Bjørn Henning Østenstad
Caroline Adolphsen
Eva Naur
Henriette Sinding Aasen (red.)

Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten

FAGBOKFORLAGET

Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten

Bjørn Henning Østenstad
Caroline Adolphsen
Eva Naur
Henriette Sinding Aasen (red.)

Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten

FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved

1. utgave / 1. opplag 2018

ISBN: 978-82-450-3245-1
ISBN (trykt): 978-82-450-1982-7

Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen

Forsidedesign ved forlaget

Spørsmål om denne boken kan rettes til:
Fagbokforlaget
Kanalveien 51
5068 Bergen
Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01
E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no
www.fagbokforlaget.no

Materialet er vernet etter åndsverkloven.
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarfremstilling bare
tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten – en kort innledning til boken

Individets rett til selvbestemmelse over egen kropp er et grunnleggende utgangspunkt både i tradisjonell, nasjonal rett og etter menneskerettighetene. Dette gjelder også i møte med helsepersonell som tilbyr helsehjelp av god kvalitet og ut fra de beste formål. Men hvor langt rekker dette synspunktet? I denne boken drøftes ulike juridiske problemstillinger i skjæringspunktet mellom selvbestemmelse og tvang.

Boken springer ut av seminaraktivitet og faglige diskusjoner om disse grunnleggende spørsmålene over tid i Forskergruppen for helse- og sosialrett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Boken nyter godt av at vi også har knyttet til oss ressurspersoner fra andre institusjoner. Et langvarig norsk-dansk samarbeid mellom forskergruppen og kolleger ved Aarhus Universitet bidrar til komparative perspektiver på tvangsbegrepet. De enkelte bidrag står for forfatterens egen regning, og avspeiler ulike rettslige tilnærminger og et spenn i synet på betydningen av individuell autonomi blant annet i behandlingssituasjoner.

Bidragene kan tematisk tenkes inndelt på ulike måter. Rekkefølgen de er plassert i, er uttrykk for en disponering der vi starter med de mest generelle temaene før mer spesielle spørsmål bringes på banen.

Menneskerettslige problemstillinger er tema i mange av bokens artikler. I Norge og Danmark har sentrale menneskerettighetsdokumenter ulik formell status. I den norske Grunnloven har viktige rettigheter og friheter fått et uttrykk i teksten etter grunnlovsreformen i 2014, inspirert blant annet av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). Høyesterett har klargjort at internasjonal

tolkningspraksis etter slike dokumenter kan være et utgangspunkt når innholdet av grunnlovsvernet skal fastlegges. I tillegg er viktige menneskerettighetskonvensjoner inkorporert i norsk rett etter menneskerettsloven (lov 21. mai 1999 nr. 30). Etter lovens § 3 skal sentrale menneskerettslige konvensjoner ha forrang i tilfelle motstrid med bestemmelser i annen lovgivning. I Danmark er situasjonen en annen. Danmark har ikke innarbeidet de sentrale menneskerettigheter i grunnloven, og grunnloven fortolkes ikke i lys av menneskerettighetene. EMK er gjort til dansk lov, men uten forrang fremfor annen lovgivning. FN-konvensjoner ratifiseres, men inkorporeres normalt ikke. Menneskerettigheter tillegges altså ikke i seg selv noen særlig stor vekt i dansk rett. Konvensjoner som kun ratifiseres står svakere sammenlignet med konvensjoner som i tillegg inkorporeres: I denne sammenheng er det særlig snakk om FN-konvensjonene om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og Barnekonvensjonen, som bare er ratifisert, men ikke er inkorporert i dansk rett. Disse konvensjonene vil således bare i mindre grad ha betydning for vurderingen av gjeldende rett i Danmark.

I bokens første artikkel drøfter *Bjørn Henning Østenstad* utviklingstrekk i det menneskerettslige vernet mot tvang. Det tradisjonelle utgangspunktet har vært en sterkt paternalistisk tilnærming hvor personer med psykiske funksjonshemninger har hatt et svakt vern mot inngrep. Dette har fått sin motreaksjon, og diskusjonen i dag gjelder hvor strengt CRPD skal forstås i denne sammenheng.

I flere av bokens bidrag er spørsmålet om forståelsen av tvangsbegrepet og hvilke implikasjoner dette har, et hovedtema. *Karl Harald Søvig* gir i bokens andre bidrag en oversikt over ulike tvangsbegrep i norsk velferdslovgivning. Han viser at det ikke er tale om ett enhetlig tvangsbegrep, men flere ulikeartede.

Begge de to danske bidragene kan også sies å ha tvangsbegrepet som et dreiepunkt. *Eva Naur* påviser i den tredje artikkelen hvordan man på administrativt nivå i Danmark har blandet inn omsorgsfaglige synsmåter på hva som etter serviceloven skal regnes som tvang eller makt overfor brukere – to begreper som heller ikke i dansk rett har en klar avgrensning. *Caroline Adolphsen* beskriver i bokens fjerde artikkel utviklingen av tvangsbegrepet i relasjon til barn, særlig med utgangspunkt i den danske psykiatriloven. Hun påviser hvordan oppfatningene på dette punkt har svingt, og hvilken betydning dette har hatt for barns rettssikkerhet.

Henriette Sinding Aasen tar i det femte bidraget utgangspunkt i en tingrettsdom om mulig omsorgssvikt i kjølvannet av dødsfallene til to eldre personer

i Oslo. Hun drøfter forholdet mellom det alminnelige forsvarlighetskravet i helsetjenesten og sentrale menneskerettslige krav, herunder betydningen av personens egen holdning til hjelpespørsmålet.

Helseforskning overfor barn og personer uten samtykkekompetanse er rammen for bokens sjette tekst. Her drøfter *Kariann Olsen Salte* forholdet mellom ulike grunnleggende begreper, og presenterer synspunkter på hvilke hensyn som bør være styrende ved avveiningen.

Nina Sofie Lem Samuelsen retter i bokens syvende bidrag fokus mot medisinsk behandling av barn med interkjønn. Hun beskriver trekk i praksis, før og nå, og lanserer viktige synspunkter i lys av sentrale menneskerettslige bestemmelser.

I bokens åttende artikkel drøfter *Alice Kjellevold* pårørendes stilling i saker som involverer tvang. Problemstillingen har forgreininger i mange retninger og er lite utforsket, og forfatteren påviser flere steder uklarheter i lovverket.

I det avsluttende bidraget retter *Jan Fridthjof Bernt* fokus mot et av de mest omstridte tema, selv for denne delen av jussen å være: tvangsmedisinering i psykisk helsevern. Problemstillingen analyseres bredt, og forfatteren markerer en skepsis til grunnlaget for intervensjoner av denne art ut fra det vi i dag vet om effekt og bivirkninger.

Den faglige gjennomgang og kvalitetssikring av tekstene er gjort av redaktørene. For bidragene til Naur og Adolphsen er det i tillegg innhentet ekstern fagfellevurdering i lys av de særlige danske krav til meritterende vitenskapelig publisering. Vitenskapelig assistent Selma Taslaman har bistått i innspurten av bokprosjektet på en utmerket måte, blant annet med utarbeidelse av kilderegister.

Det juridiske fakultet, mars 2018
Bjørn Henning Østenstad (hovedredaktør)
Caroline Adolphsen (redaktør)
Eva Naur (redaktør)
Henriette Sinding Aasen (redaktør)

Innhold

Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk 11
Bjørn Henning Østenstad

Ulike tvangsbegrep i norsk velferdsrett 35
Karl Harald Søvig

Samarbejde eller juridisk bindende samtykke? 57
Eva Naur

Børns ret til personlig frihed i velfærdsretten – fra et dansk perspektiv 79
Caroline Adolphsen

Forsvarlig eldreomsorg? Et kritisk blikk på dom avsagt av Oslo tingrett 105
Henriette Sinding Aasen

Verdikonflikten ved medisinsk og helsefaglig forskning på barn og myndige personer uten samtykkekompetanse 135
Kariann Olsen Salte

Foreldresamtykke som rettslig grunnlag for behandling av barn med interkjønn 165
Nina Sofie Lem Samuelsen

Pårørendeinvolvering i saker om tvang overfor helserettslig myndige 193
Alice Kjellevold

Tvangsmedisinering i psykisk helsevern – virkelighetsforståelse, rettferdiggjøring og rettssikkerhet 227
Jan Fridthjof Bernt

Kilderegister 281

Forfatteromtaler 301

Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk

Bjørn Henning Østenstad

1 Ein menneskerettsleg innfallsvinkel – kva betyr det? 11
2 Tradisjonelt utgangspunkt («tese»): Personar med psykisk funksjonssvikt treng vern mot eigne, ukloke val 13
2.1 Norsk rettsleg pragmatisme: frå strafferettsleg til forvaltningsrettsleg støyping 13
2.2 Mogelege innskrenkingar i EMK-vernet for personar med psykisk funksjonssvikt 14
2.2.1 Innleiing 14
2.2.2 EMD-praksis – hovudbiletet 16
2.2.3 Fridomsrøving etter EMK artikkel 5 17
2.2.4 Koplinga av forholdsmessigvurderinga til kva som er medisinsk nødvendig 18
3 Motreaksjon («antitese»): Lik sjølvbestemmingsrett for alle, alltid 22
3.1 Norsk rettsleg idealisme: ein fargerik allianse 22
3.2 CRPD-konvensjonen og diskusjonen om denne 23
3.2.1 Bakgrunn 23
3.2.2 CRPD-komiteen: Rettsleg handleevne er ein ibuande eigenskap ved mennesket 25
3.2.3 Utfordringar med komiteen si tilnærming 27
4 Syntese: Styrkt sjølvbestemmingsrett og rettstryggleik 30
4.1 Diskusjonsklimaet er endra 30
4.2 Ein kollisjon mellom ulike rettslege tenkjemåtar 31
4.3 Kvar går vegen vidare? 34

1 Ein menneskerettsleg innfallsvinkel – kva betyr det?

Korleis skal samfunnet reagere overfor ein person som – med urette – er overtydd om at slangar og edderkoppar stadig kravlar rundt på kroppen og prøver å trengje inn? Han er livredd, men samstundes avvisande til at opplevinga ikkje er reell. Skal ein her respektere nektinga, eller opne for å påtvinge psykiatrisk

behandling? Om ikkje opplevingane gjev seg raskt, er det mest aktuelle medisinering med antipsykotika som ikkje sjeldan kan gje god hjelp, men som også kan gje alvorlege biverknader, til dømes i form av endra kjensleliv og fedme.

Parallelle problemstillingar reiser seg i møte med enkeltpersonar innanfor andre diagnosegrupper. Det gjeld til dømes der ein person med psykisk utviklingshemming har for vane å grise med avføring slik at sosial kontakt med andre utelukkar seg sjølv. Vedkomande nektar å ta imot hjelp til kroppsvask og byte av klede, og ein maktar ikkje å kome inn i eit betre spor gjennom frivillig baserte tiltak. Resultatet er låg livskvalitet. Vidare kan vi tenkje oss den moderat demente personen som set seg sjølv i fare ved å vandre ute tynnkledd nattestid om vinteren, eller som ikkje lenger greier å ordne seg mat og difor opplever eit raskt vekttap: Er innlegging og tilbakehald i sjukeheim her akseptabelt når vedkomande urokkeleg nektar å ta imot hjelp og tilsyn i heimen? Og kva med den tungt rusavhengige som nok ønskjer å bli rusfri, men som har gitt opp å greie dette?

Grunnleggjande sett er problemstillinga vi står overfor, *kven som skal få bestemme*. Er det personen sjølv, eller er det tenesteapparatet som – føresetnadsvis – meiner å kunne yte god behandling og omsorg? Ein alternativ måte å seie mykje av det same på er at dei to grunnposisjonane – eller motpolane – i verdikonflikten er sjølvbestemmingsrett (autonomi) og paternalisme. Paternalismeomgrepet uttrykkjer ei «vi veit best»-haldning. «Vi» i denne samanheng er særleg helsepersonell/tenesteytarar.[1] Fokuset i dette kapittelet skal avgrensast til der motivasjonen for å bestemme over pasienten/brukaren er kva som er til hans eller hennar *eige* beste: *velferdspaternalisme*. Også ei «vi veit best»-haldning som reflekterer at avgjerande vekt er lagt på generelle samfunnsomsyn eller tredjepersonar sine meir konkrete interesser, kan skildrast i ein paternalismeterminologi.[2] Dei vurderingane som må gjerast då – tidvis i eit grenseland mellom helserett og strafferett –, er likevel så ulike at tematikken blir halden utanfor her.

Bruk av tvang ved yting av helsehjelp reiser vanskelege etiske og juridiske spørsmål, og samstundes er dei etiske og juridiske vurderingane særleg tett

1 Sjå nærare om den medisinske paternalismen i Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling,* Bergen 2000, s. 142–147 med nærare tilvisingar.

2 Sjå Aslak Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», s. 318–342 i *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2006, s. 322.

samanvovne nettopp her. Ein menneskerettsleg innfallsvinkel er difor nærliggjande å søkje til som ei rettesnor for handteringa, ut frå sin sterke etiske appell og sterke stilling i norsk rett. Men kva inneber no det?

I dette bidraget blir fingeren sett på kor ulikearta menneskerettslege tilnærmingar kan vere. Utviklingstrekk skal fokuserast og sjåast i lys av den nasjonale debatten om desse spørsmåla, særleg i Noreg. Teksten er tredelt. Utgangspunktet blir teke i den tradisjonelle tilnærminga – eller «tese» – i punkt 2. Motreaksjonen – antitesen – blir omtalt i punkt 3, medan punkt 4 (syntese) spør kvar vegen går vidare.

Tvangsomgrepet har ikkje noko einsarta innhald i norsk helse- og omsorgslovgjeving – jf. bidraget frå Søvig i denne boka. Teksten tek utgangspunkt i tvang som overvinning av motstand når ikkje anna går fram av samanhengen. Det er her vi finn dei vanskelegaste spørsmåla.

2 Tradisjonelt utgangspunkt («tese»): Personar med psykisk funksjonssvikt treng vern mot eigne, ukloke val

2.1 Norsk rettsleg pragmatisme: frå strafferettsleg til forvaltningsrettsleg støyping

Vi kan operere med fleire mogelege hovudinnfallsvinklar til spørsmålet om bruk av tvang. Desse er uttrykk for posisjonar i den rettsdogmatiske og rettspolitiske debatten. Allereie no skal nemnast at det i det verkelege liv kan tenkjast mange mellomformer eller sjatteringar. Ei typisering er likevel ønskjeleg for å setje tematikken inn i ein større samanheng.

Overordna har vår nasjonale diskusjon om tvang overfor sårbare grupper tradisjonelt vore prega av pragmatisme. I det ligg at ein i stor grad har akseptert – som rimeleg og fornuftig – bruk av tvang og andre inngrep utan gyldig samtykke. Opphavleg var eit *strafferettsleg perspektiv* dominerande. Dette heng saman med at tvang og andre inngrep i sjølvbestemmingsretten over kroppen ofte kjem til uttrykk gjennom faktiske handlingar. Dermed har strafferetten sitt forbod mot visse handlingar tradisjonelt danna eit utgangspunkt for den rettslege vurderinga. Her har ein strekt seg langt for å tolke gjeldande rett på ein måte som tilfredsstiller den praktiske trongen. Med ein slik liberalitet i botn kan trongen for ei særleg lovregulering ved inngrep utover tradisjonelle nødssituasjonar dempast. I alle fall i noko grad. Parallelt har det vore ein stadig diskusjon knytt

til strafferetten si rekkevidd der inngrepet inngår i ein omsorgs- eller behandlingsmessig samanheng, og føremålet slik sett er «godt». Spørsmålet har både gjeldt tolkinga av ulike straffebod si objektive gjerningsside og rekkevidda av objektive straffridomsgrunnar. Her har einskilde til dels gått langt i å utdefinere inngrep i denne typen situasjonar som eit strafferettsleg problem.[3]

Eit *forvaltningsrettsleg perspektiv* kan i utgangspunktet oppfattast som ei vidareutvikling av ei pragmatisk tilnærming. Realisme i synet på kva som er mogeleg å unngå av inngrep er framherskande, som i strafferetten: Ein må ta utgangspunkt i verda slik ho er, ikkje slik ho ideelt sett skulle ha vore. Haldninga til kor langt gjeldande rett kan tøyast, vil likevel vere strengare. Dette heng saman med legalitetsprinsippet som så å seie kjem inn med motsett forteikn. Etter forvaltningsrettsperspektivet vil difor det å få på plass særlege inngrepsheimlar i det omfang det er trong for å gripe inn utover dei tradisjonelle nødssituasjonane, stå sentralt, saman med å sikre at tilfredsstillande rettstryggleiksgarantiar blir etablert.

I takt med aukande grad av rettsleggjering ved bruk av tvang innanfor sosial- og helsetenesta har konturane av eit sjølvstendig forvaltningsrettsleg perspektiv vokse seg sterkare. Dei siste par tiåra har vi difor gjennomlevd eit paradigmeskifte frå ei strafferettsleg til ei forvaltningsrettsleg tilnærming til desse problemstillingane, i alle fall i norsk rett.[4] Denne utviklinga har vore ganske nødvendig også i lys av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).

2.2 Mogelege innskrenkingar i EMK-vernet for personar med psykisk funksjonssvikt

2.2.1 Innleiing

EMK har ei svært sterk stilling i norsk rett. Dette har dels eit formelt grunnlag i menneskerettslova (lov 21. mai 1999 nr. 30) § 3, jf. § 2, som seier at denne konvensjonen ikkje berre gjeld som norsk lov, men også går føre i tilfelle av

3 Sjå generelt om problemstillinga i Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, s. 286–318, Erling Johannes Husabø, *Rett til sjølvvalt livsavslutning?*, Oslo 1994, s. 346–354, Kjell V. Andorsen: «Strafferettslig samtykke», s. 305–475 i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (*TfR*) 1992, s. 345–362, og Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Bergen 1998, s. 49–56, alle med vidare tilvisingar til parallelle diskusjonar i utanlandsk, under dette nordisk, litteratur. I dansk strafferett har uttrykksmåten «materiel atypicitet» vorte brukt om denne tematikken.

4 Sjå nærare Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011, s. 282–292.

motstrid. Til skilnad frå fire andre konvensjonar – FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar (ØSK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettar (SP), FN sin barnekonvensjon (Barnekonvensjonen) og FN sin konvensjon mot diskriminering av kvinner (Kvinnekonvensjonen) – som har den same formelle statusen, har EMK dessutan eit sterkt gjennomføringssystem. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) sin omfattande praksis i individuelle klagesaker har gjeve konvensjonen eit konkret og forpliktande innhald og lagt grunnlaget for ei dynamisk rettsutvikling. Verdien av dette kan ikkje overvurderast all den tid menneskerettslege instrument tradisjonelt har vorte formulerte i vage termar for at flest mogeleg skal kunne slutte seg til dei. Det skal i denne samanheng nemnast at dommar er formelt bindande (art. 46) for dei involverte statar. Dommarane er vidare framståande juristar (artikkel 21), noko som gjer sitt til å styrkje legitimiteten av avgjerdene.

EMK etablerer eit viktig vern for individa sin sjølvbestemmingsrett over kroppen. Føresegner av særleg interesse i ein helserettsleg samanheng er artikkel 3 som set eit absolutt forbod mellom anna mot umenneskeleg og nedverdigande handsaming, artikkel 5 som vernar mot fridomsrøving, og artikkel 8 som vernar retten til privatliv. Dei nemnde artiklane er ulikt utforma. Det er – basert på EMD sin praksis – likevel mogeleg å identifisere nokre fellestrekk.

For det første gjeld det eit krav om at *sakshandsaminga må vere forsvarleg*. Berre i artikkel 5 har dette fått eit uttrykk direkte i konvensjonsteksten. Det same er likevel – på noko ulikt vis – lagt til grunn av EMD både etter artikkel 3 og artikkel 8. Ved fridomsrøving gjeld det i tillegg særlege krav til domstolskontroll.

Vender vi blikket mot det materielle, formulerer to av artiklane positive krav om kva føremål som kan ivaretakast, men på ulik måte. I artikkel 5 er det bokstav e som er mest interessant. Her blir det opna for fridomsrøving:

> «for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants».

Som vi ser, er det meir indirekte føremåla kjem fram, gjennom identifikasjon av persongruppene. Både behandlings- og omsorgsføremål, samt samfunnsvern, blir dekt.[5] I artikkel 8 er ein meir eksplisitt om føremålskravet, som også dekkjer

5 *Stanev v. Bulgaria (2012) (klagesak 36760/06)* avsnitt 146 og 153.

vern av helse («the protection of health»). Etter artikkel 3 blir innfallsvinkelen litt annleis ved at det er absolutte forbod som er formulerte. Her vil likevel føremålet med tiltaket inngå i vurderinga av kva som er umenneskeleg eller nedverdigande behandling.

Så vel etter artikkel 5 som etter artikkel 8 gjeld det eit krav om heimel. Dette dekkjer både heimel etter nasjonal rett og krav om tilstrekkeleg presisjon – og rettstryggleik elles – etter konvensjonen sine sjølvstendige normer. Eit krav om at inngrepet er nødvendig, går uttrykkjeleg fram av EMK artikkel 8 (2). I EMD-praksis er dette formulert på ulikt vis, men at det inneheld ein forholdsmessigstandard, er klart. Etter artikkel 5 er det same fortolka inn i lovskravet, ut frå sikker praksis, men kjem ikkje uttrykkjeleg fram av konvensjonsteksten.

Etter artikkel 3 blir diskusjonen om heimel uaktuell. I staden er det avgjerande kva som utgjer umenneskeleg eller nedverdigande behandling: som det altså gjeld eit absolutt forbod mot. I vurderinga må både føremålet med inngrepet og om det er nødvendig og forholdsmessig, trekkjast inn, nokolunde tilsvarande som etter artikkel 5 og artikkel 8. Sjølv om dette ikkje går klart fram av konvensjonsteksten i artikkel 3, har EMD lagt ei slik forståing til grunn – også i saker på helsefeltet.[6]

I fortsetjinga ville eit tradisjonelt opplegg vere å omtale innhald og praksis knytt til kvar av artiklane for seg. Dette er likevel utenleg når sakstilfanget knytt til temaet tvang ved yting av helsehjelp er svært avgrensa og fragmentert. Det er vidare teikn til at EMD si tilnærming til sjølve saksområdet kan vere vel så viktig når vi skal skildre hovudliner i praksis, som den formelle tilknytinga til artikkel.

2.2.2 EMD-praksis – hovudbiletet

Kva gjeld heimelskrav og krav til sakshandsaminga, synest ikkje praksis i tvangssaker på helsefeltet å skilje seg nemneverdig frå praksis som gjeld andre sivilrettslege inngrep. Inntrykket er at EMD har styrkt vernet av den enkelte borgar, og har utgjort eit viktig korrektiv til nasjonale institusjonar, også med relevans for norsk rett. I *H.L. v. the United Kingdom (2004)*[7] – omtalt i neste punkt – blir det såleis stilt krav om rettsleggjering av innlegging i institusjon av ikkje avgjerdskompetente personar som ikkje viser motstand mot opphaldet. Dette reiser mellom anna spørsmål ved den gjeldande norske modellen ved innlegging

6 *M.S. v. Croatia (2015) (klagesak 75450/12)* avsnitt 110.

7 *(Klagesak 45508/99).*

av personar – særleg med demens – i sjukeheim, jf. pasient- og brukarrettslova (lov 2. juli 1999 nr. 63) § 4-6 andre ledd. Etter denne treng det ikkje fattast noko formelt vedtak slik EMD ser ut til å krevje (avsnitt 120):

> «In particular and most obviously, the Court notes the lack of any formalised admission procedures which indicate who can propose admission, for what reasons and on the basis of what kind of medical and other assessments and conclusions. There is no requirement to fix the exact purpose of admission (for example, for assessment or for treatment) and, consistently, no limits in terms of time, treatment or care attach to that admission. Nor is there any specific provision requiring a continuing clinical assessment of the persistence of a disorder warranting detention. The appointment of a representative of a patient who could make certain objections and applications on his or her behalf is a procedural protection accorded to those committed involuntarily under the 1983 Act and which would be of equal importance for patients who are legally incapacitated and have, as in the present case, extremely limited communication abilities.»

Ei nærare utdjuping av denne problematikken blir det likevel ikkje rom for her.

Vender vi blikket mot dei meir materielle vurderingane, blir biletet eit anna. Heilt overordna støyter vi her på konstruksjonen innebygde innskrenkingar i konvensjonsvernet, ofte omtalt som «inherent restrictions» eller «implied restrictions». Det sentrale i vår samanheng er om eit føreliggjande hjelpebehov kombinert med ei mental svekking i seg sjølv gjer konvensjonsvernet svakare, og det er dette som no skal utdjupast i framhaldet.

2.2.3 Fridomsrøving etter EMK artikkel 5

Etter artikkel 5 utgjer kva som er fridomsrøving («deprived of his liberty»), sjølve inngangsportalen til konvensjonsvernet. Saka *H.M. mot Sveits (2002)*[8] gjaldt ei eldre og mest truleg dement kvinne som vart innlagt i sjukeheim mot sin vilje på grunn av omsorgssvikt. Det interessante i vår samanheng er at EMD i si grunngjeving for å kome til at det ikkje var tale om fridomsrøving, trakk parallellar til situasjonen for barn.[9] Denne dommen har likevel Menneskerettsdomstolen gjort

8 *(Klagesak 39187/98).*

9 *H.M. v. Switzerland (2002)* avsnitt 48.

sitt beste for å redusere betydninga av ved seinare krossvegar. Utviklinga har gått i retning av ei tilnærming til korleis grensene for fridomsrøvingsomgrepet elles blir trekt: Det vil seie med fokus på kor alvorleg inngrepet i rørslefridomen er.[10] Heilt sentral som ein dokumentasjon her er *H.L. v. the United Kingdom (2004)*. Saka gjaldt ein person – mykje truleg utviklingshemma og heilt klart utan avgjerdskompetanse – som var innlagt i psykiatrisk institusjon på frivillig grunnlag. Det viste seg likevel at institusjonen hadde bestemt seg for å gjere om innlegginga til ei tvangsinnlegging dersom vedkomande ville forlate staden. Mykje sitert er denne passasjen (avsnitt 91):

> «[T]he Court considers the key factor in the present case to be that the health care professionals treating and managing the applicant exercised complete and effective control over his care and movements.»

Under slike forhold godtok ikkje EMD at H.L. kunne reknast som frivillig innlagt. I forlenginga vart det – meir generelt – formulert krav til korleis rettstryggleiken for ikkje avgjerdskompetente som heller ikkje motset seg tiltaket, må sikrast, jf. sitatet under førre punkt.

2.2.4 Koplinga av forholdsmessigvurderinga til kva som er medisinsk nødvendig

Tanken om innebygde innskrenkingar i konvensjonsvernet har kome til uttrykk i praksisen om når medisinsk grunngjevne tvangsinngrep i psykisk helsevern skal reknast som uforholdsmessige. Her har det vore ein raud tråd i praksis – på tvers av kva artikkel drøftinga formelt har hatt ankerfeste i – at EMD har vore lite villig til å gå inn og overprøve slike tiltak, i kontrast til tilnærminga på samanliknbare felt. Tiltrua til det medisinske (psykiater-) skjønnet har altså – tradisjonelt – vist seg svært sterk.

Eit uttrykk for dette gjeld vurderingane etter artikkel 3 i *Herczegfalvy v. Austria (1992)*[11]. Saka gjaldt handsaminga av ein sinnslidande lovbrytar i ein periode der vedkomande vart halden tilbake med tvang på eit psykiatrisk sjukehus. Under opphaldet vart klagaren utsett for alvorlege inngrep, mellom anna

10 Jf. til dømes *Stanev v. Bulgaria (2012)*.

11 *(Klagesak 10533/83).*

i form av tvangsmedisinering og tvangsmating under ein sveltestreik. Gjennomføringa av den medikamentelle behandlinga resulterte i skadar som tap av tenner, brotne ribbein og blåmerke. Kort tid etter eit av basketaka med pleiarane braut også den fysiske helsa til klagaren saman, som på det tidspunktet var svekt på grunn av sveltestreiken. I ein samanhengande periode på to veker etter denne hendinga var han lenka fast til senga med handjarn og fotreimar. Domstolen konkluderte med at dette korkje kvalifiserte til krenking etter artikkel 3 eller artikkel 8. Retten var lite villig til konkret å gå inn på og vurdere kvart av dei ulike tiltaka, og den rettslege tilnærminga har stått uendra til i dag – sist uttrykt i *M.S. v. Croatia (2015), avsnitt 98*:

> «Nevertheless, it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible. The established principles of medicine are admittedly, in principle, decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist […].»

Dette kan oppfattast som langt på veg å redusere spørsmålet om brot på konvensjonen til eit medisinsk-fagleg spørsmål: Tiltaket – under dette tvangsbruken – må vere fagleg forsvarleg (jf. uttrykksmåten «on the basis of the recognised rules of medical science») og medisinsk nødvendig (jf. uttrykksmåten «therapeutic necessity» / «medical necessity»). Dette inneber ein svært grovkorna rettsleg kontroll.

M.S. v. Croatia frå 2015 gjev likevel rom for håp om ei meir offensiv haldning. Saka gjaldt ei kvinne som i utgangspunktet hadde oppsøkt legehjelp for ryggsmerter. Desse vart etter kvart oppfatta som lite reelle og utslag av innbilling (somatisering). Ho vart difor innlagt i psykiatrisk sjukehus, noko ho motsette seg. I denne samanheng vart klagaren utsett for tvangsmiddelbruk over ein periode på femten timar (hovudsakleg beltelegging). Domstolen konkluderte med at tiltaket var konvensjonsstridig etter artikkel 3 som umenneskeleg og nedverdigande. I vår samanheng er det interessante at EMD i denne saka i vesentleg sterkare grad enn tidlegare viser vilje til å gå inn og overprøve det medisinsk-faglege