at mennesker med nedsatt funksjonsevne på lik linje med andre utsettes for behandling som beskrevet i punkt 1. Dette følger imidlertid også av EMK art. 14. Hvorvidt konvensjonens art. 15 derfor setter noen ytterligere grenser, enn det som allerede følger av EMK, er derfor tvilsomt.

Sammenfattende kan det slås fast at det foreligger en adgang til å tvangsbehandle psykisk syke med legemidler etter konvensjonen. For det første følger det en adgang av art. 12 punkt 2 dersom inngrepet gjelder allment etter en ikke diskriminerende modell. Videre følger det en adgang av art. 12 punkt 3 dersom den sinnslidende har behov for støttetiltak i anvendelsen av rettslig handleevne. Denne adgangen er begrenset dersom den sinnslidende innehar kompetanse til å treffe egne valg. Den enkeltes kompetente vilje får dermed avgjørende vekt. Endelig foreligger det en plikt til å tvangsbehandle, herunder tvangsmedisinere, sinnslidende etter art. 25 jfr. art. 12. Konvensjonsstater har en plikt til å yte nødvendig helsehjelp dersom sinnslidelsen medfører at vedkommende ikke kan ivareta sin egen helse.

5.3.5 Konvensjonens betydning for adgangen til tvangsbehandling med legemidler etter norsk lov

Etter phlsvl. § 4-4 foreligger det en adgang til å tvangsmedisinere pasienter underlagt TPH «uten eget samtykke.» Spørsmålet videre er hvorvidt adgangen ligger innenfor

konvensjonens grenser.

Etter konvensjonens art. 25 skal helsehjelp ovenfor mennesker med funksjonsnedsettelse baseres på fritt og informert samtykke. Denne hovedregelen strider mot adgangen til å tvangsmedisinere sinnslidende etter norsk rett. Som antydnet tidligere kan retten etter art. 25 innskrenkes. For det første åpner konvensjonen i innskrenkninger når begrensningen gjelder på lik linje med andre. En adgang til tvangsmedisinering kan være rettmessig dersom denne ikke begrunnes i sinnlidelsen. Adgangen til tvangsmedisinering er begrunnet i vilkårene for TPH. Som fremstillingen tidligere viste kan det være tvil om etableringen av TPH er for nært knyttet opp mot sinnslidelsen. I tråd med tidligere konklusjonen slås det imidlertid fast at begrunnelsen for adgangen til tvangsmedisinering ligger innenfor konvensjonens krav.

Videre kan adgangen til tvangsmedisinering følge av retten til helsehjelp. Etter art. 25 litra b foreligger det en rett til helsehjelp tilpasset funksjonsnedsettelsen. Retten er blant annet begrunnet i unngåelse av ytterligere forverring av tilstanden. Konvensjonsstaten plikter å sørge for at pasienten får tilgang til helsehjelpen. Plikten etter konvensjonen kan komme i konflikt med retten til eget informert samtykke, dersom vedkommende nekter behandling. Konvensjonens art. 12 punkt 3 åpner for adgang til å fatte støttetiltak på vegne av den sinnslidende i utøvelsen av retten til helsehjelp. Bestemmelsen kan således legitimere tvangstiltak mot pasientens vilje.

Adgangen etter norsk rett bygger på lignende avveining mellom hensynet til den enkeltes behov for helsehjelp og hensynet til autonomi. At lovgiver har gitt behovet for helsehjelp større vekt enn hensynet til selvbestemmelse, synes å ligge innenfor konvensjonens grenser. Dette synspunktet styrkes av uttalelsene fra FNs Høykommissær som innrømmer en adgang til tvangsbehandling av sinnslidende etter konvensjonen.

Hovedregelen etter art. 25 er at vedkommende har rett til selvbestemmelse om egen helsehjelp, og ved unntak etter art. 12 skal den enkeltes vilje og preferanser inngå i vurderingen av støttetiltak. Prinsippet om autonomi og selvbestemmelse er fremtredende. Adgangen etter konvensjonen bør derfor begrenses til at den sinnslidende så langt som mulig har rett til selvbestemmelse om egen helsehjelp. Det må oppstilles en nedre grense for rettmessig tvang. Som fremstillingen tidligere viste bør den enkeltes

kompetanse inngå i vurderingen. Hvor den sinnslidende er kompetent til å fatte avgjørelser om egen helsehjelp, bør hensynet til autonomi få avgjørende vekt. Dersom den sinnslidende er i stand til å foreta adekvate, realistiske og veloverveide vurderinger vedrørende egen helsehjelp, taler dette for at vedkommende selv er best egnet til å avgjøre spørsmål om egen helse. Det er i tilfeller hvor sinnslidelsen forhindrer personen i å foreta kompetente avgjørelser at behovet for støttetiltak melder seg.

Etter norsk rett er adgangen til tvangsbehandling med legemidler knyttet til hvorvidt vedkommende er underlagt TPH. Som innledningen i kap. 3 viste kan personer underlagt TPH inneha tilstrekkelig kompetanse til å foreta valg vedrørende egen helse. Adgangen til tvangsmedisinering oppstiller ingen krav om manglende kompetanse. Loven søker å oppnå frivillighet jfr. § 4-4 tredje ledd, men det foreligger en direkte adgang til tvangsmedisinering mot pasientens kompetente vilje. I praksis vil sannsynligvis faglig ansvarlig ta hensyn til den enkeltes kompetente vilje, men loven hjemler en adgang til å sette kompetente ytringer til side. Dette fremgår av Rt. 1993 s. 249 hvor tvangen ovenfor en symptomfri pasient ble opprettholdt på tross av vedkommendes ønsker. Adgangen til å sette til side kompetente ytringer kan stride mot prinsippet om autonomi i konvensjonen.

Etter art. 12 skal støttetiltak, herunder helsehjelp, respekter vedkommendes vilje og preferanser. Ordlyden åpner for at vedkommendes vilje og preferanser skal tillegges vekt på alle stadier av støttetiltakene. Dette taler for at den sinnslidendes vilje skal inngå i vurderingene også etter at vedtak om tvangsmedisinering er fattet. Som nevnt må viljen vurderes opp mot personens kompetanse, men manglende kompetanse på et område fører ikke til at kompetansen faller fra i sin helhet. Etter konvensjonen bør den sinnslidendes kompetanse vurderes kontinuerlig, noe som taler for en adgang til medbestemmelse i behandlingsnivå innenfor vedtak om tvangsmedisineringen.

Etter phlsvl. § 4-4 tredje ledd skal det forsøkes å oppnå samtykke til medisineren, og vurderes om det kan tilbys alternative frivillige tiltak. Videre følger det av forskriftens § 3⁵⁹ at pasienten skal gis så stor innvirkning som mulig, og at det kontinuerlig skal forsøkes å oppnå frivillighet. Loven søker å oppnå en medvirkning til behandling med legemidler. Indirekte hjemler dette en rett til medvirkning da motstand

59 Forskrift 2000-11-24-1172

mot medisineringsen fører til at alternative frivillige tiltak skal vurderes. I sammenheng med forskriftens § 3 om å kontinuerlig søke å oppnå frivillighet, viser dette at behandlingsnivået innenfor vedtaket kan påvirkes av pasienten. Det oppfattes imidlertid som problematisk, i forhold til konvensjonen, at muligheten til å direkte påvirke tvangsmedisineringsen avhenger av at pasienten motsetter seg vedtaket. Konvensjonen synes å hjemle en mer direkte rett til selvbestemmelse i forhold til tiltak som gjelder egen helse. I praksis vil nok den sinnslidendes vilje inngå i vurderingen til faglig ansvarlig, men loven hjemler ingen direkte rett til selvbestemmelse om behandlingsnivå. På bakgrunn av at konvensjonen er et internasjonalt instrument, kan det som antydte tidligere, bety at innholdet i praksis begrenses til et minimumsnivå som konvensjonsstatene kan enes om. Dette taler mot å stille for strenge krav til norsk lov etter konvensjonen. Norsk lov hjemler at pasienten skal få så stor innvirkning som mulig på tiltak vedrørende egen helse jfr. phlsvl. § 4-2 og forskriftens § 3. Dette bør nok i en internasjonal sammenheng tilfredsstillende konvensjonens krav til medbestemmelse.

I vurderingen av behandlingstvilkåret⁶⁰, av arbeidsgruppe ved Jan Fridthjof Bernt, pekes det på at problemet med tvunget psykisk helsevern er behandlingen dette legitimerer. Det forekommer for mange tilfeller av omfattende medisineringsen, med alvorlige bivirkninger, og liten effekt. I utgangspunktet følger det av regelen i § 4-4 annet ledd litra a, at medisineringsen må ha en gunstig effekt som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger. Effekten av medisineringsen vil variere fra hver enkelt person. Derfor er det vanskelig å foreta en vurdering av positive effekter på forhånd som oppveier eventuelle bivirkninger. Det er først etter at pasienten har vært medisineringsen i en periode at en fullgod vurdering kan tas. På bakgrunn av dette er det viktig at pasienten gis en direkte rett til å innvirke på behandlingen underveis. Konvensjonen taler for at dersom den sinnslidende kan foreta kompetente avgjørelser om behandlingsnivået bør dette tillegges vekt. Dette innebærer f.eks. preferanser om dosering og type medikamenter. Norsk retts manglende regulering av selvbestemmelse på bakgrunn av en kompetansevurdering kan være konvensjonsstridig.

Sammenfattende slås det fast at adgangen til tvangsmedisineringsen etter phlsvl. §

⁶⁰ Bernt Jan Fridthjof, 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.) Arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet. 2009. s. 51, Tilgjengelig fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

4-4 i det vesentligste ligger innenfor konvensjonens grenser. Manglende vektlegging av den enkeltes kompetanse, på alle stadier av tvangsmedisineringen, vil imidlertid stride mot prinsippet om autonomi og medbestemmelsesrett. Etter konvensjonen bør den sinnslidendes kompetente vilje være styrende både ved vurderingen av adgangen til tvangsmedisinering, og ved valg av behandlingsnivå. Dette betyr at tvangsmedisinering av symptomfrie og kompetente pasienter kan stride mot konvensjonen.

5.3.6 Forholdet mellom pasientrettighetsloven og psykisk helsevernloven, konvensjonens betydning for ulike regelsett.

Som tidligere nevnt skal mennesker med nedsatt funksjonsevne nyte de samme rettigheter som alle andre. Dette innebærer at forskjellsbehandling mellom pasientgrupper kan stride mot prinsippet om ikke-diskriminering i konvensjonen.

I oppgavens kap. 3 ble forholdet mellom pasrl. og phlsvl. behandlet. I hovedtrekk er adgangen til tvangsbehandling etter pasrl. knyttet til manglende kompetanse. Etter phlsvl. er adgangen knyttet opp til hvorvidt vedkommende er underlagt TPH. Dette viser et skille mellom adgangen til å tvangsbehandle psykiatriske pasienter contra somatiske pasienter. I tråd med konvensjonens prinsipp om ikke-diskriminering på bakgrunn av funksjonsnedsettelse, taler dette for at lovskillet er konvensjonsstridig. Ikke bare burde adgangen til tvangsbehandling i forhold til konvensjonen være lik på begge områdene. Manglende samtykkekompetanse burde som fremstillingen har vist være et vilkår for å overhode tvangsbehandle psykiatriske pasienter.

I forbindelse med vurderingen av behandlingstvilkåret utarbeidet professor Jan Fridtjof Bernt et utkast til endringer i psykisk helsevernloven ⁶¹. Her setter han opp som grunnvilkår for tvangsbehandling av personer med sinnslidelser at vedkommende mangler samtykkekompetanse. En slik utforming vil føre til at adgangen til tvangsbehandling likestilles mellom lovene, slik at skillet ikke strider mot konvensjons innhold. I tillegg vil adgangen til tvangsbehandling knyttet til vedkommendes samtykkekompetansen ligge klarere innenfor konvensjonens prinsipp om ikke-diskriminering.

61 Bernt Jan Fridtjof, Utkast til endringer i psykisk helsevernloven. Vedlegg 4 tilgjengelig fra: http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Sammenfattende strider skillet mellom adgangen til tvangsbehandling etter phlsvl. og pasrl. med konvensjonens prinsipp om ikke-diskriminering.

5.4 Avsluttende bemerkning om konvensjonens betydning for adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett

Vurderingen av konvensjonens betydning for adgangen til tvangsbehandling med legemidler bygger på alminnelige tolkninger og antagelser. Det foreligger foreløpig ingen bindende uttalelser eller avgjørelser om konvensjonens forståelse. I saken Glor mot Sveits refererte EMD for første gang til konvensjonen. Dette viser at konvensjonen kan bli et relevant instrument for håndhevelse av rettigheter også etter norsk rett. Hvorvidt konvensjonens ratifisering vil få betydning for adgangen til å tvangsmedisinere psykiatriske pasienter gjenstår å se. Det kan ha betydning at Sverige har ratifisert konvensjonen uten å foreta endringer i lovgivningen innenfor det psykiske helsevernet. Videre har det betydning for konvensjonens forståelse hvordan rettighetene blir tolket og etterlevd i praksis. Med ulike rettslige tradisjoner i konvensjonsstatene er det fare for at forståelsen legger seg på et minimumsnivå som landene kan enes om. Dette taler mot at konvensjonen vil oppsette ytterligere skranker for adgangen til tvangsmedisinering enn det som følger av eksisterende menneskerettigheter. På den annen side tyder signaler fra FN hold, gjennom Høykommissæren og Spesialrapportøren, for at konvensjonen bør medføre en innskrenkning i adgangen til tvangsbehandling av sinnslidende.

Som fremstillingen i kap. 5.3 har vist kan det synes som om adgangen til tvangsbehandling med legemidler i phlsvl. § 4-4 strider mot konvensjonen på enkelte punkter. For det første foreligger det en adgang etter loven til tvangsmedisinering uavhengig av vedkommendes kompetanse. Denne adgangen gjelder både ved inngåelsen av vedtaket og under gjennomføringen. Dette kan synes å stride mot konvensjonens prinsipp om autonomi og medbestemmelsesrett. Endelig kan forskjellsbehandlingen mellom adgangen til tvangsbehandling etter pasrl. og phlsvl. stride mot prinsippet om ikke-diskriminering.

6 Avsluttende bemerkninger om oppgaven

Gjennom oppgaven er det søkt å fremstille adgangen til tvangsbehandling fra et norsk perspektiv, og et internasjonalt perspektiv. Oppgaven viser at en ratifisering av FNs konvensjon om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne kan sette skranker for adgangen til tvangsmedisinering etter norsk rett. Som fremholdt er adgangen til tvang innenfor det psykiske helsevernet nødvendig. Problemet er utformingen av loven og manglende likestilling mellom pasientgrupper. Slik loven er utformet per i dag tar den ikke tilstrekkelig hensyn til den enkeltes kompetanse og medbestemmelsesrett i forhold til konvensjonen. Dette gjør at adgangen til tvangsmedisinering kan legitimere fysiske og psykiske krenkninger av en svakere stilt gruppe. Konvensjonen kan være et godt virkemiddel til å revurdere lovgivningen, og legge større vekt på den enkeltes kompetanse, enn vedkommendes lidelse. Etter pasientrettighetsloven er det paternalistiske prinsipp gradvis forlatt til fordel for den enkeltes rett til autonomi. Det er mulig tiden er inne for at reglene i det psykiske helsevernet bør nærme seg reglene i pasientrettighetsloven, slik at hovedprinsippene om frivillighet og selvbestemmelse også blir en fullstendig realitet på dette området.

Litteraturliste

Dommer fra EMD

EMD Herczegfalvy mot Østerrike, 31. august 1992

EMD YF mot Tyrkia, 22. juli 2003

EMD Henaf mot Frankrike , 27. november 2003

EMD Glor mot Sveits, 30. april 2009

Norske dommer

Rt. 1988 s. 634

Rt. 1993 s. 249

Rt. 2001 s. 1481

Offentlige dokumenter

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

Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter

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

St.prp. nr. 63 (1997-1998) Om opptrappingsplan for psykisk helse

Rundskriv IS 10/2008 Lov om pasientrettigheter kap 4A, Helsedirektoratet

Rundskriv I-10/2001 Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern, Helse- og omsorgsdepartementet

Andre dokumenter

Felleskatalogen, tilgjengelig fra: www.felleskatalogen.no

Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol by the Department of Economic and Social Affairs, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the Inter-Parliamentary Union. Geneva: Office of the United Nations Commissioner for Human Rights: 2007. Tilgjengelig fra:

<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=212>

Informasjon fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet , FN-konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Tilgjengelig fra:

http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/nedsatt_funksjonsevne/fn-konvensjon-om-rettighetene-til-mennes.html?id=511768&epslanguage=NO

Norsk legemiddelhåndbok, tilgjengelig fra: www.legemiddelhandboka.no

Norsk oversettelse av FN-konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Tilgjengelig fra:
<http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Nedsatt%20funksjonsevne/FN-konvensjonen%20-%20norsk%20oversettelse%20-%20korrigert%2022.12.2008.doc>

Regeringens proposition 2008/09:28, Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Tilgjengelig fra:
<http://www.regeringen.se/content/1/c6/11/25/54/dfe66fa4.pdf>

SAMDATA. Sektorrapport for det psykiske helsevernet 2007. Trondheim: SINTEF Helse; 2008. Rapport 2008:2. Tilgjengelig fra:
www.sintef.org/project/Samdata/rapporter/Samdata%20sektorrapport%20for%20det%20psykiske%20helsevernet%202007.pdf

Særuttalelse fra WSO og LPP, Tid for endring og paradigmeskifte. Mai 2009. Tilgjengelig i vedlegg 5 fra:
http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Thematic Study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on enhancing awareness and understanding of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York: UN General Assembly; Human Rights Council; 2009. Tilgjengelig fra:
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.48.pdf>

UN Special Rapporteur on Torture. Interim Report A/63/150. 28. July 2008. Tilgjengelig fra: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48db99e82.html> og

Vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven, Gjennomgang og forslag til nye tiltak i Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern (IS-1370.) Jan Fridthjof Bernt, Arbeidsgruppe nedsatt av Helsedirektoratet. 2009. Tilgjengelig fra:
http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Artikler

PS Appelbaum, T Grisso, The MacArthur Treatment Competence Study. III: Abilities of patients to consent to psychiatric and medical treatments. *Law Hum Behav* 1995;19(2):149-174.

Peter Bartlett, English mental health reform: Lessons from Ontario? *Journal of Mental Health Law* 2001: 27-44. Tilgjengelig fra:
http://eprints.nottingham.ac.uk/144/1/Bartlett_Ontario_England.pdf

Jan Fridthjof Bernt, Utkast til endringer i Lov om psykisk helsevern. 2009. Tilgjengelig i vedlegg 4 fra:

http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Georg Høyer, Kunnskapsgrunnet i forhold til bruk av tvang i det psykiske helsevern. Oppdrag fra Helsedirektoratet, 2009. Tilgjengelig i vedlegg 3 fra:
http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Knut Ivar Iversen, Georg Høyer, Hal Sexton, Ole Kristian Grønli. Perceived coercion among patients admitted to acute wards in Norway. *Nordic Journal of Psychiatry* vol. 56, 2002: 433-439.

S Saha, D Chant, J McGrath. A systematic review of mortality in schizophrenia: is the differential mortality gap worsening over time? *Arch Gen Psychiatry* 2007;64(10):1123-31.

Aslak Syse, Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, herunder lovoppsatte vilkår. Kort om bruk av tvang i behandlingsøyemed i psykisk helsevern, i og utenfor institusjon. Oppdrag fra Helsedirektoratet, 2009. Tilgjengelig i vedlegg 2 fra:
http://www.helsedirektoratet.no/vp/multimedia/archive/00121/Vurdering_av_behand_121439a.pdf

Bokutgivelser

Oddný Mjöll Arnardóttir & Gerard Quinn, *The UN Convention on the rights of persons with Disabilities, European and Scandinavian Perspectives*. Leiden/Boston: Martinus NijHoff Publishers; 2009

Peter Bartlett, Oliver Lewis & Oliver Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus NijHoff Publishers; 2007

Lars Grönwall og Leif Holgersson, *Psykiatrin, tvånget och lagen: en lagkommentar i historisk belysning*. Stockholm: Norstedts Juridik AB; 2009

Asbjørn Kjønstad, *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*. Oslo: Gyldendal akademisk; 2007

Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*. Oslo: Universitetsforlaget; 2006

Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*. Oslo: Cappelen Damm; 2008

Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven: lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern: kommentarutgave med forskrifter*. Oslo: Gyldendal akademisk; 2007.

Aslak Syse, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal akademisk; 2009