

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rettslig regulering av tvang i psykisk helsevern overfor pasienter med spiseforstyrrelser

En analyse av avveiningen mellom retten til selvbestemmelse og hensynet til beskyttelse etter i nasjonal lovgivning, EMK og CRPD

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 25. April 2018

Antall ord: 17 287



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Tvangsinnleggelse i Norge.....	1
1.3	Spiseforstyrrelser – psykiske og fysiske dimensjoner	3
1.4	Selvbestemmelse vs. beskyttelse	4
1.5	Begrepsbruk og avgrensninger	7
1.6	Avhandlingens perspektiver og struktur	8
2	RETTSKILDER OG METODE	9
2.1	Norsk rett	9
2.2	Internasjonal rett	11
2.2.1	EMK	11
2.2.2	CRPD.....	12
3	DEN PSYKISKE HELSEMESSIGE TILSTANDEN	15
3.1	Innledning	15
3.2	Nasjonal lovgivning.....	16
3.3	Menneskerettighetene	18
3.3.1	EMK	18
3.3.2	CRPD.....	22
3.4	Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet.....	24
4	BEHANDLINGENS BETYDNING	27
4.1	Innledning	27
4.2	Behandling som inngangsvilkår	27
4.2.1	Nasjonal lovgivning	27
4.2.2	Menneskerettighetene.....	32
4.2.3	Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet ..	33
4.3	Torturforbudet som skranke	37
4.3.1	EMK	37
4.3.2	CRPD.....	39
5	SAMTYKKEKOMPETANSE	41
5.1	Innledning	41
5.2	Nasjonal lovgivning.....	41
5.3	Menneskerettighetene	45

5.3.1	EMK.....	45
5.3.2	CRPD.....	47
5.4	Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet.....	48
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	49
7	LITTERATURLISTE	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Lov 2. Juli 1999 nr.62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) kapittel 3 og 4 åpner for å iverksette tiltak overfor pasienter med alvorlig psykiske lidelser mot deres vilje.

Avhandlingens tema er den rettslige reguleringen av tvang i psykiatrien overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Jeg har valgt ut tre grunnspørsmål som i denne avhandlingen gjøres til gjenstand for nærmere juridisk analyse. Et grunnspørsmål er hvorvidt et individs psykiske helsetilstand kan medføre tvangsvern. Det andre grunnspørsmålet er hvilken betydning medisinsk behandling har for den rettslige vurderingen, og det tredje er hvilken påvirkning psykisk helsetilstand har på ens samtykkekompetanse. Grunnspørsmålene skal belyses i forhold til nasjonal lovgivning, den Europeiske menneskerettskonvensjonen og FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne. Jeg er opptatt av hvordan avveiningen mellom retten til selvbestemmelse og statens plikt til å beskytte borgere foretas ved etablering og benyttelse av tvangsvern. Etter min mening kommer spenningen mellom de to hensynene kommer klarest frem ved analyse av de tre grunnspørsmålene. Videre mener jeg at de tre grunnspørsmålene er de aspektene av tvangsvern i psykiatrien som åpner for diskusjon.

1.2 Tvangsinnleggelser i Norge

Bruken av tvang i behandlingsøyemed i psykiatrien er et betent juridisk og medisinsk tema da det berøre ulike hensyn og etiske dilemmaer. Det har vært et aktuelt tema i mange år og ble særlig aktuelt etter VG avsløringen i november 2016 hvor store feil ved mange institusjoner ble avdekket.¹ Manglende eller ufullstendig protokollføring av tvangsbruk og ulovlig eller sterkt problematisk beltelegging av pasienter er eksempler på avdekkede feil. Avsløringene skapte en debatt om hvordan og i hvilken grad tvangsvern ble benyttet og kontrollert, spenningen mellom avveininger av ulike hensyn og lovendringer som måtte til. Avsløringen antas å ha hatt en innvirkning på lovgiver da det ble vedtatt en lovendringen av Lov om etablering

¹ Åsebø, S., Norman, M.G., Daae, E.D (2016)

og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven) av 02.07.1999 som trådte i kraft høsten 2017, knapt 1 år etter avsløringen.

Særlig betent er bruk av tvang overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Disse står i en særstilling fordi spiseforstyrrelser ikke regnes som tradisjonell psykotisk lidelse og tvangsvern overfor pasientgruppen er enkelte steder i loven særskilt regulert.² Ifølge Norske medisinske leksikon kan man med sikkerhet si at spiseforstyrrelser er den mest utbredte psykiske lidelsen blant kvinner mellom 13 og 25 år, og 8-10% av disse har en alvorlig grad av lidelsen.³ Spiseforstyrrelser er også utbredt blant menn, men det er kvinner som er i klart flertall. Det finnes også tall som tyder på at spiseforstyrrelsen anoreksi er den mest dødelige psykiske lidelsen i Norge, med en dødsrate på 5,9% i 2003.⁴ Tallene viser at det er en utbredt psykisk lidelse som helsevesenet på nåværende tidspunkt ikke har god nok behandling mot.

Tvangsvern er meget inngripende og ulike hensyn kommer i konflikt med hverandre. På en side står hensyn som gjelder et individs privatliv: respekt for autonomi og fysisk og psykisk integritet, rett til selvbestemmelse og egne vurderinger. På den annen side har man hensyn som beskyttelse mot skade og respekt for livets ukrenkelighet. Sistnevnte gruppe hensyn representerer etiske krav stilt til helsepersonell, mens førstnevnte gruppe verner pasientens personlige interesser.⁵ Flere hensyn kan falle sammen eller komme i konflikt. For eksempel er det gitt hjemmel for tvangsbehandling av en pasient med spiseforstyrrelser for å hindre at vedkommende mister livet, slik at hensynet til livet ivaretas og helsepersonells etiske plikt til å behandle et menneske oppfylles. På den andre siden vil en slik hjemmel komme i konflikt med pasientens rett til selvbestemmelse og integritet når hindringen skjer mot deres vilje. Lovgiver har tatt stilling til slike verdikonflikter i blant annet psykisk helsevernloven og tolkninger av domstolene hvor et eller flere hensyn er gitt større vekt enn andre hensyn. De bærende verdiene som veies mot hverandre er retten til selvbestemmelse mot myndighetens plikt til å gi beskyttelse. Det er nettopp derfor temaet er så betent, tiltakene myndighetene gjør er svært inngripende og fratår et individ retten til å bestemme over egen kropp; noe som anses som noe av det mest verdifulle et menneske kan ha.

² Nærmere om det i avhandlingens kap. 3, 4 og 5.

³ Moen, H.B. (2018)

⁴ Moen, H.B. (2018)

⁵ Kjønstad, Syse, Kjelland, (2017) s.455

Hovedspørsmålet i et slikt tema er hvor grensen skal gå. På hvilke vilkår skal helsevesenet gripe inn i en borgers rett til selvbestemmelse over egen kropp, privatliv og livsstil, for å forsøke å opprettholde et liv samfunnet anser som det beste for en individ. Avhandlingen tar sikte på å besvare i hvor stor grad helsepersonell kan benytte seg av tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser i tråd med nasjonal lovgivning uten at dette bryter med internasjonale konvensjoner Norge er forpliktet til.

1.3 Spiseforstyrrelser – psykiske og fysiske dimensjoner

Spiseforstyrrelse er en psykisk helseplage som påvirker individets forhold til mat og kroppsvekt. Det må skilles mellom spiseforstyrrelser og det å være opptatt av kosthold og kropp/trening. Det er når spisemønsteret og forholdet til egen kroppsvekt og utseende begynner å påvirke livskvaliteten negativt at det kan regnes som en spiseforstyrrelse. Det finnes flere typer spiseforstyrrelser, de mest vanlige er anoreksi, bulimi og overspisingslidelse.⁶ Personer som har en spiseforstyrrelse er overopptatt av kropp, vekt og utseende, og deres tanker og følelser om dette styrer hverdagen deres. Typisk atferd for en som lider av en spiseforstyrrelse er blant annet unormale spisevaner, som å unngå måltider eller å innta store mengder mat på en gang, intens trening preget av stress og forakt for egen kropp og utseende. Denne typen atferd har en stor fysisk innvirkning på kroppen, som alvorlig vekttap, tretthet, magesmerter, dårlig blodsirkulasjon og spenningshodepine og muskelsmerter. Dette er belastninger som i seg selv kan skape behandlingstrengende kroppslige tilstander.⁷ Det som i utgangspunktet er en psykisk lidelse medfører fysiske skader på kroppen.

Behandling av spiseforstyrrelser er vanskelig fordi det innebærer en forandring av pasientens tenkemåte og av det de anser som problemet, nemlig kroppsvekt. Den mest vanlige behandlingen er samtaleterapi. Når det er aktuelt å benytte tvang ovenfor pasienter som lider av spiseforstyrrelser, er det likevel slik at helsepersonells fokus først og fremst er rettet mot å øke og kontrollere pasientens næringsinntak slik at kroppsvekten økes. Den psykiske lidelsens største konsekvens er livstruende vekttap, som medfører andre fysiske konsekvenser for kroppen. Pasienten blir underlagt tvangsbehandling som følge av en psykisk grunnlidelse, men får

⁶ Rådet for psykisk helse, (sitert 2018)

⁷ Moen, H.B. (2018)

behandling for å komme i bedre form fysisk. Tvangsvern gjennom psykisk helsevernloven kan benyttes for behandling av en psykisk lidelse når det er høyst nødvendig, men ved tilfeller av spiseforstyrrelser brukes tvangen for å bedre pasientens fysiske helse også. Det betyr ikke at den ene behandlingen utelukker den andre; pasienten som tvinges i næring for å gå opp i vekt kan samtidig tvinges i samtalerapi for bedring av den psykiske grunnlidelsen. Det sentrale er at psykisk helsevernloven er bygget opp på en slik måte det må være en årsakssammenheng mellom tvangsbehandling og den psykiske lidelsen. Da pasienter med spiseforstyrrelser også tvangsbehandles for fysiske plager kan det spørres om de passer inn i psykisk helsevernlovens område. De særlige utfordringer knyttet til tvangsmessig psykisk helsevern overfor pasienter med spiseforstyrrelser problematiseres i denne avhandlingen.

1.4 Selvbestemmelse vs. beskyttelse

I velferdsstaten er rettigheter med på både å ivareta en borgers autonomi og rett til selvbestemmelse, men samtidig ha til formål å beskytte individet. Dermed får myndighetene og andre offentlige aktører som rolle å definere hva som er til det beste for borgeren.⁸ Ethvert inngrep i borgernes rettssfære vil medføre et inngrep i retten til selvbestemmelse. Ved tvangsvern i psykiatrien er det legetime formålet med inngrepet og fratakelse av selvbestemmelsesretten behandling av sykdom og beskyttelse av enten pasienten selv eller andre. Tvangsvern ovenfor pasienter med spiseforstyrrelser står i en særstilling da det ikke foreligger klar lov hjemmel for å benytte tvang ovenfor pasientgruppen. Tiltakene kan også anses som særlig inngripende for pasientgruppen fordi behandlingen i første omgang går ut på å øke kroppsvekten, og treffer nerven i den psykiske lidelsen. Videre har ikke pasientene vrangforestillinger om virkeligheten, men et utradisjonelt og atypisk bilde av eget utseende og forhold til mat. På hvilke vilkår myndighetene skal inngripe i et individs forhold til kosthold, eller hvor lite skal de gripe inne når et menneske ikke lenger samtykker til behandling, er betenkeligheter som oppstår ved bruk av tvangsvern ovenfor pasienter med spiseforstyrrelser.

Retten til selvbestemmelse og menneskerettighetene er spesifikt hensyntatt i formålsbestemmelsen i psykisk helsevernloven §1-1 hvor det står *”å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med menneskerettighetene og*

⁸ Ikdahl, Blaker Strand (2016) s.28

grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper.” Avveiningen mellom verdiene er utfordrende i anvendelsen av rettighetene og i en rettspolitisk debatt.⁹

Etter den siste lovendringen som trådte i kraft 1. September 2017 ble en uttrykkelig henvisning til menneskerettighetene inntatt i §1-1. Ifølge proposisjonen er dette kun en påminnelse om at menneskerettighetene skal være førende ved tolkning av lovens bestemmelser, og medfører ingen vesentlig innholdsmessig endring da menneskerettighetene allerede er inkorporert i norsk lov.¹⁰ Det er uklart om lovgiver med henvisningen til menneskerettighetene ønsker at det ikke skal medføre noen vesentlig endring, eller om menneskerettighetene skal være førende ved tolkning av bestemmelsene loven. Siden menneskerettighetene er inkorporert i norsk lov, må de alltid være førende eller i det minste ha betydning for tolkningen av alle rettsområder de berører. Dersom menneskerettighetene har vært førende ved tolkningen av loven frem til nå og henvisningen ikke skal medføre noen innholdsmessig endring, kan det da spørres om hva lovgivers formål med tilføyelsen av henvisningen i formålsbestemmelsen har vært. Henvisningen får ikke annet enn en symbolsk verdi når lovgiver spesifikt påpeker at den ikke skal ha innholdsmessig virkning. Det er kun en påminnelse om at dette er et rettsområde hvor menneskerettighetene berøres, og en trøst til de som blir berørt av tvungen psykisk helsevern at lovgiver og rettsanvender skal ta hensyn til menneskerettighetene ved benyttelse av tvangsvern. Jeg ønsker å belyse hvilken betydning menneskerettighetene har for vurdering av individets psykiske helsetilstand, behandling av lidelsen som vilkår og samtykkekompetanse mer konkret enn det lovgiver har gjort.

Videre er det tilføyd at formålet med reglene også er å *”forebygge og begrense bruken av tvang.”* Setningen harmonerer med ordlyden i pasient – og brukerrettighetsloven §4A-1 og helse- og omsorgstjenesteloven §9-1.¹¹ Tilføyelsen kommer på bakgrunn av ønsket om å redusere bruken av tvang i psykiatrien og vektlegge retten til selvbestemmelse i større grad. Ettersom loven er relativt ny er det for tidlig å se om det har skjedd en reduksjon av tvangsbruk i psykiatrien, det gjenstår derfor å se hvor stor praktisk betydning formålsendringen har. Denne tilføyelsen har, i likhet med påminnelsen om menneskerettighetene, mest sannsynlig kun en symbolsk effekt.

⁹ Ikdahl, Blaker Strand (2016) s.29

¹⁰ Prop.147 L (2015-2016) s.48

¹¹ Prop.147 L (2015-2016) s.17

I bestemmelsens annet ledd fastslås det at all helsehjelp etter loven skal tilrettelegges med ”respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet.” Det fremkommer av proposisjonen at det i ”respekt for fysisk og psykisk integritet” ligger et krav om at pasientens kroppslige og psykiske grenser i størst mulig grad skal respekteres. Frivillighetsprinsippet markeres ved at det kreves at helsehjelpen så langt som mulig skal være i samsvar med pasientens behov og selvbestemmelsesrett.¹² Ved å fremheve retten til selvbestemmelse og konkret behandling, og presisere at bruken av tvang alltid skal være en subsidiær løsning, er det tydelig at lovgiver ønsker å endre praksis i sykehus og institusjoner. Likevel er det uklart om det vil medføre at hensynet til selvbestemmelse vil veie tyngre når det avveies mot hensynet til beskyttelse ved avgjøring om tvangsvern skal benyttes eller ikke. Hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse kan være forsterket av lovgiver gjennom blant annet prosessregler og henvisninger i formålsbestemmelsen, men det er ikke gitt at dette medfører at selvbestemmelsesretten som hensyn vektlegges tyngre.

Ved å analysere rettigheter og plikter i velferdsstaten og rette blikket mot at rettigheter dels er ment å legges til rette for selvbestemmelse og dels beskytte individet, ser man hvor vanskelig det er å utforme og håndheve slike rettigheter.¹³ Man ser hvor mye som står på spill og at den ene verdien må vike for den andre. Formål bak inngripen i psykiatrien er oftest å gjøre det som er til det beste for et individ når individet ikke er i stand til å ta valget eller gjennomføre tiltakene selv. Det kan da spørres *hva* som er til det beste for et menneske, og *hvem* som skal avgjøre det. Hvordan og i hvilken grad tvang skal benyttes som tiltak vil alltid være omdiskutert, men avveiningen av verdiene selvbestemmelse og beskyttelse er særlig betent ved bruk av tvang ovenfor en pasient med spiseforstyrrelser. Deres rasjonelle tanke om livstil, manglende innsikt i sykdom og dens konsekvenser, samsvarer ikke med normalen i samfunnet. Lidelsens fysiske påvirkning kan regnes som selvforskyldt da pasienten nekter å innta næring. Det er likevel den psykiske grunnlidelsen som får individet til å ta slike valg, og derfor regnes som å ha en så forvridd innsikt i egen situasjon og egne valg at det er nødvendig med tvangsvern. Dog har personer med spiseforstyrrelser klar oppfatning av hvilke konsekvenser valgene de tar har, og inntar lite næring med det formål å ha lav kroppsvekt. Det er særlig derfor inng-

¹² Prop.147 L (2015-2016) s.48

¹³ Ikdahl, Blaker Strand (2016) s.29

angsvilkårene og benyttelsen av tvangsvern blir særlig betent mot pasientgruppen. Jeg vil i avhandlingen belyse hvorfor pasienter med spiseforstyrrelser ikke helt passer inn i psykisk helsevernlovens system.

1.5 Begrepsbruk og avgrensninger

Tvangsvern i psykiatrien er et stort tema som berører ulike regelsett. Det kan drøftes ut fra synspunktet til helsepersonell og deres plikter, eller pasienter og pårørende og deres rettigheter. Videre kan man drøfte tvangsobservasjon og tvangsbehandling, herunder blant annet tvangsmedisinering. Dessuten vil tvang overfor ulike psykiske lidelser være ulik. Jeg skal i min oppgave ikke behandle alle former for tvangsvern eller ut fra alle parters synsvinkler. Jeg har ønsket å identifisere noen problemstillinger som egnet seg for prinsipielle diskusjoner i dagens sammensatte rettskildesystem.

Avhandlingen vil kun behandle tvangsvern ovenfor pasienter med spiseforstyrrelser. Jeg har valgt å avgrense oppgaven til å kun omhandle denne pasientgruppen fordi de synes å ikke passe helt inn i psykisk helsevernlovens system på grunn av særegenheten av lidelsen sammenlignet med andre psykiske lidelser. Avhandlingen er også avgrenset til å kun omhandle tre av flere vilkår for etablering av tvungen psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven §3-3: kravet til alvorlig sinnslidelse, manglende samtykkekompetanse og behandlingstvilkåret, og hvilken innvirkning menneskerettighetene har på inngangsvilkårene for tvangsvern i nasjonal lovgivning. Det er ved vurderingen av disse vilkårene at avveiningen av og spenningen mellom selvbestemmelsesretten og beskyttelseshensynet kommer tydeligst frem. Spiseforstyrrelser anses som en alvorlig sinnslidelse uten å karakteriseres som en tradisjonell psykotisk tilstand, tvangsinnlegges med sikte på behandling av den psykiske lidelsen, men det fokuseres på pasientens fysiske tilstand. Disse betenkelighetene vil bli nærmere belyst og drøftet i avhandlingen.

I avhandlingen vil begreper som «psykisk lidelse», «spiseforstyrrelse», «tvungen psykisk helsevern» og «samtykkekompetanse» brukes gjennomgående. «Psykisk lidelse» er medisinsk definert som sykdommer og lidelser av mental karakter som påvirker personen fysisk eller

deres væremåte.¹⁴ Det er slik begrepet skal brukes i avhandlingen. Eksempler på dette er schizofreni, bipolar lidelse og spiseforstyrrelser. I denne avhandlingen vil termen psykisk lidelse oftest referere til spiseforstyrrelser. «Spiseforstyrrelse» er som definert over en psykisk helseplage som påvirker ens forhold til mat og kroppsvekt.¹⁵ Det finnes ulike typer, som bulimi, anoreksi og overspising. Den mest vanlige formen er anoreksi, og de fleste dommer fra rettsinstansene omhandler pasienter med anoreksi. I avhandlingen vil spiseforstyrrelser drøftes generelt, og ikke de enkelte typer av lidelsen. Enkelte typer spiseforstyrrelser vil kun nevnes dersom en rettskilde omhandler den konkrete typen av spiseforstyrrelse. «Tvungen psykisk helsevern» omfatter psykiatrisk behandling, herunder innleggelse og særlig medisinsk behandling, som tilbys i institusjoner og sykehus uten pasientens samtykke, og oftest mot deres vilje. En kortere betegnelse på tvungen psykisk helsevern er tvangsvern. Når jeg i avhandlingen bruker et av disse termene vil det sikte til behandling på institusjon mot pasientens vilje etter psykisk helsevernlovens §3-3. Konkrete behandlingsformer vil ikke drøftes. «Samtykkekompetanse» har et individ som har rettslig evne og kapasitet til å ta bindende avgjørelser om egen helse.¹⁶

Før jeg går inn på de enkelte delanalysene skal jeg forklare enkelte fremstillingsmessige forhold. Alle kursiveringer er foretatt av meg med mindre annet er angitt. Jeg har erstattet lovdatas bindestrekformat når det henvises til dommer til punktum og sidetall.. Videre benytter jeg lovdatas henvisning til dommer første gang en dom nevnes, men deretter benytter jeg et kallenavn dommen har fått dersom denne finnes. Dette fordi å gjøre avhandlingen mer leservennlig.

1.6 Avhandlingens perspektiver og struktur

I mitt arbeid har jeg undersøkt hvordan det offentlige griper inn i borgeres private sfære på grunn av en diagnose, og benytter tvang i behandlingsøyemed. Jeg ønsker å belyse hvordan en borgers psykiske helsetilstand og medisinsk behandling kan medføre fratakelse av samtykkekompetanse og danne grunnlag for tvangsvern etter norsk lovgivning, den Europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funk-

¹⁴ Malt, (2016)

¹⁵ Rådet for psykisk helse, (sitert mars 2018)

¹⁶ Pasient – og brukerrettighetsloven §4-3

sjonsevne. Formålet med avhandlingen er å diskutere hvordan de ulike regelsettene forholder seg til de grunnspørsmålene jeg tar opp, og jeg tar ikke stilling til gjeldende rett og et enkeltspørsmål. Drøftelsen vil ha et rettsdogmatisk utgangspunkt ved at jeg er ute etter å se på hva som karakteriserer disse tre regelsettene opp mot hverandre, herunder reguleringen og håndhevingen av tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Samtidig vil jeg komme med noen rettspolitiske betraktninger om avveining av ulike hensyn ved regulering og håndheving av tvangsvern i psykiatrien.

Jeg vil først i avhandlingens kapittel 2 gi en oversikt over rettskildebilde og avhandlingens metode. I kapittel 3, 4 og 5 vil tre av grunnspørsmålene ved etablering og håndheving av tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser drøftes etter nasjonal lovgivning, den Europeiske menneskerettskonvensjonen og FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, før det foretas en analyse av avveiningen av hensynene selvbestemmelse og beskyttelse i nasjonal og internasjonal rett. Det første grunnspørsmålet som analyseres er betydningen av pasientens psykiske helsetilstand, deretter den medisinske behandlingens betydning, og til slutt manglende samtykkekompetanse. Til slutt vil jeg i avhandlingens kapittel 6 foreta noen avsluttende bemerkninger og noen rettspolitisk betraktninger.

2 Rettskilder og metode

2.1 Norsk rett

Legalitetsprinsippet setter en skranke for myndighetenes lovlige maktbruk overfor borgerne. Ethvert inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Prinsippet er sikker rett og ble tilføyd i lov av 17. Mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov i mai 2014 (heretter Grl.). Kodifiseringen i Grl.§113 endrer ikke rettstilstanden, og synliggjør kun prinsippets plass i den norske rettsstat. En side av legalitetsprinsippet er regulering av tvangsvern overfor pasienter med psykiske lidelser. Myndighetene anser det som nødvending å benytte tvang overfor pasienter med psykiske lidelser etter bestemte vilkår, og har regulert maktbruken i loven for at tvangsvern skal være lovlig.

Det rettslige utgangspunktet finner vi i Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 02.07.1999 (heretter phvl.) kapittel 3 og 4. Loven ble endret senest i 2017 med

ikraftsettelse 1. September samme år. Etablering av tvungen psykisk helsevern er hjemlet i phvl.§3-3.

For å redegjøre for problemstillingen og forståelsen av rettsstilstanden vil jeg også se på andre rettskilder enn lovtekst. Lovens forarbeider er en anerkjent rettskilde i norsk rettskildelære. Det vil derfor bli sett hen til disse for forståelse av lovteksten. Særlig proposisjonen¹⁷ og innstillingen¹⁸ til den siste lovendringen gir retningslinjer for hvilke vurderinger som må gjøres av rettsanvender. Forarbeidene vil især være viktig for avhandlingen da det er begrenset med rettspraksis etter siste lovendringen på nåværende tidspunkt. Forarbeidene vil gi føringer på lovgivers ønske og formål med endringen.

Et søk etter dommer om tvungen psykisk helsevern og spiseforstyrrelser på Lovdata viser at det er lite rettspraksis om tvangsvern overfor akkurat denne pasientgruppen. Majoriteten av saker om tvungen psykisk helsevern behandles i kontrollkommisjonen og avsluttes der.¹⁹ Likevel er det nok saker som havner i domstolene til at man kan bruke rettspraksis for å kaste lys over problemstillingen. Det er en av grunnene til at saker fra kontrollkommisjonen ikke er tatt med i avhandlingen. Da domstolenes praksis anses som en mer tungtveiende rettskilde enn saker fra kontrollkommisjonen, har jeg kun valgt å bruke rettspraksis. Jeg fokuserer på praksis fra Høyesterett i og med at dette er vår prejudikatsdomstol. Det er en del saker som allerede stopper i de lavere domstolene. Hvor det henvises til dommer fra tingrettene og lagmannsrettene i avgjørelser fra Høyesterett, er disse brukt i avhandlingen. Videre vil dommer fra de lavere domstolene som avklarer vurderingstema uten å ha blitt opphevet eller revurdert av Høyesterett, tas med i fremstillingen.

Det foreligger rundskriv fra Helsedirektoratet og Helsetilsynet om temaet tvangsvern ovenfor pasienter med spiseforstyrrelser. Et rundskriv er orienteringer fra departementet til berørte parter om tolkninger av lover og forskrifter.²⁰ Rundskriv er utarbeidet av forvaltningen og kan regnes som forvaltningspraksis. I teorien er det uenighet om hvor stor relevans og vekt forvaltningspraksis har som rettskilde. I utgangspunktet er rundskriv utarbeidet med den funk-

¹⁷ Prop.147 L (2015-2016)

¹⁸ Innst.147 L (2016-2017)

¹⁹ Phvl.§3-7(4)

²⁰ Departementets sikkerhets – og serviceorganisasjon, (sitert mars 2018)

sjon å være veiledende for forvaltningen, og er ikke bindende for domstolene. I avhandlingen velger jeg å bruke to rundskriv utarbeidet av Helsedepartementet fordi disse er henvist til i forarbeidene og i praksis fra Høyesterett. De brukte rundskrivene sier noe om hvordan rettsreglene om tvangsvern benyttes overfor pasienter med spiseforstyrrelser i praksis.

Juridisk litteratur og artikler utarbeidet av det juridiske miljøet vil også være relevant for å generelt belyse temaet der andre rettskilder ikke er tilstrekkelig belysende. Juridisk litteratur vil da ha en utfyllende funksjon.

2.2 Internasjonal rett

2.2.1 EMK

Etter menneskerettsloven av 1999 §3 (1) jf. §2(1) er Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK) gitt forrang i norsk rett i tilfellet av motstrid.²¹ Tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser må dermed være i tråd med EMK for at det ikke skal oppstå et konvensjonsbrudd. Det er flere artikler i konvensjonen som kan være aktuelle på rettsområde tvangsvern i psykiatrien. For å belyse reguleringen av avhandlingens tema har jeg valgt å ta utgangspunkt i to artikler i EMK, artikkel 5 nr.1 bokstav e og artikkel 3. I avhandlingen vil jeg benytte den engelske versjonen av EMK. Dette er for å utelukke forskjeller som måtte foreligge ved en norsk oversettelse.

Artikkel 5 nr. 1 bokstav e lyder slik:

”Everyone has the right to liberty and security of a person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(...)

e. the lawful detention of persons for the prevention of spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(...) ”

²¹ Aall (2013) s.93

Artikkel 3 lyder slik:

”No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”

Alternativet ”persons of unsound mind” i art. 5 er aktuell for etableringen av tvangsvern, mens art. 3 først er aktuell etter at tvangsvern er etablert og drøftelsen av om praksis da er i tråd med menneskerettighetene.

Konvensjonen har en egen domstol kalt Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD). Domstolen har i tillegg til å avsi dom i en konkret sak, også som oppgave å tolke og fastlegge innholdet i konvensjonen.²² Dommer fra EMD vil benyttes for å belyse problemstillingen i avhandlingen. EMD praksis vil bidra til å både fastlegge innholdet i art.5 nr. 1 bokstav e og art. 3., og til å belyse hvilken betydning artiklene har i møte med de konkrete rettsspørsmålene som avhandlingen berører. For øvrig skal det bemerkes at EMD, meg bekjent, ikke har behandlet saker om tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser er i strid med menneskerettighetene. Forarbeider vektlegges ikke som rettskilde i folkeretten, konvensjonens forarbeider skal derfor ikke tas med i avhandlingen.

I tillegg til EMD praksis vil juridisk litteratur og artikler om EMK være relevant for å generelt utfylle temaet der andre rettskilder ikke er tilstrekkelig belysende.

2.2.2 CRPD

FN konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter CRPD) ble signert av Norge i 2007 og ratifisert i 2013, men er ikke inkorporert i norsk rett. CRPD har en valgfri protokoll om individklageadgang til FN-komiteen som overvåker konvensjonen, en protokoll Norge ikke har blitt part til. Det ville vært aktuelt å trukket inn saker mot andre land, selv om sakene har begrenset rettskildemessig vekt for norsk rett. Det er, meg bekjent, ikke forelagt saker for komiteen som omhandler tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser.

²²Aall (2013) s.93

Det er flere artikler i CRPD som er aktuelle for avhandlingen; art. 12 nr. 1., art.14 nr. 1 bokstav b, og art. 15 nr 1. Artiklene må tolkes i lys av formålsbestemmelsen i art. 1, som fastslår at formålet med konvensjonen er å *”promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.”* Personer med ”disabilities” omfatter også personer med funksjonsnedsettelse av mental karakter.²³

Artikkel 12 nr. 1 er særlig aktuell for drøftelse av samtykkekompetanse, og lyder slik:

”States parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.”

Artikkel 14 nr.1 bokstav b er aktuell ved drøftelse av etablering av tvangsvern, og lyder slik:

”State parties shall ensure that persons with disabilities, on equal basis with others:

(...)

b. Are not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty.”

Art. 15 nr. 1 er aktuell for behandlingen etter at tvangsvern er etablert, og lyder slik:

”No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation.”

Av generell interesse er art.17 hvor det fremkommer at alle personer med funksjonsnedsettelse har rett til respekt for deres *”physical and mental integrity on equal basis with others.”* Art.25 (1) regulerer medlemstatenes positive plikt i tilknytning til retten til helse basert på samtykke. Av bokstav d fremkommer det at helsehjelp skal tilbys *”(...) on the basis of free and informed consent (...)”*. Konvensjonen definerer ikke hva *”torture”, ”cruel, inhuman or degrading treatment”* etter art. 15. innebærer. Som veiledning kan en bruke definisjonen FNs torturkonvensjon (heretter CAT) da det er vanlig å se hen til de øvrige FN-konvensjonene dersom det er snakk om parallelle rettigheter.

²³ CRPD art. 1 annet ledd

CRPD-komiteen har avgitt veiledende kommentarer som skal bidra til hvordan artikkelen skal tolkes og forstås kalt General Comments. Som kilde er ikke disse rettslig bindende, men norsk rettspraksis viser til at uttalelser som dette skal tillegges betydelig vekt som rettskilde.²⁴ De veiledende kommentarene vil benyttes for fastlegging av innholdet i artiklene i den grad de er aktuelle.

Det har vært en diskusjon om norsk rett og CRPD er i harmoni. FN-komiteen som overvåker statenes praksis synes å vektlegge autonomi og selvbestemmelse mer enn ordlyden gir inntrykk av.²⁵ Det har vært spørsmål om konvensjonen stiller krav til statens regulering av tvangsbruk overfor pasienter med psykiske lidelser, og det har vært hevdet at den reguleringen vi har i norsk rett i dag ikke er i tråd med CRPD.²⁶ Dette fremgår verken av konvensjonen og heller ikke av flertallsvurderingen hos lovutvalget under arbeidet med den siste lovendringen. Likestillings – og diskrimineringsombudet og andre organisasjoner som ivaretar psykiatriske pasienters interesser er uenige i Norges holdning og mener at norsk praksis er i strid med CRPD. Det offisielle synet er på nåværende tidspunkt at norsk rett og CRPD er i harmoni.²⁷

Usikkerheten har medført at Norge ved ratifikasjonen ga to tolkningserklæringer, det ene i forhold til art.14 og art. 25 om adgangen til tvungen omsorg og behandling av blant annet personer med psykiske lidelser. Tolkningserklæringen lyder slik:

”Artikkel 14 og 25 Norge anerkjenner at ethvert menneske med nedsatt funksjonsevne har rett til frihet og personlig sikkerhet og en rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet på lik linje med andre. Norge erklærer videre som sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.”

Den andre tolkningserklæringen er i forhold til art. 12 om samtykkekompetanse og rettslig handleevne:

²⁴ Rt-2008-1764 avsnitt 8.

²⁵ Syse, (2016) s.460-469

²⁶ Orefellens dissens i NOU 2011:9, Kjønstad, Syse, Kjelland, (2017) s.473-474

²⁷ HR-2016-1281-A, avsnitt 29-31

”Norge anerkjenner at personer med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre, i alle sammenhenger. Norge anerkjenner også forpliktelsene til å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne mottar den støtte og bistand de trenger for å utøve sin rettslige handleevne. Norge erklærer videre dets forståelse av at konvensjonen tillater fratagelse av rettslig handleevne eller bistand til å utøve rettslig handleevne og/eller tvungent vergemål der slike tiltak er nødvendige, som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer.”

Tolkningserklæringene vil være et kildemessig bidrag til drøftelsen om norsk rett er i overensstemmelse med CRPD. De vil også være med på å belyse hvordan avveiningen mellom selvbestemmelsesrett og beskyttelseshensyn foretas og hva som veier tyngst i nasjonal lovgivning sammenlignet med CRPD.

Det rettslige utgangspunktet er at Norge er bundet av CRPD og norsk rett er antatt å være i harmoni med konvensjonen. I det videre vil redegjørelse og drøftelse av tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser i forhold til CRPD bli belyst på bakgrunn av konvensjonsteksten, General comments og tolkningserklæringene fremlagt av Norge.

3 Den psykiske helsemessige tilstanden

3.1 Innledning

En sentral del av tvangsvern i psykiatrien er individets mentale helsetilstand. Det er to sentrale spørsmål som oppstår, det første er om det foreligger en psykisk lidelse og det andre er alvorlighetsgraden av lidelsen. Den psykiske helsetilstanden er etter norsk rett og EMK avgjørende for etablering av tvangsvern, mens det i følge CRPD er slik at psykisk helsetilstand alene ikke skal kunne danne grunnlag for tvangsvern. Reguleringen av den psykiske helsemessige tilstandens betydning for tvangsvern av pasienter med spiseforstyrrelser i de tre regelsettene skal drøftes i dette kapitlet. Kapitlet vil avsluttes med en drøftelse av hvordan retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet avveies mot hverandre i de ulike regelsettene.

3.2 Nasjonal lovgivning

De materielle vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern finner man i phvl. §3-3 første ledd nr.3. Grunnvilkåret i bestemmelsen er at pasienten må ha en ”alvorlig sinnslidelse”. Kjønstad, Syse og Kjelland oppsummerer forståelsen av begrepet slik:

”Noe enkelt sagt, men relativt godt dekkende, omfatter begrepet ”alvorlig sinnslidelse” klare, aktive psykoser samt visste svært manifester avvikstilstander av ikke-psykotisk karakter der funksjonssvikten er like stor som den man ser ved psykoser. I tillegg innbefattes personer med en kronisk psykosesykdom, også i symptomfrie perioder, når symptomfriheten settes i sammenheng med antipsykotisk medikasjon.”²⁸

Denne lovforståelsen samsvarer med Høyesteretts tilnærming av vilkåret gjennom rettspraksis. Første gang dette ble forsøkt var i Rt.1987 s.1595 Reitegjerdet II²⁹, her slo Høyesterett fast at avgjørelsen av om vilkåret er oppfylt i noen grad må bero på skjønn, men at det bare i særlige tilfelle kunne være oppfylt i tilfeller hvor det ikke foreligger klar psykose. Denne alminnelige lovforståelsen ble tilsluttet av Høyesterett i Rt.1988 s.634 Huleboer. Dommen omhandlet en mann på 35 år som hadde atypisk atferd som skyldtes religiøse og filosofiske tanker. De sakkyndige anså ikke pasienten som psykotisk³⁰, men Høyesterett kom likevel frem til at vilkåret var oppfylt. Nyere rettspraksis, blant annet Rt.2014 s.807³¹, følger opp tolkningen av grunnvilkåret i de eldre dommene.

Grunnvilkåret kan også anses oppfylt når pasienten ikke har en tradisjonell psykotisk tilstand når pasientens psyke er svært nær en slik tilstand. I slike tilfeller står man ovenfor en helhetsvurdering hvor både sykdomstilstanden og virkningene av denne vektlegges. Det avgjørende er om den psykiske lidelsen har så store konsekvenser for pasientens funksjons- og realitetsvurderende evne at tilstanden kan sidestilles med en psykosetilstand.³²

²⁸ Kjønstad, Syse, Kjelland, (2017) s. 490

²⁹ Rt-1987-1495, s.1502-1503

³⁰ Rt-1988-634, s.638 flg.

³¹ Rt-2014-807, avsnitt 29-31

³² Rt-2015-913 avsnitt 29-32

Spiseforstyrrelser vil i seg selv normalt ikke gi grunnlag for at grunnvilkåret ”alvorlig sinnslidelse” er oppfylt.³³³⁴ I noen tilfeller kan vilkåret likevel anses oppfylt dersom spiseforstyrrelsen er alvorlig nok. I Helsetilsynets retningslinjer for behandling av spiseforstyrrelser fremkommer det at: ”I enkelte tilfelle vil imidlertid kroppsoppfatningen, selvbildet og virkelighetsansens hos en anorektiker være så fordreid at en kan snakke om vrangforestillinger av psykotisk natur. Ut fra en helhetsvurdering av pasientens tilstand og de utslagene den gir vil en i sjeldne tilfeller kunne anse at tilstanden faller inn under begrepet alvorlig sinnslidelse.”³⁵ Praksis fra Høyesterett og lagmannsrettene viser at denne tankegangen er fulgt opp og pasienter med alvorlige spiseforstyrrelser kan anses å ha en ”alvorlig sinnslidelse”.

Den nyeste og mest sentrale dommen er Rt.2015 s.913 Anoreksi som omhandlet en 30 år gammel kvinne som hadde slitt med spiseforstyrrelser siden hun var 13 år gammel, og blitt behandlet for dette både frivillig og under tvang. Det sentrale i spørsmålet i dommen var om pasientens anoreksi kunne anses som en ”alvorlig sinnslidelse”. Det siterte avsnittet fra Helsetilsynets retningslinjer siteres av førstvoterende, og underbygges med at det er lagt til grunn i juridisk teori at spiseforstyrrelser kan anses å oppfylle grunnvilkåret.³⁶ For å fastslå om en spiseforstyrrelse er alvorlig nok til å anses som en alvorlig sinnslidelse må det etter Høyesteretts skjønn særlig legges vekt på pasientens evne til å foreta en ”realistisk vurdering av eget utseende, kroppens vekt og fungering og de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn det som er nødvendig.”³⁷ Videre vil det stå sentralt om pasienten innser hvor alvorlig spiseforstyrrelsen er, og klarer å innrette seg etter konsekvensene av denne. Momentene er ikke uttømmende.³⁸ Dersom pasienten innser spiseforstyrrelsens alvorlighetsgrad og konsekvensene av denne, men likevel lar vrangforestillingene om egen kropp og kroppens behov vinne over innsikten i sykdommen, kan tilstanden likestilles med psykose.³⁹ Denne praksisen ser både i dommer fra lagmannsrettene før lovendringen,⁴⁰ og i nyere dommer.⁴¹

³³ Helsedirektoratet (2012) s. 37

³⁴ Helsetilsynet (2000) kap.3.9.2., s.48

³⁵ Helsetilsynet (2000) kap.3.9.2., s.48

³⁶ Rt-2015-913, avsnitt 30-37

³⁷ Rt-2015-913, avsnitt 42

³⁸ Rt-2015-913, avsnitt 43

³⁹ Rt-2015-913, avsnitt 42

⁴⁰ LF-2013-69547, LB-2015-13924, LF-2015-14621

⁴¹ Se blant annet LB-2017-186895, LH-2017-179830, LB-2017-183734, LB-2017-115673

I de særlige tilfellene hvor pasientens funksjons- og realitetsvurderende evne kan sidestilles med en psykose, er typisk de tilfellene hvor pasienten har en atypisk eller utradisjonell livsstil. Dette er også typisk de tilfellene hvor helseinstitusjoner og rettssystemet anser hensynet til beskyttelse å veie tyngre enn selvbestemmelsesretten. Dette kan man se i for eksempel Huleboerdommen hvor pasienten bodde i en hule i skogen og ville leve på en annen måte enn det som anses normalt i samfunnet. Han ble ansett å ha en ”alvorlig sinnslidelse”, selv om det ikke var klart at han hadde en psykotisk lidelse eller var i en tilstand som kunne sidestilles med dette. Pasienter med spiseforstyrrelser har som følge av lidelsen en livsstil som kan regnes som utradisjonell. Det kan stilles spørsmålsteget ved om det er lavere terskel for å karakterisere en atypisk eller utradisjonell livsstil som en alvorlig sinnslidelse for å kunne bevare pasientens helse.

Det foretas en avveining av om pasienten har en realistisk vurdering til lidelsen. Hva som er en realistisk vurdering måles opp mot normalen i samfunnet og hvor stor skade pasienten får av sykdommen. Beskyttelseshensynet kommer igjen til syne i vurderingen av om en pasient har en alvorlig sinnslidelse eller ikke. Dette kommer klart frem i LB-2015-13924 nest siste avsnitt hvor førstvoterende skriver: *”Vårt samfunnssyn er bygget på at psykiatriske pasienter som er så alvorlig syke at de ikke har forutsetninger for å vurdere sitt eget beste, skal tas vare på og beskyttes så langt det er mulig.”*

3.3 Menneskerettighetene

3.3.1 EMK

Legitim frihetsberøvelse er hjemlet i EMK art.5 nr.1. Artikkelens bokstav a til f gir en uttømmende liste over legitime formål bak frihetsberøvelse. De formålene som er angitt må tolkes restriktivt.⁴² Lovlig frihetsberøvelse eller tvangsinngrep overfor pasienter med psykiske lidelser er hjemlet i bokstav e hvor det fremkommer at inngrep kan skje *“for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants”*

⁴² Winterwerp v. Nederland

Parallellen til ”alvorlig sinnslidelse” er ”persons of unsound mind”. For at tvungen psykisk helsevern skal være i tråd med EMK må pasienten være ”of unsound mind”. Det er andre vilkår som må være oppfylt, herunder prosessuelle, men det er kun vilkåret ”person of unsound mind” som skal redegjøres for i avhandlingen.

Konvensjonen definerer ikke ”person of unsound mind”, og redegjør heller ikke for aktuelle vurderingsmomenter. I *Winterwerp v. Nederland* dommen fastslår domstolen at det er en term som er hele tiden er under utvikling avhengig av psykiatrisk forskning, utvikling innen behandlingstilbud og samfunnets holdning til og forståelse av mental helse utvikles positivt.⁴³ Det er uklart hva domstolen sikter til når de hevder at innholdet i vilkåret kan fastlegges utfra en samfunnets holdning til mental helse. Da det er en positiv utvikling det vises til er det mest logiske at EMD mener at det er større aksept i samfunnet for mentale utfordringer, og samfunnet er tilrettelagt slik at individer med psykiske utfordringer så langt som mulig kan delta i samfunnet. Det er utenkelig at EMD vil tolke et vilkår for frihetsberøvelse utvidende slik at det er lavere terskel for inngrep, begrunnet med samfunnets holdning. Dersom samfunnets holdning skal brukes som moment ved vurdering av artikkelen, må det gjelde en positiv holdning i samfunnet som er til gunst for klageren.

Winterwerp-dommen omhandlet en mann diagnostisert med schizofreni og paranoia. Diagnosen og helsetilstanden ble ansett å oppfylle vilkåret ”person of unsound mind”. Ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt fastlegger ikke domstolen innholdet av vilkåret direkte, men redegjør for hva som fremkommer av nederlandsk regelverk og avgjør om dette er i overensstemmelse med art.5 bokstav e. Etter nederlandsk regelverk kan psykisk tvangsvern benyttes overfor borgere med en så alvorlig grad av en psykisk lidelse at det er nødvendig med tvangsvern enten av hensyn til pasienten selv eller offentligheten. Avgjørelsen er basert på en medisinsk vurdering. Vilåret i nederlandsk regelverk ble ansett å være i tråd med konvensjonen.⁴⁴ Det kan trekkes en parallell til vilkåret til ”alvorlig sinnslidelse” og tilleggsvilkårene i norsk regelverk.

I EMD dom *Varbanov v. Bulgaria*, med henvisning til *Winterwerp*-dommen, settes det opp tre kriterier for å anse en pasient som en ”person of unsound mind”; (1) ”reliably be shown to be

⁴³ *Winterwerp v. Nederland* avsnitt 37

⁴⁴ *Winterwerp v. Nederland* avsnitt 38-39

of unsound mind”, (2) lidelsen må være ”of a kind or degree warranting” tvangsvern, og (3) fortsatt tvangsvern avhenger av ”persistence of such a disorder”.⁴⁵ En borger skal likevel kunne ha atypisk syn eller oppførsel uten å anses til å trenge behandling.⁴⁶ I Varbanov-dommen ble ikke kriteriene drøftet ytterligere fordi det forelå brudd på artikkelen på bakgrunn av at frihetsberøvelsen ikke var i tråd med nasjonal lovgivning.

EMD har, meg bekjent, ikke avgjort saker som gjelder tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Domstolen har hatt saker som gjelder diagnoser som i medisinsk terminologi normalt ikke anse som sinnslidelser kan falle inn under ”person of unsound mind”, men det er ikke tatt endelig standpunkt til spørsmålet.⁴⁷ Det vises her til H.M. v. Sveits.

H.M. v. Sveits gjaldt en kvinne som var diagnostisert å ha senil dementia og var tvangsinnlagt på et sykehjem. Det er to dissenterende votum i dommen, dommer Jörundsson og dommer Loucaides. Det er de dissenterende vurderingene som er viktig for avhandlingen da vilkåret ”person of unsound mind” kun vurderes her.⁴⁸ I førstnevntes dissens er det kun uenighet om hvilket alternativ i art.5 nr. 1 bokstav e som er grunnlag for tvangsinnleggelsen, mens sistnevnte er uenig i både grunnlaget og konklusjonen. Dommer Jörundsson mener at den andre problemstillingen⁴⁹ for domstolen er om klageren er ”of unsound mind”, og viser til det rettslige utgangspunktet fastsatt i praksis og henviser til nevnte Winterwerpdommen. Utover henvisningen til utgangspunktet henviser dommeren til uttalelse fra en sakkyndig dommer i ankesaken, og konkluderer med at klagers mentale tilstand oppfylte vilkåret i artikkelen. Klagerens diagnostiserte lidelse ble ikke problematisert. Hva som fremkommer av legejournalen, annet enn at den taler for at det beste for klager er å bli innlagt, fremkommer ikke av dommen.⁵⁰

Dissenterende dommer Loucaides er totalt uenig i dette og mener at diagnosen ikke kan anses å oppfylle vilkåret. Først og fremst fremhever dommeren hvor stort inngrep frihetsberøvelse er og at både artikkelen og dets vilkår må tolkes restriktivt.⁵¹ Dommerens syn på pasientens mentale helsetilstand skiller seg ut ved at medisinske termer som ”mental disability” og ”seni-

⁴⁵ Varbanov v. Bulgaria avsnitt 45, Winterwerp v. Nederland avsnitt 39

⁴⁶ Winterwerp v. Nederland avsnitt 37

⁴⁷ Bertelsen, (2011) s.118-119

⁴⁸ Dette har betydning for dommens rettskildemessige vekt

⁴⁹ Den første problemstillingen er om klageren var fratøvet friheten, jf. H.M v. Sveits side 13.

⁵⁰ H.M. v. Sveits side 14

⁵¹ H.M. v. Sveits side 19 punkt a.

le dementia” ikke sammenfaller med vilkåret ”person of unsound mind”.⁵² Dommer Loucaides konkluderer med at tvangsinnleggelsen ikke var i tråd med artikkel 5 nr.1 bokstav e fordi pasienten ikke ble undersøkt av lege før ankesaken – og først da av en fagkyndig dommer. Det forelå prosessuelle mangler. Loucaides mener at denne undersøkelsen ikke redegjør for klagerens helsetilstand konkret, hun tildeles kun en generell diagnose. Det stilles krav til den medisinske vurderingens form og innhold.

Senil dementia er ikke ansett som en tradisjonell psykisk lidelse eller psykose⁵³, men det er akseptert i EMD at en borger med en slik tilstand kan underlegges tvangsvern. At en særegen diagnose er av betydning for vilkåret markeres av dissenterende dommere, uten å avklares. Dommer Jörundsson kan kritiseres for å kun ha presentert vilkåret og lagt en legeerklæring skrevet under ankebehandlingen til grunn. Verken den generelle diagnosen eller klagerens konkrete helsetilstand drøftes konkret opp mot vilkåret i artikkelen. Dommer Loucaides er mer kritisk i sin fremstilling, men det foretas ingen inngående materiell drøftelse da det foreligger prosessuelle mangler. Det kan derfor vanskelig utledes noe konkret av dissensene.

Senil dementia er ansett mer som en kognitiv svikt, mens spiseforstyrrelser faktisk er definert som en psykisk lidelse. Objektivt sett regnes tvangsvern overfor en pasient med senil dementia som et mer inngripende tiltak enn tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser fordi senil dementia ikke er en psykisk lidelse. Subjektivt sett kan dette føles like inngripende for begge pasientgrupper. Det kan spørres om det ikke oppleves som mer inngripende for pasienter med spiseforstyrrelser da de kognitivt sett er i bedre rustet til forståelse og vurdering av situasjonen. Ut fra et mer til det mindre resonnement av dommen og vurdering av dommernes konkrete drøftelse, kan det antas at også tvangsvern ovenfor pasienter med spiseforstyrrelser kan underlegges tvang i tråd med art.5 nr.1 bokstav e.

Det er ikke alltid norske domstoler drøfter om psykisk helsevernloven er i samsvar med EMK. Likevel skal det vurderes hvorvidt et hvert enkelt inngrep ovenfor en borger er i tråd med konvensjonen. Det ser man i Anoreksidommen hvor vilkåret ”alvorlig sinnslidelse” i phvl.§3-3 anses å være i samsvar med EMK art. 5 nr.1 bokstav e.⁵⁴ Problemstillingen om tvangsvern overfor individer med særegne lidelser som ikke anses som tradisjonelle psykiske lidelser

⁵² H.M. v. Sveits side 19 punkt d

⁵³ Engedal, (2018)

⁵⁴ Rt-2015-913 avsnitt 38

eller psykoser, herunder spiseforstyrrelser, er i tråd med menneskerettighetene er ikke avklart av EMD. Imidlertid har nasjonale domstoler en viss skjønnsmargin ved vurderingen av om vilkårene for frihetsberøvelse er oppfylt.⁵⁵ Den vide skjønnsmarginen kan skyldtes alvorret ved eventuelle konsekvenser og de vanskelige vurderingene rundt rettstema.

3.3.2 CRPD

Under dette delkapitlet er det særlig CRPD art. 14(1) bokstav b siste komma som er av interesse. Den lyder slik:

*”State parties shall ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others:
(b) (...) and the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty.”*

I motsetning til norsk lovgivning og EMK, legaliserer ikke CRPD frihetsberøvelse og tvangsvern på grunn av psykisk lidelse. Ordlyden i konvensjonsteksten er rimelig klar. Eksistensen av en funksjonshemming, herunder en psykisk lidelse, skal ikke i noen tilfelle legitimere frihetsberøvelse. Det foreligger ingen unntak. Tolkes artikkelen i lys av konvensjonens formål og prinsipper⁵⁶ underbygger det den klare ordlyden om at tvang begrunnet med psykisk lidelse er konvensjonsstridig. I september 2015 utga FN komiteen retningslinjer for hvordan konvensjonens artikkel 14 skal tolkes og forstås. Komiteen uttaler at ufrivillig frihetsberøvelse på grunn av helse strider mot det absolutte forbud mot frihetsberøvelse på grunnlag av funksjonsnedsettelse etter art.14 nr.1. bokstav b.⁵⁷ FN komiteen krever at medlemsstatene avviker all nasjonal lovgivning som tillater frihetsberøvelse begrunnet med en funksjonsnedsettelse, herunder en psykisk lidelse.⁵⁸

Nasjonale myndigheter har også vært klar over den entydige konvensjonsteksten, derav tolkningserklæringene hvor det fremkommer at Norge tolker konvensjonen dithen at den tillater tvangsvern i tilfeller det er nødvendig som siste utvei. Norsk lovgivning anses på nåværende tidspunkt likevel å være i harmoni med konvensjonen, men frihetsberøvelse og benyttelse av

⁵⁵ X v. Finland avsnitt 150

⁵⁶ CRPD art.1(1) om konvensjonens formål og art.3 om generelle prinsipper, særlig bokstav a om retten til selvbestemmelse

⁵⁷ CRPD-komiteen, General Guidelines on art. 14 (2015) IV nr.10.

⁵⁸ CRPD-komiteen, General Guidelines on art.14 (2015) IV nr. 10

tvang overfor et individ fordi vedkommende har en ”alvorlig sinnslidelse” kan neppe sies å harmonere med den klare konvensjonsteksten.

Det er vanskelig å se hvordan den norske tolkningen er utledet av konvensjonsteksten og konvensjonens natur. CRPD og phvl. har motstridende hensyn som formål. Mens konvensjonens phvl. regulerer både psykisk lidende pasienters rettigheter og hvordan myndighetene kan gjøre inngrep i disse rettighetene, fremhever CRPD kun funksjonshemmedes rettigheter. Konvensjonens og lovens natur er ikke samsvarende når konvensjonen skal styrke funksjonshemmedes autonomi, mens phvl. regulerer fenomenet psykisk helsevern.

Tolkningserklæringen kan også være begrunnet i at fravær av tvangsvern strider mot andre internasjonale forpliktelser, for eksempel EMK art. 2 om statens positive plikt til å verne retten til liv. Når helsemyndighetene har pasient med alvorlig spiseforstyrrelse og livsfarlig lav kroppsvekt på institusjon under frivillig vern, som nå ikke samtykker til psykiatrisk vern, og myndighetene lar denne pasienten gå, blir det en problemstilling om helsemyndighetene har tilbudt tilstrekkelig helsehjelp for at staten ikke skal bryte sin plikt etter EMK art.2. I et slikt tilfelle vil tvangsinnleggelse av pasienten stride med CRPD art.14(1) bokstav B, forutsatt at kun konvensjonsteksten legges til grunn.

Erklæringene er en måte for statene å moderer sine plikter på; Norge ønsker å være en medlemsstat og skrive under på at funksjonshemmede ikke skal diskrimineres, men er ikke enig i at frihetsberøvelse av pasienter med en psykisk sinnslidelse alltid er diskriminerende og i strid med menneskerettighetene. Norge viser her sin autonomi som stat og respekt for lovgivers ønske. Det viser også det paternalistiske synet man har i den norske rettsstaten.⁵⁹

Rettstilstanden på dette punkt må avklares av FN komiteen. Dette kan gjøres ved å enten kodifisere et unntak i konvensjonsteksten eller uttale at de norske tolkningserklæringene aksepteres slik at tvangsvern i nødvendige tilfeller er i tråd med CRPD.

⁵⁹ Paternalisme kommer fra det latinske ordet for far (pater), og betyr detn fadelige omsorg, se Kjønstad, Syse, Kjelland (2017) s.456-457

3.4 Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet

I det følgende skal det gjøres en analyse av hvordan retten til selvbestemmelsen og hensynet til beskyttelse avveies i norsk lovgivning, EMK og CRPD ved vurderingen av om sinnstilstanden til pasienten oppfyller vilkåret for å etablere tvangsvern.

Etter en gjennomgang av rettskildene, særlig rettspraksis, kan det konkluderes at vilkåret ”alvorlig sinnslidelse” også omfatter pasienter med en ikke tradisjonell psykoselidelse. Det ser man i Anoreksidommen⁶⁰ hvor kvinnen ble vurdert til å ikke kunne foreta en ”realistisk vurdering av eget utseende, kroppens vekt og fungering og de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn det som er nødvendig.”⁶¹ Høyesteretts antydning her er at pasienten ikke kan ivareta sin egen helse, og må bli ivaretatt av helsemyndighetene. Domstolen foretar en slik tolkning fordi det er et sterkt behov for beskyttelse. Myndighetene kan ikke tillate at en borger som lider av en alvorlig spiseforstyrrelse dør av avmagring, selv om vedkommende har innsikt i konsekvensen uten å samtykke til behandling.

Lovtolkningen viser at domstolen og forarbeidene vektlegger hensynet til beskyttelse mer enn selvbestemmelse. Et utslag av det ser man i Huleboerdommen⁶², mannens holdninger til livsstil og hygiene var til skade for han, han hadde et behov for beskyttelse og ble derfor ansett å ha en ”alvorlig sinnslidelse”. De to dommene viser effekten av det paternalistiske synet i det norske samfunnet. I domstolens vurdering blir begrepene ”selvbestemmelse”, ”samtykke”, ”frivillig” og ”integritet” kun brukt i forbindelse med henvisning til faktum i saken eller lovbestemmelser. Selv om det fremheves at tvangsvern er et inngripende tiltak, fremkommer det ikke hvor stort inngrep det er i møte med selvbestemmelsesretten. Særlig kommer dette på spissen i tilfeller hvor pasienten har en spiseforstyrrelse og den holdningen og livsstilen pasienten har er rasjonelle. Rettssystemet og samfunnet er dog bygget opp på et paternalistisk syn, og det er ikke bare domstolen som legger større vekt på beskyttelseshensynet.

⁶⁰ Rt-2015-913

⁶¹ Rt-2015-913, avsnitt 42

⁶² Rt-1988-634

Det foreligger et generelt samfunnssyn hvor borgere som ikke kan vurdere sitt eget beste skal ivaretas av samfunnet.⁶³ Myndighetene fratår et menneske retten til å bestemme over egen kropp og skjebne fordi deres livsstil ikke er til det beste for en. Det er satt en standard for hva som anses som en ”normal” livsstil og holdning til livet og helsen. Dersom man ikke faller inn under den kategorien, blir man fratatt retten til selvbestemmelse.

EMK åpner for inngrep og frihetsberøvelse når personens mentale helsetilstand nødvendigvis gjør tvangsvern.⁶⁴ Om dette gjelder spiseforstyrrelser eller andre psykiske lidelser som ikke kan anses som tradisjonelle psykoser er ikke avklart, men man ser likevel antydninger til vektlegging av beskyttelseshensynet.

I *Kolanis v. Storbritannia* vurderte EMD hvor lenge pasienter kunne underlegges tvangsvern når det var registrert endringer i deres helsetilstand. Domstolen avgjorde at pasienter ikke lenger regnes som sinnslidende når deres mentale helsetilstand har nådd et nivå hvor de i hovedsak klarer å mestre sin daglige livsførsel.⁶⁵ Å meste dagliglivets gjøremål er et vidt utsagn og ikke avklarende for vekten av beskyttelseshensynet i forhold til selvbestemmelse i tvangsvern overfor pasientgruppen med spiseforstyrrelser, men det gir en antydning om at det er et tungtveiende hensyn. Likevel ser man i *Winterwerpdommen*⁶⁶ at atypisk atferd og holdninger ikke er nok for at en skal anses som sinnslidende. Hva atypisk atferd og holdninger innebærer er det ikke redegjort for. Vurdert ut fra faktum i *Huleboerdommen* og *Anoreksidommen* kan det tenkes at den mentale helsetilstanden hos pasienten i *Huleboerdommen* etter EMDs syn ikke er alvorlig nok på grunn av manglende konkret psykisk lidelse, mens det hos pasienten i *Anoreksidommen* faktisk foreligger en psykisk lidelse.

Statene har i tilfeller av tvangsvern overfor psykisk lidende pasienter vid skjønnsmargin. For å belyse dette kan et slikt inngrep sammenlignes med inngrep fra myndighetene i barnevernsaker. *Herczegfalvy v. Østerrike* gjaldt en pasient som var underlagt psykiatrisk tvangsvern, herunder bundet fast og tvangsmedisinert, i en lenger periode. Dette var et legitimert inngrep og staten ble frifunnet av EMD. *Adele Johansen v. Norge* var en barnevernssak hvor staten

⁶³ LB-2015-13924 nest siste avsnitt

⁶⁴ EMK art.5 nr. 1 bokstav e jf. ”person of unsound mind”

⁶⁵ *Kolanis v. Storbritannia* avsnitt 69., Bertelsen (2011) s.119-120

⁶⁶ *Winterwerp v. Nederland* avsnitt 37

hadde overtatt omsorgen for barnet i strid med retten til privatliv.⁶⁷ Klager fikk medhold og Norge ble dømt for brudd på artikkelen. Sakene avspeiler en trend i EMD hvor det foretas en mer detaljert prøving av om foreldres rettigheter er overtrådt i barnevernssaker enn i saker hvor pasienter blir utsatt for integritetskrenkende behandling.⁶⁸ Eksemplene omfatter fratakelse av selvbestemmelsesrett, i det ene tilfellet selvbestemmelsesrett i forhold til personlig psykiatrisk behandling og i det andre tilfellet i familielivet. Fratakelse av selvbestemmelsesrett i psykiatrisk tilfelle var legitimert, mens fratakelse av selvbestemmelsesrett i familielivet var et uforholdsmessig inngrep. Ut fra dommene kan det utledes at selvbestemmelsesretten ikke veier like tungt i saker om psykisk tvangvern, noe som må bety at beskyttelseshensynet veier tyngre. Dette viser ikke bare hvor betent og utfordrende temaet er å regulere, men også den paternalistiske holdningen i større grad fremtrer når borgere har psykiske lidelser.

CRPD vektlegger hensynene annerledes, hvor retten til selvbestemmelse og ens integritet tyngre enn beskyttelse og behov for behandling. Dette fremkommer ikke av praksis da FN komiteen⁶⁹ på nåværende tidspunkt ikke har behandlet klagesaker om tvangvern i psykiatrien. Avveiningen kan likevel trekkes ut av konvensjonens formål og natur. CRPD styrker retten til selvbestemmelse og vektleggingen av det som hensyns plass i rettssystemet. Konvensjonen skaper en balanse i avveiningen når EMK og nasjonal lovgivning veier beskyttelse tyngst.

Det er mulig å spor av konvensjonens påvirkning i norsk rett, for eksempel den siste lovendringen av phvl. i 2017. Disse sporene på tross av at det er uklart om CRPD og nasjonal lovgivning er i harmoni, særlig på grunn av tolkningserklæringene og manglende signering av tilleggsprotokollen om individuell klagerett ved anført konvensjonsbrudd. Det er vanskelig å se hvordan konvensjonen skal ha en innvirkning på avveiningen av hensynene i nasjonal lovgivning når tvangvern på grunn av en sinnslidelse er et konvensjonsbrudd. Som følge av det sterke paternalistiske synet i norsk rett og påvirkningen gjennom EMK er det nærliggende å anta at konvensjonen i det meste laget vil medføre at selvbestemmelsesretten fremheves i vur-

⁶⁷ EMK art.8

⁶⁸ Kjønstad, Syse, Kjelland (2017) s.469

⁶⁹ Committee on the right of persons with disabilities, selvstendig organ som kontrollerer at konvensjonens følges og behandler individklager

deringen, men fortsatt må vike for beskyttelseshensynet ved avveiningen. Dog blir dette kun spekulering da rettstilstanden er uavklart.

4 Behandlingens betydning

4.1 Innledning

Behandling av den psykiske lidelsen reiser to sentrale rettslige problemstillinger. For det første har behandling betydning for etablering av tvangsvern, og for det andre for hvordan behandling kan anses som tortur ved allerede etablert tvangsvern. Det innebærer at behandling er aktuell både som et inngangsvilkår for etablering og som en skranke for brudd på menneskerettighetene. I det følgende vil den første problemstillingen om behandling som inngangsvilkår etter nasjonal og internasjonal rett drøftes. I tilknytning til den første av behandlingsproblemstillingen vil jeg foreta en drøftelse av hvordan beskyttelse og selvbestemmelse avveies i de ulike regelsettene. Denne avveiningen kommer ikke på samme måte til uttrykk i drøftelsen av torturforbudets betydning som skranke, fordi vi da står overfor situasjoner der verken beskyttelse eller selvbestemmelse har skjedd. Tvert i mot har det funnet sted tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Jeg velger likevel å drøfte den andre behandlingsproblemstillingen fordi det viser konvensjonens betydning som skranke i møte med avhandlingens tema.

4.2 Behandling som inngangsvilkår

4.2.1 Nasjonal lovgivning

Phvl. §3-3 første ledd nr.3 har to alternative tilleggsvilkår som må foreligge på grunn av den alvorlige sinnslidelsen. Det første vilkåret er at pasienten 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."* jf. bokstav a. Dette tilleggsvilkåret er kalt behandlingstvilkåret. Det alternative tilleggsvilkåret er at pasienten utgjør en *"nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse."* jf. bokstav b., kalt farevilkåret. I min avhandling skal behandlingstvilkåret behandles mer omfattende enn farevilkåret. Grunnen til det er at tvangsinnleggelse av pasienter med spiseforstyrrelser hvor behandlingskriteriet

anses oppfylt, er mer problematisk. Tilleggsvilkårene skal belyses i forhold til teamet gjennom en nasjonal praksis.

Behandlingsvilkåret har to alternative vilkår, forbedringsalternativet eller forverringsalternativet. Begge alternativene må vurderes ut fra hvilket helse- og behandlingstilbud institusjonen kan tilby. Behandlingen pasienten kan få uten å bli tvangsinnlagt, må sammenlignes med behandlingen pasienten får ved tvangsinnleggelse. Det må forventes at behandlingen under tvungent vern gir et klart bedre resultat enn behandling utenfor tvang. Det medisinske aspektet i vurderingen kreves at den foretas av faglig kyndige.⁷⁰

Forbedringsalternativet fremkommer av phvl. §3-3 først ledd nr.3 bokstav a første komma, og krever at utsikten til forbedring i betydelig grad blir redusert uten tvungen psykisk helsevern. Ordlyden i begrepet "*vesentlig bedring*" skal ifølge Helsedirektoratets rundskriv forstås slik at det kreves at pasientens tilstand blir merkbart bedre.⁷¹ "*I betydelig grad redusert*" skal forstås slik at fravær av behandling vil medføre en reduksjon i utsiktene til bedring som vil få merkbare konsekvenser for pasienten.⁷² Ordlydstolkningen tilsier høy terskel for tvangsinnleggelse på bakgrunn av forbedringsalternativet.

Forverringsalternativet fremkommer av bestemmelsens bokstav a etter komma. Alternativet forutsetter at pasienten i "*meget nær framtid*" vil få sin tilstand "*vesentlig forverret*", i tillegg må det være "*stor sannsynlighet*" for at denne vesentlige forverringen inntreffer i meget nær framtid. Kravet er mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Kravet til vesentlig forverret innebærer at pasienten uten tvungen behandling vil få store konsekvenser av den alvorlige sinnslidelsen.⁷³ Tidsaspektet ble i forarbeidene antydning til to måneder frem i tid,⁷⁴ men er modifisert gjennom rettspraksis.⁷⁵

⁷⁰ Kjøenstad, Syse, Kjelland, (2017) s. 491

⁷¹ Helsedirektoratet (2012), s.38

⁷² Helsedirektoratet (2012), s.38

⁷³ Helsedirektoratet (2012) s.38

⁷⁴ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s.80

⁷⁵ Se Rt.2001 s.752 hvor Høyesterett ikke ønsket å fastsette en spesifikk tidsgrense, men la til grunn at det ikke åpnes for noe særlig lengre enn 2 måneder. Rt.2014 s.801 og HR-2016-01286-A, har utvidet tidsperioden til 3 til 4 måneder.

Farevilkåret har to alternativer, pasienten må utgjøre en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Fare for materielle verdier faller dermed utenfor. Det første alternativet hjemler tvangsinnleggelse av hensyn til pasienten selv, mens det andre alternativet verner samfunnshensyn. Vilkåret forutsetter at det er årsakssammenheng mellom den alvorlige sinnslidelsen og faren som foreligger. Kriteriene i loven må vurderes konkret i hvert tilfelle. Loven krever at faren har et kvalifisert skadepotensiale, jf. ordlyden ”alvorlig”. Fare for ”eget liv” innebærer selvmord eller påføring av fysisk, livstruende skade på egen kropp eller fare for at vedkommende blir så sterkt psykisk skadet av manglende behandling at pasienten lider overlast slik at det da foreligger alvorlig fare for eget liv eller helse.⁷⁶

I Anoreksidommen var fare for pasientens vektnedgang et sentralt moment for vurderingen av om behandlingstvilkåret var oppfylt. I avsnitt 56 uttalte førstvoterende med tilslutning av de øvrige dommerne at *”Dersom A overføres til frivillig behandling, må jeg ut fra hennes sykehistorie og de sakkyndiges uttalelser legge til grunn at hun, som tidligere, nærmest umiddelbart vil redusere næringsinntaket og raskt gå ytterligere ned i vekt. Vilkåret i psykisk helsevernloven §3-3 nr.3 bokstav a er således oppfylt”*. Det var nødvendig å beskytte kvinnen mot hennes manglende realitetsvurdering av for lavt næringsinntak, og Høyesterett valgte å ikke drøfte behandlingstvilkåret mer omfattende. Tvangsbehandling med hjemmel i behandlingstvilkåret kan ses på som en form for individuell paternalisme da det offentlige griper inn i den private sfære av hensyn til borgeren selv.⁷⁷ Høyesterett adresserer ikke de øvrige aspektene ved vilkåret, herunder tidsaspektet og den tilbudte eller planlagte behandlingen. Hva slags behandling som tilbys og hva slags innvirkning den vil få for pasienten vil være en faglig vurdering. Likevel oppstiller loven et juridisk vilkår om at det skal være en årsakssammenheng mellom den alvorlige psykiske lidelsen og den nødvendige behandlingen, hvor det er en forutsetning at behandlingen bør være passende for den lidelsen. Når det er et så inngripende tiltak som prøves av domstolen, er det nærliggende å forvente en mer omfattende drøftelse av behandlingskriteriet.

LF-2013-69547 gjaldt krav om utskrivning fra tvungent psykisk helsevern av en pasient med spiseforstyrrelse. Lagmannsrettens flertall anså det slik at både bedrings – og forverringsalternativet som oppfylt. Flertallet viser til at mestrings- og realitetsvurderingen vil bli bedret der-

⁷⁶ Helsedirektoratet (2012) s.39

⁷⁷ Kjørstad, Syse, Kjelland, (2017) s. 461

som pasienten tvangsbehandles, uten dette vil hun igangsette tiltak som medfører vektnedgang. Videre vises det til at manglende medikasjon og oppfølging vil redusere innsikt av egen helse. I lagmannsrettens dom, i motsetning til Høyesterett, vises det til flere tiltak og forhold som kan ha innvirkning på den psykiske grunnlidelsen, og ikke bare til vektoppgang. Det vises blant annet til at manglende behandling vil påvirke hennes mestring – og realitetsvurderingsevne. Likevel er det sentrale at det foreligger en reell fare for vekttap og det sies ingenting om psykiatrisk behandling, bortsett fra at det tas et medikament.

LB-2015-13924 gjaldt også krav om utskrivning fra tvungent psykisk helsevern av en pasient med livstruende anoreksi som en av mange mentale lidelser. Lagmannsretten kom frem til at både tilleggsvilkår bedringsvilkåret og farevilkåret var oppfylt. Derimot er de i tvil om det kan sies at forbedringsalternativet er oppfylt: *”Derimot er lagmannsretten i tvil om det kan sies at en utskrivning av A vil føre til at utsikten til vesentlig bedring av hennes lidelse i vesentlig grad reduseres. Det som kan konstateres, er at sykehuset frem til nå ikke har lyktes i å behandle hennes psykiske lidelser.”* Uttalelsen kan antyde at retten mener at forbedringsalternativet ikke alltid er oppfylt dersom tilbudt behandling reelt sett har positiv virkning på grunnlidelsen. Lagmannsretten adresserer sammenhengen mellom den psykiske grunnlidelsen og forbedringsvilkåret i større grad enn de tidligere nevnte dommene.

Ut fra dommene kan det utledes at de alternative tilleggsvilkårene ikke drøftes omfattende ved tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Når borgere frarøves selvbestemmelsesrett med det formål nødvendig behandling som formål, er det nærliggende å forvente at domstolene forsikrer seg at behandlingen som tilbys er god nok. Spiseforstyrrelser får i hovedsak livstruende fysiske konsekvenser. I første omgang går behandlingen derfor ut på å bedre pasientens fysiske tilstand. Å begrunne behandlingsvilkåret er en utfordring. Det kan spørres om tvangsvern overfor pasientgruppen ikke passer inn under behandlingsvilkåret, og hvorfor domstolen og helsepersonell ikke begrunner tvangsvern med farevilkåret istedenfor.

Lovgiver har gitt uttrykk for at det anses som mer belastende for en pasient å være en fare for seg selv eller andre, enn å ha behov for behandling, slik at faglig ansvarlige av den grunn heller sier at behandlingsvilkåret anses som oppfylt og ikke farevilkåret.⁷⁸ Tvangsvern er allerede

⁷⁸ Prp. 147.L (2015-2016) s.25

et svært inngripende tiltak, og det er usannsynlig at inngrepet oppfattes som mindre belastende ut fra hvilket vilkår som brukes. Det kan tenkes at en kort og begrenset redegjørelse av behandlingstvilkåret anses som mer belastende for både pasienten og pårørende, enn hva den faktiske begrunnelsen kalles. Videre kan det danne et dårligere grunnlag for domstolen ved en eventuell ankebehandling. Hvis det skulle ha en betydning for pasienten, vil jeg påstå at det er juridisk feil å begrunne tvangsvern med et vilkår som ikke er oppfylt. Alternativet for domstolene er å nevne grunnen til at behandlingstvilkåret brukes fremfor farevilkåret i dommen, men dette vil virke mot sin hensikt, som er å skjerme pasienten for bruk av farevilkåret. Det er nærliggende å anta at det er grunnen til at domstolene velger å fastslå at behandlingstvilkåret er oppfylt uten en omfattende drøftelse og redegjørelse.

For pasienter med spiseforstyrrelser er det nødvendig med næringsinntak for at helsen, særlig fysisk, skal bli bedre. Næringsinntaket og vektoppgang kan hjelpe en pasient med å forstå at det kroppsidealet de har er usunt og livstruende, videre bedre deres evne til en realistisk vurdering. For en pasient med så alvorlig grad av spiseforstyrrelse som kan likestilles med psykose er den akutt nødvendige behandlingen næringsinntak. Pasienten er likevel lagt inn under tvangsbehandling som følge av en psykisk grunnlidelse som krever ytterligere behandling enn kun tvungen næringsinntak. Dette er nødvendig for å bedre den psykiske tilstanden slik at pasienten underlegges minst mulig tvang, for eksempel ved hjelp av terapi. Det kan være at slik behandling tilbys, enten på domstidspunktet eller senere, men dette fremkommer ikke av de nevnte dommene. Det kan leses ut fra faktum at pasienten gir uttrykk for at hun kommer til å begrense næringsinntak og gjennomføre andre tiltak for å gå ned i vekt. Hvilke typer behandling helseinstitusjonen tilbyr eller hvilke tiltak som skal forsøkes for å endre pasientens tankegang verken klargjøres eller vurderes av domstolene. Vilkåret forutsetter at institusjonen er i stand til å tilby hver pasient passende behandling, jf. pvhl. §3-3 første ledd nr. 5. Om pasienter med spiseforstyrrelser tilbys passende behandling for den psykiske lidelsen, med det formål å begrense tvangsbehandlingen, prøves ikke av Høyesterett og lagmannsrettene i de nevnte dommene. Dette verken anføres eller kommenteres av partene, likevel har domstolene full prøvelsesrett i behandling av slike saker. At dette ikke nevnes eller prøves av viser hvor sterkt beskyttelseshensynet står i norsk rett.

4.2.2 Menneskerettighetene

4.2.2.1 EMK

Tvangsbehandling med hjemmel i behandlingsvilkåret kan ses på som en form for individuell paternalisme da det offentlige griper inn i den private sfære av hensyn til borgeren selv.⁷⁹ EMK har ingen parallell til tilleggsvilkårene for frihetsberøvelse og tvangsvern av psykisk lidende.⁸⁰ Norske rettsregler regulerer på dette punkt tvangsvern mer detaljert enn EMK. Det kan likevel ut fra EMDs tolkning av vilkåret innfortolkes et krav om årsakssammenheng mellom den psykiske lidelsen og behovet for behandling.⁸¹

EMD har ikke gitt en omfattende redegjørelse av kravet til årsakssammenheng mellom den psykiske lidelsen og behovet for behandling. Domstolen viser kun til at pasienten på det aktuelle tidspunktet hadde behov for behandling. Avgjørelsen er basert på en medisinsk vurdering. Dette kan man se i for eksempel Winterwerp dommens avsnitt 41, hvor domstolen viser til pasientens lidelser og i avsnitt 43 konkluderer med at frihetsberøvelse var i tråd med EMK art. 5 nr. 1 bokstav e. På dette punkt er det lite konkret å hente ut fra EMK og EMD.

EMK operer ikke med noen tilleggsvilkår og legger avgjørende vekt på det som etter en medisinsk vurdering er nødvendig, samtidig som det er antydninger til et krav om årsakssammenheng mellom den psykiske lidelsen og behandlingen pasienten får ved tvangsvern. Den samme problemstillingen som eksisterer under nasjonal lovgivning kan gjøres gjeldende under EMK. Det kan spørres hvordan stiller det seg når behandlingen ikke er av den psykiske lidelsen, men av pasientens fysiske tilstand.

Problemstillingen vil ha betydning for tidspunktet etter etablering av tvangsvern også, men som inngangsvilkår er det ikke avklart av EMD. Ut fra redegjørelsen basert på traktattolkning og praksis kan det utledes at beskyttelseshensynet står betydelig sterkt. Når statene er gitt en vid skjønnsmargin på rettsområde, vil det være overraskende om tvangsvernet anses som stridende mot EMK. Det at den egentlige begrunnelsen, farevilkåret i norsk lovgivning, unngås

⁷⁹ Kjøenstad, Syse, Kjelland, (2017) s. 461

⁸⁰ EMK art. 5 nr 1 bokstav e

⁸¹ Winterwerp v. Nederland avsnitt 39, Varbanov v. Bulgaria avsnitt 45

av helsepersonell av hensyn til pasienten kan det også stilles spørsmålsteget ved i forhold til EMK. Likevel, når vilkåret er oppfylt og tvangsinngjøringen er i samsvar med loven, vil hva det kalles kun være av symbolsk verdi i forhold til konvensjonen.

4.2.2.2 CRPD

Som utgangspunkt utelukker CRPD inngrep overfor individer på grunn av helse. I forhold til konvensjonen er nødvendig medisinsk behandling ubetydelig som inngangsvilkår.

Konvensjonen skal sikre likestilling mellom funksjonshemmede og andre, og sikre likestilling mellom individer med ulike funksjonsnedsettelse, ifølge art. 12(1). På dette punkt kan behandlingstvilkåret som inngangsvilkår i norsk lovgivning for tvangsbehandling i psykiatrien sammenlignes med behandling av somatiske lidelser. Norsk lovgivning legitimerer ikke tvangsbehandling av pasienter med somatiske lidelser dersom disse ikke samtykker, dermed kan for eksempel kreftpasienter takke nei til cellegiftkur uten at helsepersonell påtvinger pasientgruppen behandling. For pasienter med psykiske lidelser stiller dette seg annerledes da de kan tvangsbehandles med hjemmel i phvl. kapittel 3 og 4. En pasient med spiseforstyrrelser som ikke samtykker til for eksempel terapeutisk behandling og næringsinntak, kan likevel tvinges til behandling. Det er på det rene at dette er en forskjellsbehandling av pasientgruppene med somatiske lidelser og psykiske lidelser, og at nasjonal lovgivning på dette punkt ikke er i harmoni med CRPD. Utover dette har behandling større betydning for vurderingen av om torturbestemmelsen i CRPD er brutt.

4.2.3 Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet

For at behandlingstvilkåret eller farevilkåret i norsk lovgivning skal begrunne tvangsvern forutsettes det at hensynet til beskyttelse veier tyngst ved vurderingen av om vilkårene for tvangsvern er oppfylt, særlig ved bruk av behandlingstvilkåret. Medisinsk behandling påtvinges når den psykisk lidende selv ikke samtykker til det, selvbestemmelseshensynet er nesten lik null. For pasientgruppen med spiseforstyrrelser veier beskyttelseshensynet så tungt at type behandling eller årsakssammenheng mellom den psykiske grunnlidelsen og behandlingen som tilbys ikke engang drøftes av domstolene. Det avgjørende i nasjonal lovgivning er at pasientens kroppsvekt er livstruende lav og må beskyttes mot de handlinger vedkommende påfører seg selv.

Avveiningstrenden ser man resultat av i rettspraksis. I Anoreksidommen er det avgjørende at det er klart at behandling er nødvendig da pasienten har en livstruende lav kroppsvekt. Hvor stort inngrep det gjøres i retten til selvbestemmelse når det offentlige avgjør at behandling og beskyttelse er nødvendig drøftes ikke engang. Ved vurderingen av hvilke tiltak som er nødvendige for et individ vil beskyttelse være avgjørende. Det er på det rene at pasienten har en psykisk lidelse, men hun har en rasjonell holdning om en bestemt livsstil og vil å bestemme over sitt eget liv. Tvangsvern er et svært inngripende tiltak og det må føles svært nedverdiggende for pasienten at ens bestemmelsesrett over eget liv settes til side for samfunnets ønske å beskytte vedkommende.

I den ene dommen fra lagmannsretten⁸² antydes det at behandlingstvilkåret ikke alltid er oppfylt og beskyttelse ikke alltid er avgjørende dersom behandlingen frem til domsavsigelsestidspunktet ikke har hjulpet pasientens helsetilstand. Spenningen mellom beskyttelse og selvbestemmelse drøftes ikke ytterligere, men at spenningen eksisterer, markeres. Likevel veier beskyttelseshensynet tyngre, fordi at institusjonen på domstidspunktet ennå ikke hadde klart å behandle pasienten på en slik måte at hun hadde blitt bedre, medførte ikke utskriving. Dommen berører et tidsaspekt ved behandlingstvilkåret som ikke drøftes eller avklares, nemlig hvor lenge en pasient kan underlegges tvang begrunnet med behandlingstvilkåret dersom behandlingstidspunktet ikke kan tilby passende behandling, med andre ord hvor lenge beskyttelseshensynet skal veie tyngre enn selvbestemmelsesretten. Hvor lang tid behandlingstidspunktet skal få forsøke tvangsbehandling er et moment som vil ha betydning for om norsk lov er i samsvar med internasjonale forpliktelser. For lang tvangsbehandling kan medføre at behandlingen passerer den aksepterte inngrepsnivå og regnes som tortur. Det kan her også trekkes en parallell til behandling av somatiske lidelser; når en kreftpasient ikke vil ha behandling, respekteres individets valg og beskyttelseshensynet medfører ikke at vedkommende påtvinges cellegiftkur. Når lovgiver og domstolene åpner for at psykisk lidende pasienter kan fratras selvbestemmelsesretten dersom det er nødvendig med behandling, må de også avklare hvor lenge selvbestemmelsesretten kan tilsidesettes i de tilfeller behandling ikke hjelper.

⁸² LB-2015-13924

Beskyttelsehensynet i norsk rett står så sterkt at det ved skjønnsmessige helhetsvurderinger er klart hva som er løsningen dersom det foreligger fare for liv eller helse. Synet er oppsummert av en rettskraftig⁸³ dom fra Borgarting lagmannsrett i 2015:

*”Vårt samfunnssyn er bygget på at psykiatriske pasienter som er så alvorlig syke at de ikke har forutsetninger for å vurdere sitt eget beste, skal tas vare på og beskyttes så langt det er mulig. Ved somatiske lidelser som i løpet av kort tid vil føre til døden uansett, kan legene avslutte behandlingen. Noen tilsvarende regler for psykisk syke pasienter har vi ikke, selv om det er nærliggende å fortolke en tilsvarende vurdering inn i den helhetsvurdering som psykisk helsevernloven § 3-3 første ledd nr. 6 gir anvisning på. Det kan reises spørsmål om det i alle tilfeller skal anses bedre for en pasient å leve under et belastende regime, enn å dø.”*⁸⁴

Med siste setning i det siterte avsnittet setter lagmannsretten spørsmål ved beskyttelsehensynets gjennomslag. Det viser spenningen mellom selvbestemmelsesretten og beskyttelse under et belastende regime, men i hvilke tilfeller det er aktuelt å legge større vekt på selvbestemmelsesretten drøftes ikke.

Ved vurderingen av om tvangsvern kan benyttes henviser EMD til det medisinske prinsipp – det vil si at inngrep kan gjøres så lenge medisinsk kyndige kan konstatere at behandling er nødvendig. Det betyr at hensynet til beskyttelse trumfer ikke bare selvbestemmelse, men også alle andre hensyn som måtte være aktuelle. I dommene som er nevnt for å belyse temaet drøftes ikke retten til selvbestemmelse. Følelsen av nedverdiggende behandling og maktesløshet er typisk for tvangsinnlagte pasienter, men så lenge behandlingen er nødvendig for pasientens helse konstateres ikke brudd på artikkelen. Når individer er under myndighetenes kontroll blir EMD sin oppgave ved vurdering av om menneskerettighetene er overholdt svært viktig.⁸⁵ Likevel foretas det ikke detaljerte og omfattende redegjørelser om individers integritet og selvbestemmelsesrett når tvangsvern ut fra en medisinsk vurdering er nødvendig.

Hensynene selvbestemmelse og beskyttelse har ulikt vekt avhengig av hva slags tvangsinngrep det gjelder og formålet bak tvangsinngrepet. Overordnet kan det utledes at det avveining-

⁸³ HR-2015-1091-U

⁸⁴ LB-2015-13924, nest siste avsnitt

⁸⁵ Herczegfalvy v. Østerrike, avsnitt 79-84.

en er ulik når det vurderes opp mot individer som samtykker til hjelp og behandling, og individer som ikke gjør det. Ved vurderingen av om statene har brutt plikten til å hjelpe ved samtykke til behandling, går domstolene grundigere til verks, for eksempel når et fengslet kvinne lider av en spiseforstyrrelse og ikke får behandling.⁸⁶ EMD har ikke avgjort en sak om hvordan avveiningen av hensynene gjøres ved tvangsvern overfor pasientgruppen med spiseforstyrrelser, likevel kan det forutsettes at tvangsvern vil være i tråd med konvensjonen på bakgrunn av den trenden domstolen har fastsatt. I tilfeller hvor individet, ifølge normalen samfunnet, trenger beskyttelse, veier beskyttelseshensynet betydelig tungt og domstolen anser det ikke som nødvendig å adressere hvor stort inngrep i retten til selvbestemmelse over eget legeme beskyttelsen er.

Nødvendigheten av behandling uten samtykke er irrelevant etter CRPD da tvangsbehandling som følge av en psykisk lidelse i seg selv er i strid med konvensjonen. Et av konvensjonens hovedoppgaver er å verne retten til selvbestemmelse for funksjonshemmede. På dette punkt kan det trekkes paralleller mellom torturbestemmelsene i EMK og CRPD.⁸⁷ Hvor EMK og EMD legger avgjørende vekt på det medisinske prinsipp, er det ut fra CRPDs natur nærliggende å anta at FN komiteens vurdering vil ha en annen innfallsvinkel – nemlig vektlegging av hvor stort inngrep det gjøres i selvbestemmelsesretten. Tiltak og behandling som ikke anses som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK, kan anses som menneskerettsstridig etter CRPD. Særlig vil en slik avveining komme på spissen ved tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser på grunn av lidelsens særegenhet.

Avveiningen i CRPD i forhold til norsk rett vil tidsaspektet være av betydning ved vurderingen av om det gjøres så stort inngrep i selvbestemmelsesretten at det må anses som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Et av momentene ved avveiningen er hvor lenge det kontroversielle tiltaket har pågått. Det er ingen fastsatt tidsgrense for hvor lenge behandling som ikke hjelper kan underbygge tvang. At problemstillingen forsiktig nevnes i LB-2015-13924 viser det at det også er et moment som har vært tatt opp nasjonalt, men at beskyttelseshensynet går lenger. Ifølge CRPD vil for lang utilstrekkelig behandling og beskyttelse kunne utgjøre et brudd på CRPD art.15.

⁸⁶ Raffray Taddei v. Frankrike

⁸⁷ EMK art. 3 og CRPD art. 15

Ved vurderingen av om behandlingens vilkår i norsk rett er oppfylt eller om behandling er nødvendig i etter internasjonale kilder ser man at norsk rett og EMK vektlegger beskyttelseshensynet betydelig og avgjørende vekt. CRPDs artikler og tolkningen av disse forutsetter å vektlegge selvbestemmelseshensynet mer.

4.3 Torturforbudet som skranke

4.3.1 EMK

Ved tidspunktet etter at tvangsvern er etablert har behandling av den psykiske lidelsen betydning for vurdering av om det foreligger brudd på det absolutte vernet mot tortur og nedverdiggende behandling i EMK art.3.

Art.3 lyder slik: *"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."* Statene kan ikke fravike artikkelen ved derogasjon. Artikkelen er generell og bygger på at det gjøres en konkret vurdering av enhver situasjon en person anser belastende. Hovedspørsmålet i saken er om den smerte eller belastning individet er påført er alvorlig nok til å falle innenfor artikkelens virkeområde.⁸⁸ EMD har formulert et generelt krav om at en handling må ha overskredet en viss alvorlighetsgrad gjennom sin virkning og/eller tilknyttede omstendigheter før smertesituasjonen vil falle innenfor artikkelens virkeområde.⁸⁹

EMD har gitt nærmere definisjoner av hva de ulike mishandlingsformene i ordlyden tilsier. *"Torture"* anses oppfylt dersom det foreligger mer alvorlig grad eller større omfang av smerte enn ved *"inhuman"* og *"degrading treatment"*.⁹⁰ *"Inhuman"* og *"degrading treatment"* skiller seg med hensyn til den belastningen personen påføres.⁹¹ EMD fastslår at det vil foreligge umenneskelig behandling i tilfeller hvor smerteforvoldelsen *"har skjedd med overlegg, forvoldelsen strakte seg over flere timer i sammenheng og forårsaket enten en skade på legemet eller en intens fysisk eller psykisk lidelse."*⁹² En nedverdiggende handling er en handling som er egnet til å skape *"en følelse av frykt, angst og mindreverdighet på en måte som kan virke*

⁸⁸ Bertelsen (2011), s. 66

⁸⁹ Kudla v. Polen, avsnitt 92.

⁹⁰ Aydin v. Tyrkia avsnitt 82.

⁹¹ Bertelsen, s.68

⁹² Kudla v. Polen, avsnitt 92. Jf. Kjønsstad, Syse, Kjelland, (2017) s. 461

ydmykende eller fornedrende”⁹³ Det er særlig det siste alternativet om nedverdiggende behandling som er aktuelt ved tvungent psykisk helsevern. Majoriteten av saker i EMD knyttet til art.3 som omhandler psykisk lidende individer gjelder straffedømte eller varetektsfengslede manglende tilbud på behandling eller deres egnethet til soning.⁹⁴

Ved tvangsbruk i psykiatrien skjerpes kravene til myndighetenes kontroll av at pasientenes rettigheter etter konvensjonen respekteres,⁹⁵ men det skal likevel mye til for at tvangstiltakene skal anses som brudd på art.3 dersom de bygger på en forsvarlig medisinsk vurdering. I EMD dom *Herczegfalvy v. Østerrike*⁹⁶ gikk den medisinske behandlingen ut på blant annet tvungen næringsinntak, medisiner, isolering og festing med håndjern til sikkerhetsseng. Behandlingen ble ansett som ”brutal”, men det medisinske prinsippet ble ansett som avgjørende. Som generell regel kan utledes at et tiltak som er medisinsk nødvendig ikke anses som umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I de øvrige dommene fra EMD som er nevnt i avhandlingen henvises det kort til en legeuttalelse hvor det fremkommer at behandling er nødvendig, og domstolen sier seg enig i denne.⁹⁷ Når domstolen i *Herczegfalvy v. Østerrike* anså tvungen næringsinntak som del av den nødvendige, medisinske behandlingen overfor en pasient med en annen lidelse enn spiseforstyrrelser som et legitimt inngrep, kan det antas at det skal svært mye til for å anse tvangsbehandling av pasienter med spiseforstyrrelser som stridende mot konvensjonen.

Når tvangsvernet gjelder en pasientgruppe som er psykotisk og mangler en realistisk vurdering av omverdenen, er det nærliggende å anta at det er høyere terskel for vedkommende å innse hvordan de er fratatt selvbestemmelsesrett eller at behandlingen de utsettes for er nedverdiggende. Derimot stiller dette seg annerledes for pasientgrupper som ikke har en tradisjonell psykose, men en psykisk lidelse som er livstruende, herunder pasienter med spiseforstyrrelser. Pasientgruppen har rasjonelle tanker og holdninger, de vet hva konsekvensene av deres handlinger – å begrense næringsinntak til et svært lavt nivå– vil være. Det er da vanskelig å se hvordan tvungen næringsinntak, noen ganger når pasienten er bundet fast i reimer eller intravenøst, ikke skal anses som nedverdiggende behandling. Når EMD likevel har fastsatt en trend

⁹³ *Kudla v. Polen*, avsnitt 92.

⁹⁴ Se blant annet *M.S v. Storbritannia, L.B. v. Belgia, G.V. v. Frankrike, Claes v. Belgia*,

⁹⁵ *Herczegfalvy v. Østerrike*, avsnitt 82.

⁹⁶ *Herczegfalvy v. Østerrike*, avsnitt 79-84.

⁹⁷ Bl.a. *H.M. v. Sveits* dissens 1 side 14 pkt. (a).

hvor medisinsk nødvendig behandling ikke kan anses som brudd på art.3., er det vanskelig å si at tvangsvern er stridende mot konvensjonen.

At tvangsbehandling av pasienter med spiseforstyrrelser ikke er rettet mot den psykiske lidelsen, men for å forbedre pasientens fysiske tilstand, kan også være et moment ved vurderingen av om behandlingen er nedverdiggende eller umenneskelig. Til en sak om tvangsvern overfor pasientgruppen er avgjort av EMD, kan det ikke med sikkerhet sies om tvangsvernet er i tråd med konvensjonen eller ikke. Det som kan fastslås er at hvor sterkt beskyttelseshensynet står på nåværende tidspunkt.

4.3.2 CRPD

CRPD art. 15 første punktum hjemler konvensjonens forbud mot tortur og nedverdiggende behandling. Artikkelen lyder slik: *"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment"*

Konvensjonen definerer ikke hva *"torture"*, *"cruel, inhuman or degrading treatment"* innebærer, men som veiledning kan en bruke definisjonen FNs torturkonvensjon art. 1.:

"For the purposes of this Convention, the term torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent or incidental to lawful sanctions."

Tina Minkowitz er en amerikansk advokat som selv har vært psykiatrisk pasient. Hun har arbeidet med utarbeidelsen av CRPD og vært opptatt av rettighetene til personer med nedsatt

funksjonsevne.⁹⁸ Ifølge Minkowitz kan tvangsvern i psykiatrien i noen tilfeller anses som tortur etter CAT.⁹⁹

” This can be broken down into the following elements, which will be addressed in turn.

- *Severe physical or mental pain or suffering*
- *Intentionally inflicted*
- *For purposes such as:*
 - o Obtaining information or a confession*

O Punishment

o Intimidation or coercion

o Any reason based on discrimination of any kind

- *By or at the instigation of or with consent or acquiescence of a public official ”*

”Severe physical or mental pain or suffering” avhenger smerten eller lidelsens varighet, metoden det påføres på, konteksten og personlige karakteristikk.¹⁰⁰ Momentene retter seg mot en subjektiv vurdering av hvordan pasienten opplever behandlingen.

For pasienter med spiseforstyrrelser vil tvangsbehandling oppleves som mental smerte eller lidelse, da behandlingen strider mot deres rasjonelle holdning om behandling og livsstil. Tvangsbehandlingen i norsk praksis har i utgangspunktet hatt det formål å øke pasientens kroppsvekt, noe som kan ta lengre tid avhengig av det konkrete tilfellet. På grunn av særegenheten hos den psykiske lidelsen og at behandlingens formål er av fysisk karakter, kan pasientgruppens karakteristikk oppleve behandlingen som særlig smertefull. På bakgrunn av konvensjonens formål og nåværende utforming er det nærliggende å anse tvangsbehandling overfor pasienter med spiseforstyrrelser som i hvert fall *”degrading treatment”*. Inntil en sak om tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser prøves av FN komiteen eller kommenteres særskilt, vil dette kun være spekulering. Behandlingsvilkåret i phvl.§3-3 første ledd nr.3 er et av de punktene i nasjonal lovgivning som må avklares i forhold til CRPD.

⁹⁸ Center for the human rights of users and survivors of psychiatry, (sitert 15.03.18)

⁹⁹ Minkowitz (2006-2007), s.418

¹⁰⁰ Minkowitz (2006-2007), s.418-420

5 Samtykkekompetanse

5.1 Innledning

I psykisk helsevern innebærer samtykkekompetanse evnen til å vurdere og ha innsikt i egen situasjon, slik at pasienter gis retten til å selv avgjøre om de ønsker behandling, uavhengig av hva faglig ansvarlige måtte mene. Etter lovendringen i 2017 er manglende samtykkekompetanse hos pasienten et vilkår for tvungen psykisk helsevern, jf. phvl.§3-3 første ledd nr. 4. Å ha samtykkekompetanse medfører at et individ ikke kan underlegges tvangsvern. Det finnes ulike verktøy faglig ansvarlige bruker for å vurdere om samtykkekompetanse foreligger. Det er fire dimensjoner som finnes i majoriteten av verktøyene; forståelse av relevant informasjon, anerkjennelse av denne informasjonen i den situasjonen man er i, resonnere med relevant informasjon og uttrykke et valg.¹⁰¹ For pasienter med spiseforstyrrelser blir spørsmålet om de forstår alvorligheten i av den psykiske lidelsen, og om de har innsikt i konsekvensene av manglende behandling. Det siste spørsmålet blir av avgjørende betydning.

I den videre fremstillingen skal det redegjøres for samtykkekompetanse i nasjonal lovgivning og deretter i forhold til menneskerettighetene, før det foretas en analyse av avveiningen av selvbestemmelsesretten og beskyttelseshensynet ved vurderingen av om samtykkekompetanse foreligger.

5.2 Nasjonal lovgivning

Innføring av manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvangsvern kom på bakgrunn av lovgivers mål om økt selvbestemmelse og rettssikkerhet ved bruk av tvungent psykisk helsevern. Videre har det vært økt fokus på hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett i helseretten de siste årene.¹⁰² Ønsket om økt selvbestemmelsesrett i psykisk helsevernloven og harmoni med resten av helselovgivningen var en faktor bak innføring av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i phvl.§3-3, og følge en kompetansebasert modell. En kompetansebasert

¹⁰¹ Pedersen (2011), s.4

¹⁰² Prop.147 L (2015-2016) s.23

modell innebærer at tvangsvern ikke kan benyttes overfor enhver pasient som har samtykkekompetanse, og fraværet av kompetansen må foreligge for å iverksette tvangstiltak.¹⁰³

I proposisjonen henviser departementet til forholdet til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) hvor konvensjonen gir et uttrykk for økt fokus på selvbestemmelse og ikke-diskriminering. For at norsk rett skal følge denne utviklingen er det viktig med endringer i tvangskapitlet i phvl. En kompetansebasert modell vil innebære at fokuset overføres fra hvilken diagnose pasienten har til pasientens funksjonsnivå.¹⁰⁴ Det kan spørres hvor stor faktisk betydning det har at norsk rett følger utviklingen i CRPD når det er inngitt tolkningserklæringer som strider mot et av de sentrale artiklene på rettsområde.

Bestemmelsens første ledd henviser til pasient – og brukerrettighetsloven (heretter pbrl.) §4-3, hvor det fastslås at det ikke kan treffes tvangsvedtak ovenfor pasienter med samtykkekompetanse. Under arbeide med lovendringen hadde flere av høringsinstansene, blant annet psykiatriklinikker ved sykehusene, innvendinger mot forslaget. Innvendingene rettet seg spesielt mot praktiske utfordringer og helsemessige og velferdsmessige konsekvenser for alvorlig psykisk syke. I situasjoner hvor tvungent vern kommer på tale kan behovet for helsehjelp være akutt, i tillegg vil det være vanskelig å vurdere samtykkekompetanse med tanke på pasientens psykiske tilstand. Lovgiver har løst dette ved å innføre et unntak i §3-3 første ledd nr.4 annet punktum, hvor kravet om manglende samtykkekompetanse ikke gjelder ved *”nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.”* Departementet mener at når man har dette unntaket, er det vanskelig å legitimere tvungent vern benyttet ovenfor pasienter som motsetter seg behandling og som har samtykkekompetanse.¹⁰⁵ Grunnvilkåret i bestemmelsen er at det må foreligge en alvorlig sinnslidelse som innebærer en manglende realitetsinnsikt og er i en forvirringstilstand. Det er i slike tilfeller det også foreligger kompetansesvikt. Vilkåret medfører et bredere beslutningsgrunnlag og dermed riktigere bruk av et så sterkt inngrep som tvangsbehandling. I følge lovproposisjonen vil det også medføre at helsepersonell gis en sterkere oppfordring til å kartlegge pasientens ønsker og behov, gi riktigere behandling og gjøre

¹⁰³ Prop.147 L (2015-2016) s.23

¹⁰⁴ Prop.147 L (2015-2016) s.24

¹⁰⁵ Prop.147 L (2015-2016) s.24

et sterkt forsøk på å nå frem med frivillig vern. Det vil også medføre bredere vurderingsgrunnlag for jurister og lekfolk i klageorganene.¹⁰⁶

Unntaket om *”nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse”* samsvarer med farevilkåret i nr. 3 i bestemmelsen og samme momenter gjør seg gjeldende. En innvending mot å innføre fravær av samtykkekompetanse som vilkår var at dette kunne medføre økt bruk av farekriteriet. Departementet skriver *”Det er mulig at økt bruk av farevilkåret kan bli en utilsiktet sidevirkning av forslaget, men departementet mener i likhet med utvalgets flertall at en viss økning i bruk av farevilkåret er legitimt i tilfeller der det dreier seg om personer som allerede i dag oppfyller dette vilkåret, men der den faglig ansvarlige velger å bruke behandlingsvilkåret.”*¹⁰⁷ Å innføre manglende samtykkekompetanse som vilkår kan medføre økt bruk av farekriteriet, likevel betyr ikke det en økning av bruk av tvungent vern, men riktigere henvisning fra den konkrete saken til lovens vilkår. Departementets utsagn om at helsepersonell i dag unngår å bruke farekriteriet som begrunnelse fordi det kan oppleves som belastende for pasienten å bli ansett som en livstruende fare, selv når det i utgangspunktet er dette vilkåret som er grunnlag for tvangsvernet. Innvendingene i forarbeidene i forhold til vilkåret om manglende samtykkekompetanse viser til problematikken som ble drøftet under behandlingsvilkåret i forhold til spiseforstyrrelser.

Pbrl.§4-3 annet ledd regulerer manglende samtykkekompetanse i psykisk helsevern. Det fremkommer av bestemmelsen at samtykkekompetanse kan falle helt eller delvis bort hvis pasienten på grunn av *”fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.”* Hvert tilfelle av bortfall skal vurderes konkret med skjønnsmessige og etiske vurderinger. Aktuelle momenter er evnen til å uttrykke valg, evnen til å anerkjenne mulige konsekvenser av behandling eller manglende behandling og evnen til å resonnerer rundt den informasjonen som blir gitt.¹⁰⁸

Det er generelt lite rettspraksis, og på nåværende tidspunkt ingen Høyesterettspraksis, på drøftelse av det nye vilkåret da loven trådte i kraft i september 2017. Det er likevel noen dommer fra lagmannsrettene.

¹⁰⁶ Prop.147 L (2015-2016) s.25

¹⁰⁷ Prop.147 L (2015-2016) s.25

¹⁰⁸ Helsedirektoratet (2015), s.77

I LB-2017-186895 viser lagmannsretten til tingrettens vurdering av samtykkekompetanse etter å ha drøftet grunnvilkåret alvorlig sinnslidelse og tilleggsvilkårene. Tingretten viser til lovendringens fokus på økt selvbestemmelse og mindre tvang i psykiatrien. Tingretten ser hen til et journalnotat fra den faglig ansvarlig og konkluderer med at pasienten mangler samtykkekompetanse fordi vedkommende ikke har innsikt i egen sykdom og ikke ser konsekvensene av manglende behandling. Lagmannsretten er enig med tingretten i den vurderingen. Lagmannsretten viser til den manglende innsikten i sykdommen og konsekvensene av manglende behandling som fremkommer av en oppdatert journal. Samme vurdering tas i LH-2017-17830 og LB-2017-183734. Vurderingsgrunnlaget i dommene er basert på forarbeidene og Helsedirektoratets rundskriv. I en dom fra Borgarting lagmannsrett konkluderes det at pasienten er samtykkekompetent, men dette er ikke bestridt av partene og drøftes ikke i dommen.¹⁰⁹ Manglende samtykkekompetanse i de foreliggende sakene er begrunnet med fravær av innsikt i egen sykdom og konsekvensene av manglende behandling. Det er de samme momentene som begrunner en ikke tradisjonell psykotisk lidelse, for eksempel spiseforstyrrelser, som en ”alvorlig sinnslidelse”. Ut fra nåværende praksis kan man tolke at ved vurderingen av om pasientgruppen skal underlegges tvangsvern, vil drøftelsen av vilkårene ”alvorlig sinnslidelse” og manglende samtykkekompetanse være delvis overlappende. Praksis viser at det er en utvikling i retning av større vekt på selvbestemmelse.

Pasienter som lider av spiseforstyrrelser står, som når det gjelder andre vilkår i loven, i en særstilling når det skal vurderes om de mangler samtykkekompetanse eller ikke. I proposisjonens kapittel 6.2.4.3 er dette særskilt drøftet da manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvungent vern kan føre til at færre pasienter med spiseforstyrrelser kommer inn under tvungent vern.

Hovedvirkningen av lidelsen spiseforstyrrelse er dens store påvirkning på beslutninger om inntak av ernæring og vekt. Å ha skadelige holdninger til næringsinntak må ikke bety at pasienten ikke har innsikt i beslutninger på andre området, og at vedkommende mangler samtykkekompetanse på generelt grunnlag. Likevel mener lovgiver og fagkyndige at pasientens beslutninger er så påvirket av spiseforstyrrelsen at vedkommende bør vurderes til å mangle samtykkekompetanse. At en spiseforstyrrelse er kapabel til å påvirke kompetansen er ikke nok,

¹⁰⁹ LB-2017-115673

det er først når lidelsen er livstruende alvorlig at den kan frata en pasient samtykkekompetansen. Dersom pasienter med alvorlige spiseforstyrrelser har bestemt seg for å ha livstruende lav kroppsvekt skal anses å inneha beslutningskompetanse, vil det etter forholdene koste for mange menneskeliv. Lovgiver har derfor bestemt at pasienter med en slik beslutning om næringsinntak skal anses å mangle beslutningskompetanse.¹¹⁰

Vi ser igjen antydninger i lovtolkningen om at samfunnets beskyttelse av mennesket står sterkt. Individuer som har klare, rasjonelle tanker og innsikt i konsekvensene av disse, blir fratatt deres stemme fordi deres beslutninger er til skade for dem selv. Der samtykkekompetanse mangler blir den absolutte retten til selvbestemmelse erstattet av omsorg fra andre personer. Selvbestemmelseshensynet må atter en gang vike for beskyttelseshensynet.

5.3 Menneskerettighetene

5.3.1 EMK

Det følger ingen krav til samtykkekompetanse i EMK art.5 nr.1, men av EMD praksis fremkommer det at det er et viktig moment. Selv om EMD dommene som nevnes ikke direkte omhandler kjernen av avhandlingens tema, kan det likevel utledes noen generelle betraktninger av disse.

Shtukaturv v. Russland omhandlet en ung gutt, Shtukaturv, som ble innlagt av sin mor som var oppnevnt som verge. Klageren ble ansett å være frivillig innlagt. Klageren fikk ingen informasjon og mente at han ble anholdt på institusjonen ved tvang, ergo frihetsberøvelse stridende med EMK art 5. Om pasientens samtykkekompetanse uttaler domstolen:

”The Court notes in this respect that, indeed, the applicant lacked de jure legal capacity to decide for himself. However, this does not necessarily mean that the applicant was de facto unable to understand his situation. Firstly, the applicant’s own behavior at the time of his confinement proves the contrary. Thus, on several occasions the applicant requested his discharge from hospital, contacted the hospital administration and a lawyer with a view to ob-

¹¹⁰ Prop.147 L (2015-2016) s.26-27

taining his release, and once attempted to escape from the hospital (...) Secondly, it follows from the Court's above conclusions that the findings of the domestic courts on the applicant's mental condition were questionable and quite remote in time (see paragraph 96 above).¹¹¹

In sum, even though the applicant was legally incapable of expressing his opinion, the Court is unable to accept in the circumstances the Government's view that the applicant agreed to his continued stay in the hospital. The Court therefore concludes that the applicant was deprived of his liberty by the authorities within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention."¹¹²

Av det siterte fremkommer det at EMD vektlegger at pasienten fremsto som klar og hadde innsikt i egen situasjon. I det første siterte avsnittet skiller domstolen mellom å ha rettslig handleevne og kapasitet til forståelse av egen tilstand og situasjon. Staten ble dømt for brudd på art.5 da innleggelsen ikke ble ansett som frivillig, selv om klager var umyndiggjort, da han hadde en forståelse av egen situasjon.

Dommen viser at domstolen ikke uten videre aksepterer at et en pasient er umyndiggjort og dermed kan frihetsberøves. Det foretas en selvstendig og konkret vurdering av om pasienten har manglende forståelse eller innsikt av egen situasjon. På dette punkt styrker EMD tvangsinnlagte og umyndiggjorte pasienters selvbestemmelsesrett. Likevel er det ikke gitt at det er slik vurderingen ville ha blitt dersom pasienten tvangsinnlegges etter art. 5 nr. 1 bokstav e. Etter dette alternativet blir vurderingen en annen, nemlig om pasienten er av "unsound mind" og om behandling ut fra et medisinsk prinsipp er nødvendig. Det er ingen vilkår om manglende samtykkekompetanse for tvangsvern av psykisk lidende pasienter. På dette punkt er det to EMK-rettslige spørsmål som begge er relevante. Det skilles mellom umyndiggjorte pasienter med psykisk lidelse og myndige pasienter med psykisk lidelse, eller situasjoner hvor for eksempel et familiemedlem samtykker for pasienten sammenlignet med en situasjon hvor helsepersonell samtykker i at pasienten kan underlegges tvangsvern.

¹¹¹ Shtukurov v. Russland avsnitt 108

¹¹² Shtukurov v. Russland avsnitt 109

5.3.2 CRPD

CRPD art 12 nr. 2 fastslår at også personer med funksjonsnedsettelse skal anses som rettslige subjekter og ha rettslig handleevne. Konvensjonen tolkes restriktivt. Av FN komiteens generelle kommentarer til artikkelens forståelse skal en funksjonsnedsettelse aldri være grunn til at noen frarøves sin rettslige handleevne.¹¹³ Å bli fratatt rettslig handleevne som følge av en diagnose anses alltid som diskriminerende.¹¹⁴ FN komiteen ønsker å endre trenden hvor funksjonshemmede fratras rettslig handleevne til å bygge et system hvor det myndighetene assisterer individet til å samtykke i den grad det er nødvendig på bakgrunn av funksjonsnedsettelsen.¹¹⁵ Tolkningen samsvarer med konvensjonens formål om å likestille individer med nedsatt funksjonsevne med andre individer. Artikkelen må ses i sammenheng med art.25 bokstav d om at helsehjelp skal ytes på bakgrunn av fritt og informert samtykke. Pasienter med spiseforstyrrelser mangler i utgangspunktet dermed ikke samtykkekompetanse etter CRPD art. 12 og tvangsvern av pasientgruppen utgjør i prinsippet et brudd på konvensjonen. Den norske tolkningen av forståelsen er ikke i harmoni med komiteens. For pasienter med spiseforstyrrelser er det diagnosen, dens påvirkning av sinnstilstanden og de konsekvenser den har for pasienter som medfører fratakelse av samtykkekompetanse.

HR-2016-2591-A gjaldt spørsmålet om en psykisk lidende person skulle fratras sin økonomiske handleevne etter vergemålsloven. Dommen er ikke sentral for avhandlingens tema, men Høyesterett drøfter hvordan fratakelse av samtykkekompetanse og rettslig handleevne i norsk lovgivning i forhold til CRPD. I avsnitt 50 fastslår domstolen at individer ikke kan fratras rettslig handleevne etter CRPD art.12. Høyesterett kommer frem til at konvensjonen får begrenset betydning for vurderingen av om rettslig handleevne foreligger på grunn av de norske tolkningserklæringene.¹¹⁶

I tolkningserklæringen erklæringen legitimerer norske myndigheter fratakelse av samtykkekompetanse og rettslig handleevne for å kunne behandle pasienten. Den norske forståelsen innebærer et unntak ut fra et absolutt forbud konvensjonen verner. Det paternalistiske synet i

¹¹³ CRPD – komiteen, General comments (2014) kap I punkt 3

¹¹⁴ CRPD – komiteen, General comments (2014) kap I punkt 9, og punkt 13 hvor det fremkommer at fravær av rettslig handleevne pga. ”unsoundness of mind” anses diskriminerende

¹¹⁵ CRPD – komiteen, General comments (2014) kap II punkt 15

¹¹⁶ HR-2016-2591-A, avsnitt 58

Norge er avgjørende for forståelsen av CRPD, men det medfører at konvensjonen ikke virker etter sitt formål. Konvensjonen verner retten til samtykkekompetanse, uavhengig av mentale lidelser eller nedsettelse. Å innføre et unntak hvor samtykkekompetanse kan fratras ved enkelte tilfeller for å beskytte individer vil medføre at menneskerettsvernet etter konvensjonen svekkes.

5.4 Analyse av avveining av retten til selvbestemmelse og beskyttelseshensynet

Etter lovendringen ble det inntatt et krav om fravær av samtykkekompetanse for at pasienter skulle kunne underlegges tvangsvern for å rette fokus mot økt selvbestemmelsesrett i psykiatrien. Med unntaket om at vilkåret ikke gjelder i tilfeller pasienten utgjør en fare for seg selv eller andre ønsker lovgiver å si at beskyttelseshensynet veier tyngre enn hensynet til selvbestemmelse. Dette ser vi spor av i praksis og i forarbeidene. Beskyttelseshensynet anses å veie så tungt at det særegne mentale lidelser, som spiseforstyrrelser, er særlig adressert i forarbeidene. Når spiseforstyrrelsen er så alvorlig at pasienten ikke klarer å beskytte seg selv, anses vedkommende å mangle samtykkekompetanse.

I de tilfeller hvor pasienten ikke utgjør en fare for seg selv eller andre, blir vurderingen om manglende samtykkekompetanse preget av om pasienten forstår hvor stor skade manglende behandling vil medføre, og samtykker til behandling. Vurderingen er også her bygget opp rundt det tema om pasienten er i stand til å beskytte seg selv og takker ja til den hjelpen som tilbys. I det motsatte tilfellet bestemmer helsepersonell legitimt at pasienten trenger beskyttelse. En kompetansebasert modell i loven er ment å styrke selvbestemmelsesretten ved tvangsvern, men vurderingen av om vilkåret er lagt opp slik at beskyttelseshensynet er et sentralt moment og oftest veier tyngre enn selvbestemmelsesretten.

Det kan også trekkes en parallell til behandling av somatiske lidelser for å belyse temaet; når en kreftpasient ikke ønsker behandling, respekteres individets valg og beskyttelseshensynet medfører ikke at vedkommende påtvinges cellegiftkur. Pasienter med spiseforstyrrelser anses ikke til å være i en god nok psykisk stand til å ta en slik avgjørelse, avgjørelsen tas da for dem av hensyn til dem selv. Beskyttelseshensynet veier tyngre ved tilfeller av psykiske lidelser, for det å ha en annen holdning til livets ukrenkelighet og behandling av eget legeme anses som et rop om hjelp. Det paternalistiske synet viser sitt ansikt også ved denne vurderingen.

Praksis fra EMD viser at beskyttelseshensynet veier tyngre enn selvbestemmelse. Det kan man se ved den ulike vurderingen som foretas når det er umyndiggjorte pasienter som er frihetsberøvet på bakgrunn av gyldig, rettslig samtykke og vurderingen av tvangsvern etter art.5 nr. 1 bokstav e. Individier med psykiske lidelser har ingen selvbestemmelsesrett når helsepersonell anser det som nødvendig med vern, da anses man for syk til å avgjøre om behandling trengs eller ikke. Dersom det samme avveiningen som ved vurdering av frivillig samtykke legges til grunn, om pasienten har forståelse for egen situasjon, vil tvangsvern av pasienter med spiseforstyrrelser anses som brudd da pasientgruppen har forståelse for at deres handlinger medfører livstruende lav kroppsvekt.

Pasienter som er umyndiggjort og for eksempel deres mor samtykker til innleggelse, vil det etter EMDs vurdering regnes som et brudd på EMK art.5. Pasienter som derimot er myndig og fagkyndige mener at pasienten er av "unsound mind" og det er nødvendig med behandling, vil frihetsberøvelse være i samsvar med EMK art.5 nr.1 bokstav e. Dette viser at beskyttelseshensynet veier tyngre enn hensynet til selvbestemmelse i de tilfeller pasienter selv ikke ønsker hjelp når det er fare for deres liv eller alvorlig skade.

CRPD er konvensjonen som veier selvbestemmelsesretten tyngre enn beskyttelseshensynet ved vurderingen av om et individ har samtykkekompetanse. Det fremgår direkte av bestemmelser som artikkel 12 og 25, komiteens generelle kommentarer og konvensjonens formål. FN komiteen anerkjenner eksistensen av problemet om at en nedsatt funksjonsevne også kan ha som konsekvens at individet har manglende kapasitet og kognitiv evne til å ta beslutninger. Likevel er hensynet til selvbestemmelse og individets integritet så tungtveiende at istedenfor at avgjørelser tas på vegne av dem eller tvang benyttes overfor dem, skal myndighetene og omgivelsene bistå vedkommende med å ta en beslutning. Da retten til selvbestemmelse er absolutt i konvensjonen, er det ingen helsetilstand eller behov for beskyttelse som kan anses som alvorlig og prekær nok til å frata et individ samtykkekompetanse.

6 Avsluttende bemerkninger

Etter en gjennomgang av nasjonal lovgivning og EMK, inkludert rettspraksis, kan det konkluderes med at beskyttelseshensynet og det paternalistiske synet veier betydelig tungt ved vurderingen om tvangsvern skal benyttes overfor pasienter med spiseforstyrrelser. Det er ingen

grunn til å anse nasjonal lovgivning og EMK som motstridende på dette rettsområde. CRPD vektlegger hensynene annerledes. Konvensjonen og FN anser retten til selvbestemmelse som mer tungtveiende enn retten til beskyttelse. På dette punkt mener jeg at det er vanskelig å anse CRPD og norsk rett for å være i harmoni, selv om det offisielle syn på nåværende tidspunkt er at slik harmoni eksisterer. Disharmonien har på nåværende tidspunkt ingen praktisk betydning for norske borgere da tilleggsprotokollen om individuell klageadgang ikke er ratifisert av Norge. Hensynet til beskyttelse vil derfor være avgjørende ved tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser inntil rettstilstanden er endret.

Det er flere forhold som er trukket frem i avhandlingen som etter min mening taler for at pasienter med spiseforstyrrelser ikke passer inn i psykisk helsevernlovens system. Først og fremst er det vanskelig å karakteriserer spiseforstyrrelser som en ”alvorlig sinnslidelse” uten å tolke vilkåret svært vidt. Majoriteten av pasienter med spiseforstyrrelser har ikke en fordreid virkelighetsoppfatning, men en forstyrret kroppsoppfatning. Fordreid virkelighetsoppfatning og forstyrret kroppsoppfatning kan ikke være sammenfallende. Videre er det særlig viktig å fremheve behandlingen som tilbys og påtvinges under tvangsvern. Pasientene blir ikke behandlet for en den psykisk lidelse, men de fysiske konsekvensene lidelsen har, og da særlig økning av kroppsvekt. At pasientgruppen har skadelig vurdering av næringsinntak og kroppsvekt innebærer ikke at de mangler innsikt på generelt grunnlag som tilsier at de mangler samtykkekompetanse. Det er på det rene at lovgiver også er klar over dette da de i forarbeidene fremhever at manglende samtykkekompetanse som vilkår kan medføre at færre pasienter med spiseforstyrrelser blir underlagt tvangsvern. For å sørge for at beskyttelseshensynet veier tyngre enn retten til selvbestemmelse, er det en unntakshjemmel i paragrafen og lovgiver har særskilt bestemt at individer med spiseforstyrrelser anses å mangle samtykkekompetanse. Hjemmelen for tvangsvern i phvl. §3-3 første ledd nr. 3 tolkes og reguleres på en slik måte at beskyttelseshensynet trumfer andre foreliggende hensyn i alle tilfeller det foreligger fare for et individs liv eller helse. Bruken av tvangsvern overfor pasienter med spiseforstyrrelser etter bestemmelsen belyser hvor sterkt beskyttelseshensynet står i norsk rett.

Det er generelt begrenset med kunnskap og fokus på behandling av spiseforstyrrelser sammenlignet med andre psykiske lidelser.¹¹⁷ Det finnes eksempler fra virkeligheten hvor tidlige-

¹¹⁷ Cappelen, Riise, Tangen (2018)

re pasienter underlagt tvangsvern på grunn av en spiseforstyrrelse mener de har blitt verre av tvangsbehandlingen,¹¹⁸ tilfeller hvor pasienten mener at de ikke har blitt utredet for den faktiske psykiske lidelsen, men kun for økning av kroppsvekt,¹¹⁹ og tilfeller hvor pasienter på grunn av tvangsbehandling føler de tvangsbehandlingen øker spisevegringen og angsten knyttet til det. Den manglende kunnskapen kan bidra til økt bruk av tvang overfor pasientgruppen og økt fratakelse av selvbestemmelsesrett uten at et faktisk, legitimt formål som oppnås.

Tiltak som benyttes og anses lovlig i tvungen psykisk helsevern, anses ikke lovlig i andre tilfeller. Fastbinding kan brukes som eksempel. I psykiatrien brukes reimer ved sondenæring av pasienter med spiseforstyrrelser, mens i straffeprosessen brukes håndjern på en pågrepet person. Sammenlignet er det strenge regler og håndheving av bruk av håndjern. Det er lavere terskel å anse inngripende tiltak som utføres av helsepersonell for lovlige, enn om det utføres av andre myndighetspersoner, som politimenn.

Det er på det rene at tema, vurderingen og avveiningen av hensynene er veldig vanskelig og har et moralsk preg. Valget står mellom å redd liv ved å frata rett til selvbestemmelse, eller å ivareta rett til selvbestemmelse og la et individ potensielt miste livet eller påføres alvorlige skader. Jeg mener at det er for stort fokus på enten det ene eller det andre i dagens rettssystem. Medisinsk behandling av pasienten må ikke utføres på en slik måte at hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse ikke ivaretas, å ivareta disse hensynene er en del av å forbedre pasientens helsetilstand. Det er et for stort fokus på stille en diagnose, og regulere hvilke virkninger den stilte diagnosen har for pasientens rettigheter. Jeg mener at lovgivers mål å redusere bruken av tvang og øke retten til selvbestemmelse med den siste lovendringen i september 2017, ikke vil oppnås med de endringene som er gjort. For å øke retten til selvbestemmelse vil det være mer passende å gjøre konkrete endringer i lovens prosessregler som pålegger helsepersonell å inkludere pasientene i enda større grad, og legge større vekt på pasientens innspill.

¹¹⁸ Hjort, Helge (2018)

¹¹⁹ ”Jente (19)”, leserinnlegg, (2018)

7 Litteraturliste

Litteratur og juridisk teori

Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 3. utgave, Oslo: Fagbokforlaget 2013

Bertelsen, Thor Ehlers: *EMK kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 1. Utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2011

Degener, Theresia; Minkowitz, Tina, "CRPD and transformativ equality", *International Journal of Law in Context*, 2017, Vol. 13(1) s. 77-86

Ikdahl, Ingunn, Blaker Strand, Vibeke, *Rettigheter i velferdsstaten: Begreper, trenger og teo-rier*, Oslo: Gyldendal, 2016

Kjønstad, Asbjørn., Syse, Aslak., Kjelland, Morten. *Velferdsrett I – Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utgave, Oslo: Gyldendal, 2017

Martin, Wayne, "Human rights and human experience in eating disorders", *The journal of psychosocial studies*, Volum 10, heftenummer 2, oktober 2017, s.111-121

Minkowitz, Tina, "The united nations convention on the rights of persons with disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions". *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, Volum 34:405, S.406-428

Orefellen, Hege. "Selvbestemmelse og frihet på lik linje med andre", NOU 2011:9 - Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern - (NOU-2011-9-3), Helse – og omsorgsdepartementet, 17.06. 2011

Pedersen, Reidar. "Vurdering av beslutningskompetanse", NOU 2011:9 - Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern - (NOU-2011-9-3), Helse – og omsorgsdepartementet, 17.06. 2011

Stavert, Jill, McGregor, Rebecca, "Domestic legislation and international human rights standards: the case of mental health and incapacity", *The international Journal of Human Rights*, 02.01.2018, Vol.22(1), s. 70-89.

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Oslo: Gyldendal, 2017

Syse, Aslak, "Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien", *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, Volum 24 nummer 4, 2006, s.318-342

Syse, Aslak, "Helserettslige dommer siden 1985", *Lov og rett*, 2004 s.387-439, kapittel 3

Wachenfeld, Margaret G, "The Human Rights of the Mentally III i Europe", *Nordic Journal of International Law*, volum 60, 1991, hefte 3/4, s. 109.292

Wildeman, Sheilda, "Protecting Rights and Building Capacities: Challenges to global mental health and policy in light of the convention on the rights of persons with disabilities", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2013, Vol. 41(1), s.48-73

Zinkler, M, Prieb S. "Detention of the mentally ill in Europa: a review", *Acta psychiatric Scandinavica*, 2002, vol. 106(1) s .3-8

Artikler

Cappelen, Sofie, Riise, Julie, Ingrid Tangen (2018), "*Helse-Norge har en stemoderlig holdning til spiseforstyrrelser. Behandlingstilbudet for anoreksi, bulimi og overspising er undervektig*", Aftenposten, https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/71Q7x9/Helse-Norge-har-en-stemoderlig-holdning-til-spiseforstyrrelser-Behandlingstilbudet-for-anoreksi_-bulimi-og-overspising-er-undervektig--Psykologstudenter (sitert 01.04.2018)

Center for the human rights of users and survivors of psychiatry, "*About us*" http://www.chrusp.org/home/about_us "(sitert 05.03.2018)

Departementets sikkerhets – og serviceorganisasjon (DSS), "*Rundskriv*" https://www.regjeringen.no/no/dokument/lover_regler/rundskriv/id1762/ (sitert 01.03.2018)

Engedal, Knut, (2018) "*Demens*", <https://sml.snl.no/demens> (sitert 29.03.18)

European Court of human rights, "*Detention and mental health*", (2017) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_ENG.pdf,(sitert 21.03.2018)

Hjort, Helge ,(2018), "*En tvangsinnlagt anorektiker ble nylig underkastet 10-15 ulike typer tvang og forbud. Er spisevegring sinnssykt?*", Aftenposten, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/m61POp/En-tvangsinnlagt-anorektiker-ble-nylig-underkastet-1015-ulike-typer-tvang-og-forbud-Er-spisevegring-sinnssykt--Helge-Hjort> (sitert 01.04.2018)

"Jente (19 år)", (2018), leserinnlegg "*Spiseforstyrrelser er en psykisk lidelse. Likevel ble jeg friskmeldt da vekten gikk opp*", Aftenposten, <https://www.aftenposten.no/meninger/sid/i/4alxR/Spiseforstyrrelser-er-en-psykisk-lidelse-Likevel-ble-jeg-friskmeldt-da-vekten-gikk-opp> (sitert 01.04.2018)

Malt, Ulrik, (2016), "*Psykiske lidelser*", https://sml.snl.no/psykiske_lidelser, (sitert 25.03.2018)

Moen, Berit Hilde, (2018), ”Spiseforstyrrelser”, <https://sml.snl.no/spiseforstyrrelser>, 20.03.2018 (sitert 25.03.2018)

Rådet for psykisk helse, ”Spiseforstyrrelser” <https://www.psykiskhelse.no/spiseforstyrrelser> (sitert 25.03.2018)

Åsebø, S., Norman, M.G., Daae, E.D., (2016), ”Pasienter bindes fast ulovlig”, VG. <https://www.vg.no/spesial/2016/tvangsprotokollene/1-bindes-fast-ulovlig/>(sitert 25.03.2018)

Lover, forskrifter, retningslinjer og forarbeider

- 1814: Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1999: Lov 2. Juli 1999 nr.62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
- 1999: Lov 2. Juli 1999 nr. 63 Om pasient – og brukerrettigheter (pasient – og brukerrettighetsloven)
- 2010: Lov 26. Mars 2010 nr. 9 om Vergemål
- 2011: Lov 24. Juni 2011 nr. 30 Om kommunale helse – og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven)
- 2011: Forskrift 16. Desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernforskriften)

Helsedirektoratet, Avdeling bioteknologi og helserett, (2015), *IS-2015-8*, 21.04.2015, (sitert 26.02.2018)

Helsedirektoratet, (2012), *IS-2012-9*, november 2012, (sitert 26.02.2018)

Statens Helsetilsyn, (2000), 7-2000, *Alvorlige spiseforstyrrelser – retningslinjer for behandling i spesialhelsetjenesten*, http://legeforeningen.no/PageFiles/1867/httpwww.helsetilsynet.nouploadPublikasjonerutredningsserionalvorlige_spiseforstyrrelser_ik-2714.pdf (sitert 26.02.2018)

NOU 1998:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke

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

Innst.147 L (2016-2017)

Innstilling fra helse – og omsorgskomiteen om endringer i psykisk helsevernloven (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

Ot.prp.nr. 65 (2005-2006)

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

Internasjonale konvensjoner og andre internasjonale rettskilder

EMK The European Convention on Human Rights, Roma 4. November 1950

CAT Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, New York 10.12.1984

CRPD Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 13.12.2006

CRPD/C/GC/1 19.05.2014 United Nations, Committee on the rights of Persons with disabilities, General Comment No.1 (2014)

September 2015 United Nations, Committee on the rights of Persons with disabilities, Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with disabilities

Rettspraksis

Rt.1987 s.1595 Reitegjerdet II

Rt.1988 s.634 Huleboer

Rt.2008 s.1764

Rt.2014 s.807 Enkel Schizofreni

Rt.2015 s.913 Spiseforstyrrelse

HR-2016-1286-A Nær framtid II

HR-2016-2591-A

LF-2013-69547

LB-2015-13924 (ankenektelse HR-2015-1091-U)

LF-2015-14621

LB-2017-186895
LH-2017-179830
LB-2017-183734
LB-2017-115673

Internasjonale dommer

Winterwerp v. The Netherlands
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 24.10.1979

Herczegfalvy v. Austria
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 24.09.1992

Adele Johansen v. Norway
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 07.08.1996

Aydin v. Turkey
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 25.09.1997

Kolanis v. The United Kingdom
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 21.06.2000

Varbanov v. Bulgaria
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 05.10.2000

Kudla v. Poland
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 26.10.2000

H.M. v. Switzerland
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 25.05.2002

Shtukurov v. Russia
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 27.06.2008

Raffray Taddei v. France
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 21.12.2010

Claes v. Belgium
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 10.01.2012

M.S v. The United Kingdom
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 03.05.2012

X. v. Finland
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 03.07.2012

L.B. v. Belgium
The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 02.10.2012

Filmer

Jessica Villerius "Emma wants to live" (Dokumentar, VGTV), 2017