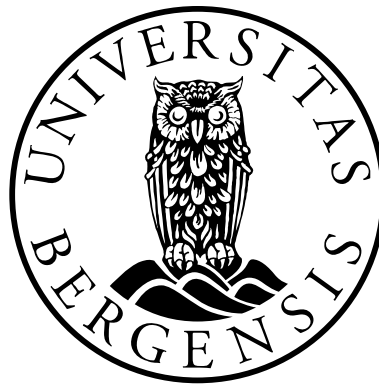


Nødrett i psykisk helsevern

En analyse av nødrettsinstituttet.

Kandidatnummer: 45

Antall ord: 14 979



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1. Emnepresentasjon og problemstilling	4
1.2. Problemstillingens aktualitet	6
1.3. Metodisk tilnærming	7
1.4. Avgrensninger	8
1.4.1. Terminologi og avgrensninger	8
1.4.2. CRPD	8
1.5. Hva er nødrett?	10
1.6. Veien videre	11
2. Helserettslige utgangspunkter og hjemmelkrav til inngrepshjemler	12
2.1. Helserettslige utgangspunkter	12
2.2. Hjemmelkrav til inngrepshjemler	12
2.2.1. Innledning	12
2.2.2. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet	13
2.2.2.1. Innledning	13
2.2.2.2. Når gjelder legalitetsprinsippet?	14
2.2.2.3. Legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp	15
2.2.3. EMKs lovkrav	16
2.2.3.1. EMKs stilling i norsk rett og relevante artikler	16
2.2.3.2. Lovkravets innhold	16
3. Straffeloven § 17	19
3.1. Innledning	19
3.2. Kort presentasjon	19
3.3. Analyse av rettskildebildet	20
3.4. Straffrihetsspørsmål kontra hjemmelsspørsmål	22
3.5. Analogisk anvendelse av straffeloven § 17?	22
3.6. Legalitetsprinsippets føringer	23
3.7. Reelle hensyn	24
4. Helselovgivningens mulige inngrepshjemler	26
4.1. Innledning	26
4.2. Spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 – et forsvarlighetskrav som inngrepshjemmel?	26
4.3. Øyeblikkelig hjelp-plikten jf. helsepersonelloven § 7	28
4.3.1. hjelpepliktens materielle innhold	28
4.3.2. Bestemmelsens forhold til samtykkereglene	30
4.3.3. Forsvarlighetskravet som begrensning i hjelpeplikten	31
4.3.4. Nødrettsnorm kontra handleplikt	32
4.3.5. ECT-behandling og tilbakehold ved akutt suicidalitet jf. helsepersonelloven § 7	33
4.3.6. Et utvidet perspektiv basert på rettsutviklingen	33

4.3.7.	EMKs lovkrav	34
4.3.8.	Biomedisinkonvensjonens føringer for helsehjelp uten samtykke	35
4.3.8.1.	Utgangspunkter.....	36
4.3.8.2.	Unntak fra samtykkekravet i nødssituasjoner	36
4.3.8.3.	Unntak fra samtykkekravet ved behandling av psykiske lidelser	38
4.3.9.	Den positive sikringsplikten.....	39
4.3.9.1.	Grunnloven § 92	39
4.3.9.2.	Akutt suicidalitet og psykisk helsevernloven § 3-3	41
4.3.9.3.	Sammenfatning.....	43
4.3.10.	Utsyn – lovregulering av ECT etter dansk rett	43
5.	En ulovfestet forvaltningsrettslig nødrettsnorm	45
5.1.	Innledning	45
5.2.	Gjennomgang av rettskildefaktorene	45
5.3.	Hva er sedvanerett?.....	46
5.4.	Vilkårslæren som inngrepsgrunnlag?.....	48
5.5.	Er en sedvanerettslig nødrettsregel etablert?.....	49
5.5.1.	Innledning	49
5.5.2.	Reelle hensyn	50
5.5.3.	ECT – siste og eneste utvei?.....	51
5.5.4.	Oppsummert om reelle hensyn.....	53
5.6.	Tvangsbruk fundert på sedvanerett og legalitetsprinsippet	53
6.	Korte avsluttende bemerkninger.....	55
7.	Kildeliste.....	56

1. Innledning

1.1. Emnepresentasjon og problemstilling

Temaet for oppgaven er nødrettsinstituttet i psykisk helsevern. Fremstillingen vil basere seg på en analyse av nødrett som rettslig grunnlag. Den overordnede problemstillingen er mer presist om det finnes et hjemmelsgrunnlag for nødretten i det psykiske helsevern.

Psykisk helsevernloven¹ gjelder jf. § 1-1 a første ledd for «undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet, samt for forutgående undersøkelse med sikte på etablering av tvungent psykisk helsevern.» Lovverket regulerer følgelig både psykisk helsevern på frivillig grunnlag og på tvang.

I enkelte situasjoner oppfatter helsepersonellet lovens inngrepshjemler utilstrekkelige, eller til hinder, for å gjennomføre nødvendige behandlings- og sikkerhetstiltak overfor pasienter som ikke samtykker. På bakgrunn av et paternalistisk syn², oppleves det uholdbart å forholde seg passiv hvor sterke grunner tilsier at det tas affære. Løsningen på problematikken har vært å påberope den såkalte nødretten, basert på en antakelse om en slik adgang.

Nødretts henvisningene bryter med helserettens grunnleggende utgangspunkt om at helsehjelp forutsetter samtykke.³

Spørsmålet som oppstår i forlengelsen av dette er om hjemmelsloven regulerer inngrepsadgangen uttømmende, eller om inngrep kan gjennomføres på et supplerende nødrettsgrunnlag i prekære situasjoner. Et bekreftende svar på dette innebærer at nødrett kan erstatte et manglende samtykke, og dermed legitimere inngrep. Lovforarbeidene til phvl forutsetter at visse i utgangspunktet uhjemlede inngrep, kan baseres på nødrett.⁴ Oppgavens hovedfokus knytter seg til det rettslige fundamentet bak nødretten forarbeidene viser til.

For å konkretisere fremstillingen, vil to tilfeller som i dag løses på nødrett tidvis trekkes frem. Det første er Electro Convulsive Treatment (ECT), som er en elektrostimulerende

¹ Lov 07. februar 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (phvl).

² Paternalistisk betyr «inngripen som gjøres til beste for en person, men uten vedkommendes samtykke» jf. Kjøenstad, Syse og Kjelland (2017) s. 456.

³ Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pbrl) § 4-1 jf. phvl. § 2-1 første ledd.

⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) blant annet s. 14, 65, 109 og 160.

behandlingsmetode som har til formål å ha en lindrende effekt på visse psykiske lidelser. Metoden baserer seg på å feste elektroder til hodet og tilføre hjernen strøm for å indusere krampeanfoll.⁵ Det dreier seg med andre ord om et betydelig inngrep. Særlig inngripende blir behandlingsmetoden ved at pasienten legges i narkose, og derfor befinner seg i en hjelpeløs tilstand.⁶ I hovedsak er det depressive tilstander bruken knytter seg til.⁷ Det eksakte omfanget er ukjent, ettersom ECT-behandling bare dokumenteres i journal. Helsedirektoratet antar bruken er 2,4-4,3 behandlinger per 10 000 innbyggere årlig.⁸ Metoden er kontroversiell og det er omstridt både blant lek- og fagfolk hvilken effekt den i realiteten har på psykiske lidelser.⁹

Psykisk helsevernloven tillater ikke ECT uten samtykke.¹⁰ Etter forarbeidene kan det likevel benyttes som et tvangsbehandlingstiltak i «spesielle nødrettssituasjoner». ¹¹ Som eksempel trekker forarbeidene frem alvorlige depresjoner som gjør at det «foreligger en overhengende fare for selvmord». ¹² Helsedirektoratet utdyper at nødrettslig ECT forutsetter nærliggende og alvorlig fare for liv eller helse, som utelukkende kan avhjelpes av elektroshokkbehandling.¹³

Det andre tilfellet er tvangsmessig tilbakehold på behandlingsinstitusjon, ved akutt risiko for at en person vil ta sitt eget liv dersom dennes ønske om å gå fri respekteres (heretter akutt suicidalitet).¹⁴ For å klargjøre begrepsbruken, siktes det til en relativt kortvarig og affekt situasjon, hvor suicidalitet inngår som en del av et større sykdomsbilde. Forarbeidene mener det er etisk uholdbart å imøtekomme personer i slike situasjoner.¹⁵ Det åpnes derfor for tvangsbruk i relativt stor utstrekning hvor det er nødvendig for å avverge selvmord.¹⁶ Grunnen til at nødrett påberopes er at phvl. § 3-3, som oppstiller vilkår for vedtak om tvungen psykisk helsevern, oppfattes uanvendelig fordi akutt suicidalitet ikke innfrir vilkåret til «alvorlig sinnslidelse» jf. nr. 3.¹⁷

⁵ IS-2629 s. 8.

⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) sier på s. 44 at «narkose er eit alvorleg inngrep, og det skal tungtvegande grunnar til for å gi pasienten narkose dersom han eller ho motset seg det.»

⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 109.

⁸ IS-2629 s. 2.

⁹ Eksempelvis NOU 2019: 14 s. 591–592 for flertallets standpunkt og s. 593–596 for dissenterende medlemmers innvendinger, samt NOU 2011: 9 s. 269–270 som vil forby elektroshokk uten samtykke.

¹⁰ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 160.

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 160. Se også IS-2629 s. 26.

¹² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 110.

¹³ IS-2629 s. 11.

¹⁴ NOU 2019: 14 s. 465 og NOU 2011: 9 s. 174.

¹⁵ NOU 2011: 9 s. 151.

¹⁶ Ibid. s. 172.

¹⁷Jf. NOU: 2011: 9 s. 142. Tvangsbegrensningslovutvalgets utgang på dette angivelige problemet er å lovfeste en tilbakeholdsadgang for akutt suicidalitet jf. NOU 2019: 14 s. 510.

Det fattes ikke formelle vedtak for nødrettsinngrep. Eksemplene vil derfor trolig ikke fremstille nødrettsbruken i psykisk helsevern uttømmende. Tilfellene oppgaven bygger på er valgt fordi de er tilstrekkelig dokumentert i forvaltningspraksis.

Uten formelle vedtak praktiseres ikke saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.¹⁸ Med skillet mellom nødrettssituasjoner og de mer «ordinære», følger derfor vesentlige ulikheter i saksbehandling, overprøvings- og kontrollmekanismer. Nødretten unndrar seg med andre ord systemregistreringen som ellers gjelder, hvilket medfører at deler av tvangsbruken blir skjult. I praksis frarøves også pasientene klagemuligheten, ettersom de forutsetter beslutninger som kan anses som vedtak.¹⁹ Slik dannes et underskudd av rettssikkerhetsgarantier. Disse forholdene gjør at det ligger et misbruks- og utglidningspotensial innebygd i nødrettshenvisningene.

Sammenfattet knytter problemkomplekset seg til om nødrett kan hjemle inngrep i form av frihetsberøvelser og tvangsbehandling. Avgjørende for svaret på disse spørsmålene, er om det finnes et anvendelig og tilstrekkelig inngrepsgrunnlag.

1.2. Problemstillingens aktualitet

Forarbeidene til psykisk helsevernloven tillater som nevnt visse nødrettsbaserte inngrep.²⁰ Det er nå over 20 år siden disse uttalelsene ble formulert. I ettertid har det skjedd en utvikling av det rettslige rammeverket for det offentliges tvangsutøvelse, både på nasjonalt og internasjonalt plan. Rettsutviklingen tilfører med andre ord emnet rettslig uklarhet.

Særlig sentralt for tematikkens aktualitet, er nødrettens egnethet som rettslig grunnlag sett opp mot konstitusjonelle og menneskerettslige krav til inngrepshjemler. Enkelte av disse fikk rotfeste ved grunnlovsrevisjonen i 2014 og implementering av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).²¹ Som oppgaven vil vise, har aktualiteten også en side til våre positive forpliktelser etter EMK.

¹⁸ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

¹⁹ NOU 2011: 9 s. 147.

²⁰ Det samme gjør forarbeidene til pbrl. jf. Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 13.

²¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 4 November 1950.

I tillegg setter Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin (biomedisinkonvensjonen) og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), føringer av interesse for hva myndighetene lovlig kan foreta seg overfor enkeltpersoner.²² Temaet påkaller derfor en utredning av nødrettens forhold til disse menneskerettslige instrumentene.²³

Det bemerkes at i 2016 ble det opprettet et utvalg med formål å forta en helhetlig vurdering av regelverket om tvang innen helse- og omsorgssektoren. Nå foreligger det forslag til en tvangsbegrensningslov, som kan løse flere problemstillinger av betydning for denne fremstillingen.²⁴

1.3. Metodisk tilnærming

Fremstillingen bygger på alminnelig norsk rettskildelære. Tilnærmingen er rettsdogmatisk og tar sikte på å avklare rettstilstanden de lege lata angående nødrett i psykisk helsevern.

Det hører til sjeldenhetene at en helserettslig tvist føres for Høyesterett. Dette henger sammen med at brudd på helsepersonellens plikter oftest avgjøres innad i forvaltningen.²⁵ Mangelen på prejudikat gir rundskriv, nemnd- og tilsynspraksis en sentral plass i rettskildebildet. I tillegg finnes tre lovutvalg, som fremstillingen gjennomgående vil vise til, som behandler flere relevante rettsspørsmål. Disse omtales som tvangsbegrensningslovutvalget, beredskapshjemmelutvalget og Paulsrud-utvalget.²⁶

Relevansen av internasjonale rettskilder, gjør at tolkingsmetoder også utenfor de internrettslige er av betydning. Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) konvensjonsforståelse og Wien-konvensjonens²⁷ retningslinjer for traktattolking, er her av interesse. Videre vil presumsjonsprinsippet bli aktuelt for enkelte av rettsspørsmålene.²⁸ For å

²² Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4. April 1997; Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York, 13. December 2006.

²³ Konvensjonenes rettsstilling i norsk rett vil redegjøres for utover i oppgaven.

²⁴ NOU 2019: 14. Se særlig kapittel 23 «Inngrep i nødsituasjoner».

²⁵ Ohnstad (2002) s. 65.

²⁶ NOU 2019: 14; NOU 2019: 13; NOU 2011: 9.

²⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969.

²⁸ Se punkt. 1.4.2 og 4.3.8.2 for presumsjonsprinsippets innhold.

tilføre oppgaven et komparativt innslag, vil dansk lovregulering av ECT-behandling uten samtykke brukes som et eksempel.

1.4. Avgrensninger

1.4.1. Terminologi og avgrensninger

Det er flere felter som grenser til nødretten. Ett av disse er nødverge, som kjennetegnes av at et retts gode krenkes for å berge noen eller noe mot et rettsstridig angrep. Etter straffeloven²⁹ kan både nødverge jf. strl. § 18 og nødrett jf. strl. § 17 medføre straffrihet for ellers ulovlige handlinger. Selv om det kan oppstå situasjoner i psykisk helsevern hvor pasienter utgjør en fare for andre, slik at nødverge kan bli aktuelt, er dette mer i periferien av helserettsdisiplinen.³⁰ Ettersom oppgavens fokus er paternalistiske inngrep, havner nødverge i bakgrunnen. Det avgrenses derfor mot inngrep av hensyn til andre enn pasienten selv.

Endelig avgrenses det mot nødrett utenfor behandlingsinstitusjon, de særlige problemstillingene nødrett overfor personer under 16 år reiser, og det tilgrensende rettslige grunnlaget *negotiorum gesito*.³¹

Med inngrep uten samtykke siktes det både til hvor personen inngrepet retter seg mot ikke er i stand til å gi et informert samtykke, og hvor denne aktivt motsetter det.

1.4.2. CRPD

CRPD er en av FNs diskrimineringskonvensjoner og skal blant annet sikre likeverdige menneskerettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne.³² Varige psykiske lidelser regnes som en funksjonsnedsettelse etter CRPD art. 1 annet ledd. Konvensjonen er derfor i utgangspunktet av interesse for oppgaven.

Stortinget ratifiserte CRPD i 2013. Konvensjonen er ikke gjort til norsk rett, og må derfor rettskildemessig håndteres etter det såkalte presumsjonsprinsippet. Utgangspunktet er at norsk

²⁹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (strl).

³⁰ NOU 2019: 14 s. 473.

³¹ En ulovfestet regel om ubedt nødhjelp med svakere krav til interesseovervekt enn nødrettsregelen jf. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 444.

³² Jf. CRPD art. 1 første ledd.

rett har forrang foran rettskilder som ikke er inkorporert. Presumsjonsprinsippet modifierer dette i betydelig grad, og innebærer at norsk rett må formodes å være i overensstemmelse med konvensjonen.³³

Konkretiseringen av CRPDs innhold har vist seg vanskelig. Det er varierende og motsetningsfylte forståelser av hvilke skranker konvensjonen setter.³⁴ I forbindelse med ratifikasjonen, fremsatte Norge tolkningserklæringer angående CRPDs føringer for tvang i psykisk helsevern. Erklæringene knyttet seg til mer presist til at artikkel 14 og 25 ikke innebærer noe forbud mot særhjemler om tvangsbruk overfor enkelte grupper.³⁵

CRPD har videre en egen komite (the Committee on the Rights of Persons with Disabilities), som har avgitt generelle uttalelser om hvordan konvensjonen skal tolkes. Enkelte av uttalelsene strider innholdsmessig mot Norges tolkningserklæringer, ettersom komiteen er forstått slik at den vil «forby alle særregler om bruk av tvang.»³⁶

Vekten av komiteuttalelsene, sett opp mot Norges tolkningserklæringer, vil derfor avgjøre konvensjonens betydning og rekkevidde. Det er noe usikkert hvordan presumsjonsprinsippet slår ut i dette spørsmålet. Komiteuttalelsene er ikke folkerettslig bindende, men kan være tungtveiende rettskilder.³⁷

Spørsmålet om komiteuttalelsenes vekt kom opp i en sak for Høyesterett i 2016.³⁸ Det ble imidlertid ikke ansett nødvendig å ta konkret stilling til.³⁹ Storvik mener retten tilsidesatte CRPD, uten å undergi den en selvstendig tolkning.⁴⁰

En annen høyesterettsdom angikk forholdet mellom CRPD og psykisk helsevernloven.⁴¹ Heller ikke her ble motstriden mellom Norges tolkningserklæringer og CRPD-komiteens uttalelser behandlet eller avklart. Videre gikk en sak om begjæring om opphør av tvungent

³³ Ruud og Ulfstein (2018) s. 68.

³⁴ Eksempelvis NOU 2011: 9 s. 72 og dissensen av Hege Orefellen i vedlegg 1, punkt. 6.

³⁵ NOU 2019: 14 s. 165.

³⁶ Ibid. s. 61.

³⁷ HR-2016-2591-A avsnitt 57.

³⁸ HR-2016-2591-A.

³⁹ HR-2016-2591-A avsnitt 58.

⁴⁰ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017, Tromsø 2017, s. 57.

⁴¹ HR-2016-1286-A.

psykisk helsevern for Høyesterett i 2020, hvor den ene parten viste til CRPD.⁴² I en særmerknad presiserte retten at den ikke fant grunn til å gå nærmere inn på konvensjonstolkningen.⁴³

Manglende avklaring fra Høyesterett gjør at det forblir et noe åpent og usikkert spørsmål hvilken betydning CRPD har for psykisk helsevern. At konvensjonen er behandlet av Høyesterett, men ikke vektlagt, indikerer likevel at den ikke har relevans.

Ettersom ingen av høyesterettsdommene benytter CRPD aktivt fremstår det, sammenholdt med plasshensyn, ikke hensiktsmessig å gjøre det her heller. Det avgrenses derfor mot konvensjonen.

1.5. Hva er nødrett?

Nødrettsfenomenet vil her forklares nærmere. Det materielle innholdet varierer med den rettslige konstruksjonen bak begrepet. På dette punktet vil derfor bare enkelte generelle kjennetegn og særtrekk klargjøres.

Nødrett er en særegen disiplin i jussen. Nedslagsfelt er vidt, slik at nødrett kan bli aktuelt i en rekke sammenhenger hvor ekstraordinære situasjoner oppstår. Generelt kjennetegnes nødrett av at en rettighet står mot en annen. I særlige situasjoner, under særskilte omstendigheter, vil den enkelte være berettiget til å gripe inn i en rettighet som i det konkrete tilfellet veier vesentlig tyngre enn den andre.⁴⁴ På folkemunne heter det at «nød kjenner ingen lover.»⁴⁵ Utsagnet tilsier at i nødssituasjoner vil jussen løsrive seg fra hva som ellers gjelder. For vårt emne er det enkeltindividets personlige frihet og integritet som primært krenkes, og rettgodene liv og helse som vernes. Det er nettopp til slike verneformål nødrett er mest berettiget.⁴⁶

⁴² HR-2020-1167-A.

⁴³ HR-2020-1167-A avsnitt 90.

⁴⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 425.

⁴⁵ Ibid. s. 420.

⁴⁶ Ibid. s. 425.

Nødrett påberopes først når det gripes inn i nødssituasjoner. Problemstillingene oppgaven skal ta for seg, er derfor nært forbundet med hva som kvalifiserer til en slik situasjon.

Tvangsbegrensningslovutvalget skildrer begrepet slik:

«Den klassiske nødssituasjon er karakterisert ved en krise i rask utvikling mot en nært forestående skade, eller i alle fall mot et punkt der en skade ikke lenger vil kunne hindres eller begrenses effektivt om det ikke blir grepet inn. Det som gjør det nødvendig å skille ut reguleringen av nødssituasjoner er nettopp tidsfaktoren.»⁴⁷

Uttalelsen dekker i tillegg til kriselignende hastesituasjoner, også tilfeller hvor det ut fra effektivitetshensyn er nødvendig å gripe inn for å avverge skade. Helsedirektoratet fremholder at nødssituasjoner forutsetter tilstrekkelig sannsynlighet for vesentlig skade om det ikke gripes inn.⁴⁸ Det stilles også krav til at dersom inngripen utsettes, vil situasjonen trolig bli «vesentlig mer kritisk eller komme ut av kontroll.»⁴⁹

Det beror med andre ord på en skjønnsmessig vurdering hva som utgjør en nødssituasjon. Dette tillater nødretten å være fleksibel, basert på hva som fremstår påkrevd i enkelttilfeller. Fordelen med dette er at helsepersonellet ikke blir handlingslammet. Samtidig har de uklare rammene iboende seg en utglidningsfare.

1.6. Veien videre

Oppgavens hoveddel har til formål å avklare hjemmelssituasjonen for nødretten. Spørsmålet er om det finnes et tilstrekkelig inngrepsgrunnlag. Før dette tas tak i vil enkelte helserettslige utgangspunkter fremheves, og det vil redegjøres for hvilke hjemmelskrav som gjelder når det offentlige foretar inngrep.

Avslutningsvis vil enkelte oppsummerende betraktninger løftes frem.

⁴⁷ NOU 2019: 14 s. 463.

⁴⁸ IS-10/2015 s. 85–86.

⁴⁹ Ibid.

2. Helserettslige utgangspunkter og hjemmelskrav til inngrepshjemler

2.1. Helserettslige utgangspunkter

Helselovgivningen preges av å være fragmentert og vanskelig å navigere seg i. Visse overordnede utgangspunkter vil derfor klargjøres.

Pasient- og brukerrettighetsloven gjelder «ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern» jf. phvl. § 1-5. Utgangspunktet er derfor at pasienter i psykisk helsevern har tilsvarende rettigheter som pasienter ellers i helsetjenesten.

Pbrl. § 4-1 første ledd jf. phvl. § 2-1 første ledd knesetter den grunnleggende hovedregelen om at helsehjelp forutsetter samtykke, og at noe annet krever «lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag». Videre gir pbrl. § 2-1 bokstav b pasienter rettskrav både på «øyeblikkelig helsehjelp» og «nødvendig helsehjelp». Rettskravene korresponderer i stor grad med helsepersonellens lovpålagte plikter.⁵⁰

Også spesialisthelsetjenesteloven⁵¹ gjelder for det psykisk helsevern jf. sphl. § 1-2 første ledd jf. phvl. § 1-2 første ledd. Det samme gjør helsepersonelloven⁵² jf. hpl. § 2 første ledd som sier at loven gjelder for alle helsepersonellgrupper.

2.2. Hjemmelskrav til inngrepshjemler

2.2.1. Innledning

Hjemmelsgrunnlagene som skal behandles i spørsmålet om det finnes et anvendelig og tilstrekkelig inngrepsgrunnlag er strl. § 17, hpl. § 7, sphl. § 2-2 og en ulovfestet, forvaltningsrettslig nødrettsnorm. Førstnevnte er primært et spørsmål om en straffrihetsregel kan tjene som inngrepshjemmel. For hpl. § 7 knytter problemstillingen seg mer konkret til hva

⁵⁰ Skaug (2002) s. 41.

⁵¹ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (sphl).

⁵² Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (hpl).

som er tillatt innen bestemmelsens rammer. Under denne drøftelsen vil innledningens nødrettseksempler brukes aktivt. Hva angår sphl. § 2-2, er spørsmålet om et forsvarlighetskrav samtidig kan være en inngrepshjemmel. Overfor sistnevnte vil det tas stilling til eksistensen, innholdet og rekkevidden av en slik nødrettsnorm.

Før de mulige inngrepshjemplene drøftes, vil det redegjøres for hjemmelskrav som gjelder når det offentlige foretar inngrep. Som et resultat av hensynene som her aktualiseres, og en utvikling i synet på hjemmelskravet, har særskilte krav vunnet innpass i spørsmålet om hva som er et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag.⁵³ Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet og EMKs lovkrav er her sentrale. For at et inngrep skal være lovlig, må det være i tråd med begge. Kravene som stilles er dels overlappende, men EMKs lovkrav og legalitetsprinsippet har også selvstendige elementer. For å løfte frem ulikhetene vil de fremstilles separat.

2.2.2. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet

2.2.2.1. Innledning

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet har siden 2014 vært forankret i Grunnloven⁵⁴ § 113 med følgende ordlyd: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Prinsippet er viet omfattende oppmerksomhet i norsk rettsvitenskap.⁵⁵ Mangfoldet av juridisk teori preges av sprikende og sammensatte synspunkt, og prinsippet er reformulert flere ganger. Det faller utenfor fremstillingens rammer å ta tak i divergensen i rettslitteraturen. I fortsettelsen vil derfor legalitetsprinsippet's hovedaspekter i første omgang utdypes. De ulike aspektene vil også diskuteres fortløpende i den grad de aktualiseres ved behandlingen av de ulike hjemmelsgrunnlagene. Det tas utgangspunkt i en positiv tilnærming til legalitetsprinsippet, ettersom det er slik det kommer til uttrykk i Grunnloven.⁵⁶

⁵³ Se under punkt 2.2.2.1.

⁵⁴ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL).

⁵⁵ Eksempelvis Eckhoff og Smith (2014) s. 337 flg., Bernt og Rasmussen (2010) s. 80 flg., Østenstad (2011) s. 282 flg. og Graver (2015) s. 79 flg.

⁵⁶ Se Eckhoff og Smith (2014) s. 339 flg., for motsatt tilnærming.

Grunnlovfestingene kodifiserte det som omtales som konstitusjonell sedvanerett.⁵⁷

Grunnlovsforarbeidene forklarer at det gradvis vokste frem en lære som baserte seg på at inngrep i borgernes rettssfære var betinget av lovhjemmel.⁵⁸ I dette ligger et utgangspunkt om en privat sfære individene skal kunne nyte fritt og uforstyrret. «Inngrep» forutsetter etter forarbeidene at den enkelte rammes av kvalifiserte forhold.⁵⁹

Prinsippet er en viktig del av det ideologiske grunnlaget i rettsstaten, ettersom «myndighetene må på forhånd definere hvilke inngrep som kan foretas overfor frie rettssubjekter.

Legalitetsprinsippet krever at dette skjer i formell lov vedtatt av Stortinget [...]».⁶⁰

Forvaltningens spillerom til selv å definere myndighetsutøvelsens rettslige rammer, innskrenkes dermed betydelig.⁶¹ Rettssikkerhet og demokrati kan derfor trekkes frem som hovedgrunner bak legalitetsprinsippet.⁶²

2.2.2.2. Når gjelder legalitetsprinsippet?

Det kan stilles spørsmål ved om legalitetsprinsippet kommer til anvendelse når nødretten påberopes. Foranledningen til å behandle dette særskilt, er at rettsteorien har utviklet et skille mellom faktiske handlinger og rettslige avgjørelser. Det er omdiskutert hvorvidt legalitetsprinsippet gjelder for førstnevnte, og enkelte teoretikere har benyttet sondringen som avgrensningskriterium.⁶³ Høyesterett har på sin side ikke gjort det, og eksempelvis uttalt i en dom som omhandlet tvangsmedisinering at «maktanvendelse som innebærer en inngripende integritetskrenkelse», må tilfredsstillende legalitetsprinsippet.⁶⁴ Tvangsbehandling må isolert sett betegnes som en faktisk handling.

Boe sier at det finnes en grense for hvor inngripende faktiske handlinger kan være før lovhjemmelskravet utløses, og at det utvilsomt gjelder når forvaltningen foretar «drastiske faktiske handlinger.»⁶⁵

⁵⁷ Innst. 186 S (2013–2014) s. 8

⁵⁸ Ibid. s. 7–8.

⁵⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 247.

⁶⁰ Tobiassen (2019) s. 11.

⁶¹ Se imidlertid Smith (2021) som stiller spørsmål ved om det er behov for et grunnlovsfestet legalitetsprinsipp, særlig punkt 12: «Å grunnlovsfeste det mindre vesentlige».

⁶² Boe (2018) s. 32.

⁶³ Se nærmere Eckhoff og Smith (2014) s. 354 flg., Østenstad (2011) s. 293 flg., Graver (2015) s. 198 flg., og Boe (2018) s. 44.

⁶⁴ Rt. 1995 s. 20 s. 21.

⁶⁵ Boe (2018) s. 46.

Forvaltningsutøvelsen som her behandles, representerer integritets-, og autonomikrenkende inngrep. Det er derfor ikke tvil om at legalitetsprinsippet gjelder.

2.2.2.3. Legalitetsprinsippet som rettskildeprinsipp

Et formelt lovkrav ivaretar ikke hensynene bak legalitetsprinsippet i seg selv. Grl. § 113 har imidlertid betydning utover dette, ettersom legalitetsprinsippet stiller visse kvalitative krav til lovhjemmelen. Det som oftest fremheves er at «lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen.»⁶⁶ Dermed utvises økt motstand mot utvidende tolkning.⁶⁷ Man kan se det slik at «beskrivelse av legalitetsprinsippets hjemmelskrav og prinsippene for tolkning av inngrepshjemler i praksis er to sider av samme sak.»⁶⁸

Det skal likevel påpekes at to juridiske studier av høyesterettpraksis har påvist at lovgivers vilje er tungtveiende, og ofte utslagsgivende, også på legalitetsprinsippets område.⁶⁹

Videre har Høyesterett uttalt at hjemmelskravet må nyanseres basert på: «hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes.»⁷⁰ Denne rettssetningen omtales som fjordlaksformelen og innebærer at legalitetsprinsippet ikke er en fast rettslig størrelse. Formuleringen tyder på at det relativiserte legalitetsprinsipp er et tolkningsmoment, heller enn et hjemmelskrav.⁷¹ Dersom inngrepet er spesielt alvorlig, tilsier fjordlaksformelen «at loven må inneholde klar og uomtvistelig hjemmel.»⁷²

Dommen ble avsagt en tid før grunnlovfesting. Ettersom grl. § 113 innebar en kodifisering, og nyere rettspraksis ikke tar avstand fra fjordlaksformelen, anses den fortsatt som uttrykk for gjeldende rett.

Hvilke konkrete krav legalitetsprinsippet setter, kan det derfor ikke sies noe allment gjeldende om. Det gjelder uansett krav til at hjemmelen må være tilstrekkelig. Hvorvidt dette er tilfellet,

⁶⁶ Rt. 2014 s. 1281 avsnitt 48.

⁶⁷ Eckhoff og Smith (2014) s. 370, Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 94 og Nygård (2004) s. 245.

⁶⁸ Tobiassen (2019) s. 30.

⁶⁹ Bergo (2000) s. 786–787 og Tobiassen (2019) s. 56–57 samt s. 128.

⁷⁰ Rt. 1995 s. 530.

⁷¹ Graver (2015) s. 86.

⁷² Boe (2018) s. 39.

beror primært på en tolkning av loven, sett opp mot rettsfølgen. Dersom rettskildegrunnlaget svikter målt opp mot den standarden hjemmelskravet utgjør, vil ikke rettsfølgen ha tilstrekkelig hjemmel.⁷³

2.2.3. EMKs lovkrav

2.2.3.1. EMKs stilling i norsk rett og relevante artikler

EMK er gjennomført i norsk rett og har forrang foran annen norsk lovgivning jf. menneskerettsloven⁷⁴ §§ 2 jf. 3. Særlig sterk er konvensjonens stilling ved det gjennomføringssystemet EMD representerer.⁷⁵

Nødretten griper inn i goder og friheter som nyter et menneskerettslig vern etter EMK, hvilket gir konvensjonen en sentral plass. Det siktes med dette til individers «Right to liberty and security» jf. EMK art. 5, og til «Right to respect for private and family life» jf. EMK art. 8. Rettighetene tilkommer alle enkeltpersoner og gjelder ubetinget av situasjon.⁷⁶

De aktuelle artiklene har derogasjonsklausuler, hvilket betyr at rettighetsvernet kan innskrenkes under nærmere bestemte vilkår. For vårt tema er det interessante at inngrep må være «in accordance with the law».⁷⁷ Lovkravet skal forstås likt etter de ulike artiklene.⁷⁸

2.2.3.2. Lovkravets innhold

På et formelt plan innebærer lovkravet at inngrep i konvensjonsrettigheter må ha substansiell forankring i intern rett.⁷⁹

EMD har i tillegg innfortolket visse kvalitative krav. Denne dimensjonen retter seg primært mot inngrepsgrunnlagets utforming, og er gjennomgående formulert som et krav til at grunnlaget må være i tråd med «the rule of law»-doktrinen.⁸⁰ Doktrinen stiller krav til

⁷³ Tobiassen (2019) s. 18.

⁷⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl).

⁷⁵ NOU 2019: 14 s. 159.

⁷⁶ Se EMK art. 1 som sier at konvensjonens rettighetsvern tilkommer «*everyone within their jurisdiction*».

⁷⁷ Jf. EMK art. 8 annet ledd og art. 5 første ledd.

⁷⁸ Aall (2018) s. 115 og *Malone mot Storbritannia* [P] 1984, no. 8691/79 avsnitt 66.

⁷⁹ *Michaud mot Frankrike* [J] 2012, no. 12323/11 avsnitt 94.

⁸⁰ *Munjaz mot Storbritannia* [J] 2012, no. 2913/06 avsnitt 88 og *Robathin mot Østerrike* [J] 2012, no. 30457/06 avsnitt 40.

tilstrekkelig tilgjengeliggjorte og forutsigbare inngrepshjemler.⁸¹ Hovedformålet er at borgerne skal kunne justere sin adferd deretter.⁸²

For vår tematikk treffer forutberegnelighetshensynet dårlig. De psykisk syke har naturligvis ingen valgmulighet til å opptre slik at materielle inngrepsvilkår ikke er innfridd.⁸³ Hvor en inngrepshjemmel formål ikke er adferdsregulerende, trer kontroll- og maktfordelingshensyn i forgrunnen.⁸⁴ Lovkravet vil da ta form som en legalitetskontroll.⁸⁵ Paternalistiske inngrep må vurderes etter et slikt perspektiv. EMD foretar i slike tilfeller en bredere og mer sammensatt vurdering av hvilket vern mot vilkårlig myndighetsutøvelse og maktmisbruk borgerne nyter godt av.⁸⁶ Vurderingstemaet kan i hovedsak sammenfattes i et spørsmål om hvilke rettssikkerhetsgarantier som finnes. En slik tilnærming henger godt sammen med at lovkravets sentrale formål her nettopp er å forhindre vilkårlige inngrep.⁸⁷

En EMD-dom av særskilt interesse er H.L mot Storbritannia.⁸⁸ Dommen gjaldt frihetsberøvelse av en pasient, hjemlet i et grunnlag kalt «the common-law doctrine of necessity». Storvik mener Storbritannias rettsgrunnlag innholdsmessig ligger nær den norske nødrettsargumentasjonen.⁸⁹ Hovedspørsmålet for EMD var om doktrinen etterlevde lovkravet.

Retten stilte i denne sammenheng krav til «legal protections and «fair and proper procedures»». ⁹⁰ Domstolen kom til at lovkravet var krenket, og begrunnet det i at mekanismene for å hindre vilkårlig myndighetsutøvelse var utilstrekkelige.⁹¹ Mer konkret gav Storbritannias rettsgrunnlag helsepersonellet full kontroll over friheten og behandlingen av en sårbar pasient, utelukkende forankret i kliniske vurderinger.⁹²

⁸¹ *Munjaz mot Storbritannia* [J] 2012, no. 2913/06 avsnitt 88 og *Sunday Times mot Storbriannia* [P] 1979, no. 6538/74 avsnitt 49.

⁸² *Munjaz mot Storbriannia* [J] 2012, no. 2913/06 avsnitt 88.

⁸³ Aall (2018) s. 118.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ *Shimovolos mot Russland* [J] 2011, no. 30194/09 avsnitt 68.

⁸⁶ *Shimovolos mot Russland* [J] 2011, no. 30194/09 avsnitt 68 og *Bykov mot Russland* [GC] 2009, no. 4378/02 avsnitt 76.

⁸⁷ NOU 2019: 14 s. 174 og Bartlett, Lewis og Thorold (2007) s. 47.

⁸⁸ *H.L mot Storbritannia* [J] 2004, no. 45508/99.

⁸⁹ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017, Tromsø 2017, s. 303.

⁹⁰ *H.L mot Storbritannia* [J] 2004, no. 45508/99 avsnitt 115.

⁹¹ Ibid. avsnitt 119.

⁹² Ibid. avsnitt 121.

Dommen forstås slik at nødrettsnormer ikke i seg selv krenker lovkravet. Slike normer vil likevel ikke være konvensjonskonforme, dersom det rettslige rammeverket rundt dem ikke gir tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier.

3. Straffeloven § 17

3.1. Innledning

Kapittelets problemstilling er om strl. § 17, direkte eller analogisk, kan tjene som inngrepshjemmel. Av de mulige inngrepsgrunnlagene er den strafferettslige nødrettsnormen den mest generelle. Den utpeker seg derfor som et naturlig startpunkt.

3.2. Kort presentasjon

Nødrettsbegrepet assosieres ofte med strafferetten. Her er normen regulert i strl. § 17 og er en rettferdighetsgrunn som inngår i strafferettens ansvarslære. Det innebærer at en handling som i utgangspunktet rammes av et straffebud, likevel er «lovlig» jf. strl. § 17 når:

«a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og

b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.»

Bestemmelsen kjennetegnes av at en rettighet står mot en annen. På grunn av situasjonen den forutsetter, er det betydelig interesseovervekt for å gripe inn i en av disse. Skoleeksempelet er å bryte seg inn i en hytte på grunn av uvær.⁹³

Straffrihetsregelen er generelt utformet og gjelder språklig sett ubetinget av situasjon, hvem nødrettsutøveren er og handler på vegne av. Dens anvendelsesområde er derfor uavhengig av tjenestesektor og arena.⁹⁴ I prinsippet kan derfor «fare» i bokstav a stamme fra hvilken som helst kilde, og nødrettshandlingen kan overtre hvilket som helst straffebud.

For vårt tema trer imidlertid bestemmelsens materielle innhold i bakgrunnen, til fordel for det prinsipielle som ligger i spørsmålet om å benytte en straffrihetsgrunn som en offentligrettslig inngrepshjemmel.

⁹³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 421.

⁹⁴ NOU 2019: 14 s. 82.

3.3. Analyse av rettskildebildet

Forarbeidene til strl. § 17 forutsetter at helselovgivningen regulerer hvorvidt nødrett kan legitimere inngrep for å redde noens helse.⁹⁵ Psykisk helvernlovens forarbeider peker tilbake til strafferettens nødrettsnorm.⁹⁶ Proposisjonen til pasient- og brukerrettighetsloven sier at strl. § 17 ikke pålegger en egentlig «inngrepsplikt», men medfører straffrihet etter en interesseavveining.⁹⁷ Standpunktene fra lovgiverhold er med andre ord motsetningsfylte.⁹⁸

Det er mangel på høyesterettspraksis som uttrykkelig bekrefter, eller avkrefter, at strl. § 17 kan være en inngrepshjemmel. Men det finnes saker hvor Høyesterett har omtalt nødrettsproblematikken. Praksis er derfor blitt nærmere gjennomgått for å kartlegge rettens syn. Også dommer avsagt etter den opphevede strl. § 47 er av interesse, ettersom strl. § 17 i det vesentlige videreførte denne.⁹⁹

Gjennomgåelsen etterlater inntrykk av at nødrettsbetraktninger i visse tilfeller kan hjemle forvaltningsutøvelse.¹⁰⁰ Til illustrasjon uttalte Høyesterett i en sak som angikk en lege som hadde hatt pasientkontakt, til tross for at hans begrensede autorisasjon ikke tillot ham det, at: «ikke for noen av dem har påberopt at det forelå en nødrettssituasjon som, til tross for den begrensede autorisasjonen, kunne gjøre det berettiget å yte helsehjelp, og det er heller ikke fremlagt dokumentasjon som tyder på at han handlet i nødrett.»¹⁰¹ Det presiseres ikke hvilket rettslig grunnlag retten med «nødrett» sikter til.

Et annet eksempel er en sak hvor en spesialist i nevrologi og psykiatri påberopte nødrett, etter å ha hjulpet pasienter ved bruk av narkotika i terapeutisk hensikt. Om dette uttalte retten: «At det skulle foreligge en kontinuerlig strafferettslig nødtilstand som strakk seg over et så langt tidsrom er etter rettens mening lite tenkelig. Retten finner i det hele ikke at nødrettsbetraktninger kan komme til anvendelse i denne sak.»¹⁰² En antitetisk tolking av uttalelsen tilsier at slike nødrettsbetraktninger vil kunne være legitime i *andre* saker.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 419.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 109.

⁹⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 87.

⁹⁸ NOU 2019: 13 omtaler det som «ett synspunkt» at innholdet i en forvaltningsrettslig nødrettsnorm kan utledes analogisk fra strl. § 17 på s. 82. Dette behandles nærmere i kapittel 5.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 417.

¹⁰⁰ Rt. 1995 s. 20 s. 21, HR-2010-2203-A avsnitt 57, Rt. 1979 s. 1079 s. 1081 og Rt. 1972 s. 1161 s. 1169.

¹⁰¹ HR-2010-2203-A avsnitt 57.

¹⁰² Rt. 1972 s. 1161 s. 1169.

Høyesterett synes etter dette å åpne for at nødrett etter omstendighetene kan påberopes av forvaltningen. Det finnes imidlertid ingen eksempler på at retten har tilkjent strl. § 17 funksjon som en inngrepshjemmel.

I juridisk teori, faglitteratur og forvaltningspraksis er det en utbredt oppfatning at strafferettens nødrettsnorm kan supplere helselovgivningens inngrepshjemler.¹⁰³ Majoriteten av rettskildene undergir spørsmålet en overfladisk behandling. Eckhoff og Smith viser eksempelvis til strl. § 17, men presiserer at bestemmelsen ikke regulerer forvaltningskompetansen direkte. Likevel anser de det som godtatt i praksis at den kan anvendes analogisk hvor annen lovhjemmel ikke finnes.¹⁰⁴

Østenstad problematiserer at litteraturen har fokusert lite på spenningene mellom forvaltnings- og strafferettsperspektivet når strl. § 17 tolkes.¹⁰⁵ Han anser dette som en indikasjon på at den tradisjonelle oppfatningen har vært at rettsstridgrensen sammenfaller for de to rettsområdene.¹⁰⁶ Videre peker Østenstad på at forvaltningsretten i nyere tid har brutt med strafferetten, og at nødrettsspørsmålet derfor ikke lengre kan drøftes etter et rent strafferettslig perspektiv.¹⁰⁷

Strafferettslitteraturen advarer mot at utøvende myndigheter benytter nødrettsregelen så fort eksisterende hjemler er utilstrekkelige.¹⁰⁸ Synspunktet forankres dels i at også myndighetene må følge rettsordenens spilleregler.¹⁰⁹ Det åpnes likevel for at strl. § 17 kan være en sikkerhetsventil for uforutsette situasjoner lovgiver ikke har tatt høyde for.¹¹⁰

Rettskildenes drøftelser er jevnt over kortfattede, og upresise forutsetninger etterlater usikkerhet. Det er derfor nødvendig å føre problemstillingen noen steg videre.

¹⁰³ Eckhoff og Smith (2014) s. 344, Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 464 og Østenstad (2011) s. 542; Tveitstul og Pignatiello (2020) s. 425; Helsepersonellnemnda 03/00155.

¹⁰⁴ Eckhoff og Smith (2014) s. 344.

¹⁰⁵ Østenstad (2011) s. 285.

¹⁰⁶ Ibid. s. 285.

¹⁰⁷ Ibid. s. 303.

¹⁰⁸ Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 439.

¹⁰⁹ Ibid. s. 439.

¹¹⁰ Ibid. s. 440.

3.4. Straffrihetsspørsmål kontra hjemmelsspørsmål

Det den strafferettslige nødrettsnormen rent faktisk sier, er at en ellers straffbar handling er «lovlig» når vilkårene i strl. § 17 er oppfylt. Selve nødssituasjonen suspenderer dermed straffereaksjonen. Eventuell skade voldt gjennom nødrettshandlingen nyter erstatningsrettslig vern etter skadeserstatningsloven¹¹¹ § 1-4. Det er ikke holdepunkter for å knytte ytterligere positive rettsvirkninger til strl. § 17. Tvert om kan erstatningsregelen tilsi at den nødrettshandlingen går utover, skal holdes så skadesløs som mulig.¹¹²

Å nullstille konsekvensene av en handling fra et strafferettslig ståsted, er noe grunnleggende annet enn å konstatere et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for myndighetshandlinger som utløser legalitetsprinsippet.¹¹³ Avstanden mellom disse slutningene fremstår underproblematisert i majoriteten av rettskildene. De færreste setter ord på hva det rent faktisk innebærer å forankre myndighetsinngripen i en straffrihetsregel som primært rettsgrunnlag. Hvorvidt en lovlig nødrettshandling samtidig kan være gyldig myndighetsutøvelse, sier ikke strl. § 17 noe om.

3.5. Analogisk anvendelse av straffeloven § 17?

Det kan stilles spørsmål ved om strl. § 17 kan benyttes som inngrepshjemmel basert på en analogisk anvendelse. Foranledningen til å drøfte dette særskilt, er at enkelte av rettskildene overfor antyder en slik løsning.

Analogi innebærer at et faktum som ikke dekkes av en lovtekst, løses på den måten lovteksten gir anvisning på.¹¹⁴ Lovanalogi forstås slik at det er selve rettsregelen strl. § 17 uttrykker, som anvendes utenfor dens ordlyd. Analogi blir dermed et virkemiddel for å la forhold som rettslig sett er like eller lignende, få like rettsvirkninger. Også Høyesterett har benyttet analogi på denne måten.¹¹⁵

Rettsregelen som kan utledes av strl. § 17 er at en handling går straffri. Lovanalogi resulterer dermed ikke i at straffrihetsregelen samtidig kan være en offentligrettslig inngrepshjemmel,

¹¹¹ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

¹¹² Osnes (2019) under punkt 4.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 69, Nygård (2004) s. 237 og Taraldrud (2018) s. 61.

¹¹⁵ Rt. 1973 s. 705 s. 710.

ettersom straffrihet og gyldig myndighetsutøvelse er ulike rettsvirkninger. Det bemerkes at eksempelvis Eckhoff og Smith heller ikke utpeker lovanalogi som et selvstendig primært inngrepsgrunnlag, ettersom de kobler lovanalogien sammen med en sedvanerettslig regel.¹¹⁶

En annen sak er at vi trolig er på et område hvor lovanalogi ikke det hele tatt kan gjennomføres. I utgangspunktet avvises analogi på strafferettens område på grunn av det strafferettslige legalitetsprinsippet.¹¹⁷ Det er imidlertid analogisk anvendelse av straffebudene som i prinsippet er utelukket. Her er det snakk om å utvide anvendelsesområdet til en straffrihetsgrunn, slik at strafferettens sterke formodning mot analogi i utgangspunktet ikke får betydning.

Selv om analogisk bruk av strl. § 17 uansett ikke kan gjøre myndighetenes nødrettshandlinger legitime, bemerkes det at også det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet innskrenker rommet rettsanvender har til å benytte seg av lovanalogi.¹¹⁸ Nygård uttaler at det vanskelig kan trekkes frem eksempler på at myndighetene har anvendt en inngrepshjemmel analogisk.¹¹⁹

3.6. Legalitetsprinsippets føringer

Enkelte sider av legalitetsprinsippet står sentralt ved bruk av strl. § 17 som inngrepshjemmel. Det formelle hjemmelskravet til «lov» er innfridd. Mer tvilsomt er det hva som ligger i at inngrepet må være «Myndighetenes» jf. grl. § 113. Ordlyden antyder at inngrepet må stamme fra det offentlige. Grunnlovsforarbeidene klargjør at begrepet i hovedsak peker på den utøvende makt.¹²⁰

Utgangspunktet for å avgjøre hvorvidt noe er myndighetsutøvelse, må jf. Høyesterett tas i «de rettsreglene som gjelder for hvem som kan utføre den aktuelle typen myndighet.»¹²¹ Dersom rettsregelens formål er offentligrettslig, vil det tale for at det er snakk om

¹¹⁶ Eckhoff og Smith (2014) s. 344.

¹¹⁷ Groning, Husabø og Jacobsen s. 68–72 og Aall (2018) s. 140.

¹¹⁸ Skoghøy (2018) s. 166, Nygård (2004) s. 240 og Taraldrud (2018) s. 61.

¹¹⁹ Nygård (2004) s. 241.

¹²⁰ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 250.

¹²¹ HR-2020-1724-A avsnitt 15.

myndighetsutøvelse.¹²² Utkastet til ny forvaltningslov uttaler at kriteriet innebærer et vilkår om at «avgjørelsen må bygge på et offentligrettslig kompetansegrunnlag.»¹²³

Avgjørende må etter dette være om grunnlaget en avgjørelse skriver seg fra er av offentligrettslig karakter. Spørsmål beror i første omgang på en tolkning av strl. § 17.

Det er ikke noe ved den språklige utformingen strl. § 17 har fått som indikerer at den er ment å utgjøre en inngrepshjemmel. Tvert om er bestemmelsen et generelt frifinnelsesgrunnlag, hvor rettsstridsgrensen er den samme uavhengig av hvem nødrettspretendenten er. Verken ordlyd, kompetanseregulering eller formål gir derfor bestemmelsen preg av å være en offentligrettslig fullmakt.

Videre retter bestemmelsen seg som hovedregel bare mot fysiske personer. Bruk av strl. § 17 på handlinger innen forvaltningsvirksomheten, vil derfor bunne i et spørsmål om hvorvidt den enkelte som vedtok eller gjennomførte et inngrep kan straffes. Det er derfor ingen forhold ved nødrettsregelen som setter forvaltningen i en særstilling.

Anvendelse av strl. § 17 kan som følge av ovennevnte ikke anses som utslag av myndighetsutøvelse. Dette gjør at vi havner utenfor grl. § 113, hvilket i seg selv stenger for å benytte den strafferettslige nødrettsnormen som en offentligrettslig inngrepshjemmel.

Det bemerkes at utgangen på problemstillingen ikke medfører handlingslammelse i den betydning at helsepersonellet ikke nyter godt av straffrihetsreglene. Disse vil tvert om gjelde uinnskrenket. Rettsvirkningen av en nødrettshandling innenfor spillerommet i strl. § 17 er at helsepersonellet går straffritt, ikke at et gyldig myndighetsinngrep ble gjennomført.

3.7. Reelle hensyn

Som et avsluttende poeng på kapittelet, vil det knyttes noen bemerkninger til hvilke reelle hensyn som aktualiseres ved bruk av strl. § 17 som inngrepshjemmel. Med reelle hensyn siktes det til «rimelighetsforestillinger som ikke dekkes av de andre rettskildefaktorene.»¹²⁴

¹²² HR-2020-1724-A avsnitt 16.

¹²³ NOU 2019: 5 s. 305.

¹²⁴ Boe (2021) s. 525.

Flere forhold tilsier at det er uheldig om strafferettens nødrettsnorm tilkjennes en slik dobbel funksjon. For det første legges det opp til at helsepersonellets handlinger må rettferdiggjøres. Dette fremtvinger på sett og vis systematiske lovbrudd, som likevel kan passere etter en konkret interesseavveining. Overfor helsepersonellet fremstår det nærmest støtende å oppstille som et «utgangspunkt» at inngrepet er ulovlig.

For det andre er det verdt å påpeke hvilke signaler som gis til den handlingen retter seg mot. Bruk av strl. § 17 overfor psykisk syke, kan indikere at personen er et så sykt og alvorlig tilfelle at psykisk helsevernloven er utilstrekkelig. Basert på dagligtalebruken av nødrettsbegrepet, ledes tankene fort i denne retningen. En slik stempelingseffekt er lite passende.

Videre oppstiller strl. § 17 en tøyelig nødrettsnorm.¹²⁵ Fra et rettsikkerhetsperspektiv er dette uheldig, ettersom misbruk- og utglidningsfaren øker.

Et siste forhold som skal nevnes, er at lovligheten av en strafferettslig nødrettshandling vurderes etter hvordan utøveren subjektivt sett oppfattet situasjonen jf. strl. § 25. Dette fremstår naturlig all den tid det er snakk om å ilegge straffereaksjoner. Eksempelvis vil den som feilaktig tror at det foreligger en nødssituasjon, ikke kunne straffes for denne feilvurderingen.¹²⁶ Direkte anvendelse av strl. §17 medfører derfor at det allmenne, helserettslige forsvarlighetskravet jf. hpl. § 4, må vike for strl. § 25. Hpl. § 4 er en aktsomhetsterskel satt etter hvilke forventninger som kan stilles til «autoriserte gruppers utdanning og tittel.»¹²⁷ Avviket mellom den subjektive oppfatningen etter strl. § 25 og dette aktsomhetskravet, kan etter omstendighetene være stort. Strafferetten og helseretten er grunnleggende ulike rettsdisipliner, hvilket gjør suspensjon fra hpl. § 4 uheldig. Det er videre ingen holdepunkter for at lovgiver mente at nødssituasjoner skulle kunne oppheve forsvarlighetskravet.

¹²⁵ NOU 2019: 14 s. 467.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). s. 428.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 216.

4. Helselovgivningens mulige inngrepshjemler

4.1. Innledning

I fortsettelsen skal det sees nærmere på helselovgivningens mulige inngrepshjemler. Hovedtyngden legges på hpl. § 7, som oppstiller en plikt til å yte «øyeblikkelig hjelp». I tillegg skal det vurderes om plikten til forsvarlighet i sphl. § 2-2, kan virke som en inngrepshjemmel.

Kapittelets kan sammenfattes i relasjonen mellom pliktregler, det helserettslige forsvarlighetskravet og hjemmelskrav til inngrepshjemler.

4.2. Spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 – et forsvarlighetskrav som inngrepshjemmel?

I 2013 behandlet Statens helsetilsyn en sak hvor ECT ble gitt på nødrett.¹²⁸ Som rettslig grunnlag for spørsmålet, utpekte helsetilsynet sphl. § 2-2 som i første punktum stiller krav til at alle helsetjenester skal være «forsvarlige». Vurderingstemaet ble dermed hvorvidt nødrettslig ECT kunne anses forsvarlig. Tilsynspraksis er i utgangspunktet en rettskilde med begrenset vekt, men fraværet av høyesterettspraksis på feltet nødvendiggjør en nærmere vurdering av bestemmelsen.

Forsvarlighetsplikten i sphl. § 2-2 gjelder på systemnivå, mens hpl. § 4 oppstiller et forsvarlighetskrav på individnivå. Førstnevnte knytter seg til spørsmålet om en institusjon som sådan er forsvarlig, og har derfor et mer helhetlig utgangspunkt.¹²⁹ «Forsvarlige» i sphl. § 2-2 tilsier etter sin ordlyd at det stilles krav til at helsetjenestene holder et visst kvalitativt minstenivå, og at grensen mot det uforsvarlige må trekkes skjønnsmessig.

¹²⁸ Statens helsetilsyns tilsynssak publisert 21.05.2013.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 10 (1998-1999) s. 36.

Det er i første omgang grunn til å knytte noen bemerkninger til helsetilsynets kompetanse og oppgaver. Bakgrunnen for at spørsmålet ble løst etter sphl. § 2-2, henger nemlig sammen med perspektivet helsetilsynet anlegger.

Helsetilsynsloven¹³⁰ som gjaldt da avgjørelsen ble avsagt, viser i § 1 til at Statens helsetilsyn har det overordnede «faglige» tilsynet med helse og omsorgstjenesten. Forarbeidsuttalelser utdyper at tilsynets hovedoppgave er «å medvirke til at helsevesenets ytelser har sin basis i vitenskaper, praktiske ferdigheter og i holdninger som staten har akseptert som grunnleggende for utdannelsen av helsevesenets autoriserte yrkesutøvere».¹³¹

Kompetansen til helsetilsynet er med andre ord avgrenset til å vurdere nettopp om helsetjenestene er faglig forsvarlige. Ved benektende svar på dette, kan reaksjoner ilegges etter helsepersonelloven kap. 11 jf. helsetilsynsloven § 2 fjerde ledd. Basert på forarbeidene, er nærliggende å anse forsvarlighetskravet oppfylt så fremt helsehjelp er i tråd med det som til enhver tid er «anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer.»¹³²

Det inngår altså ikke som en del av helsetilsynets vurdering hvorvidt kvalitative og formelle krav til inngrepshjemler er oppfylt. En følge av dette er at helsetjenester kan være forsvarlige, og samtidig bryte med EMKs lovkrav og legalitetsprinsippet. Helsetilsynets avgjørelse kan derfor ikke vektlegges etter et hjemmelsperspektiv.

Å ikke tilby en pasient forsvarlig helsehjelp, vil bryte med dennes rettskrav. Det må imidlertid sondres mellom retten til å motta et slikt tilbud, og adgangen til å gjennomføre det med tvang. Det skyldes at «å hjemle påleggsmyndighet er noe annet enn å hjemle tvang og makt.»¹³³ Plikten til å gi forsvarlig helsehjelp korrespondere klart nok ikke i seg selv med en plikt til å ta den imot. Så lenge det ikke finnes et særskilt grunnlag for å gjennomføre en medisinsk forsvarlig behandlingsform uten samtykke, vil ikke hjemmelskravet være tilfredsstillt.

¹³⁰ Lov 30. mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten.

¹³¹ Ot.prp. nr. 33 (1983-1984) s. 9–10.

¹³² Prop. 91 L (2010-2011) s. 263–264.

¹³³ Boe (2018) s. 43.

Konklusjonen må derfor bli at sphl. § 2-2 ikke er en inngrepshjemmel. Det er ikke noe ved utforming som tilsier at bestemmelsen er ment å ha en slik funksjon. Å forankre inngrep i sphl. § 2-2 vil således verken være i tråd med EMKs lovkrav eller legalitetsprinsippet.

4.3. Øyeblikkelig hjelp-plikten jf. helsepersonelloven § 7

4.3.1. Hjelpepliktens materielle innhold

Fremstillingen vil nå ta for seg hpl. § 7. Også her er problemstillingen om bestemmelsen kan hjemle nødrettsinngrepene.

Etter sin overskrift regulerer hpl. § 7 «øyeblikkelig hjelp» situasjoner. Det indikerer at bestemmelsen er reservert til hastetilfeller. Lovteksten lyder som følger:

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

Ordlyden oppstiller jf. «skal» en plikt til å gi helsehjelp når den er «påtrengende nødvendig.» Sett i sammenheng med overskriften, er det rimelig å forstå bestemmelsen slik at den pålegger en plikt til å yte helsehjelp øyeblikkelig hvor det anses påtrengende nødvendig. Bestemmelsens pliktside korresponderer med pasienters rettskrav på nødvendig helsehjelp jf. pbrl. § 2-1 bokstav b.¹³⁴

En nødrettssituasjon vil samtidig være en øyeblikkelig-hjelp situasjon.¹³⁵ Bestemmelsen overlapper dermed med nødretten, hvilket gjør den interessant. Før dette utdypes vil jeg se nærmere på lovtekstens vilkår.

«Helsehjelp» er i hpl. § 3 tredje ledd legaldefinert som «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og

¹³⁴ Ohnstad (2002) s. 122.

¹³⁵ NOU 2019: 14 s. 78.

omsorgsformål [...]». Lovteksten gir anvisning på et omfangsrikt begrep, slik at en rekke ulike formål kan være foranledningen til å gi helsehjelp.

Hva som ligger i «påtrengende nødvendig» helsehjelp jf. hpl. § 7 behøver konkretisering. Rent språklig oppstilles et strengt krav til at en hastesituasjon har manifestert seg, før hjelpeplikten utløses. Forarbeidene bekrefter dette ved å presisere at bestemmelsen er ment å dekke situasjoner som påkrever «livreddende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon.»¹³⁶

Forarbeidene utdyper videre at nødvendighetskravet både sikter til den hjelpetrengende sin tilstand, og til hvorvidt det er mulig for helsepersonellet å yte adekvat hjelp.¹³⁷ Det fremholdes at det må vektlegges om det er «fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand.»¹³⁸ Det er rimelig å forstå sistnevnte del som bestemmelsens ytterpunkt. Ellers legger forarbeidene, i likhet med lovteksten, ingen føringer for hvilke midler og metoder som kan benyttes.

Ofte er det åpenbart i øyeblikkelig hjelp-situasjoner at hjelpebehovet er påtrengende.¹³⁹ Eksempelvis hvor noen havner på akuttmottaket etter en alvorlig bilulykke, eller hvor en alvorlig blødning må stoppes etter selvskading. Det skjønnsmessige vurderingstemaet gjør likevel at det vil oppstå overgangstilfeller hvor det er vanskelig å vurdere om plikten er opphørt.¹⁴⁰

Ettersom lovteksten benytter presensform, må den nåværende situasjonen avgjøre hvorvidt hjelpebehovet er «påtrengende nødvendig». Bestemmelsen hjemler derfor ikke preventiv inngripen. Ordlyden krever videre at hvert tiltak undergis en isolert vurdering, og hjelpeplikten må derfor i utgangspunktet knytte seg til enkeltstående tilfeller. Men så lenge nødvendighetskravet er innfridd, stenger ikke hpl. § 7 for vedvarende nød og gjentakelsestilfeller.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-199) s. 219.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Kjønstad, Syse og Kjelland, (2017) s. 184.

¹⁴⁰ Warberg (2011) s. 96.

Bestemmelsens formål er etter dette dels å sikre at personer med akutt behov for helsehjelp, skal gis slik hjelp så fort som mulig.¹⁴¹ Det innebærer blant annet at andre arbeidsoppgaver etter omstendighetene må vike.¹⁴²

Videre styres pliktens innhold av hva helsepersonellet «evner» jf. hpl. § 7 første ledd første punktum. Ordlyden tilsier at det må vurderes konkret hva personellet har ferdigheter og kompetanse til. Forarbeidene utdyper at det ligger en differensiering i kriteriet, basert på hva som kan ventes av det enkelte helsepersonell.¹⁴³

4.3.2. Bestemmelsens forhold til samtykkereglene

Hpl. § 7 første ledd annet punktum gjør unntak fra hovedregelen om samtykke. For det første skal nødvendig helsehjelp gis hvor en pasient «ikke er i stand til å samtykke». I enkelte hastetilfeller er det fra et praktisk ståsted nødvendig å oppheve reglene som ellers gjelder etter pbrl. Situasjoner med bevisstløshet eller traumer, lar seg eksempelvis ikke forene medvirknings- og informasjonsrettighetene i pbrl. kap. 3.

Mer problematisk er det at hjelpeplikten gjelder også hvor pasienten «motsetter seg helsehjelpen.» Ordlyden dekker tilfeller hvor en pasient aktivt nekter å motta helsehjelp, eller på annet vis setter seg til motverge. Hpl. § 7 åpner med dette implisitt for tvangsbruk, hvilket gjør bestemmelsen til en inngrepsjhemmel.

Hjelpeplikten korresponderer som følge av dette med et pålegg for pasienten til å la seg behandle. Det kan være store avvik mellom personellens vurdering av hva som er «påtrengende nødvendig» og pasientens ønsker/preferanser. Bestemmelsen har derfor en liberal holdning til tvangsbruk og et omfattende tvangspotensial.

Videre viser hpl. § 7 første ledd annet punktum til at hjelpeplikten viker for pbrl. § 4-9. Innenfor pbrl. § 4-9 er vi derfor tilbake til hovedregelen om at helsehjelp forutsetter samtykke.¹⁴⁴ Bestemmelsen angir positivt tre situasjoner hvor livreddende eller livsforlengende helsehjelp kan nektes. Tilfellene gjelder blodoverføring, sultestreiker og livsforlengende behandling av

¹⁴¹ Jf. også IS-8/2012 s. 17.

¹⁴² Skaug (2002) s. 188.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219.

¹⁴⁴ En psykisk lidelse kan likevel ha betydning for om nektelsen skal respekteres, dersom det er årsakssammenheng mellom nektelsen og lidelsen. Se nærmere Bovim (2005) s. 82 flg.

døende pasienter. Formuleringen i hpl. § 7 tilsier at den regulerer hjelpeplikten
begrensninger på uttømmende vis.

4.3.3. Forsvarlighetskravet som begrensning i hjelpeplikten

Hpl. § 4 setter visse føringer for hvilken helsehjelp som kan gis etter hpl. § 7. Den
interessante delen av hpl. § 4, er at den stiller krav til at helsepersonellens arbeid skjer i tråd
med «krav til faglig forsvarlighet».

Forsvarlighetskravet er helselovgivningens eneste materielle begrensning i hjelpeplikten, og
omtales i rettslitteraturen som «kvalitetskjernen i fagutøvelsen.»¹⁴⁵ Vurderingstemaet «faglig
forsvarlighet» jf. hpl. § 4 er en skjønsmessig formulering som behøver konkretisering.
Ordlyden tilsier at vi har å gjøre med en rettslig standard, og at forsvarlighetskravet oppstiller
en rettslig skranke for hvilken helsehjelp som kan ytes før den anses uforsvarlig.

Forarbeidene presiserer at normen stiller krav til faglige kvalifikasjoner, og fremhever
helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer som eksempler på god praksis.¹⁴⁶

Standardteksten i disse retningslinjene sier at de er ment å være hjelpemiddel nettopp for å
oppnå forsvarlighet.¹⁴⁷ Brudd på disse vil derfor indikere at forsvarlighetskravet ikke er
overholdt.¹⁴⁸

Helsedirektoratet knytter forsvarlighetskravets kjerne til hva som «til enhver tid er definert
som *etablert behandling*».¹⁴⁹ I rettslitteraturen kobles kravets innhold til en medisinskfaglig
vurdering.¹⁵⁰

Så fremt helsehjelpen er etablert og medisinsk forsvarlig, vil den derfor passere hpl. § 4. De
skjønsmessige rammene forsvarlighetskravet består i, gir forvaltningen bred anledning til
selv å definere myndighetsutøvelsens rammer. Hpl. § 4 bidrar derfor ikke i noe særlig grad til
å begrense rekkevidden av hpl. § 7.

¹⁴⁵ Warberg (2011) s. 146.

¹⁴⁶ Prop. 91 L (2010-2011) s. 264.

¹⁴⁷ Prop. 91 L (2010-2011) s. 264 og eksempelvis IS-2629 s. 29.

¹⁴⁸ Helsepersonellnemnda 2013/255.

¹⁴⁹ I-4/2019 s. 3.

¹⁵⁰ Kjørstad og Syse (2012) s. 180.

4.3.4. Nødrettsnorm kontra handleplikt

Man kan se det slik at hpl. § 7 består av to ulike rettsregler. Den ene er en pliktbestemmelse til å yte helsehjelp. Den andre er at bestemmelsen har innebygd en regel som kan tilsidesette samtykkereglene, hvilket gjør den til en inngrepshjemmel.

Tidligere redegjørelse utpeker enkelte særtrekk ved hpl. § 7 som minner om strafferettens nødrettsnorm. Begge regulerer situasjoner hvor den objektive interesseovervekten for inngrep er betydelig. Videre er begge uanvendelige hvor de respektive situasjonskravene er brakt til opphør. I forlengelsen av dette, stilles det spørsmål ved om hpl. § 7 kan betegnes som en nødrettsnorm og hva det i så tilfelle innebærer.

Straffelovens forarbeider omtaler hpl. § 7 som en spesialtilpasset lovregel om nødrett.¹⁵¹ Dette tilsier at bestemmelsen er en lex-specialis nødrettsnorm, som konsumerer strl. § 17 innenfor sitt virkefelt. Specialisthelsetjenestelovens forarbeider betegner hpl. § 7 som «nødrettsprinsippet» og trekker ytterligere i denne retning.¹⁵²

Nødrettsterminologien er imidlertid gjennomgående upresis, vag og flertydig. Rettskildene bruker den som referanse til et mangfold av ekstraordinære tilfeller med behov for akuttintervensjon. Upresisheten som her dominerer, gjør begrepet til et dårlig utgangspunkt å trekke slutninger fra.

De gjengitte forarbeidsuttalelsene kan derfor ikke være avgjørende. Selv om hpl. § 7 omtales som en nødrettsnorm, må den rettslig sett karakteriseres som noe annet. Den korrekte betegnelsen må være nettopp det overskriften sier at bestemmelsen regulerer: en plikt til å yte øyeblikkelig helsehjelp. Helsepersonellet utpekes derfor som et pliktsubjekt, hvilket har lite til felles med nødrett. Hvor tradisjonell nødrett tillater handlinger som ellers bryter med loven, oppstiller hpl. § 7 en lovbestemt handleplikt som forbyr passivitet hvor inngrepvilkårene er til stede. Sistnevnte kan derfor omtales som en *nødplikt*. Helsepersonell som urettmessig unnlater inngripen, risikerer dessuten sanksjoner etter hpl. Kap. 11. Også dette gjør at bestemmelsen skiller lag med nødretten på vesentlige punkter. Å omtale hpl. § 7 som en nødrettsnorm er derfor uheldig og gir feilaktige assosiasjoner.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 420.

¹⁵² Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 87.

4.3.5. ECT-behandling og tilbakehold ved akutt suicidalitet jf. helsepersonelloven § 7

Jeg går nå over til å drøfte om hpl. § 7 kan hjemle nødrettsinngrepene i det psykiske helsevern.

Helsehjelp favner blant annet «helsebevarende» tiltak jf. hpl. § 3 tredje ledd. Å avverge selvmord gjennom tilbakehold, må kunne rubriseres under dette alternativet.¹⁵³ Hpl. § 7 kan likevel bare hjemle frihetsberøvelser inntil en akutt situasjon er avhjulpet. Utover dette må tvangsinnleggelsesvilkårene i phvl være oppfylt for å holde noen tilbake mot deres vilje.¹⁵⁴ ECT har et «behandlende» formål, slik at også dette er en form for helsehjelp jf. hpl. § 3 tredje ledd. Videre vil begge inngrepene etter omstendighetene være «påtrengende nødvendig» jf. hpl. § 7 og være i overensstemmelse med «faglig forsvarlighet» jf. hpl. § 4, basert på hvordan dette skal forstås etter tidligere redegjørelse.

Utgangspunktet er derfor at hpl. § 7 kan hjemle nødrettseksemplene, samt at pasienter også vil kunne ha rettskrav på slik helsehjelp. jf. pbrl. § 2-1 bokstav b.

4.3.6. Et utvidet perspektiv basert på rettsutviklingen

Ovennevnte utgangspunkt hviler i hovedsak på en utbrodering av innholdet i hpl. § 7 basert på lovtekst og forarbeider. Det er gode grunner til også å se hen til rettskildefaktorer utenfor helselovgivningen før bestemmelsen anses ferdigtolket. Det interessante er i hvilken utstrekning det kan gjøres unntak fra samtykkereglene etter hpl. § 7. Nettopp på dette grunnlaget er bestemmelsen møtt med kritikk.

Warberg omtaler bestemmelsen som «noe dårlig gjennomtenkt.»¹⁵⁵ Dens åpning for tvangsbruk er etter Syse og Kjønstads oppfatning «neppe tilstrekkelig overveid.»¹⁵⁶ Østenstad mener bestemmelsens vide rammer skaper en «klar risiko for overgrep i materiell forstand ved at verdien av sjølvbestemmingsretten blir teke dårleg omsyn til.»¹⁵⁷

¹⁵³ Hpl. § 7 er brukt slik i underrettspraksis jf. TOSLO-2013-196359 og LB-2014-197486, men da i kombinasjon med strafferettens nødrett.

¹⁵⁴ Warberg (2011) s. 243 og Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 219.

¹⁵⁵ Warberg (2011) s. 99.

¹⁵⁶ Kjønstad og Syse (2012) s. 223.

¹⁵⁷ Østenstad (2011) s. 539.

Det kan hevdes at det er for snevert å anse pbrl. § 4-9 som en uttømmende oppregning av når helsehjelp kan nektes innenfor virkefeltet til hpl. § 7. Rettslitteraturen påstår at «også i de fleste andre situasjoner kan den samtykkekompetente pasient nekte å motta nødvendig helsehjelp.»¹⁵⁸ Et lovutvalg argumenterer for at bestemmelsen må tolkes innskrenkende «slik at den fanger opp situasjoner hvor pasienten blir vurdert av helsepersonell som ikke samtykkekompetent, og hvor det ellers ikke er uttrykt et klart forhåndsønske som bør respekteres for den oppståtte situasjonen.»¹⁵⁹

Når man leser hpl. § 7 i sammenheng med pbrl. § 4-9, gis det derfor et misvisende bilde i den mening at samtykkehovedregelen underkommuniseres. Rent rettslig må derfor pbrl. § 4-9 heller «forstås som en presisering av noen vanskelige rettsspørsmål.»¹⁶⁰

Hpl. § 7 har hatt sin nåværende formulering siden den trådte i kraft i 2001. Fortsettelsen vil undersøke betydningen inntoget av nyere rettskilder har, for i hvilken utstrekning hpl. § 7 kan tilsidesette samtykkereglene.

4.3.7. EMKs lovkrav

Det vil her tas stilling til om inngrep etter hpl. § 7 overholder EMKs lovkrav. For å konkretisere drøftelsen vil ECT-behandling uten samtykke benyttes som eksempel. Momentene er likevel stort sett av generell betydning hvor helsepersonellet benytter tvang etter hpl. § 7.

Den eneste antydningen lovteksten gir angående hva slags helsehjelp som kan ytes, er at den skildres som «påtrengende nødvendig.» Formuleringen gir svært dårlig, om noen, indikasjon på at elektroshokkbehandling kan utføres. Det strenge situasjonskravet som ligger i skildringen begrenser riktignok anvendelsesområdet, men bidrar ikke til å konkretisere hvilke tiltak bestemmelsen tillater. Det er derfor svakheter ved hpl. § 7 som gjør at den havner i et anstrengt forhold til EMKs «rule of law»-doktrine.¹⁶¹

¹⁵⁸ Warberg (2011) s. 79–80.

¹⁵⁹ NOU 2017: 16 s. 152.

¹⁶⁰ Warberg (2011). s. 80.

¹⁶¹ Se punkt. 2.2.3.2.

H.L mot Storbritannia er av særlig overføringsverdi for hvordan lovkravet slår ut i et tilfelle som det foreliggende.¹⁶² EMD stilte her krav til “legal protections and “fair and proper procedures””.¹⁶³ Tankegangen synes å være at forholdene som utpekes som problematiske overfor, ikke er avgjørende dersom det finnes et rettslig rammeverk som ivaretar rettssikkerheten til den inngrepet rammer. Dette henger sammen med at maktfordeling og kontrollhensyn er dominerende i lovkravspørsmålet, når inngrepshjemmelen ikke har et adferdsregulerende formål.¹⁶⁴ Lovkravets begrunnelse er i slike tilfeller «den allmenne interesse i å kontrollere og om nødvendig sette grenser for den utøvende [...] makt.»¹⁶⁵

Mekanismer for å hindre myndighetsmisbruk og vilkårlighet vil som følge av dette kunne kompensere for bestemmelsens lave presisjonsnivå. Slike mekanismer vil typisk være ulike rettssikkerhetsgarantier og andre ordninger som muliggjør legalitetskontroll. Eksempelvis vil publisitets- og notoritetskrav redusere risikoen for myndighetsoverskridelse.¹⁶⁶

Den eneste garantien inngrep jf. hpl. § 7 er underlagt, er det allmenne forsvarlighetskravet jf. hpl. § 4. Det gjelder ingen lovfastsatte regler til fremgangsprosedyre, samtidig som det er mangel på dokumentasjons-, begrunnelse- og notoritetskrav. En ringvirkning av dette er at klageretten til Statsforvalteren, som rent formelt er intakt¹⁶⁷, vanskelig lar seg gjennomføre i praksis. Uten noe form for dokumentasjons- og begrunnelseskrav til inngrepene, blir med andre ord forutsetningene for å foreta en reell overprøving svært dårlige. Statsforvalteren foretar heller ingen rutinemessig kontroll med legaliteten.

De rettssikkerhetsmessige betenkelighetene som her utpekes, gjør at inngrep etter hpl. § 7 ikke er «in accordance with the law» etter EMK.

4.3.8. Biomedisinkonvensjonens føringer for helsehjelp uten samtykke

¹⁶² Se punkt. 2.2.3.2.

¹⁶³ *H.L mot Storbritannia* [J] 2004, no, 45508/99 avsnitt 115.

¹⁶⁴ Aall (2018) s. 117.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017, Tromsø 2017, s. 306.

4.3.8.1. Utgangspunkter

Biomedisinkonvensjonen oppstiller generelle pasientrettigheter og særlige rettigheter innen helseforskning.¹⁶⁸ Konvensjonen gjelder jf. art. 2 hvor helsehjelp eller inngrep gjøres av hensyn til pasienten. Formålet er etter konvensjonens art. 1 blant annet å sikre alle “respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.”

Konvensjonen ble ratifisert i 2006, men er ikke gjort til norsk rett. Norge er derfor folkerettslig bundet til biomedisinkonvensjonen og den må håndteres etter presumsjonsprinsippet.

Biomedisinkonvensjonen art .5 knesetter som alminnelig regel at helserelaterte inngrep forutsetter at den berørte har «given free and iformed consent to it.» Samtykkekravet er ikke absolutt, og konvensjonen har flere artikler som basert på ulike formål gjør unntak fra det. Artikkel 8 suspenderer samtykkekravet i nødssituasjoner, og artikkel 7 oppstiller en særregel for inngrep overfor alvorlig sinnslidende. Unntakene er alternative og av betydning for i hvilken utstrekning helsehjelp etter hpl. § 7 kan gis uten samtykke.

4.3.8.2. Unntak fra samtykkekravet i nødssituasjoner

Biomedisinkonvensjonen tillater jf. art. 8 «any medically necessary intervention», forutsatt at «because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained».

For det første må det sees hen til hva som er den autonome forståelsen av begrepet «emergency situation». Konvensjonen har en tilhørende Explanatory report som utdyper at situasjonskravet forutsetter at inngrep: «can not be delayed», men at inngrepsadgangen «is not reserved for life-saving interventions.»¹⁶⁹ Rapporten er en form for forarbeid som kan være supplerende tolkningsmomenter jf. wien-konvensjonen art. 32. Tidligere utredning av hpl. § 7 sammenfaller i så stor grad med biomedisinkonvensjonens forståelse av «emergency situation», at art. 8 må gjelde når hpl. § 7 anvendes.

¹⁶⁸ NOU 2011: 9 s. 64.

¹⁶⁹ Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164, avsnitt 58.

Formuleringen i art. 8 tilsier at et manglende samtykke må kunne tilbakeføres til nødssituasjonen jf. «because of». Explanatory report bekrefter at artikkelen er reservert til nødstilfeller som forhindrer helsepersonellet i å få tak i pasientens samtykke.¹⁷⁰ Deretter bemerkes det at selv i nødssituasjoner må det legges en rimelig innsats i å avgjøre hva pasienten ville ha ønsket.¹⁷¹

Med andre ord er det er premiss for å benytte unntaket, at et manglende samtykke har sin årsak i en pågående nødssituasjon. Helsehjelp kan derfor bare gis etter artikkelen hvor helsepersonellet ikke klarer å innhente pasientens samtykke på grunn av nødssituasjonen. Det vil være slik årsakssammenheng hvor en person eksempelvis er bevisstløs etter en trafikkulykke.

For nødrettslig ECT er situasjonen en annen. Her har andre metoder typisk vist seg ineffektive, og den gradvise forverringen av en psykisk lidelse betegnes som en nødssituasjon. Den psykiske lidelsen synes imidlertid ikke å være faktoren som gjør det umulig for personellet å gi samtykkebasert ECT. Explanatory report sier i tillegg at biomedisinkonvensjonens art. 8 tillater inngripen «immediately in such situations without waiting until the consent of the patient [...] can be given.»¹⁷² Uttalelsen tilsier at artikkelen må forstås slik at den forutsetter en forbigående nødssituasjon, hvor en pasient er midlertidig ute av stand til å samtykke. Den psykiske lidelsen ECT-gis for synes ikke å utgjøre en slik situasjon, ettersom den er mer stabil og varig i sin karakter. Lidelsen kjennetegnes her ikke av en krise i rask utvikling med behov for umiddelbar inngripen. Det lar seg derfor ikke konstatere slik årsakssammenheng artikkelen forutsetter. Det vil følgelig være et folkerettsbrudd å hjemle nødrettslig ECT i hpl. § 7.

Det gjenstår å drøfte hvordan presumsjonsprinsippet slår ut i rettsspørsmålet. Vi står overfor en situasjon hvor folkeretten oppstiller konkrete krav til nasjonale reglers materielle innhold. Høyesterett har uttalt at «den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige [...]».¹⁷³ I tillegg fremstår motstriden utilsiktet fra lovgiverhold. Dette fordi det må

¹⁷⁰ Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164, avsnitt 57.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 57.

¹⁷² Ibid. avsnitt 56.

¹⁷³ Rt. 2000 s. 1811 s. 1829.

antas, i mangel av andre holdepunkter, at lovgiver ikke mente at lovverket skulle være folkerettsstridig.

Ettersom vilkåret det er spørsmål om å innfortolke verner individene mot offentlig inngripen, må løsningen bli at det gjelder et tilsvarende årsakssammenhengskrav etter hpl. § 7 som etter biomedisinkonvensjonen art. 8. Nødrettslig ECT kan derfor ikke hjemles i hpl. § 7.

Det stilles videre spørsmål ved om akutt suicidalitet kan rubriseres som en nødssituasjon etter art. 8, som umuliggjør innhenting av samtykke. I motsetning til situasjonen hvor nødrettslig ECT gis, skjer tilbakehold ved akutt suicidalitet i affekt situasjon som oppstår relativt brått og utvikler seg raskt. Mer presist er det nærliggende at den akutte suicidaliteten er foranledningen til at pasienten ikke samtykker, og at det nettopp er på grunn av suicidaliteten helsepersonellet holder pasienten tilbake. En slik nødssituasjon er forbigående og relativt kortvarig, samtidig som den gjør at inngripen «can not be delayed.»¹⁷⁴ Det konstateres derfor at en persons tilstand i form av akutt suicidalitet kan være en «emergency situation», og at det manglende samtykket har sin årsak i denne tilstanden. Tilbakehold ved akutt suicidalitet vil derfor ikke bryte med biomedisinkonvensjonen art. 8.

Det bemerkes at innfortolkning av årsakssammenhengskravet vil ha betydning utover de to nødrettseksemplene. Kravet innebærer at nektelsesretten gis forrang i en rekke sammenhenger den tidligere kunne overstyres med hjemmel i hpl. § 7.

4.3.8.3. Unntak fra samtykkekravet ved behandling av psykiske lidelser

Jeg vil nå drøfte det andre alternative unntaket som følger av biomedisinkonvensjonen art. 7. Artikkelen lyder som følger:

“Subject to protective conditions prescribed by law, including supervisory, control and appeal procedures, a person who has a mental disorder of a serious nature may be subjected, without his or her consent, to an intervention aimed at treating his or her mental disorder only where, without such treatment, serious harm is likely to result to his or her health.”

¹⁷⁴ Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164, avsnitt 58.

Artikkelen tillater inngrep uten samtykke, så fremt formålet er å behandle alvorlig sinnslidende. I tillegg stilles visse prosessuelle krav, samt krav til at uteblitt behandling vil kunne resultere i alvorlig psykisk helseskade. Artikkelen stiller ingen kvalitative krav til behandlingsinngrepene. Explanatory report presiserer at inngrepsbegrepet skal forstås vidt.¹⁷⁵ Både tvangsbehandling og frihetsberøvelser anses derfor som en «intervention».¹⁷⁶

Det er de prosessuelle kravene biomedisinkonvensjonen art. 7 stiller som er av særskilt interesse for hpl. § 7. Explanatory report utdyper at helsehjelp uten samtykke nødvendiggjør ordninger som i tilstrekkelig grad beskytter den berørtes rettigheter.¹⁷⁷ Det oppstilles altså, i likhet med EMKs lovkrav, krav til rettssikkerhetsgarantier.

Storvik mener biomedisinkonvensjonen følger opp og moderniserer EMK, og at den ikke utvider rettighetsvernet.¹⁷⁸ Også tvangsbegrensninglovutvalget fremhever at det er en tett kobling mellom de to menneskerettslige instrumentene.¹⁷⁹ Det er dermed en rimelig forståelse at konvensjonen stiller tilsvarende kvalitative krav til inngrepshjemler, som ikke har et adferdsregulerende formål, som det EMK gjør. Det vises derfor til tidligere drøftelse av EMKs lovkrav.

Sammenfattet er det svært svake garantier som sikrer at inngrep jf. hpl. § 7 iverksettes på et saklig og tilstrekkelig grunnlag, både faktisk og rettslig. Samtidig gjør lovtekstens liberale holdning til tvangsbruk at behovet for rettssikkerhetsgarantier er stort. Inngrep jf. hpl. § 7 vil derfor bryte både med EMKs lovkrav og biomedisinkonvensjonen art. 7.

4.3.9. Den positive sikringsplikten

4.3.9.1. Grunnloven § 92

Det er grunn til å følge opp delkonklusjonen overfor og se hva det innebærer for den positive sikringsplikten.

¹⁷⁵ Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164, avsnitt 29.

¹⁷⁶ Også NOU 2011: 9 s. 65 anser frihetsberøvelser omfattet.

¹⁷⁷ Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164, avsnitt 55.

¹⁷⁸ Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017, Tromsø 2017, s. 60–61.

¹⁷⁹ NOU 2019: 14 s. 169.

Grl. § 92 pålegger ikke bare staten å «respektere» menneskerettighetene, men å «sikre» dem. Grunnlovsbestemmelsen gir uttrykk for den doble gjennomføringsplikten, og er inspirert av EMK art. 1.¹⁸⁰ I den positive siden av plikten, jf. «sikre», ligger blant annet en aktivitetsplikt for statsmaktene til å utarbeide lovverk som i tilstrekkelig grad verner om EMK. Lovtomme rom kan derfor utgjøre en konvensjonskrenkelse.

Ettersom akutt suicidalitet ikke kan hjemles i hpl. § 7, vil rettstilstanden kunne stå i et problematisk forhold til den positive sikringsplikten. Mer presist står EMK art. 2 i fare for å bli krenket, som i første setning sier at «Everyone's right to life shall be protected by law.» Artikkelen stiller blant annet krav til regelverk som beskytter retten til liv.¹⁸¹

I en sak hvor en psykisk syk innsatt begikk selvmord, var EMDs hovedspørsmål hvorvidt den positive sikringsplikten var overholdt.¹⁸² Retten formulerte dette som et spørsmål om myndighetene visste eller burde vite at det forelå reell og umiddelbar selvmordsrisiko.¹⁸³ Ved bekreftende svar på dette, måtte myndighetene gjøre det som med rimelighet kunne ventes for å hindre materialisering av risikoen.¹⁸⁴ Den positive sikringsplikten pålegger med andre ord i visse tilfeller også myndighetene en plikt til å gripe aktivt inn for å sikre konvensjonsrettighetene. EMD har også presisert at artikkel 2 forplikter myndighetene til å hindre individer fra å ta sitt eget liv, hvor avgjørelsen ikke er fundert på fri vilje og full forståelse.¹⁸⁵

EMK art. 2 innebærer derfor at helsepersonellet må utrustes med inngrepshjemler for å beskytte pasientenes liv, hvor EMD pålegger statene en handleplikt.¹⁸⁶ Akutt suicidalitet kjennetegnes nettopp av at trusselen mot livet fremstår nært forestående. Risikoen må dermed bedømmes som reell og umiddelbar. Ved slik kvalifisert risiko forbyr EMK passivitet fra myndighetene.

Uten konvensjonskonform inngrepshjemmel må gjennomføringsmyndigheten likevel avstå fra inngripen, for ikke å krenke retten til frihet jf. EMK art. 5. Samtidig vil unnlattelse av å gripe

¹⁸⁰ Aall (2018) s. 51.

¹⁸¹ Bartlett, Lewis og Thorold (2007) s. 140.

¹⁸² *Keenan mot Storbritannia* [J] 2001, no. 27229/95.

¹⁸³ *Ibid.* avsnitt 93.

¹⁸⁴ *Ibid.* avsnitt 93.

¹⁸⁵ *Arskaya mot Ukraina* [J] 2013, no. 45076/05 avsnitt 69.

¹⁸⁶ Bartlett, Lewis og Thorold (2007) s. 141.

inn bryte med EMK art. 2. Vi står dermed overfor en pliktkollisjon bestående av en forpliktelse til inngripen, og manglende grunnlag til det. Den lovgivende myndighet vil her være ansvarssubjektet.

4.3.9.2. Akutt suicidalitet og psykisk helsevernloven § 3-3

Drøftelsen vil her føres enda ett steg videre før det tas endelig stilling til hvorvidt den positive sikringsplikten er krenket.

Delkapittelet har til formål se nærmere på hvorfor helsepersonellet ser seg tvunget til å påberope nødrett i situasjoner med akutt suicidalitet. Phvl. § 3-3 oppfattes som nevnt uanvendelig, fordi kravet til «alvorlig sinnslidelse» jf. nr. 3 ikke er oppfylt.¹⁸⁷ Dette omtales ofte som grunnvilkåret for tvungent psykisk helsevern. Det vil nå drøftes om bestemmelsen er slik å forstå at den stenger for inngripen, eller om det finnes andre plausible lovforståelser.

Spørsmålet om akutt suicidalitet er en «alvorlig sinnslidelse» står ubehandlet av Høyesterett og forarbeidene omtaler ikke problemstillingen særskilt. Grunnvilkåret er åpent og lite eksakt i sin formulering. Ordlyden gir derfor lite veiledning, men peker i retning av at det må være tale om vesentlige, psykiske svekkelser.

Forarbeidene fremhever en nær tilknytning til psykosene og bemerker at grunnvilkåret er en rettslig term.¹⁸⁸ Akutt suicidalitet faller riktignok utenfor psykosebegrepet i sin rene form, men vilkåret rekker lengre enn dette.

Utenfor psykosetilfellene, viser forarbeidene til Helsedirektoratets rundskriv som utdyper at man da:

«vil stå overfor en helhetsvurdering, hvor ikke bare selve sykdomstilstanden, men også de utslagene den gir seg, må tillegges stor vekt. Utgangspunktet er at karakteravvik – herunder psykopati – i alminnelighet ikke kan anses som alvorlig sinnslidelse, men det kan være hjemmel for å tvangsinnlegge personer med svære karakteravvik, hvor lidelsen medfører tap av mestrings- og realitetsvurderingsevnen.»¹⁸⁹

¹⁸⁷ NOU 2011: 9 s. 163–164, samt underrettspraksis TOSLO-2013-196359 under «rettens vurdering» nr. 3.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 154.

¹⁸⁹ Ibid. s. 77.

Et annet rundskriv utpeker i tillegg «atferdsmønster, situasjonsforståelse [og] sykdomsinnsikt» som relevante momenter.¹⁹⁰

Rettskildene setter en totalbedømmelse i forgrunnen, hvor tilstandens konkrete virkninger er tungtveiende. Dersom en suicidal persons forsett om selvmord fullbyrdes, vil konsekvensene åpenbart være alvorlige og irreversible. Tilstandens mulige utslag trekker derfor i retning av at grunnvilkåret er oppfylt.

Videre særpreges akutt suicidalitet av at en person i en affekt situasjon, har et fastlåst og aktivt tankemønster om å ta sitt eget liv. Affektilstanden kan eksempelvis være en umiddelbar reaksjon på en hendelse, som gir seg utslag i en midlertidig svekket situasjonsforståelse og avvikende adferd. Det er derfor årsakssammenheng mellom den umiddelbare responsen på noe og ønsket om å ta sitt eget liv. Også momentene rundskrivene utpeker tilsier altså at akutt suicidalitet er en «alvorlig sinnslidelse».

Utenfor psykosetilfellene har Rt. 2015 s. 913 prejudikatsverdi. Dommens hovedspørsmål var hvorvidt et tilfelle av anoreksi innfridde grunnvilkåret. Det ble vist til de sakkyndiges uttalelser om at: «den «anorektiske drive» kan være så sterk at pasienten «handler på anoreksien» istedenfor de objektive kjensgjerninger, selv om dette kan få dramatiske konsekvenser.»¹⁹¹

Akutt suicidalitet og anoreksilidelser har ulike kjennetegn, men også fellesnevner. Det er gode grunner til å anse drivkraften som skildres overførbare. Også selvmordstanker kan være en så sterk drivkraft at den enkeltes handlinger og ønsker utelukkende er fundert på disse. Driven vil da få forrang for evnen til å tenke rasjonelt. Hvor virkelighetsforståelsen svekkes i et slikt omfang, kan suicidaliteten ta form som en forvirringstilstand med ambivalente endringer i reaksjonsmåte og oppførsel. Parallellene som her lar seg trekke, tilsier at grunnvilkåret er innfridd.

Etter phvl. § 3-3 nr. 3 må enten bokstav a eller b være innfridd i tillegg til grunnvilkåret. Det kan være et poeng å se nærmere på relasjonen mellom grunn- og tilleggsvilkårene. Etter ordlyden er utgangspunktet at vilkårene er kumulative og derfor uberørt av hverandre.

¹⁹⁰ IS-1/2017 s. 31.

¹⁹¹ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 42.

Teorien argumenterer likevel for at overoppfyllelse av ett tilleggsvilkår, kan tilsi at grunnvilkåret er innfridd.¹⁹² Ved akutt suicidalitet vil tilleggsvilkåret i bokstav b) «nærliggende og alvorlig fare for eget [...] liv» åpenbart være oppfylt, ettersom trusselen mot eget liv er reell og kvalifisert.¹⁹³ Også en slik argumentasjonsrekke tyder på at hovedvilkåret er innfridd. Det skal påpekes at Høyesterett ikke har sluttet seg til en slik lovforståelse.

Formålet med tvungent psykisk helsevern er blant annet å få pasienter i en sinnstilstand hvor de kan «foreta rasjonelle valg og følge en bevisst kurs.»¹⁹⁴ Også den legislative begrunnelsen bak tvungent psykisk helsevern tilsier derfor at pasienter som ikke evner å tenke realistisk på grunn av en suicidal drivkraft, er alvorlig sinnslidende.

4.3.9.3. Sammenfatning

Drøftelsen overfor åpner for at akutt suicidalitet etter en konkret vurdering kan oppfylle grunnvilkåret. Det bemerkes at slutningen ikke er problematisk sett opp mot legalitetsprinsippet, ettersom argumentasjonen hviler på en presiserende tolkning.

Situasjonen er da at tvangsinnleggelsesbestemmelsen phvl. § 3-3 kan benyttes, så fremt de resterende kumulative vilkårene er innfridd. Denne inngrepshjemmelen utløser en rekke rettssikkerhetsgarantier og det gjelder strenge lovfastsatte prosedyrer. Phvl. § 3-3 er med andre ord i tråd både med EMKs lovkrav og biomedisinkonvensjonen art. 7.¹⁹⁵

Det vil etter dette være en forutsetning for å unngå brudd på den positive sikringsplikten at phvl. § 3-3 hjemler akutt suicidalitet. Dersom Høyesterett skulle behandle problemstillingen, og besvare dette benektende, finnes ingen inngrepshjemler som er lovformelige etter EMK. Samtidig vil EMK art. 2 og biomedisinkonvensjonen art. 7 være krenket.

4.3.10. Utsyn – lovregulering av ECT etter dansk rett

Som et avsluttende poeng på kapittelet, skal det gis en kortfattet oversikt over dansk lovregulering av ECT.

¹⁹² Syse (2016) s. 342.

¹⁹³ Jf. Rt. 2001 s. 1481 s. 1487.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 44.

¹⁹⁵ Under en lovrevisjon i 2006 ble phvl. § 3-3 første ledd nr. 3 bokstav a ansett å samsvare med biomedisinkonvensjonens art. 7 jf. NOU 2011: 9 s. 65.

Den danske lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (psykiatriloven)¹⁹⁶, regulerer tvangsbruk i psykisk helsevern. Lovverket tilsvare i stor utstrekning reglene i phvl¹⁹⁷, men når det kommer til ECT-behandling skiller lovene lag. Av psykiatriloven § 12 fremgår det nemlig at tvangsinnlagte kan gis ECT på tvang, dersom personen «befinder sig i en aktuell eller potentiel livstruende tilstand.»

Dansk helsepersonell har med dette en uttrykkelig lovtekst å forholde seg til i spørsmålet om ECT kan gis uten samtykke. Med lovreguleringen følger en klageadgang med oppsettende virkning som hovedregel.¹⁹⁸

Fordeler med en slik positivrettslig situasjon er at tvangsbruken inngår i et ordnet system, og blir gjenstand for kontroll og overprøving. Videre er klageadgangen heldig i et rettssikkerhetsperspektiv. Med lovfastsatte vilkår blir også praksisen mer ensartet, og behandlingsspørsmålet lettere for helsepersonellet.

Momentene peker i retning av at den danske løsningen hadde vært å foretrekke. At ett av de mest kontroversielle og inngripende behandlingstiltakene skal være det som er underlagt de svakeste rettssikkerhetsgarantiene etter norsk rett, fremstår paradoksalt.

Et siste forhold verdt å påpeke, er at det er ulovlig å gi ECT uten samtykke dersom en pasient ikke er underlagt tvungen psykisk helsevern etter dansk rett. Tilsvarende vilkår kan i utgangspunktet ikke utledes av norsk rett, ettersom nødretten er utenfor phvl.

¹⁹⁶ Bekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien.

¹⁹⁷ NOU 2019: 14 s. 183.

¹⁹⁸ Ibid. s. 188.

5. En ulovfestet forvaltningsrettslig nødrettsnorm

5.1. Innledning

Hittil har fremstillingen konkludert med at verken strl. § 17 eller helselovgivningen kan hjemle nødretten. Dette kapittelet har til hensikt å avklare om nødrett kan være en ulovfestet forvaltningsrettslig norm, og om normen i så tilfelle kan tjene som inngrepsgrunnlag. Det bemerkes, som jeg kommer tilbake til, at det er relativt lite rettskilder å vise til for spørsmålene som her skal behandles. Flere av problemstillingene kan trolig problematiseres ytterligere, men det spinkle rettskildegrunnlaget gjør det likevel vanskelig. Kapittelet vil derfor ha større fokus på bredden enn dybden.

5.2. Gjennomgang av rettskildefaktorene

Beredskapshjemmelutvalget omtaler det som «sikker rett» at nødrett er et tilstrekkelig inngrepsgrunnlag.¹⁹⁹ Med nødrett mener utvalget et «særskilt, sedvanebasert kompetansegrunnlag [...]».²⁰⁰

Eckhoff og Smith har en lignende tilnærming. De anser forvaltningens nødrettskompetanse basert på sedvanerett «iallfall et stykke på vei».²⁰¹ I forlengelsen av dette omtales det som godtatt i praksis at strl. § 17 kan anvendes analogisk.²⁰² Sammenkoblingen er noe uklar, men tilsier at det siktes til en sedvanerettslig nødrettsnorm med tilsvarende innhold som straffelovens nødrettsbestemmelse. Østenstad sier det kan være vel så naturlig å operere med en autonom og sedvanebasert nødrettsnorm, fremfor å vise til straffeloven.²⁰³ Også tvangsbegrensningslovutvalget mener det kan være «gode grunner» til dette.²⁰⁴ Synspunktet forklares dels med at som rettsdisiplin, har helse retten brutt med strafferetten et godt stykke på vei.²⁰⁵

¹⁹⁹ NOU 2019: 13 s. 82.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Eckhoff og Smith (2014) s. 344

²⁰² Ibid.

²⁰³ Østenstad (2011) s. 303.

²⁰⁴ NOU 2019: 14 s. 467.

²⁰⁵ Ibid.

Høyesterettspraksisen som ble gjennomgått i kap. 3 sier ikke noe særskilt om en ulovfestet, forvaltningsrettslig nødrettsnorm. At det finnes avgjørelser som behandler nødrettsproblematikken, uten å henvise til noen lovbestemmelse, kan likevel muligens kan tas til inntekt for at det gjelder en ulovfestet nødrettsnorm

En dom som hittil ikke er nevnt, er den såkalte sårstelldommen.²⁰⁶ Høyesterett kom her til at myndighetsutøvelse med tvangselementer hadde tilstrekkelig hjemmel på ulovfestet grunnlag. Det kan dermed stilles spørsmål ved om dommen kan brukes som argument for en frittstående forvaltningsrettslig nødrettsnorm. Tvangsbegrensningslovutvalget oppfatter dommen slik, men bemerker at det ikke fremgår klart av begrunnelsen.²⁰⁷

Sårstelldommen er imidlertid avsagt under dissens på 3-2, hvilket svekker rettskildevekten. Samtidig er domspremissene så uklare at det er vanskelig å tolke hva dommen er ment å gi uttrykk for. Juridisk teori har videre møtt dommen med kritikk i et slikt omfang at det er tvilsomt om den har noe prejudikatsverdi igjen.²⁰⁸ Innvendingene har blant annet knyttet seg til at rettssetningene er ufullstendige²⁰⁹, og at retten tillot seg for stor myndighet ved å konstruere ikke-eksisterende hjemler.²¹⁰ I lys av dette velger jeg å ikke vektlegge dommen i spørsmålet om eksistensen av en ulovfestet, forvaltningsrettslig nødrettsnorm.

5.3. Hva er sedvanerett?

De fleste rettskildene overfor utpeker sedvane som rettslig grunnlag for forvaltningens nødrett. De tradisjonelle vilkårene for sedvanerett er at langvarig og relativt ensartet praksis kan godtgjøres, og at praksisen fremstår som utslag av en rettsregel.²¹¹ Forvaltningens ulovfestede omgjøringsadgang²¹² og anledning til å sette tyngende vilkår til ellers begunstigende vedtak (vilkårslæren)²¹³, er eksempler på sedvanerett. Sistnevnte behandles særskilt i neste delkapittel.

²⁰⁶ Rt. 2010 s. 612.

²⁰⁷ NOU 2019: 14 s. 467.

²⁰⁸ Warberg (2011) s. 82, Andersen og Wallevik (2011), Østenstad (2014) og Kjellevoid og Aasen (2011).

²⁰⁹ Østenstad (2014) under punkt 6.

²¹⁰ Kjellevoid og Aasen (2011) under punkt 6 «Avslutning».

²¹¹ Andenæs (1997) s. 111.

²¹² Jf. også fvl. § 35 femte ledd om omgjøring etter «alminnelige forvaltningsrettslige regler.»

²¹³ Eckhoff og Smith (2014) s. 413, samt stadfestet i rettspraksis jf. Rt. 2003 s. 764 avsnitt 61.

Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om de tradisjonelle vilkårene fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett.

Skoghøy uttaler eksempelvis at «ofte vil sedvaner kunne tas som en manifestasjon av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.»²¹⁴ De tradisjonelle vilkårene er etter hans mening «for lengst forlatt.»²¹⁵ Standpunktet forankres i at det ikke lengre er behov for spesifikke vilkår for å vektlegge praksis, etter at reelle hensyn fikk innpass som selvstendig rettskildedefaktor.²¹⁶ Det er nærliggende å forstå ham slik at reelle hensyn har konsumert det som tidligere var sedvanerett. Likevel sier han «det er imidlertid et generelt krav for å tillegge myndighetspraksis selvstendig vekt, at praksisen er konsistent og har vært fulgt over et lengre tidsrom»²¹⁷, slik at det forblir noe uklart om de tradisjonelle vilkårene er helt forlatt, eller om de bare har endret rettsstatus fra vilkår til momenter.

Augdahl behandlet allerede i 1961 sedvanerettsdannelse som et spørsmål om «hvilken vurdering av sedvaner der for tiden har de beste reelle grunner for sig.»²¹⁸ Nygård sier det er vanskelig å presisere hva som i realiteten er de tradisjonelle vilkårenes innhold.²¹⁹ Han mener videre at rettslitteraturen ikke har videreført dem, og at det henger sammen med Augdahls skarpe kritikk.²²⁰ Nygård setter derfor en samlet vurdering i forgrunnen, og fremhever det som et viktig hensyn at sedvanen må være god.²²¹ Han anvender de tradisjonelle vilkårene i sin argumentasjon, men betegner dem ikke som vilkår.

Selv om det trolig fortsatt er rom for meningsforskjeller på dette punktet, konstateres det i lys av ovennevnte at det ikke lengre gjelder faste, kumulative vilkår for sedvanerettsdannelse. I stedet vil de tradisjonelle vilkårene ha status som momenter i en totalbedømmelse, hvor særlig reelle hensyn står sentralt.

²¹⁴ Skoghøy (2018) s. 42.

²¹⁵ Ibid. s. 201.

²¹⁶ Ibid. s. 201.

²¹⁷ Ibid. s. 208.

²¹⁸ Augdahl (1961) s. 191.

²¹⁹ Nygård (2004) s. 309.

²²⁰ Ibid. s. 309.

²²¹ Ibid. s. 315. Han mener dessuten at Rt. 1959 s. 1321 s. 1323 indirekte stilte krav til at sedvaner må være gode.

5.4. Vilkårslæren som inngrepsgrunnlag?

Før det tas stilling til om en sedvanerettslig nødrettsregel er etablert, vil vilkårslæren behandles nærmere.

Noen ganger sier lovbestemmelser eksplisitt at forvaltningen kan sette vilkår. Hvor loven er taus om dette, gjelder det en sedvanerettslig adgang til å stille vilkår.²²² Det fremheves da ofte som en forutsetning at forvaltningen har skjønnsmessig kompetanse i forhold til tillatelsen eller ytelsen vilkårene knytter seg til.²²³ Vilkårslæren benyttes primært til å stille tyngende vilkår til begunstigende vedtak, som tillatelser og konsesjoner, men det er ikke grunnlag for å avgrense anvendelsesområdet til disse tilfellene.²²⁴

Helsehjelp i form av behandling eller institusjonsopphold må anses som et begunstigende vedtak. Videre vil fritt skjønn i stor grad styre tjenestetilbudets innhold, slik at visse vilkår vil kunne stilles. Det er derfor grunn til å drøfte nødrettens relasjon til vilkårslæren. Fortsettelsen vil klarlegge hvor langt den sedvanerettslige vilkårsadgangen rekker.

Graver uttaler at overfor betydelige integritetsbegrep, vil det materielle lovkravet være styrende for vilkårsadgangen.²²⁵ Det finnes også eksempler på at Høyesterett har underkjent vilkår på grunn av deres art og dyptgripende innhold.²²⁶

Vilkårslæren var en hovedkomponent i sårstelldommens argumentasjon, selv om vilkårene hadde tvangselementer. Domspremissene supplerer likevel vilkårslæren med to andre rettslige grunnlag, før tilstrekkelig hjemmel konstateres. Premissene er uklare, men en antitetisk tolkning av dem tilsier at vilkårslæren alene var utilstrekkelig som tvangsgrunnlag. Sammenholdt med kritikken dommen har møtt, må argumentet tilskrives lite vekt. Likevel kan man snu på resonnementet og se det slik at heller ikke her, hvor den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet nærmest utvannes, kunne vilkårslæren hjemle tvangsbruk.²²⁷

²²² Graver (2015) s. 265 og Eckhoff og Smith (2014) s. 414.

²²³ Rt. 2003 s. 764 avsnitt 61, Graver (2015) s. 265 og Eckhoff og Smith (2014) s. 413.

²²⁴ Kjellevoid og Aasen (2011) punkt 5.2.

²²⁵ Graver (2015) s. 263.

²²⁶ Rt. 1979 s. 994 s. 1000 og Rt. 1961 s. 1049 s. 1052.

²²⁷ Det bemerkes at avsnitt 31 isolert sett tyder på at vilkårslæren gav det nødvendige rettslige grunnlaget. Domspremissene (avsnitt 36) tilsier på sin side at en form for kumulering av rettslige grunnlag var avgjørende for å konstatere hjemmel.

Det finnes altså en grense for hvor dyptgripende vilkår kan være, for at den sedvanerettslige adgangen skal kunne bære dem. I møte med tvangstiltak kommer derfor vilkårlæren for kort.

5.5. Er en sedvanerettslig nødrettsregel etablert?

5.5.1. Innledning

Det gjenstår å bedømme om en frittstående, sedvanerettslig nødrettsnorm er etablert.

Denne øvelsen vil gjennomføres etter to ulike perspektiver.²²⁸ Først vil det tas stilling til om det finnes en slik norm og hva dens innhold er. Det andre perspektivet vil drøfte om nødrettsnormen i så tilfelle kan tjene som grunnlag for det psykiske helseverns nødrettsinngrep.

Rettskildegrunnlaget som taler for eksistensen av en allmenn, nødrettslig forvaltningsnorm, er som vist i punkt 5.2 ganske robust. Slutningen må derfor bli at en slik norm finnes. Det nærmere innholdet er imidlertid, for å benytte tvangsbegrensningslovutvalgets formulering, «grunnleggende uklar[t].»²²⁹ Beredskapshjemmelutvalget mener innholdet ikke lar seg fastlegge generelt, men må bero på en konkret vurdering i den enkelte nødssituasjon.²³⁰

En løsning for å eliminere uklarheten, er å tillegge nødrettsnormen tilsvarende innhold som strafferettens nødrettsregel. Dette antydes enkelte steder i litteraturen, men langt ifra alle.²³¹ Beredskapshjemmelutvalget omtaler det som et «synspunkt» at normens innhold kan utledes analogisk fra strl. § 17.²³² Uttalelsen er vag og støttes ikke opp av autoritative kilder.

Det er etter dette mangel på rettskilder som autoritativt fastslår hvordan forvaltningens nødrettskompetanse skal avgrenses, og som kan fylle nødrettsnormen med et eksakt innhold. Spørsmålet forblir derfor uklart. Denne uklarheten vil påvirke den videre drøftelsen.

²²⁸ Se Nygård (2004) s. 304.

²²⁹ NOU 2019: 14 s. 468.

²³⁰ NOU 2019: 13 s. 99–100.

²³¹ Eksempelvis Eckhoff og Smith (2014) s. 344.

²³² NOU 2019: 13 s. 82.

Neste spørsmål er hvilke tiltak som er tillatt innenfor nødrettsedvanens rammer. Rettskildene gir uttrykk for at normen er allmenn i den betydning at den gjelder hele forvaltningen. I fortsettelsen vil spørsmålet spisses mot det psykiske helseverns nødrett.

Forvaltningspraksisen synes å være fulgt over tid i den tro at den var lovlig. Det gjenværende vurderingstemaet er om reelle hensyn tilsier at en slik sedvanerettslig nødrettsnorm bør finnes.

5.5.2. Reelle hensyn

Reelle hensyn som komponent i spørsmålet om sedvanerettsdannelse, bunner ned i følgende prinsipielle spørsmål: bør det finnes en offentligrettslig sedvane som åpner for integritetsinngrep og frihetsberøvelser?

Legalitetsprinsippets føringer utpeker seg her fort som sentrale. I første omgang vil likevel de aktuelle reelle hensynene behandles uberørt av grl. § 113. Som drøftelsen vil vise, har dette en egenverdi.

Reelle hensyn er et mangfoldig begrep som er redefinert flere ganger i teorien. Det er tale om en heterogen kategori av argumenter. I rettslitteraturen hersker det meningsforskjeller om blant annet hvordan reelle hensyn skal anvendes, og hvor fritt rettsanvenderen står i denne øvelsen.²³³ Debatten kan forfølges mye lengre, men faller utenfor fremstillingens hovedfokus.

Når begrepet reelle hensyn her benyttes, siktes det til overveielser av hva som er en fornuftig, god og rimelig rettsregel, som ikke kan utledes direkte av autoritative rettskilder.²³⁴ Det presiseres at rettskildefaktoren reelle hensyn inngår i de lege lata fremstillingen, selv om øvelsen i en viss ustsrekning er frirettslig.

Enkelte hensyn trekker i retning av en sedvanerettslig nødrettsnorm bør anerkjennes. Sedvanen har innebygd en tøyelighet som muliggjør inngripen når interesseovervekten for det er betydelig. Normen er således i stand til å bøte på jussen hvor lovgiver har sviktet. Det kan derfor hevdes at sedvanen egner seg til å løse også prekære, hypotetiske situasjoner som vil

²³³ Taraldrud (2018) s. 126.

²³⁴ Boe (2021) s. 525.

oppstå i fremtiden. Videre må det anses som en stabil og tidsuavhengig rettsfølelse at hensynet til livreddende inngrep er tungtveiende.

Det kan altså stilles spørsmål ved om avskjæring av nødrettshenvisningene vil sette helsepersonellet ute av stand til å verne om pasienters liv og helse. Ved bekreftende svar på dette, vil vektige reelle hensyn tilsi at nødrettsnormen gis innpass.

Tvangsbegrensningslovutvalgets flertall mener til illustrasjon at avgrensning av ECT-bruk til samtykkesituasjoner, «vil trolig føre til at mennesker som kunne vært reddet, i realiteten vil dø som følge av sin psykiske tilstand.»²³⁵

Angående akutt suicidalitet har fremstillingen allerede utfordret forvaltningens rettsforståelse, og argumentert for at phvl. § 3-3 her kan benyttes. Det innebærer at diffuse nødrettshenvisninger har vært unødige, samtidig som de berørte har blitt frarøvet tilnærmet alt som kan kalles rettssikkerhetsgarantier. Forutsetningen for at det skal gi mening å drøfte ulovfestet nødrett, er at de aktuelle inngrepene mangler lovhjemmel. Hvor det finnes grunnlag i lov, vil nødrettshenvisningene misbruke instituttet.

I det følgende vil søkelyset settes på hvordan rettssituasjonen ser ut dersom nødrettslig ECT avskaffes.

5.5.3. ECT – siste og eneste utvei?

Hensikten med delkapittelet er å stille spørsmål ved om ECT-behandling etter omstendighetene er det eneste realistiske behandlingsalternativet. Det forutsetter at andre adekvate alternativ er uttømt, og kan formuleres som et krav til at inngrepet må være nødvendig. Noe annet vil gjøre nødrettsinngrepene overflødige.

Ettersom det ikke eksisterer et nasjonalt register for ECT-bruk, finnes heller ikke systematisert kunnskap om omfang, effekt eller bivirkninger. Det samme gjelder for indikasjonsvurderingen som foretas i spørsmålet om ECT skal gis. Det vi imidlertid har, er tall fra helsedirektoratet som løfter frem institusjonsforskjeller. Nasjonale retningslinjer viser

²³⁵ NOU 2019: 14 s. 592.

til en undersøkelse som antyder at bare 30% av behandlingsstedene som deltok, gjennomførte ECT på nødrett i 2012.²³⁶

Uavhengig av hvilke faktorer som var avgjørende for ikke-bruken²³⁷, står følgende fast: de alvorlige, psykiske lidelsene behandles på et flertall av institusjonene gjennom andre behandlingsmetoder enn ECT. De fremtredende institusjonsforskjellene gjør det vanskelig å forsvare at alle andre realistiske muligheter er uttømte når nødrettslig ECT gis. Tvert om indikerer de at tvangsbruken er vilkårlig. Når man står overfor valgmuligheter, kan ikke lengre et tiltak med riktighet betegnes som siste og eneste løsning.

Dessuten trekker helsedirektoratet frem behovet for å forske på kunnskapsgrunnet og betegner det som «svakt» på flere områder.²³⁸ Særlig fremheves usikkerhet knyttet til hvilke kognitive langtidseffekter ECT har.²³⁹ Rent vitenskapelig er det derfor behandlingens resultater preget av stor usikkerhet. Som dokumentasjon for ECT nedtegner helsedirektoratet «klinisk erfaring og brukernes ønske.»²⁴⁰ Personlige holdninger og skjønsmessige vurderinger vil trolig farge hvilke anbefalinger som gis på et kontroversielt fagområde.²⁴¹ Når noen eksponeres for tvangsbehandling bør slik skjønnsutøvelse prinsipielt komme i tillegg til et vitenskapelig fundament, ikke i stedet for det.²⁴²

Når kunnskapsgrunnet er tilstrekkelig utbygd, er det muligens evidens til å si at ECT i enkelte situasjoner er det eneste realistiske alternativet. På nåværende tidspunkt er dette langt ifra tilfellet.

Det er etter dette umulig å si noe som helst sikkert om hvorvidt ECT-behandling har vært livreddende, eller om andre behandlingstiltak kunne vært adekvate og virkningsfulle. Konsekvensen av at det ikke kan påvises at visse psykiske lidelser utelukkende kan avhjelpes gjennom ECT, er at vi havner utenfor nødrettsinstituttet.

²³⁶ IS-2629 s. 26.

²³⁷ Det bemerkes at ingen oppga manglende kapasitet til å gi ECT jf. IS-2629 s. 77.

²³⁸ IS-2629 s. 30.

²³⁹ Ibid. s. 30.

²⁴⁰ Ibid. s. 11.

²⁴¹ NOU 2019: 14 s. 594.

²⁴² Ibid.

5.5.4. Oppsummert om reelle hensyn

Drøftelsene stempler det som et misbruk av nødrettsinstituttet å forankre både ECT-behandling og tilbakehold ved akutt suicidalitet i en ulovfestet nødrettsnorm.

Man kan derfor se det slik at aksept av nødrettsnormen, vil være en direkte krenkelse av pasientenes rettssikkerhet. Det vil også stride mot verdipremissene regelverket bygger på jf. formålsbestemmelsen phvl. § 1-1, som fremhever rettssikkerhetsprinsipper og tvangsbegrensning. At avgjørelser samsvarer med regelverket, må videre anses som et overordnet hensyn. Noe annet vil bryte med den rådende rettsfølelsen.

Hensynet til å unngå misbruk må overgå en eventuell frykt for å bli handlingslammet i fremtidige scenarier. Konklusjonen er derfor at det psykiske helseverns nødrett ikke kan hjemles i en sedvanerettslig nødrettsnorm.

5.6. Tvangsbruk fundert på sedvanerett og legalitetsprinsippet

Kapitlets siste spørsmål tar form som en subsidiær drøftelse av relasjonen mellom legalitetsprinsippet og tvangsbruk basert på sedvanerett.

Flere av rettskildene i punkt 5.2 forutsetter gjennom sedvanerettshenvisningene at nødrettsinngrepene ikke behøver hjemmel i formell lov. Men de erkjenner samtidig at nødrettsnormens innhold er uklart.²⁴³ De fleste synspunktene er av en slik dato at legalitetsprinsippets fremvekst ikke kan forklare dem. Graver peker eksempelvis på at i dansk rettslitteratur formuleres legalitetsprinsippet som at det «ikke uten lovhjemmel kan gøres indgreb i borgernes retsforhold, medmindre der er tale om et anstaltsforhold eller der foreligger sædvanemæssig hjemmel.»²⁴⁴ Han anser formuleringen betegnende også for vår rettstilstand.²⁴⁵ Andre teoretikere er klare på at myndighetspraksis ikke kan erstatte lovhjemmelskravet i grl. § 113.²⁴⁶

²⁴³ Punkt. 5.5.1.

²⁴⁴ Graver (2015) s. 229.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Skoghøy (2018) s. 206, Nygård (2004) s. 307, samt litt vagere Boe (2018) s. 42.

Det psykiske helsevernets nødrett griper ikke bare inn borgernes rettssfære, men i menneskerettigheter som nyter grunnlovsværn jf. grl. §§ 94 og 102. Førstnevnte er klar i sin ordlyd på at frihetsberøvelser utelukkende kan skje i «lovbestemte tilfeller». Sistnevnte er språklig sett absolutt, men rettspraksis har tillatt lovforankrede inngrep.²⁴⁷ Dette betyr at legalitetsprinsippet er av grunnlovsrang, og at formell lov er det eneste akseptable primære rettsgrunnlaget for inngrep.

Dessuten berører nødrettsinngrepene enkeltpersoners rettssfære og integritet på et slikt vis, og med en slik intensitet, at det må anses som vesentlige forvaltningsinngrep å bli eksponert for. Vi havner derfor i legalitetsprinsippets kjerneområde.²⁴⁸ For at fjordlaksformelen skal legge noen reelle føringer, er det bare inngrep som kan forankres i klare lovhjemler som kan gripe så dypt inn i den enkeltes rettssfære.²⁴⁹ Å hjemle frihets- og integritetsinngrep i en sedvanerettslig nødrettsnorm, vil således være i strid med det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet.

²⁴⁷ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

²⁴⁸ Kjønstad, Syse og Kjelland (2017) s. 461.

²⁴⁹ Ibid.

6. Korte avsluttende bemerkninger

Utgangen på fremstillingens hoveddel er at forvaltningens forståelse av nødrett er lagt til grunn over tid uten rettslig dekning for det.

Oppgaven har videre stilt spørsmål ved om nødrett påberopes først hvor alle andre muligheter er uttømte, og hjemmelsloven ikke strekker til. Dette ble besvart benektende, og kap. 5 har vist at misbrukspotensialet som ligger i instituttet er blitt realisert. Virkningen av nødrettshenvisninger som unndrar seg kontroll, er med andre ord at det oppstår et misbruk.

Tiden må derfor anses overmoden for å ta et oppgjør med praktiseringen av nødrett i psykisk helsevern. Fremstillingen har vist at dette er nødvendig for å verne de berørte mot uhjemlet myndighetsutøvelse. Samtidig er dagens rettsforståelse illegitim i møte med konstitusjonelle og menneskerettslige krav til inngrepsgrunnlag.

7. Kildeliste

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.

Lov 30. Mars 1984 nr. 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Lov 02. februar 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten.

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

Utenlandske lover

Bekendtgørelse nr. 1160 af 29. september 2015 af lov om anvendelse af tvang i psykiatrien (Psykiatriloven).

Lovforarbeider

Dok. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag.

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.

NOU 2017: 16 På liv og død: Palliasjon til alvorlig syke og døende.

NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

NOU 2019: 13 Når krisen inntreffer.

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.

Ot.prp. nr. 33 (1983-1984) Om lov om statlig tilsyn med helsetjenesten.

Ot.prp. nr. 10 (1998–1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.

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

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven).

Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse og omsorgstjenesteloven).

Høyesterettspraksis

Rt. 1959 s. 1321.

Rt. 1961 s. 1049.

Rt. 1972 s. 1161.

Rt. 1973 s. 705.

Rt. 1979 s. 994.

Rt.1979 s. 1079.

Rt. 1995 s. 20.

Rt. 1995 s. 530.

Rt. 2000 s. 1811.

Rt. 2001 s. 1481.

Rt. 2003 s. 764.

Rt. 2010 s. 612.

Rt. 2014 s. 1281.

Rt. 2014 s. 1105.

Rt. 2015 s. 913.

HR-2016-1286-A.

HR-2016-2591-A.

HR-2010-2203-A.

HR-2020-1167-A.

HR-2020-1724-A.

Underrettspraksis

LB-2014-197486.

TOSLO-2013-196359.

Nemnd og tilsynspraksis

Helsepersonellnemnda 03/00155 23.03.2004.

Statens helsetilsyn tilsynssak publisert 21.05.2013.

Litteratur

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

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, M.H Adenæs 1997.

Augdahl, Per, *Rettskilder*, 2 utg., Ascheoug 1961.

Bartlett Peter, Lewis, Oliver, Thorold Oliver, *Mental disability and the European convention on human rights*, Leiden 2007.

Bergo, Knut, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Cappelen Akademisk Forlag, 2000.

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

Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig Forvaltning*, Universitetsforlaget 2018.

Boe, Erik Magnus, *Rettskildelære under debatt*, 2 utg., Universitetsforlaget 2021.

Bovim, Odd, *Om bruk av nødrett innen psykisk helsevern*, Særavhandling - Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultet, våren 2005.

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

Taraldrud, Karen Eg, *Oversikt over rettskildene*, Cappelen Damm Akademisk 2018.

Grønning Linda, Husabø Johannes Erling, Jacobsen Jørn, *Frihet forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utg., Fagbokforlaget 2019.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015.

Kjønstad Asbjørn, Syse Aslak, Kjelland Morten, *Velferdsrett 1: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utg., Gyldendal 2017.

Kjønstad Asbjørn, Syse Aslak, *Velferdsrett 1: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5 utg., Gyldendal 2012.

Nygård, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., 5 opplag, Universitetsforlaget 2004.

Ohnstad, Bente, *Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning*, Fagbokforlaget 2002.

Ruud Morten, Ulfstein Geir, *Innføring i folkerett*, 5 utg., Universitetsforlaget 2018.

Skaug, Lasse, *Juss og psykiatri i forvaltningen*, Kommuneforlaget 2002.

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

Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – Januar 2017, Tromsø 2017.

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3 utg., Gyldendal juridisk 2016.

Tobiassen, Tomas Midttun, *Når myndighetene griper inn: En studie av legalitetsprinsippet i Høyesteretts praksis*, Fagbokforlaget 2019.

Tveitstul Tore, Pignatiello Siv Elin, *Akuttpsykiatrisk håndbok*, Gyldendal, 2020.

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

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimlesspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, Fagbokforlaget 2011.

Elektronisk litteratur

Andersen, Njål Wang, Wallevik O. Karl, ««Huleboerdommen» – (Rt. 2010 s. 612) – riktig diagnose, feil medisin?» *Lov og rett* 2011 nr. 5, Årgang 50, s. 283–297. Url: [«Huleboerdommen» \(Rt. 2010 s. 612\) – riktig diagnose, feil medisin? - Nr 05 - 2011 - Lov og Rett - Idunn](#) (sist sjekket: 02.06.2021).

Fause, Beatrix Anett Osnes, «Nødrett som rettsgrunnlag for akuttvedtak om samvær i barnevernssaker», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål* 2019 nr. 3, Årgang 17 s. 247–262. Url: [Nødrett som rettsgrunnlag for akuttvedtak om samvær i barnevernssaker | Tidsskrifter | Juridika](#) (Sist sjekket: 02.06.2021).

Kjellevold Alice, Aasen Henriette Sinding, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2011 nr. 1-2, Årgang 8 s. 50–68. Url: [Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt. 2010 s. 612 - Nr 01-02 - 2011 - Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett - Idunn](#) (sist sjekket: 02.06.2021).

Smith, Eivind, «Hva skal vi med en grunnlovsbestemmelse om «legalitetsprinsippet?»» *Lov og rett* 2021 nr. 2, Årgang 60 s. 110–128. Url: [Hva skal vi med en grunnlovsbestemmelse om «legalitetsprinsippet?» - Nr 02 - 2021 - Lov og Rett - Idunn](#) (sist sjekket: 02.06.2021).

Østenstad, Bjørn Henning, «Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – prejudikat for kva?» *Lov og rett* 2014 nr. 8, Årgang 53 s. 484–501. Url: [Sårstelldommen \(Rt. 2010 s. 612\) - prejudikat for kva? | Tidsskrifter | Juridika](#) (sist sjekket: 02.06.2021).

Rundskriv

IS-8/2012, Helsepersonelloven med kommentarer, Helsedirektoratet 2012.

IS-10/2015, Rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming, Helsedirektoratet 2015.

IS-1/2017, Psykisk helsevernloven med kommentarer, Helsedirektoratet 2017.

I-4/2019, Rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten og forholdet til forsvarlighetskravet mm, Helsedirektoratet 2019.

Nasjonale faglige retningslinjer

IS-2629, Elektrokonvulsiv behandling (ECT), Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling, Helsedirektoratet 2017.

Konvensjoner

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

Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23. May 1969 (entry into force 27 January 1980).

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4. April 1997 (entry into force 1 December 1999)

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, New York 13. December 2006 (entry into force 3 May 2008).

Andre utenlandske rettskilder

Explanatory Report til Biomedisinkonvensjonen, ETS No. 164.

Avgjørelser fra EMD

Sunday Times mot Storbritannia [P] søker 6538/74, dom av 26.04.1979.

Malone mot Storbritannia [P] søker 8691/79, dom av 02.08.1984.

Keenan mot Storbritannia [J] søker 27229/95, dom av 03.04.2001.

H.L mot Storbritannia [J] søker 45508/99, dom av 05.10.2004.

Bykov mot Russland [GC] søker 4378/02, dom av 10.03.2009.

Shimovolos mot Russland [J] søker 30194/09, dom av 21.06.2011.

Robathin mot Østerrike [J] søker 30457/06, dom av 03.07.2012.

Michaud mot Frankrike [J] søker 12323/11, dom av 06.12.2012.

Arskaya mot Ukraina [J] søker 45076/05, dom av 05.12.2013.

Munjaz mot Storbritannia [J] søker 2913/06, dom av 17.07.2012.