



Helse- og omsorgsdepartementet
(Lever elektronisk på www.regjeringen.no)

Deres referanse: 19/2594
Vår referanse: 2019/316
Dato: 16/12/2019

Høringsvar – NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven

Vedlagt ligger Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) sitt høringsvar til NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven – Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten.

Dersom departementet underveis i arbeidet med å følge opp utvalgets utredning ønsker nærmere innspill til menneskerettslige spørsmål, stiller NIM seg til disposisjon for videre dialog og diskusjon.

for Norges institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad
Direktør

Stine Langlete
Seniorrådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

I. SAMMENDRAG AV NIMS HØRINGSSVAR.....	5
1. INNLEDNING OG OVERORDNEDE SYNSPUNKTER	7
1.1 Om NIMs høringssvar	7
1.2 Grep som vil bedre menneskerettssituasjonen i helse- og omsorgstjenesten...	8
1.3 Viktigheten av at forslaget blir fulgt opp med politiske tiltak – og tre hovedanbefalinger	8
2. LOVKRAVET – OG BETYDNINGEN AV ET GODT STYRINGSVERKTØY.....	10
2.1 Generelle rettslige utgangspunkter	10
2.2 Overordnede synspunkter på utvalgets utforming av lovutkast	12
3. SAMTYKKE OG TVANGSDEFINISJON.....	13
3.1 Tydeliggjøring av at fritt og informert samtykke er hovedregelen	13
3.2 Utvalgets motstandsbaserte tvangsdefinisjon.....	14
4. BETYDNINGEN AV DISKRIMINERINGSVERNET ETTER CRPD.....	15
4.1 Innledning	15
4.2 De generelle utgangspunktene for tolkningen av CRPD	16
4.2.1 Kort om folkerettslig metode.....	16
4.2.2 Norges tolkningserklæringer om CRPD artikkel 12, 14 og 25	19
4.3 Er tvangslovgivning overfor personer med funksjonsnedsettelse i strid med CRPD? 20	
4.3.1 Innledning	21
4.3.2 Ordlyden i CRPD artikkel 12	21
4.3.3 Formål og kontekst.....	23
4.3.4 Etterfølgende statspartspraksis	26
4.3.5 Andre regler som gjelder mellom statspartene	27
4.3.6 Forarbeider.....	27
4.3.7 CRPD artikkel 25	28
4.3.8 Vurdering.....	28
4.3.8.1 Tvangslovgivning er ikke forbudt – men krav om beslutningsstøttesystem.	28
4.3.8.2 Går antatt samtykke-kravet langt nok i å ivareta CRPD artikkel 12?	30
4.4 Kan man frihetsberøve personer der begrunnelsen helt eller delvis er basert på funksjonsnedsettelse?	31

4.4.1	Innledning	31
4.4.2	Ordlyden i CRPD artikkel 14	32
4.4.3	Formål, kontekst og forarbeider	33
4.4.4	Etterfølgende statspraksis	34
4.4.5	Andre regler som gjelder mellom statspartene	35
4.4.6	Vurdering.....	36
4.4.6.1	CRPD artikkel 14 stenger ikke for å bruke funksjonsnedsettelse som et av flere vilkår for frihetsberøvelse	36
4.4.6.2	Lovforslaget i lys av EMK artikkel 5	37
5.	SKRANKER FOR TVANGSBRUK I NØDSSITUASJONER OG SOM BEHANDLING- OG OMSORGSTILTAK.....	39
5.1	Innledning og generelle rettslige utgangspunkter.....	39
5.1.1	Opplegget i punkt 5.....	39
5.1.2	Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling	40
5.1.3	Retten til privatliv.....	42
5.2	Tvangsmedisinering med antipsykotika.....	43
5.2.1	Kort om forslaget	43
5.2.2	Rettspraksis om tvangsmedisinering med antipsykotika.....	45
5.2.3	Vurderingen av tvangsmedisinering opp mot EMK artikkel 3	46
5.2.3.1	En presisering av NIMs innfallsvinkel.....	46
5.2.3.2	Behov for nærmere vurderinger av kunnskapsgrunnlaget.....	47
5.2.3.3	Betydningen av FN-komiteers anbefalinger.....	49
5.3	Elektrokonvulsiv terapi (ECT)	49
5.3.1	Kort om forslaget	49
5.3.2	Vurdering av ECT-behandling opp mot EMK artikkel 3.....	50
5.3.3	Rettslig regulering og prosessuelle garantier.....	51
5.3.4	Betydningen av FN-komiteers anbefalinger.....	52
5.4	Skjerming.....	52
5.4.1	Kort om forslaget	52
5.4.2	Skjerming som behandlingstiltak	53
5.4.3	Rettsikkerhetsgarantier ved skjerming.....	53

6.	SAKSBEHANDLING OG KONTROLLORGANER	55
6.1	Prosessuelle krav – menneskerettslige utgangspunkter	55
6.2	Vil tvangsbegrensningsnemndene være «domstoler» etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5?	55
6.3	Forlengelse av vedtak.....	59
7.	BARNES RETTIGHETER.....	60
7.1	Innledning	60
7.2	Barns medvirkningsrett.....	60
7.3	Særlig om forholdet mellom barnevernet og helse- og omsorgstjenesten.....	61

I. Sammendrag av NIMs høringsvar

NIM gir i dette høringsvaret til NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven en rekke innspill og anbefalinger til Helse- og omsorgsdepartementet.

I *punkt 1* fremhever NIM en del grep i forslaget som vil bedre menneskerettssituasjonen i helse- og omsorgssektoren. Vi påpeker videre at det må være en høy politisk prioritet at bruk av tvang overfor sårbare mennesker, som er et av de mest inngripende tiltakene en stat kan bruke, skjer på en rettssikker måte og i samsvar med menneskerettighetene. Derfor mener NIM det er viktig at myndighetene prioriterer oppfølgingen av NOU-en. Vi presenterer så tre overordnede hovedanbefalinger: at de lovendingene i forslaget som styrker rettssikkerheten bør komme på plass så raskt som mulig, at departementet bør iverksette omfattende nasjonale faglige initiativ i alle tjenestene for å styrke selvbestemmelsesretten i helse- og omsorgssektoren og at man bør prioritere å opprette og implementere et beslutningsstøttesystem.

I *punkt 2* påpeker NIM at lovutkastet er svært vanskelig utformet, og at det står i et anstrengt forhold til menneskerettighetenes krav om at lovhjemler for inngrep må være tilgjengelige. Vi påpeker også viktigheten av at lovverket må være pedagogisk, tydelig og forpliktende slik at det kan fungere som et godt styringsverktøy.

I *punkt 3* anbefaler NIM at departementet bør vurdere å innføre en bestemmelse i loven som slår fast *hovedregelen* etter menneskerettighetene om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke. Her kommer vi også med synspunkter på utvalgets definisjon av tvangsbegrepet.

Punkt 4 er viet betydningen av diskrimineringsvernet etter FNs konvensjon for personer med nedsatt funksjonsevne. NIM har gjennomgått konvensjonen med utgangspunkt i folkerettslig metode for traktatolkning. NIM vurderer artikkel 12 og 25 opp mot til tvangslovgivning i helse- og omsorgssektoren, og hvorvidt artikkel 14 stenger for å bruke funksjonsnedsettelse som et av flere vilkår for frihetsberøvelse. NIM drøfter her også konvensjonens krav om å opprette et beslutningsstøttesystem.

I *punkt 5* knytter NIM noen merknader til forslaget når det gjelder bruk av tvangsmedisinering med antipsykotika, elektrokonvulsiv terapi (ECT) og skjerming. For alle behandlingsmetodene mener NIM at det må gjøres en grundigere menneskerettslig vurdering av om kunnskapsgrunnlaget er tilstrekkelig til å ivareta kravet etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 3 om at tvangsbehandling må være «medisinsk nødvendig».

I *punkt 6* kommenterer NIM noen sider ved forslaget som knytter seg til saksbehandling og kontrollorganer. Vi er overordnet sett positive til utvalgets forslag. Vi anbefaler at departementet bør foreta en endelig vurdering av om de foreslåtte tvangsbegrensningsnemndene vil kunne regnes som «domstoler» etter Grunnloven § 94 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 5. Vi anbefaler også at det bør

gjelde et krav om uavhengig legeundersøkelse ved forlengelse av vedtak om frihetsberøvelse.

Avslutningsvis anbefaler vi i *punkt 7* at barns medvirkningsrett bør fremgå direkte av loven, og at en slik bestemmelse må utformes i tråd med FNs Barnekonvensjon og FNs konvensjon for personer med funksjonsnedsettelsers formuleringer. Vi har også kommentert på forholdet mellom barnevernet og helse- og omsorgstjenesten, og anbefaler Helse- og omsorgsdepartementet og Barne- og familiedepartementet å sørge for at menneskerettighetene til barn med kombinasjonen helseproblemer og et sosialt fungeringsproblem sikres tilstrekkelig.

1. Innledning og overordnede synspunkter

1.1 Om NIMs høringssvar

Vi viser til Helse- og omsorgsdepartementets høringsbrev av 19. juni 2019 der NOU 2019: 14 ble sendt på høring.

NIM har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NIM-loven) § 1 annet ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. loven § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene.¹

NIMs rolle vil primært være å foreta en vurdering av hvordan de foreslåtte lovendringene forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er i utgangspunktet ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget.

Vi har i vårt høringssvar valgt å gå inn på et utvalg sentrale menneskerettslige temaer som i stor grad er felles for dagens fire lover. I høringssvaret har vi særlig konsentrert oss om selvbestemmelsesretten og autonomivernet, vernet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling samt ulike former for rettsikkerhetsgarantier og kontrollmekanismer slik disse rettighetene er utpenslet i særlig FNs konvensjon for personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). På grunn av den relativt sett korte høringsfristen har NIM måttet prioritere bort en del temaer.² Vi har heller ikke kunnet gå i dybden på alle temaer vi tar opp, og har derfor noen steder påpekt forhold departementet selv bør utrede nærmere i det videre lovarbeidet. At temaer ikke er kommentert kan ikke tas til inntekt for at forslaget støttes eller anses uproblematisk i lys av menneskerettslige krav.

Ettersom høringssvaret vårt er forholdsvis omfangsrikt, har vi funnet det hensiktsmessig å presentere noen overordnede synspunkter innledningsvis. I *punkt 1.2* trekker vi frem noen av utvalgets forslag til grep som NIM mener vil representere en styrking av menneskerettighetssituasjonen i helse- og omsorgstjenesten. I *punkt 1.3* understreker vi betydningen av at forslaget blir fulgt opp med politiske tiltak, og her presenterer vi også tre overordnede anbefalinger vi mener departementet bør prioritere særskilt.

¹ Innst. 2016 L (2014–2015) s. 3.

² Etter utredningsinstruksen § 3-3 første ledd skal høringsfristen normalt være tre måneder. Hovedregelen er likevel at høringsfristen «skal tilpasses omfanget av tiltaket og hvor viktig det er.» I veilederen til utredningsinstruksen på side 52 heter det videre at for «tiltak som man vurderer som viktige og omfattende, kan man også sette en lengre frist enn tre måneder.» Det er da også gitt lengre høringsfrist i denne saken – seks måneder. Samtidig ble NOU-en sendt på høring rett før fellesferien, og reelt har høringsinstansene 4–5 måneders høringsfrist. Høringsnotatet er svært omfattende, og reiser kompliserte menneskerettslige og faglige spørsmål. NIM mener derfor at høringsfristen burde ha vært lenger.

1.2 Grep som vil bedre menneskerettssituasjonen i helse- og omsorgstjenesten

I vårt hørings svar har vi prioritert å gi innspill på områder hvor vi mener det er behov for nærmere vurderinger av menneskerettslige spørsmål. Dette kan gi et inntrykk av at NIM er kritisk til hele forslaget. Vi ønsker derfor å presisere innledningsvis at vi mener at utvalgets grundige utredning inneholder mange vurderinger og forslag som vil styrke gjennomføringen av menneskerettighetene. NIM vil særlig fremheve følgende:

Et viktig grep er at plikten til å forebygge tvang – som er en rød tråd gjennom utredningen og i selve lovforslaget – foreslås lovfestet i § 2-1. Dette kobles også sammen med en rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang, jf. § 2-2. Videre presiseres det at kontrollinstansene – fylkesmennene og tvangsbegrensningsnemndene – har som et av sine formål å begrense bruk av tvang i størst mulig grad, jf. § 10-1.

Et annet sentralt element er at utvalget gjør antatt samtykke til et vilkår for flere typer tvangstiltak. Dette er et grep som vil styrke fokuset på den enkeltes autonomi.

Videre foreslår utvalget begrepsendringer som vil gi viktige signaler. Her vil vi særlig fremheve at begrepet «samtykkekompetanse» foreslås byttes ut med «beslutningskompetanse». I tillegg mener vi det er et viktig skritt at man foreslår å oppheve konstruksjonen «tvungent psykisk helsevern» som et samlebegrep innen psykiatrien. Dette bidrar til å vri fokuset i retning av at individuelle tvangstiltak under en tvangsinngjørelse må vurderes separat.

På kontrolliden foreslås det en samordning og profesjonalisering med opprettelsen av nye tvangsbegrensningsnemnder. Nemndene skal være et felles kontrollorgan for alle sektorene. Nemndene skal både være klageinstans, gjennomføre obligatorisk kontroll der helhetstenkning og samarbeid mellom tjenestene står sentralt, utføre stedlige tilsyn og jobbe systematisk med begrensning av tvang. Det nye kontrollsystemet vil, slik NIM ser det, bedre rettssikkerheten.

I tillegg foreslås det at departementet skal sørge for at det blir etablert en nasjonal oversikt over tvangsbruk, jf. § 10-2 andre ledd. Dette vil styrke forutsetningene for kritisk å kunne evaluere det nasjonale tilbudet over tid, og å identifisere regionale eller lokale utfordringer eller ulike tilnærminger til nødvendigheten av å bruke tvang.

1.3 Viktigheten av at forslaget blir fulgt opp med politiske tiltak – og tre hovedanbefalinger

Bruk av tvang overfor sårbare mennesker er et av de mest inngripende tiltakene en stat kan bruke. Derfor må det være en høy politisk prioritet at slik tvangsbruk skjer på en retts sikker måte og i samsvar med menneskerettighetene.

Utvalgets utredning er den grundigste gjennomgangen som er gjort på feltet på flere tiår. Utredningen er et viktig steg i arbeidet med bedret rettssikkerhet innen helse- og omsorgssektorene og et godt utgangspunkt for videre arbeid med helt nødvendige reformer.

Det store behovet for endringer er tydeliggjort gjennom en rekke rapporter og anbefalinger om tvangsbruken i norske helse- og omsorgstjenester. Bare de siste årene har Norge fått anbefalinger fra flere forskjellige menneskerettighetsorganer i FN og Europarådets torturovervåkingskomité.³ På nasjonalt nivå har blant andre NIM, Sivilombudsmannen, Barneombudet og Likestillings- og diskrimineringsombudet rapportert om utfordringer på flere områder.⁴ I tillegg kommer de kritikkverdige forholdene i psykiatrien som VG og Bergens Tidende har avdekket, og i eldreomsorgen som flere medier har meldt om.⁵ Flere av disse utfordringene er også påpekt i utvalgets utredning.

Selv om det er store utfordringer knyttet til tvangsbruken i helse- og omsorgssektoren, er det samtidig viktig å påpeke at det gjøres mye godt arbeid i mange tjenester, utført av personell med høy faglig kompetanse, stor etisk bevissthet og et ønske om å yte god hjelp – ofte i svært krevende situasjoner og under vanskelige rammebetingelser. Dette er eksemplifisert gjennom rapporter fra Sivilombudsmannens forebyggingsenhet.⁶

Tjenestene og profesjonene må riktignok jobbe kontinuerlig for å forbedre forholdene, men de overordnede grepene er det sentrale myndigheter som har ansvaret for. NIM mener det er viktig at myndighetene aktivt følger opp utredningen som ligger på bordet, herunder i form av tilførsel av nødvendige ressurser til sektoren.

³ For en oversikt over relevante anbefalinger fra FNs traktatorganer fra de senere årene, se NIMs «Compilation of International Recommendations to Norway. The UN Human Rights Monitoring Bodies 2017–2019», tilgjengelig på www.nhri.no. For anbefalingene fra Europarådets torturovervåkingskomité, se CPT, «Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 May to 5 June 2018», 17. januar 2019.

⁴ LDO, «Tvang og makt mot personer med utviklingshemming etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9», 2019; Barneombudet, «Grenseløs omsorg», 2015; NIM, «Eldres menneskerettigheter – Syv utfordringer», 2019; Sivilombudsmannen, «Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling», 2018; Sivilombudsmannens besøksrapporter fra – for å nevne to eksempler – Psykiatrisk klinikk, Helse Bergen HF (Sandviken) 14–16. august 2018 og Sykehuset i Vestfold, Psykiatrisk fylkesavdeling, akuttpsykiatriske seksjoner 10–12. april 2018.

⁵ Se VGs prosjekt «Tvangsloggene», tilgjengelig på <https://www.vg.no/spesial/2016/tvangsprotokollene/> (sist besøkt 2. desember 2019), og Bergens Tidende, «Sterk økning i tvangsbruk på Sandviken», 11. februar 2019, tilgjengelig på <https://www.bt.no/nyheter/lokalt/i/a2z015/sterk-oekning-i-tvangsbruk-paa-sandviken> (sist besøkt 2. desember 2019). Se videre Aftenpostens avsløringer om avviksrapporteringer knyttet til vold i eldreomsorgen, tilgjengelig på <https://www.aftenposten.no/a-magasinet/i/mRE0z0/sykehjemsvolden-13000-voldsepisoder-paa-norske-sykehjem-i-fjor-aftenposten-har-faatt-innsyn-i-alle?r=4> (sist besøkt 11. desember 2019) og NRKs sak om skjerming av demente <https://www.nrk.no/sorlandet/sykehjem-far-kritikk-etter-ulovlig-bruk-av-tvang-pa-demente-1.14821926> (sist besøkt 16. desember 2019).

⁶ Se for eksempel Sivilombudsmannens besøksrapporter fra Reinsvoll psykiatriske sykehus 27. februar–1. mars 2018 og Ungdomspsykiatrisk klinikk på Akershus universitetssykehus 13.–15. september 2016.

NIM har tre **hovedanbefalinger** som etter vårt syn vil være særlig viktige fra et menneskerettslig perspektiv:

- For det første bør departementet arbeide for å få på plass, så raskt som mulig, de lovendringene i forslaget som styrker rettssikkerheten ved bruk av tvang.
- For det andre bør departementet iverksette omfattende nasjonale faglige initiativ i alle tjenestene for å styrke selvbestemmelsesretten i helse- og omsorgssektoren. Slik NIM leser kapittel 11 i NOU-en, som presenterer omfattende forskning om forebygging og alternativer til tvang, er det mulig å gi helsehjelp på frivillig basis i større grad enn det gjøres i dag. Slik NIM leser forslaget, vil innsnevringen av en del tvangshjemler tvinge fram faglige initiativ i tjenestene.⁷ Dette legger til rette for mindre bruk av tvang, men forutsetter at tjenestene har alternative verktøy. NIM mener at departementet må legge til rette for omfattende nasjonale faglige initiativ slik at tjenestene blir i stand til å gi frivillig helsehjelp i større grad enn i dag.
- For det tredje bør departementet prioritere å opprette og implementere et beslutningsstøttesystem. Dette er ikke inntatt i lovforslaget, men foreslås utredet av utvalget.⁸ Slik utvalget skriver i kapittel 20 er et slikt system ikke å finne i norsk rett, verken innen helse- og omsorgstjenesten eller på vergemålsfeltet. NIM mener at et beslutningsstøttesystem vil redusere bruken av tvang, idet flere personer vil bli i stand til å kunne utøve sin personlige selvbestemmelsesrett. NIM mener at et premiss for det videre arbeidet med tvangslovgivningen bør være at et slikt beslutningsstøttesystem kommer på plass.⁹ NIM mener også – som vi vil utdype nærmere i avsnitt 4.3 – at CRPD artikkel 12 krever at det etableres et beslutningsstøttesystem.

2. Lovkravet – og betydningen av et godt styringsverktøy

2.1 Generelle rettslige utgangspunkter

NIM kommer i dette høringssvaret i begrenset grad til å gå nærmere inn på hvordan enkeltbestemmelser i utvalgets lovutkast er utformet. De konkrete innspillene våre vil primært handle om utredningens innholdsmessige sider. I dette punktet vil vi imidlertid komme med noen mer overordnede betraktninger om menneskerettslige rammer og

⁷ Et eksempel er forslaget i § 4-3 tredje ledd om at hjemmelen for bruk av mekaniske innretninger som tiltak i nødsituasjoner kun skal gjelde i tre år fra lovens ikrafttredelse. Videre vil lovforslagets generelle bestemmelser i §§ 2-1 og 2-2 om plikt til forebygging av tvang og en rett til et tilrettelagt tjenestetilbud uten bruk av tvang, innebære at faglige initiativ vil måtte igangsettes.

⁸ I lovutkastets § 3-2 foreslås å lovfeste at departementet skal sørge for at det prøves ut nye modeller for veiledning, råd og støtte til personer som ønsker hjelp til å ta egne beslutninger i saker etter tvangsbegrensingsloven.

⁹ NIM har også anbefalt Justis- og beredskapsdepartementet å innføre en rett til beslutningsstøtte i vergemålssystemet, slik det ble foreslått i NOU 2016: 17 På lik linje. Se høringsuttalelse om endringer i vergemålsloven av 14. februar 2019. Tilgjengelig på www.nhri.no.

hensyn som har stor betydning for utformingen av regelverket på dette området. Vi vil også gi noen overordnede bemerkninger til lovutkastet.

Et viktig menneskerettslig utgangspunkt er legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113, som fastslår en generell regel om at ethvert inngrep fra myndighetene overfor den enkelte må ha grunnlag i lov. Legalitetsprinsippet suppleres så av mer spesifikke menneskerettsbestemmelser, som på sine områder stiller krav om hjemmel i lov for å gjøre inngrep i venede rettigheter. Relevante bestemmelser i denne konteksten er særlig kravet om lovhjemmel ved frihetsberøvelse – som er forankret i Grunnloven § 94, EMK artikkel 5, CRPD artikkel 14 og FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 9 – og kravet om lovhjemmel ved inngrep i privatlivet – som er forankret i Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17.¹⁰

Kravet om hjemmel i lov – i det følgende omtalt som et lovkrav – har flere komponenter i seg. I relasjon til EMK artikkel 8 har Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) uttalt at det blant annet gjelder visse krav til lovens kvalitet. Loven må være *tilgjengelig* for personene den angår, den må være tilstrekkelig *presis* og dermed gi grunnlag for *forutberegnelighet* og den må, i tråd med «rule of law»-prinsipper, inkludere mekanismer som beskytter mot *vilkårlighet*.¹¹ Også Høyesterett har, i relasjon til Grunnloven § 113, uttalt at det gjelder kvalitative krav til en lovhjemmel, nemlig at «loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater [...]».¹² For øvrig er lovkravet i noen grad relativt, det vil si at styrken i kravet vil variere ut ifra visse parametere, og da særlig hvor inngripende tiltak det er snakk om.¹³

Lovkravet er begrunnet i og bærer av flere grunnleggende verdier. Høyesterett har fremhevet følgende:

«Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». Lovkravet støtter Stortingets lovgiverfunksjon etter Grunnloven § 75a og den demokratiske ideen som ligger bak ordningen med at lovgivningskompetansen er hos en folkevalgt nasjonalforsamling: Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»¹⁴

¹⁰ For Grunnloven § 102 sin del er dette innfortolket i høyesterettspraksis, se for eksempel HR-2016-1286-A, avsnitt 25 med videre henvisninger.

¹¹ *X v. Finland* (34806/04), avsnitt 215 og 217 og *L.M. v. Slovenia* (32863/05), avsnitt 122. At lovgivningen skal beskytte mot vilkårlighet innebærer for øvrig, som utvalget også nevner på s. 305, at lovhjemmelsproblematikken og prosessuelle garantier må ses i sammenheng; skjønsmessig formulerte inngrepshjemler kan etter omstendighetene til dels «oppveies» av grundige saksbehandlingsregler og effektive kontrollmekanismer.

¹² HR-2018-1907-A, avsnitt 51, med videre henvisninger.

¹³ Se om dette for eksempel Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utg., Fagbokforlaget 2018) s. 121 f.

¹⁴ Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 26. Se også Dokument 16 (2011–2012) s. 248.

Ved vurderingen av lovkravets styrke på dette feltet, mener NIM at man på den ene siden må ta i betraktning at helse- og omsorgssektoren på grunn av sitt individfokus nødvendigvis må åpne opp i tilstrekkelig grad for et klinisk og faglig skjønn i møte med den enkelte person.¹⁵ Deler av lovgivningen det her er snakk om dreier seg også om å regulere nøds- eller nødlignende situasjoner, og i slike tilfeller er det også vanskelig å komme unna relativt skjønnsmessige bestemmelser.

På den andre siden innebærer bruk av tvang at man griper inn i fundamentale rettsgoder som den enkeltes selvbestemmelsesrett, personlige frihet og fysiske og psykiske integritet. NIM mener at de betydelige inngrepene det er snakk om innebærer at lovkravet må forstås og praktiseres strengt på dette området, og at dette stiller krav til hvordan lovverket utformes. Særlig hensynet til forutberegnelighet og å motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling tilsier at man må utforme vilkårene for tvangsbruk på en presis, detaljert og utførlig måte. Motsatt vil en lovgivningsteknikk som går langt i å delegere skjønnsmessige vurderinger til forvaltningens rettsanvendere kunne utfordre lovkravet og dets underliggende begrunnelser.

I et litt bredere perspektiv vil NIM fremheve at det også er viktig at lovverket utformes slik at det kan fungere som et godt styringsverktøy og derigjennom legge til rette for at menneskerettighetene faktisk blir respektert i det praktiske liv. Dersom loven skal være et godt menneskerettslig styringsverktøy, må det være tilstrekkelig pedagogisk, tydelig og forpliktende. Her må man ved lovutforming ta hensyn til hvem det er som er rettsanvenderne på det aktuelle området. De tiltakene det her er snakk om skal primært treffes av profesjonsutøvere innen helse- og omsorgstjenesten uten juridisk utdanning. NIM mener dette stiller særskilte krav til at lovverket utformes slik at også førstelinjebrukere kan forstå det og bruke det.

2.2 Overordnede synspunkter på utvalgets utforming av lovutkast

Utvalgets lovutkast er for det første omfangsrikt. NIM mener det ligger i sakens natur at en lov som skal slå sammen fire regelverk må bli forholdsvis omfattende, og at lovens omfang ikke i seg selv er problematisk i lys av lovkravet. Tvert imot kan omfanget til dels være en indikasjon på at man har forsøkt å gi en tilstrekkelig presis, detaljert og utførlig regulering, som lovkravet tilsier at man bør ha på dette området. På et generelt plan vil NIM for det videre lovarbeidet særlig fremheve at menneskerettslige vilkår eller vurderingstema bør synliggjøres så langt som mulig i loven, fordi dette øker sannsynligheten for at disse blir anvendt i praksis.

For det andre er lovutkastet komplekst. Også her må man ta i betraktning at det dreier seg om forslag til en omfattende reform, og at denne typen store endringer vil være

¹⁵ Se i denne retning særlig *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06), avsnitt 90.

komplekse og krevende å sette seg inn i. Dette kan ikke uten videre være noe avgjørende argument mot en slik reform.

På dette punktet vil imidlertid NIM fremheve at lovutkastet på grunn av sin utforming fremstår som særdeles og unødvendig vanskelig tilgjengelig på flere punkter. Særlig krysshenvisingsteknikkene gjør at sentrale bestemmelser er meget vanskelige å forstå.¹⁶ Det er også til tider vanskelig å forstå om man i det hele tatt kan gjennomføre et tiltak.¹⁷ Vi mener derfor at utkastet står i et anstrengt forhold til menneskerettighetenes krav om at lovhjemler for inngrep må være tilgjengelige.¹⁸

Ut over dette mener NIM også at lovutkastet slik det er utformet vil være lite egnet til å fungere som et godt styringsverktøy for ivaretagelse av menneskerettighetene i det praktiske liv. Selv om ikke førstelinjebrukere alltid skal kunne tolke loven selv, må det være mulig for ansvarlige fagpersoner å utlede de materielle reglene slik at det kan lages rutiner, instruksjoner, rundskriv e.l.

På bakgrunn av dette **anbefaler** NIM:

- Departementet bør sørge for at lovverket utformes slik at det blir tilgjengelig, og også ellers i samsvar med lovkravets øvrige komponenter.
- Videre bør regelverket være tilstrekkelig pedagogisk, tydelig og forpliktende til at det kan fungere som et godt styringsverktøy for ivaretagelsen av menneskerettighetene i det praktiske liv.

3. Samtykke og tvangsdefinisjon

3.1 Tydeliggjøring av at fritt og informert samtykke er hovedregelen

Den menneskerettslige *hovedregelen* er at helsehjelp må være basert på et fritt og informert samtykke. Dette følger blant annet av Oviedokonvensjonen artikkel 5 og CRPD artikkel 25 bokstav d).¹⁹ At selvbestemmelse og samtykke er det klare utgangspunktet på helse- og omsorgsfeltet er også fremhevet av Høyesterett.²⁰ Hovedregelen om samtykke fremgår i dag av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 og psykisk helsevernloven § 2-1.

¹⁶ Se for eksempel lovutkastets § 5-5 andre ledd og § 6-10 andre ledd.

¹⁷ Et eksempel på dette er bruk av antipsykotika overfor personer med utviklingshemming og demens, noe vi kommer tilbake til nedenfor i avsnitt 5.2.1.

¹⁸ Sml. Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 38, der Høyesterett påpekte at regler som var «vanskelig tilgjengelige og temmelig uklare» var «problematiske i lys av [lovkravet]».

¹⁹ Om Oviedokonvensjonen, se NOU 2019: 14 (heretter «utredningen») s. 159–160.

²⁰ Se Rt. 2010 s. 612, avsnitt 27–30.

Fra et menneskerettslig ståsted er bruk av tvang altså en *unntaksregel*.²¹

For utvalget har retten til selvbestemmelse i personlige spørsmål vært et sentralt verdimeslig grunnlag.²² I lovutkastet er selvbestemmelsesrett nevnt i formålsbestemmelsen, § 1-1, og antatt samtykke er et grunnvilkår for flere tvangstiltak, jf. for eksempel § 5-4 første ledd nr. 5 og § 6-5 første ledd nr. 5. NIM mener dette vil bidra til å klargjøre det menneskerettslige utgangspunktet.

Vi mener samtidig man bør vurdere om det bør fremgå eksplisitt av loven at samtykke er hovedregelen, for eksempel i en innledende bestemmelse. Dette er strengt tatt ikke rettskildemessig nødvendig, fordi en slik hovedregel uansett følger av nevnte pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Det kan imidlertid ha en pedagogisk, verdimeslig og systematisk funksjon at en lov som regulerer unntakstilfellene innledningsvis sier noe om hva som er hovedregelen.

NIM **anbefaler** derfor følgende:

- Departementet bør vurdere å innføre en bestemmelse i loven som slår fast hovedregelen om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke.

3.2 Utvalgets motstandsbaserte tvangsdefinisjon

Som utvalget viser til i kapittel 18, bygger dagens lovverk på ulike tvangsdefinisjoner. Utvalget har foreslått en samordnet definisjon av tvangsbegrepet i § 1-3, der essensen er at personen som hovedregel må vise motstand for at et tiltak skal regnes som tvang. For barn gjelder det egne regler. For personer med store formidlingsvansker vil lovens bestemmelser om tvang komme til anvendelse på tiltak som er objektivt betydelig inngripende, uavhengig av om vedkommende viser motstand eller ikke.

Utvalgets motstandsbaserte tvangsdefinisjon er snevrere enn for eksempel en samtykkebasert definisjon. For eksempel innebærer utvalgets forslag at dersom en person som er beslutningsudyktig – og derfor ikke kan gi et gyldig samtykke – ikke framviser motstand, så vil dette ikke anses som tvang. Med en samtykkebasert tvangsdefinisjon ville resultatet blitt motsatt.

Selv om hovedregelen etter menneskerettighetene som nevnt er at helsehjelp skal være samtykkebasert, så er det menneskerettslig sett ingenting i veien for å operere med en motstandsbasert tvangsdefinisjon. Utvalget har på en god måte forklart at tvangsbegrepet fra et rent juridisk ståsted har en teknisk funksjon,²³ som handler om å

²¹ Vi bemerker for ordens skyld allerede her at CRPD artikkel 12 ikke oppstiller noe absolutt forbud mot bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren, slik NIM vurderer det. Vi kommer nærmere tilbake til dette i punkt 4.3 nedenfor.

²² Se utredningen s. 299–300.

²³ Vi understreker for ordens skyld at også andre perspektiver kan være relevante og viktige – for eksempel kan begrepsbruk både gi uttrykk for verdimeslige standpunkter og ha en normativ funksjon ved å «styre tanken» i bestemte retninger.

knytte bestemte rettsikkerhetsgarantier til bestemte tiltak.²⁴ Menneskerettighetene stiller ingen krav om at alle unntakstilfeller – altså tilfeller der helsehjelpen ikke bygger på et fritt og informert samtykke – skal reguleres likt. Tvert imot harmonerer det godt med menneskerettslige prinsipper at rettsikkerhetsgarantiene tilpasses hvor alvorlig et inngrep er. Det er også viktig å se hen til utvalgets forslag om flere særreguleringer av tiltak som faller utenfor motstandstilfellene, slik som innleggelse og opphold i institusjon, inngripende tekniske innretninger for varsling lokalisering og observasjon, behandling av psykiske lidelser med legemidler og bruk av ECT.²⁵

NIM mener samtidig at gitt tvangsbegrepets sentrale funksjon i lovgivningen, så er det viktig at man gjør en grundig vurdering for å treffe et «balansepunkt» som sikrer at ulike typetilfeller omslutes av tilstrekkelige rettsikkerhetsgarantier. Vi har for eksempel merket oss de problemstillingene utvalget beskriver knyttet til tillært passivitet hos psykisk utviklingshemmede og «immobilisering» i psykisk helsevern.²⁶ På dette punktet mener NIM det er særlig viktig at man innhenter synspunkter fra sektoren.

4. Betydningen av diskrimineringsvernet etter CRPD

4.1 Innledning

En sentral del av utvalgets mandat har vært

«å utrede forholdet til våre internasjonale forpliktelser, blant annet FNs konvensjon om rettigheter til personer med nedsatt funksjonsevne og vurdere om det er behov for endringer i regelverket for å imøtekomme disse forpliktelsene.»²⁷

Utvalget gjennomgår sentrale sider ved EMK artikkel 5 og 8, og til dels korresponderende bestemmelser i Grunnloven og SP, om henholdsvis frihetsberøvelse og retten til privatliv. EMK er dermed godt dekket i kapittel 7 i høringsnotatet (samt i andre kapitler der det er relevant). Det er derfor ikke nødvendig for NIM å gi noen overordnet gjennomgang av EMK. Spørsmål knyttet til EMK vil behandles fortløpende der dette er relevant. Når det gjelder utvalgets behandling av de rettslige spørsmålene under CRPD, er bildet annerledes.

Utvalget har vurdert CRPD artikkel 12 om rettslig handleevne, artikkel 14 om frihet og sikkerhet og artikkel 25 om helsehjelp. NIM mener imidlertid at det er en svakhet i utredningen at verken flertallet eller mindretallet har gjort en tolkning av disse

²⁴ Dette er også forklart på en presis måte av Karl Harald Sjøvig, «Ulike tvangsbegrep i norsk velferdsrett» i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* (Fagbokforlaget 2018) s. 35–55, på s. 35.

²⁵ Se henholdsvis §§ 5-1 og 5-2, 6-3, 6-4 og 6-13. For nærmere om dette, se særlig utredningen s. 376 og s. 379.

²⁶ Se utredningen s. 369.

²⁷ Se utredningen s. 51.

bestemmelsene basert på alminnelige folkerettslige prinsipper for konvensjonstolkning. Utvalget bruker noen av de relevante tolkningsfaktorene, men ikke alle. I tillegg er vurderingene plassert i flere ulike kapitler og fremstår dermed fragmentert.²⁸ NIM mener at en folkerettslig vurdering av de ulike relevante bestemmelsene i CRPD er et sentralt premiss for det videre arbeidet til departementet.

Hovedspørsmålet i punkt 4 er derfor hvilke skranker CRPD setter for utformingen av regelverket om bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren. Bakgrunnen for at vi prioriterer å gjøre dette grundig i denne høringsuttalelsen, er at spørsmålene som her drøftes dukker opp i mange sammenhenger og er av stor betydning for rettighetshaverne på området.²⁹ Spørsmålene fortjener derfor en nærmere avklaring. Videre er det en viktig del av NIMS mandat å bidra til avklaring av statens folkerettslige forpliktelser.³⁰

4.2 De generelle utgangspunktene for tolkningen av CRPD

4.2.1 Kort om folkerettslig metode

Ved tolkningen av konvensjoner tar man utgangspunkt i Wienkonvensjonen om traktatrett av 23. mai 1969 (Wienkonvensjonen). Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for folkerettslig sedvane som Norge er bundet av.

Wienkonvensjonen artikkel 31 viser til flere tolkningsfaktorer som benyttes til å fastlegge konvensjoners innhold. Den sentrale tolkningsfaktoren er selve ordlyden i den aktuelle traktaten eller konvensjonen. Dette er fordi statene er suverene slik at ingen stater i utgangspunktet bestemmer over andre. Dette betyr at stater må *avtale* hva som skal være bindende regler. Statene velger om de vil være tilsluttet den enkelte konvensjon eller traktat, og det følger av suverenitetsprinsippet at de i utgangspunktet kun er bundet av den avtaleteksten de har sluttet seg til. Statene skal ha forutsigbarhet med hensyn til betydningen av den avtalen de har inngått. Konvensjonsteksten skal derfor tolkes i «good faith» i samsvar med den alminnelige betydningen av termene som er anvendt.

Videre heter det i artikkel 31 at konvensjoner skal tolkes «in their context and in light of their object and purpose». Med andre ord må traktaten tolkes i lys av sin sammenheng, hva den objektivt sett handler om og hvilket formål den skal tjene.

En sentral kontekst for tolkningen av CRPD er at konvensjonens artikkel 34 etablerer en egen komité – CRPD-komiteen. I artikkel 35–36 etableres ordningen med

²⁸ Se utredningen kapittel 7, 13, 20, 21 og 24 for eksempler på noen av de mer omfattende vurderingene.

²⁹ CRPD og tvangsfeltet innen helse- og omsorgssektoren har vært gjenstand for stor debatt. Dette gjelder særlig artikkel 12 og 14. Utvalget er også inne på dette, og kaller det en «polarisert debatt» i kjølvannet av CRPD-komiteens posisjoner og manglende omtale av en del vanskelige spørsmål som deres tolkning av CRPD reiser, se utredningen s. 303.

³⁰ Jf. NIM-loven § 1 andre ledd.

statsrapportering, i tråd med det som er vanlig for FNs øvrige menneskerettskonvensjoner, og komiteen gis i artikkel 36 første ledd kompetanse til å «make such suggestions and general recommendations on [statsrapportene] as it may consider appropriate». I artikkel 34 tiende ledd gis komiteen kompetanse til å lage sine egne prosedyreregler, og i prosedyreregul nummer 47 første ledd gir komiteen seg selv kompetanse til å avgi generelle kommentarer.

Wienkonvensjonens artikkel 31 omtaler ikke betydningen av uttalelser fra FNs overvåkningskomiteer. Både EMD og den mellomstatlige domstolen i Haag (International Court of Justice – ICJ) har imidlertid anvendt generelle kommentarer fra noen av FNs menneskerettskomiteer ved tolkningen av menneskerettighetsspørsmål.³¹ I *Diallo*-saken fra 2010 uttaler ICJ følgende om generelle kommentarer fra FNs menneskerettskomité:

«Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty.»³²

Som det fremgår her mener ICJ at uttalelser fra det organet som er satt til å overvåke en menneskerettskonvensjon må tillegges betydelig vekt. Selv om uttalelsen direkte gjelder Menneskerettskomiteen, mener NIM den prinsipielle begrunnelsen til ICJ tilsier at tilsvarende utgangspunktet må gjelde for generelle kommentarer fra CRPD-komiteen. NIM vil allikevel understreke at ICJ uttaler seg om fortolkninger («interpretations»), noe som kan åpne opp for en nyansering av den konkrete vekten ut ifra en vurdering av komiteuttalelsenes forankring i konvensjonsteksten.³³

Wienkonvensjonens artikkel 31 tredje ledd bokstav b presiserer at også etterfølgende statspraksis er en relevant tolkningsfaktor. Den rettskildemessige vekten av slik praksis øker hvis den etablerer en klar enighet om konvensjonens innhold og hva partene mente den gangen konvensjonen ble til.³⁴ Terskelen for å bruke etterfølgende

³¹ Se for eksempel Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 02-03/2017 s. 160–187, i pkt. 2.3 med videre henvisninger.

³² *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Report 2010*, p. 369, avsnitt 66 (vår utheving).

³³ En slik nyansering opererer Høyesterett med, se for eksempel HR-2018-2096-A, avsnitt 14 med videre henvisninger. Høyesterett legger også vekt på om det dreier seg om tolkningsuttalelser eller om uttalelsen må sees som en tilråding om optimal praksis. For en mer generell oversikt over betydningen av FN-komiteenes uttalelser, se særlig Thom Arne Hellerslia, «Uttalelser fra FN-komiteene – en strukturell analyse», *Jussens Venner*, 2018 vol. 53 s. 71–111 og Vibeke Blaker Strand, «FNs menneskerettskonvensjoner og FN-komiteenes håndheving av dem» i Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte* (Universitetsforlaget 2019) s. 420–451.

³⁴ Jean-Marc Sorel og Valérie Boré Eveno, «Article 31. Convention of 1969» i Olivier Corten og Pierre Klein (red.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Volume I* (Oxford University Press 2011) s. 804–837, på s. 826.

statspraksis til å tolke konvensjonen på en måte som ikke harmonerer med ordlyden er likevel høy. Artikkel 31 tredje ledd b krever at enigheten må være mellom «the parties». Dette indikerer at de fleste statspartene må delta i praksisen.

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c skal en også ta hensyn til «relevant rules of international law applicable in the relations between the parties».³⁵ Bestemmelsen viser at folkerettssystemet som en helhet er en del av konteksten til enhver folkerettslig traktat, noe som også reflekteres i CRPDs fortale bokstav d.³⁶ Både sedvanerett, konvensjoner og resolusjoner, og da særlig for menneskerettsområdet, kan være relevante. Det er derfor relevant å se på hvordan andre internasjonale menneskerettskonvensjoner forholder seg til spørsmålet om rettslig handleevne i helse- og omsorgsspørsmål.

Wienkonvensjonen artikkel 32 fastslår videre at konvensjonens forarbeider kun kan være en tolkningsfaktor for å bekrefte et tolkningsresultat som følger av anvendelse av hovedregelen i artikkel 31. Unntaket er hvis resultatet av en slik fortolkning enten er «ambiguous or obscure» eller resultatet er «manifestly absurd or unreasonable». Bakgrunnen for at forarbeider som hovedregel ikke skal anvendes som tolkningsfaktor er suverenitetsprinsippet: Statene binder seg til den fremforhandlede ordlyden. Innholdet i avtalepartenes (lovgivers) vilje er vanskelig å fastslå når det kan være opp mot 200 stater som deltar i en gitt traktatforhandling.

Menneskerettighetene er et område innen folkeretten hvor domstoler og overvåkningsorganer har utviklet det som ofte omtales som en dynamisk tolkning av en del konvensjonsbestemmelser. Der hvor ordlyden er generell, skal bestemmelsens formål tillegges økt vekt. EMD uttalte allerede i 1978 at EMK var «a living instrument» og at den skulle tilpasses dagens forhold.³⁷ Mange menneskerettighetsbestemmelser er svært generelle, og utviklingen av samfunnsforhold og rettsoppfatninger utvikler seg over tid. Innholdet i mange bestemmelser vil derfor endre seg. Som et eksempel er det nå, i motsetning til da EMK ble vedtatt, utvilsomt at begrepet «other status» i EMK artikkel 14 om diskriminering omfatter for eksempel seksuell orientering.³⁸ Dynamisk tolkning kan begrense ytterligere anvendelsen av forarbeider som tolkningsfaktor.

I det følgende vil vi komme nærmere inn på innholdet i disse tolkningsfaktorene, herunder hvilket tolkningsresultat de taler for.³⁹

³⁵ EMD har brukt denne tolkningsfaktoren en rekke ganger, og trukket veksler på «the international normative environment with the aim of interpreting the Convention», se Sorel og Boré Eveno (2011) s. 828.

³⁶ Bokstav d henviser til FNs kjernekonvensjoner på menneskerettsfeltet.

³⁷ *Tyrer v. Storbritannia* (5856/72), avsnitt 31.

³⁸ *Identoba og andre v. Georgia* (73235/12), avsnitt 96.

³⁹ For en nærmere redegjørelse om folkerettslig traktatolkning, se for eksempel Olivier Corten og Pierre Klein (red.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Volume I og II (Oxford University Press 2011).

4.2.2 Norges tolkningserklæringer om CRPD artikkel 12, 14 og 25

Et viktig innledende spørsmål er den folkerettslige betydningen av tolkningserklæringene Norge avga i forbindelse med ratifikasjon av konvensjonen i 2013. Erklæringene har følgende ordlyd:

«Article 12

Norway recognises that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Norway also recognizes its obligations to take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for the withdrawal of legal capacity or support in exercising legal capacity, and/or compulsory guardianship, in cases where such measures are necessary, as a last resort and subject to safeguards.

[...]

Articles 14 and 25

Norway recognises that all persons with disabilities enjoy the right to liberty and security of person, and a right to respect for physical and mental integrity on an equal basis with others. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for compulsory care or treatment of persons, including measures to treat mental illnesses, when circumstances render treatment of this kind necessary as a last resort, and the treatment is subject to legal safeguards.»⁴⁰

Disse tolkningserklæringene er ikke å anse som reservasjoner i henhold til Wienkonvensjonens regler. En reservasjon er i henhold til Wienkonvensjonens artikkel 2 (1) (d) en erklæring avgitt i forbindelse med ratifisering som tar sikte på å *unnta* eller *modifisere* den rettslige virkningen av visse bestemmelser i konvensjonen for vedkommende stat. De norske erklæringene er avgitt med sikte på å understreke at Norge forstår konvensjonen slik at norsk lov er i *samsvar* med konvensjonen.

I Prop. 106 S (2011–2012) om samtykke til ratifikasjon av konvensjonen, heter det at erklæringen til artikkel 12 avgis «[f]or å klargjøre at Norge vil oppfylle kravene i artikkel 12 ved bruk av en vergemålsordning med individtilpasset vergemål [...]». Om bakgrunnen for erklæringen til artiklene 14 og 25, heter det i proposisjonen: «Selv om norsk rett vurderes å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser, foreslås det at det ved ratifikasjon avgis en erklæring til artikkel 14 (og artikkel 25) for å klargjøre Norges forståelse av bestemmelsen(-e) [...]».⁴¹

⁴⁰ For Norges tolkningserklæring, se https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en.

⁴¹ Se proposisjonen s. 15 og 17.

Hensikten med tolkningserklæringene var altså å klargjøre myndighetenes syn på tolkningen av artikkel 12, 14 og 25. Folkerettslig har tolkningserklæringene ingen virkning. Norge er bundet av konvensjonen i sin helhet. Erklæringene vil derfor ikke bli tillagt betydning i den nedenstående drøftingen av den folkerettslige tolkningen av konvensjonens bestemmelser – utover at de kan ses som et uttrykk for statspraksis.

For øvrig vil NIM kort si noe om betydningen av Høyesteretts avgjørelse i HR-2016-2591-A, der tolkningserklæringene ble vurdert. Saken gjaldt blant annet om adgangen etter vergemålsloven § 22 til å frata vergetrengende rettslig handleevne i økonomiske forhold fullt ut var forenlig med CRPD artikkel 12. I denne avgjørelsen uttalte Høyesterett at tolkningserklæringen til artikkel 12 «må føre til at konvensjonen får begrenset betydning når rekkevidden av vergemålsloven § 22 andre ledd skal fastlegges i lys av folkeretten.»⁴²

NIM leser Høyesteretts avgjørelse slik at den dreide seg om rekkevidden av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet går ut på at norsk rett så langt som mulig skal anvendes i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser – norsk rett *presumeres* med andre ord å være i samsvar med disse forpliktelsene. Høyesteretts poeng synes å være at når de norske *tolkningserklæringene* er så pass klare, så var det ikke mulig å presumere at norsk intern rett var i samsvar med CRPD på det aktuelle punktet saken omhandlet. Sagt med andre ord ville det ikke være mulig å bortfortolke en eventuell motstrid – dersom en slik motstrid da i det hele tatt forelå.⁴³

I en lovgivningsprosess må imidlertid perspektivet bli ganske annerledes enn Høyesterett sitt. Her må man gjøre en vurdering av det Høyesterett egentlig ikke tok stilling til, nemlig om CRPD-komiteens uttalte oppfatning av hvordan artikkel 12 skal tolkes gir uttrykk for en riktig forståelse av bestemmelsen og hvilken rettskildemessige vekt den generelle kommentaren skal få. Dette må som nevnt gjøres etter en folkerettslig vurdering, i henhold til Wienkonvensjonens regler. At dette må være lovgivers perspektiv følger også av Grunnloven § 92 og plikten for statens myndigheter til å respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.⁴⁴

4.3 Er tvangslvgivning overfor personer med funksjonsnedsettelse i strid med CRPD?

⁴² HR-2016-2591-A, avsnitt 58.

⁴³ På dette punktet kan man spørre seg om ikke Høyesterett i større grad burde foretatt en selvstendig tolkning av artikkel 12, utover bare å henvise til komiteens tolkning.

⁴⁴ Her er perspektivet ulikt for domstolene og lovgiver, sml. Høyesteretts formulering om at «Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.», se HR-2016-2554-P (Holship), avsnitt 70. Om perspektivet for lovgivers del når det gjelder CRPD, se tilsvarende Prop. 154 L (2016–2017) Endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (skyldevne, samfunnsvern og sakkyndighet) s. 43.

4.3.1 Innledning

Problemstillingen i det følgende er det prinsipielle spørsmålet om CRPD artikkel 12 oppstiller et forbud mot lovgivning som begrenser en person med funksjonsnedsettelse sin rettslige handleevne, for eksempel et forbud mot å gjennomføre et tiltak mot personens vilje innen helse- og omsorgssektoren.

En særproblemstilling er hvorvidt også *kompetansemodeller*, slik som den utvalget foreslår, vil være i strid med artikkel 12. I korte trekk går utvalgets kompetansemodell ut på at fravær av beslutningskompetanse – altså at man åpenbart ikke er i stand til å forstå hva en beslutning gjelder – er et inngangsvilkår for en del typer tvangstiltak.⁴⁵ Kompetansemodellen er i utgangspunktet en diagnosenytral modell.⁴⁶ Den vil likevel omfatte personer med funksjonsnedsettelse oftere enn personer uten funksjonsnedsettelse.

En annen særproblemstilling er om antatt samtykke-kravet i lovforslagets §§ 5-4 første ledd nummer 5 og 6-5 første ledd nummer 5 går langt nok i å ivareta kravene etter CRPD artikkel 12.

For å svare på disse spørsmålene, er det nødvendig å gjøre en folkerettslig tolkning av CRPD artikkel 12 (avsnitt 4.3.2–4.3.7). Konklusjonene på problemstillingene nevnt over gis i avsnitt 4.3.8.

Vår drøftelse er forøvrig i all hovedsak rettet mot tiltak som gjøres av hensyn til personen selv, og i mindre grad rettet mot tiltak som gjøres av hensyn til andre personer, for eksempel tiltak ved fare for andres liv eller helse. NIM mener at CRPD artikkel 12 kommer mest på spissen ved tiltak som gjøres av hensyn til personen selv, og har derfor valgt å prioritere dette spørsmålet. Det vil si at våre konklusjoner nedenfor er rettet mot disse typetilfellene.⁴⁷

4.3.2 Ordlyden i CRPD artikkel 12

⁴⁵ Dette er for eksempel et alminnelig vilkår for innleggelse og tilbakehold som personer motsetter seg, jf. § 5-4 første ledd nr. 4, og for tiltak som personen motsetter seg, jf. § 6-5 nr. 4. Et viktig unntak fra vilkåret om manglende beslutningskompetanse er at dette ikke skal gjelde i tilfeller der personen utgjør en fare for andres liv eller helse, jf. §§ 5-5 og – for tvangsmedisinering av personer med psykiske lidelser – § 6-10 andre ledd.

⁴⁶ I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd er det i dag et vilkår for tap av samtykkekompetanse at mangelen på forståelse av konsekvenser av valg skyldes «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Utvalget foreslår en endring her, slik at disse patologiske vilkårene utgår, jf. lovforslaget § 17-2 vedrørende denne bestemmelse. Selve vurderingstemaet for hvorvidt noen er beslutningskompetent eller ikke vil da være mer diagnosenytral enn dagens ordlyd, idet nye pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd gir følgende vurderingstema: «Beslutningskompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom personen åpenbart ikke er i stand til å forstå hva beslutningen gjelder, herunder konsekvensene.»

⁴⁷ At «fare for andre»-tilfellene stiller seg annerledes er også reflektert i forslaget, der kravet om manglende beslutningskompetanse og antatt samtykke som nevnt i fotnote 45 ikke gjelder i disse tilfellene. Tvangsinngrep av hensyn til andre enn personen selv er for øvrig drøftet flere steder i utredningen, se for eksempel s. 322 flg.

Utgangspunktet for tolkningen av artikkel 12 er altså konvensjonsteksten, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31. CRPD artikkel 12 – som har overskriften «Equal recognition before the law» – lyder i sin helhet slik:

- «1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.
2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.
3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.
4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.
5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.»

Annet ledd oppstiller et krav om anerkjennelse av at personer med funksjonsnedsettelse har «legal capacity on an equal basis with others, in all aspects of life.» Et første spørsmål er hva denne rettslige handleevnen omfatter. Begrepet «legal capacity» har ingen definisjon som det er internasjonal enighet om, og begrepet karakteriseres som «fluid».⁴⁸ Ordlyden «all aspects of life» tilsier at det å ha rettslig handleevne i spørsmål av helse- eller omsorgsmessig karakter er omfattet, herunder selvbestemmelsesrett over egen kropp og personlig integritet i helse- og omsorgsspørsmål.

I forlengelsen av dette må man vurdere hva som ligger i uttrykket «on an equal basis with others». Som et minimum kreves at personer med nedsatt funksjonsevne ikke skal

⁴⁸ Se Lucy Series og Anna Nilsson, «Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law» i Ilias Bantekas, Michael Ashley Stein og Dimitris Anastasiou (red.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary* (Oxford University Press 2018) s. 339–382, på s. 350-351. På s. 351 henvises det forøvrig til følgende definisjon av begrepet «legal capacity», utarbeidet av en gruppe juridiske eksperter: «the capacity to hold a right and the capacity to act and exercise the right, including legal capacity to sue, based on such rights.»

diskrimineres i spørsmål om rettslig handleevne. Dette gjelder både indirekte og direkte diskriminering.⁴⁹ For å avgjøre om noen blir diskriminert ser man i alminnelig diskrimineringsrett hen til om forskjellsbehandlingen er saklig. Er den saklig vil den heller ikke være diskriminerende. Artikkel 12 må imidlertid inneholde noe mer enn et alminnelig forbud mot diskriminering, ettersom et slikt forbud allerede følger av artikkel 2 og 5.

I bestemmelsens tredje ledd heter det at statspartene «shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity». Det bestemmes altså at staten *skal* gi «support» til en person dersom han eller hun trenger det for å utøve sin rettslige handleevne. Å gi støtte er fundamentalt sett noe annet enn å bestemme over en person. Dette understrekes av begrepet «exercising» som er et aktivt handleverb; det er personen med nedsatt funksjonsevne som skal kunne utøve sin rettslige handleevne.

Spørsmålet er om ordlyden i artikkel 12 overhodet åpner for at personer med nedsatt funksjonsevne kan få begrenset sin rettslige handleevne, på noen eller alle livsområder.

Her er det et poeng at det er en forskjell i hvordan pliktverbene er brukt i de ulike leddene av artikkel 12. I tredje ledd heter det at statspartene «shall take» nødvendige tiltak for å gi personer støtte til å utøve rettslig handleevne, og i fjerde ledd sies at statene «shall ensure» at rettsikkerhetsgarantier er knyttet til de tiltak som settes i verk for å bistå en person i å utøve sin rettslige handleevne. I kontrast til disse klart forpliktende uttrykkene, brukes det noe mindre forpliktende uttrykket at staten «shall recognize» at personen har rettslig handleevne i annet ledd. NIM leser dette slik at det *kan* være mulig å gjøre begrensninger i rettigheten i andre ledd, i motsetning til retten til beslutningsstøtte i tredje og fjerde ledd.

NIM mener at ordlyden i artikkel 12 lest i sammenheng *kan* åpne for å gjøre begrensninger i en persons rettslige handleevne hvis disse innrammes av rettsikkerhetsgarantier, er proporsjonale og varer i kortest mulig tid. Fjerde ledd forutsetter med andre ord at man på bestemte vilkår kan begrense en persons rettslige handleevne. Ordlyden er imidlertid klar på at statene må sikre at personer med nedsatt funksjonsevne får *beslutningsstøtte* i utøvelsen av sin rettslige handleevne.

4.3.3 Formål og kontekst

Et av hovedformålene til CRPD er å beskytte personer mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse.⁵⁰ I tillegg er ivaretagelse av personers selvbestemmelsesrett grunnleggende, slik det særlig fremgår av artikkel 12.

⁴⁹ Series og Nilsson (2018) s. 354.

⁵⁰ Slik det for eksempel fremgår av fortalen, i artikkel 1, 2, 3 og 5, og også direkte i artikkel 12 andre ledd med formuleringen «on an equal basis with others».

Et annet av konvensjonens hovedformål er å sørge for den fulle realiseringen av personer med funksjonsnedsettelse sine menneskerettigheter.⁵¹ Konvensjonen forplikter staten til å sikre for eksempel retten til liv i artikkel 10, retten til å ikke bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling i artikkel 15 og retten til helse i artikkel 25.⁵² Et iboende dilemma er at realisering av slike rettigheter i noen tilfeller bare kan skje gjennom begrensninger i enkeltmenneskers rettslige handleevne.

Spørsmålet er hvordan disse to formålene kan forenes. Konvensjonen skal tolkes i god tro, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 første ledd. Uttrykket «good faith» viser tilbake på et effektivitetsprinsipp.⁵³ Slik NIM ser det, er det avgjørende at man leser konvensjonen i lys av at den er en *menneskerettighetskonvensjon*. Det vil blant annet si at konvensjonen skal kunne gi *effektiv* beskyttelse til enkeltmennesket og tolkes for å sikre en god innbyrdes sammenheng mellom ulike rettighetsbestemmelser.⁵⁴

Konvensjonens formål og kontekst taler for at selvbestemmelsesretten skal respekteres, men at det i visse situasjoner er adgang til å begrense en persons rettslige handleevne for å gi *effektiv* menneskerettighetsbeskyttelse slik staten også er forpliktet til etter konvensjonen. Tiltaket skal verne om personens liv, helse eller integritet, eller beskytte personen mot overgrep og utnyttning. Slik beskyttelse og ivaretagelse utgjør et saklig formål i lys av konvensjonens formål og kontekst.

I relasjon til konvensjonens kontekst er det også naturlig å se hen til CRPD-komiteens General Comment No. 1 (2014) om artikkel 12.⁵⁵ Komiteen åpner ikke for noen form for begrensninger av rettslig handleevne der funksjonsnedsettelse er en del av begrunnelsen for dette, ei heller diagnosenøytrale kompetansemodeller. Dette begrunnes særlig med at en slik kompetansemodell vil ramme personer med funksjonsnedsettelse mer enn personer uten funksjonsnedsettelse, og dermed være diskriminerende. Det skal etter komiteens syn derfor kun gis beslutningsstøtte til vedkommende person, og ingen fratakelse av rettslig handleevne.⁵⁶

Det er uklart om komiteen mener at selv der man i realiteten treffer beslutninger for eller over en person, bør man kalle det man gjør for beslutningsstøtte og ikke

⁵¹ Jf. blant annet fortalen (særlig bokstav c) og artikkel 1.

⁵² EMD har for eksempel i en rekke saker vedrørende retten til liv i artikkel 2, forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i artikkel 3, retten til frihet og sikkerhet i artikkel 5 og retten til privatliv i artikkel 8 konstatert at staten hadde en plikt til å handle i motstrid med en persons selvbestemmelsesrett.

⁵³ Sorel og Boré Eveno (2011) s. 818.

⁵⁴ EMD har, i sin anvendelse av Wienkonvensjonens henvisning til *kontekst*, presisert dette slik: «Regard must also be had to the fact that the context of the provision is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions.», se f.eks. *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn* (18030/11), avsnitt 120.

⁵⁵ CRPD/C/GC/1. Se avsnitt 4.2.1. om den rettskildemessige vekten av generelle kommentarer.

⁵⁶ CRPD/C/GC/1 avsnitt 15 og 18.

begrensinger i den rettslige handleevne.⁵⁷ Komiteens drøfting inneholder ikke vurderinger av de vanskelige kjernesporrålene som situasjonen til dem som er helt uten evne til å gi uttrykk for sitt syn (for eksempel demente som er i siste stadium av sykdommen, personer med dyp utviklingshemning, psykotiske personer med sterke virkelighetsbrister eller en person i koma).⁵⁸

Som nevnt over gir artikkel 12 tredje ledd anvisning på at statene skal gi «support» til personer som trenger det ved utøvelsen av sin rettslige handleevne. Staten skal altså *gi støtte*, som er noe annet enn å bestemme over. Artikkel 12 fjerde ledd omtaler «measures that relate to the exercise of legal capacity». Dette er tiltak statene skal treffe i forbindelse med støtte til utøvelse av rettslig handleevne. I fjerde ledd heter det videre at alle tiltak som relaterer seg til utøvelse av rettslig handleevne skal være i tråd med personens «will and preferences of the person». Komiteen uttaler at denne formuleringen skal forstås som en motsetning til «best interest»-tester og dermed sikre retten til å ha rettslig handleevne uten diskriminering.⁵⁹

Dette aspektet og paradigmeskiftet, som innebærer en plikt til å *kartlegge personens reelle vilje*, i motsetning til å basere seg på en «best interest»-test, er helt sentralt. Komiteen mener dette må gjøres ved å gi beslutningsstøtte og ikke ved å gjøre begrensninger i den rettslige handleevnen. Som et utgangspunkt harmonerer dette synet godt med konvensjonens sterke fokus på selvbestemmelsesrett samt ordlyden i artikkel 12.

Komiteen foreslår hvordan et slikt beslutningsstøttesystem kan etableres. Flere former for støtte nevnes, også muligheten for å ta i bruk tekniske innretninger for å kommunisere bedre.⁶⁰ NIM mener at flere av forslagene til komiteen på dette punktet har god støtte i artikkel 12 tredje og fjerde ledd, samt i hensynet til en effektiv realisering av selvbestemmelsesretten.

Som nevnt sier komiteen lite om situasjoner der en person vanskelig eller ikke kan nyttiggjøre seg av beslutningsstøtte. Dette er en stor utfordring og risikerer å bidra til å underminere det sentrale paradigmeskiftet som CRPD bærer med seg, og bør ikke underspilles.

⁵⁷ CRPD/C/GC/1 avsnitt 21. I litteraturen brukes begrepet «facilitated decision» for å beskrive situasjonen der en person ikke klarer å gi uttrykk for sin reelle vilje, men man likevel bestemmer for personen, se Series og Nilsson (2018) s. 365.

⁵⁸ Series og Nilsson (2018) s. 365. Komiteen har også fått kritikk for å ikke forholde seg til et proporsjonalitetsprinsipp slik som flere andre overvåkningskomiteer har gjort ved tolkningen av bestemmelsene de skal overvåke, se Kjetil Mujezinović Larsen, «Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», utredning avgitt til Utenriksdepartementet 28. juli 2015, s. 34–35.

⁵⁹ «The “best interests” principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The “will and preferences” paradigm must replace the “best interests” paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others.», se CRPD/C/GC/1 avsnitt 21.

⁶⁰ CRPD/C/GC/1 avsnitt 16-19.

NIM mener at det fra et rettslig ståsted også i slike tilfeller må ses hen til vilkårene i artikkel 12 fjerde ledd. For å ivareta hensynet til minste inngreps prinsipp, er det først når beslutningsstøtte ikke vil føre frem at det kan iverksettes tiltak som gjør begrensninger i enkeltmenneskers rettslige handleevne. Men der man i realiteten bestemmer på vegne av en annen person, for å sikre vedkommendes øvrige menneskerettigheter, må dette fremkomme tydelig og være i samsvar med vilkårene etter artikkel 12 fjerde ledd.⁶¹ Særlig viktig er at man i disse situasjonene tar utgangspunkt i hva som ville vært personens reelle vilje, og ikke den mer paternalistiske tilnærmingen av hva som ville være det beste for vedkommende. Ved å sikre retten til beslutningsstøtte fullt ut vil det være flere personer enn i dag som anses beslutningsdyktige – et beslutningsstøttesystem vil sørge for at det er færre situasjoner enn i dag hvor det vil være aktuelt å begrense en persons rettslige handleevne for å ivareta vedkommendes rettigheter.

4.3.4 Etterfølgende statspraksis

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav b, kan etterfølgende statspraksis være relevant for tolkningen.

Nesten 200 stater har i dag ratifisert konvensjonen.⁶² NIM har ikke oversikt over statspraksis i alle disse statene, men har i hvert fall to kilder tilgjengelig som kan gi en indikasjon på hvordan statene forholder seg til artikkel 12.⁶³

For det første har en del statsparter avgitt tolkningserklæringer i tilknytning til artikkel 12 som ligner på den Norge avga. Blant disse er Australia, Canada, Irland, Nederland Polen og Estland.⁶⁴

For det andre kan det være relevant å se hen til hvilke tilbakemeldinger statene får fra CRPD-komiteen i sine Concluding observations. CRPD-komiteen har i 94 statsrapporteringsrunder anbefalt staten å gå bort fra et «substituted decision-making system».⁶⁵ Dette betyr at alle disse statspartene på tidspunktet for statsrapporteringen hadde systemer for begrenning av rettslig handleevne selv om de er parter til CRPD.

Vi har ikke tilstrekkelig oversikt over statspraksis til å konkludere med at dette er en gjengs oppfatning blant statene om artikkel 12. Samtidig indikerer det vi vet at om lag

⁶¹ Tiltaket må innrammes av rettsikkerhetsgarantier, være proporsjonale og vare i kortest mulig tid.

⁶² Per 14. desember 2019. For en fullstendig oversikt, se https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en.

⁶³ I Meld. St. 39 (2015–2016) vises forøvrig til at Norges tolkning av artikkel 12 er i samsvar med en utbredt forståelse blant statene som er part i konvensjonen, s. 57.

⁶⁴ For alle tolkningserklæringene, se https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en.

⁶⁵ NIM har gått igjennom 94 Concluding observations fra komiteen som forelå pr. 14. desember 2019.

halvparten av statene i løpet av de siste årene har lovgivning som på ulikt vis tillater å gjøre slike begrensninger.

4.3.5 Andre regler som gjelder mellom statspartene

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c skal det også ses hen til hvordan andre menneskerettskonvensjoner som gjelder mellom partene forholder seg til tilsvarende problemstillinger.

Ifølge praksis fra EMD er anerkjennelse av rettslig handleevne en sentral del av retten til respekt for privatliv etter artikkel 8. Domstolen har behandlet flere saker hvor det likevel er lagt til grunn at EMK tillater begrensninger i en persons rettslige handleevne. I saken *A.-M.V. v. Finland* fra 2017 var klageren en psykisk utviklingshemmet mann som klaget over finske domstolars avslag på hans krav om å få byttet sin mentor som var oppnevnt av en domstol. EMD avviste klagen blant annet under henvisning til at mentorordningen var nødvendig fordi mannens funksjonsnedsettelse var av en karakter som gjorde at han ikke selv forsto omfanget og implikasjonene av egne beslutninger.⁶⁶

FNs menneskerettskomité har lagt til grunn at SP artikkel 9 ikke åpner for at en funksjonsnedsettelse i seg selv kan begrunne en frihetsberøvelse, men at enhver frihetsberøvelse må være proporsjonal og nødvendig og bare i tilfeller der vedkommende skal beskyttes mot «serious harm or preventing injury to others.»⁶⁷ Slik frihetsberøvelse fordrer også at staten gjør begrensninger i den rettslige handleevnen til vedkommende person, og komiteen understreker at «[t]he procedures should ensure respect for the views of the individual and ensure that any representative genuinely represents and defends the wishes and interests of the individual.»⁶⁸

Begge konvensjonene åpner for å gjøre begrensninger i personer med funksjonsnedsettelses rettslige handleevne.

4.3.6 Forarbeider

Forarbeider kan anvendes til å bekrefte det tolkningsresultatet man vil få etter hovedregelen i Wienkonvensjonen artikkel 31, jf. Wienkonvensjonen artikkel 32. Når det gjelder CRPD artikkel 12 er det til dels stor uenighet om hva statene mente under forhandlingene. Flere fremhever at det ikke er grunnlag for å hevde at de statene som

⁶⁶ *A.-M.V. v. Finland* (53251/13), avsnitt 89.

⁶⁷ CCPR/C/GC/35, avsnitt 19.

⁶⁸ CCPR/C/GC/35, avsnitt 19.

fremforhandlet CRPD mente å avskaffe alle muligheter til å treffe beslutninger på noens vegne.⁶⁹

4.3.7 CRPD artikkel 25

I et kontekstuellt perspektiv er det for øvrig også naturlig å se hen til andre bestemmelser i konvensjonen, i dette tilfellet CRPD artikkel 25 om retten til helse.

CRPD artikkel 25 sier at «persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination on the basis of disability.»

Personer med funksjonsnedsettelse har altså en rett til helsehjelp på lik linje med andre, dette følger direkte av ordlyden.

Det følger av bestemmelsens bokstav d at statene skal «Require health professionals to provide care of the same quality to persons with disabilities as to others, including on the basis of free and informed consent by, inter alia, raising awareness of the human rights, dignity, autonomy and needs of persons with disabilities through training and the promulgation of ethical standards for public and private health care.»

NIM mener at referansen «including on the basis of free and informed consent» peker på den generelle menneskerettslige *hovedregelen* om at helsehjelp må være basert på et fritt og informert samtykke; hovedregelen gjelder også for personer med funksjonsnedsettelse. NIM mener dermed at ordlyden i seg selv ikke stenger for å gi helsehjelp uten et fritt og informert samtykke.

NIM mener at de samme formålsbetraktninger og kontekstuelle synspunkter som nevnt over for artikkel 12, også gjør seg gjeldende for artikkel 25. Artikkel 25 må dermed også forstås som en rett til helsehjelp, uavhengig av funksjonsnedsettelse. Dette innebærer at statens plikt til å sikre vedkommendes helse i enkelte tilfeller kan gå på bekostning av personens selvbestemmelse. En person som ikke kan treffe beslutninger om sin helse på egen hånd, skal ikke av den grunn risikere å ikke få nødvendig helsehjelp. Også her vil et beslutningsstøttesystem bidra til å minske antallet personer som ikke kan treffe beslutninger selv.

4.3.8 Vurdering

4.3.8.1 Tvangslovgivning er ikke forbudt – men krav om beslutningsstøttesystem

⁶⁹ I litteraturen fremheves at «there is no warrant for the conclusion that the framers of the CRPD intended to abolish substitute decision-making», se Series og Nilsson (2018) s. 347. NIM har forøvrig ikke selv hatt anledning til å gå inn i forarbeidene til konvensjonen for å analysere disse.

Ut fra en helhetlig tolkning av artikkel 12, legger NIM til grunn at bestemmelsen ikke inneholder et absolutt forbud mot regler som på bestemte vilkår innskrenker den rettslige handleevnen til personer med funksjonsnedsettelse.⁷⁰

En kompetansemodell slik som foreslått av utvalget i lovforslagets §§ 5-4 første ledd nummer 4 og 6-5 første ledd *kan* dermed være et relevant inngangsvilkår for tvangshjemler i helse- og omsorgstjenesten. Som nevnt er kompetansemodellen i utgangspunktet en nøytral modell, det vil si at den vil omfatte enhver uavhengig av funksjonsnedsettelse. Den vil likevel åpenbart omfatte personer med funksjonsnedsettelse oftere enn personer uten funksjonsnedsettelse. Dette stiller krav til begrunnelsen for bruk av dette vilkåret.⁷¹

Man kan, etter NIMs syn, imidlertid ikke innfortolke en adgang til å legge til grunn manglende beslutningskompetanse som vilkår for tvang i helse- og omsorgstjenesten, *uten* at det samtidig opprettes et system for beslutningsstøtte.

Artikkel 12 tredje ledd oppstiller et krav om at statspartene *skal* treffe tiltak for å sikre at personer med funksjonsnedsettelse har tilgang på nødvendig beslutningsstøtte, og artikkel 12 fjerde ledd angir at tiltak må gjennomføres på bestemte vilkår.

Et slikt system er ikke å finne i norsk rett, slik utvalget beskriver i kapittel 20, verken innen helse- og omsorgstjenesten eller på et mer generelt nivå som på vergemålsfeltet. NIM mener følgelig også at lovforslagets § 3-2 om utprøving av nye modeller for beslutningsstøtte er for svakt; et slikt system må implementeres så raskt som mulig.

NIM anbefaler følgende:

- Departementet bør etablere et system for beslutningsstøtte som minsker behovet for begrensninger i den rettslig handleevne, jf. artikkel 12 tredje ledd og fjerde ledd.
- I de tilfellene hvor beslutningsstøtte ikke fører frem, bør tiltak som iverksettes omsluttet av prosedyrer som hindrer misbruk og interessekonflikter, være proporsjonale og individtilpasset og gjelder for så kort tid som mulig jf. artikkel 12 fjerde ledd. Særlig viktig er at man i disse situasjonene tar utgangspunkt i hva som ville vært personens reelle vilje («will and preference of the person»), og ikke den mer paternalistiske tilnærmingen av hva som ville være det beste for vedkommende.

⁷⁰ Denne tolkningen av artikkel 12 baserer seg først og fremst på ordlyden, sammen med formålsbetraktninger og konvensjonen sett i sin kontekst. Konklusjonen støttes av et underliggende effektivitetsprinsipp som hovedsakelig er hensyntaken til andre menneskerettigheter. Også statspraksis gir noe støtte til denne konklusjonen.

⁷¹ Med utgangspunkt i CRPD som en konvensjon som ikke utelukker at det kan gjøres begrensninger i en persons rettslige handleevne, men som skjerper kravene til begrunnelsen for når det er behov for tvang og under hvilke vilkår, gir utvalget sine begrunnelser for å benytte en kompetansemodell, se særlig om dette i kapittel 7, 21 og kapittel 24.8.2.

4.3.8.2 Går antatt samtykke-kravet langt nok i å ivareta CRPD artikkel 12?

Som et alminnelig vilkår for en del typer tvangsinngrep foreslår utvalget at «personen må antas å ville ha samtykket til tiltaket dersom vedkommende hadde vært beslutningskompetent», jf. §§ 5-4 første ledd nr. 5 og 6-5 første ledd nr. 5.⁷² Utvalget mener dette er et viktig steg i retning av implementeringen av CRPD artikkel 12 i norsk rett.⁷³

Det er en klar tendens i den internasjonale rettsutviklingen at personens selvbestemmelsesrett styrkes. Også i EMDs praksis er det vist til enkeltmenneskets «will and preferences» i motsetning til tidligere fokus på «best interest», samt betydningen av at begrensninger i den rettslige handleevne er omsluttet av sterke rettsikkerhetsgarantier.⁷⁴

NIM mener at et hovedvilkår om antatt samtykke vil være i tråd med denne utviklingen.⁷⁵ Utvalgets forslag om å skille ut en egen lovbestemmelse i § 1-5 som presiserer vurderingstemaet og gir overordnede anvisninger på hva vurderingen skal ta utgangspunkt i, er et godt grep. I punkt 14.4.3 og punkt 21.4 i høringsnotatet gis det en nyansert og grundig redegjørelse for de utfordringer som er forbundet med et krav om antatt samtykke. Fra et menneskerettslig perspektiv mener NIM at fremheving av poengene i høringsnotatet har en selvstendig verdi. Dette kan igjen ha en pedagogisk effekt overfor de som skal forvalte regelverket, og dermed bidra til å redusere de risikomomenter ved antatt samtykke-kravet som potensielt kan oppstå i praksis.

NIM vil likevel fremheve en forutsetning for at antatt samtykke-vilkåret skal operasjonalisere CRPDs krav til selvbestemmelsesrett i tilstrekkelig grad. NIM mener at det er en risiko for at antatt samtykke-vilkåret ikke realiseres fullt ut gitt mangelen på et adekvat beslutningsstøttesystem i norsk rett.

Dersom formålet er økt selvbestemmelse, vil et krav om antatt samtykke bare kunne bidra til å realisere dette der man etter å ha forsøkt å gi vedkommende beslutningsstøtte, likevel kommer til at vedkommende ikke er i stand til å forstå innholdet av den beslutning han eller hun gis støtte til å fatte. CRPD artikkel 12

⁷² Vurderingstema for vurderingen er foreslått lovfestet i § 1-5. Vilkåret gjelder ikke der personen utgjør en fare for andre. Det gjelder heller ikke for tvangstiltak etter kapittel 4 om nødssituasjoner.

⁷³ Se utredningen s. 321.

⁷⁴ *A.-M.V. v. Finland* (53251/13). EMD uttalte om en mentorordning som klageren anførte var i strid med artikkel 8 at den hadde «effective safeguards in the domestic proceedings to prevent abuse, as required by the standards of international human rights law, ensuring that the applicant's rights, will and preferences were taken into account». I dette ligger en implisitt referanse til CRPD artikkel 12 fjerde ledd, der nettopp «will and preferences» er brukt som begrep for å uttrykke at det er personens reelle vilje som skal være avgjørende, ikke en «best interest»-test.

⁷⁵ NIM har tidligere anbefalt en lovfesting av et vilkår om antatt samtykke i psykisk helsevernloven, se punkt 3 i vårt skriftlige innspill av 1. november 2016 til høring i Stortingets helse- og omsorgskomite om Prop. 147 L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet). Tilgjengelig på www.nhri.no.

forutsetter at det bare er i disse *resttilfellene* at man kan basere seg på en antakelse av hva personen ville ha ment.

Dette innebærer etter vårt syn at det må ligge en beslutningsstøttemodell til grunn dersom en slik inngrepsmodell som foreslått skal kunne stå seg. Med andre ord: det må eksistere systematiske og effektive ordninger for å yte støtte til beslutning, og denne/disse ordningene må være koordinert med adgangen til å gjøre tvangsinngrep.

All den tid vi ikke har noe slikt koordinert system på plass, er det vanskelig å forestille seg at antatt samtykke bare blir forbeholdt disse resttilfellene. Tvert imot vil antatt samtykke-vurderingen bli anvendt i *alle tilfeller* – nettopp fordi dette er gjort til et alminnelig vilkår for inngrep, og det ikke samtidig stilles krav til at beslutningsstøtte skal være utprøvd før tvangsinngrep blir aktuelt.

Etter vårt syn er dermed veien til å anta at personen ville ha samtykket til helsehjelp kort, og veien til å konstruere at personen ville ha samtykket basert på en vedtaksansvarliges egen oppfatning av hva som er til det beste for personen enda kortere.

Den totrinnsmodell som vi skisserer over (først beslutningsstøtte, deretter antatt samtykkevurdering) er derfor etter vårt syn nødvendig for at samtykkeantakelser forbeholdes resttilfellene. Det er også en nødvendig forutsetning for reell styrking av selvbestemmelse for personer med nedsatt funksjonsevne som har behov for helsehjelp.

NIM **anbefaler** følgende:

- Departementet bør sørge for at vilkåret om antatt samtykke underlegges en totrinnsmodell, der vilkåret først kommer til anvendelse dersom beslutningsstøtte ikke fører frem.

4.4 Kan man frihetsberøve personer der begrunnelsen helt eller delvis er basert på funksjonsnedsettelse?

4.4.1 Innledning

Spørsmålet i det følgende er om man kan frihetsberøve personer der begrunnelsen helt eller delvis er basert på funksjonsnedsettelse.

Artikkel 14 gir alle personer med nedsatt funksjonsevne rett til frihet og personlig sikkerhet «on an equal basis with others», jf. første ledd bokstav a. Første ledd bokstav b krever at personer med nedsatt funksjonsevne

«[a]re not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty».

Det sentrale spørsmålet i vår sammenheng er hva som ligger i kravet om at «the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty». Det er enighet om at en funksjonsnedsettelse *i seg selv* aldri skal kunne utgjøre en begrunnelse for frihetsberøvelse. Spørsmålet er om ordlyden i artikkel 14 også utelukker at funksjonsnedsettelse kan inngå *sammen med andre* vilkår i en begrunnelse for frihetsberøvelse, enten ved en direkte henvisning til diagnose eller ved bruk av det som kan kalles diagnosenære vilkår som for eksempel den rettslige standarden «alvorlig sinnslidelse» innen psykisk helsevern.

For å svare på dette spørsmålet er det nødvendig å gjøre en folkerettslig tolkning av CRPD artikkel 14 (avsnitt 4.4.2–4.4.5). Konklusjonen på problemstillingen gis i avsnitt 4.4.6, der vi også vurderer forholdet til bestemmelsen om frihetsberøvelse i EMK artikkel 5.

NIM vil innledningsvis understreke at artikkel 14 kun gjelder *frihetsberøvelse*. I den sammenheng er det viktig å påpeke at en rekke tiltak innen helse- og omsorgstjenesten *ikke* vil utgjøre frihetsberøvelse, men et inngrep i vedkommendes fysiske integritet. I CRPD artikkel 17 om beskyttelsen av en persons integritet finnes ikke en tilsvarende begrensning som den i artikkel 14 første ledd bokstav b siste komma. Det betyr at det er mindre strenge krav under CRPD artikkel 17 enn det er under artikkel 14. Vi vil i det følgende ikke gå nærmere inn på artikkel 17 utover å minne om at også CRPD artikkel 17 inneholder et krav om at man har rett til respekt for den fysiske og psykiske integritet «on an equal basis with others.» Artikkel 17 inneholder dermed også et diskrimineringsvern.

4.4.2 Ordlyden i CRPD artikkel 14

Igjen er utgangspunktet for tolkningen bestemmelsens ordlyd, jf. Wienkonvensjonen artikkel 31 første ledd.

Bestemmelsen første ledd bokstav b sier at statene må sørge for at «the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty». Ordlyden åpner for to tolkningsalternativer.

Det ene er at staten ikke kan bruke funksjonsnedsettelse i begrunnelsen for frihetsberøvelse, selv om den brukes sammen med andre vilkår. Begrepet «in no case» kan forstås som at funksjonsnedsettelse ikke på noen måte kan inngå i en begrunnelse.

Det andre tolkningsalternativet er at funksjonsnedsettelse *kan* inngå i en begrunnelse for frihetsberøvelse, sammen med andre vilkår. Til støtte for dette alternativet er sammenhengen i teksten «shall in no case justify», hvor det operative uttrykket er nettopp «justify». En funksjonsnedsettelse skal altså ikke kunne rettferdiggjøre frihetsberøvelse, med andre ord funksjonsnedsettelsen kan ikke være den eneste begrunnelsen for frihetsberøvelse.

Til støtte for denne siste tolkningen er uttrykket «on an equal basis with others» i første ledd, som vil si at personer med funksjonsnedsettelse, på lik linje med andre, ikke kan frihetsberøves hvor dette er ulovlig eller vilkårlig. Som nevnt under drøftelsen av artikkel 12 må man se hen til alminnelig diskrimineringsrett, der det sentrale spørsmålet er om eventuell forskjellsbehandling er saklig. Er den saklig vil den heller ikke være diskriminerende. Denne delen av bestemmelsen åpner dermed for at funksjonsnedsettelse *kan* være en del av begrunnelsen for frihetsberøvelse, dersom bruken av funksjonsnedsettelse som delbegrunnelse er saklig.

Gitt denne potensielle usikkerheten i konvensjonsteksten, er det viktig å også vurdere artikkel 14 ut fra konvensjonens formål og kontekst, jf. Wienkonvensjonens artikkel 31 første ledd.

4.4.3 Formål, kontekst og forarbeider

Konvensjonens hovedformål er å hindre diskriminering av personer med funksjonsnedsettelse. Det betyr imidlertid ikke i seg selv at en frihetsberøvelse aldri kan ha funksjonsnedsettelse eller diagnosenære vilkår tilknyttet seg. Alminnelig diskrimineringsrett, som konvensjonen etter NIMs syn er et utslag av, krever ikke at man forbyr bruken av visse vilkår for frihetsberøvelse.

Som nevnt er også CRPD-komiteens uttalelser om spørsmålet en viktig kontekstuell tolkningsfaktor. CRPD-komiteen har publisert retningslinjer om hvordan artikkel 14 skal forstås.⁷⁶ Dette dokumentet er ikke en *generell kommentar*, men gir åpenbart uttrykk for komiteens generelle tolkning av en av konvensjonens bestemmelser. Det er usikkert om de betraktninger omkring traktatorganers uttalelser som ICJ har lagt vekt på ved Menneskerettskomiteens generelle kommentarer gjelder tilsvarende for disse retningslinjene. Den rettskildemessige vekten av retningslinjer er mer uavklart enn for generelle kommentarer.

Retningslinjene om artikkel 14 sier følgende:

«The Committee has established that article 14 does not permit any exceptions whereby persons may be detained on the grounds of their actual or perceived impairment. However, legislation of several States parties, including mental health laws, still provide instances in which persons may be detained on the grounds of their actual or perceived impairment, provided there are other reasons for their detention, including that they are deemed dangerous to themselves or others. This practice is incompatible with article 14; it is discriminatory in nature and amounts to arbitrary deprivation of liberty».⁷⁷

⁷⁶ CRPD-komiteen, «Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», vedtatt på komiteens 14. sesjon i september 2015 (heretter «retningslinjene»).

⁷⁷ Retningslinjene avsnitt 6.

Komiteen uttrykker altså at funksjonsnedsettelse aldri kan inngå som en del av vilkårene for frihetsberøvelse. Komiteen ser ut til å basere sin tolkning på konvensjonsforhandlingene, der uttrykket «solely» eller «exclusively», i betydningen av at frihetsberøvelse ikke alene kan begrunne en frihetsberøvelse, ble tatt ut av forslagsteksten på et tidspunkt. CRPD-komiteen uttaler at en av grunnene til at dette ble tatt ut var at «States opposed it, arguing that it could lead to misinterpretation and allow deprivation of liberty on the basis of their actual or perceived impairment in conjunction with other conditions, like danger to self or others».⁷⁸ Det er uklart hvor mange og hvilke stater dette gjelder.⁷⁹

Uansett skal forarbeider til konvensjoner kun brukes for å *bekreft*e et tolkningsresultat som følger av anvendelse av hovedregelen i artikkel 31, jf. Wienkonvensjonen artikkel 32. Unntaket er hvis resultatet av fortolkningen enten er «ambiguous or obscure» eller resultatet er «manifestly absurd or unreasonable». Terskelen for dette er meget høy, noe som begrunnes i suverenitetsprinsippet.

Når det er sagt reflekterer komiteens standpunkt det overordnede utgangspunktet, som kan forankres i konvensjonsteksten selv samt dens formål, om at en funksjonsnedsettelse skal brukes med stor varsomhet i forbindelse med begrunnelser for frihetsberøvelse. Uten en saklig begrunnelse, vil slike praksiser være diskriminerende etter CRPD artikkel 14.

NIM mener at både formålsbetraktninger og kontekstuelle synspunkter taler for at det ikke foreligger et absolutt forbud mot å anvende funksjonsnedsettelse som et av flere vilkår for en frihetsberøvelse. Når det er sagt, skjerper artikkel 14 kravene til hva som utgjør en saklig begrunnelse for å bruke funksjonsnedsettelse i det enkelte tilfellet, jf. ordlyden «and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty» i første ledd bokstav b siste komma.

4.4.4 Etterfølgende statspraksis

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav b, kan etterfølgende statspraksis være relevant for tolkningen. Heller ikke for artikkel 14 har NIM den fulle oversikten over statspraksis i alle statene som har ratifisert konvensjonen. Også her vil likevel to tilgjengelige kilder kunne gi en indikasjon på hvordan statene forholder seg til artikkel 14.

⁷⁸ Retningslinjene avsnitt 7.

⁷⁹ I henhold til komiteens anbefalinger til enkeltstater ser det ut som de gir den samme anbefalingen til de aller fleste på dette punktet, nemlig at de må *avskaffe* lovgivning som nettopp tillater diagnose som delbegrunnelse for frihetsberøvelse, se punkt 4.4.4.

For det første har noen land avgitt erklæringer i tilknytning til artikkel 14 som ligner på den Norge avga. Blant disse er Australia, Irland og Nederland som har avgitt tolkningserklæringer med lignende ordlyd.⁸⁰

For det andre kan det også her være relevant å se hen til hvilke tilbakemeldinger statene får fra CRPD-komiteen i sine Concluding observations. CRPD-komiteen har i 94 statsrapporteringsrunder på ulikt vis kritisert statenes lovgivning for å være for diagnosenær.⁸¹

NIM har altså ikke god nok oversikt over statspraksis til å konkludere med om det er en gjengs oppfatning blant statene om artikkel 14. Samtidig indikerer det vi vet at om lag halvparten av statene mener at artikkel 14 ikke stenger for frihetsberøvelse der funksjonsnedsettelse, direkte eller indirekte, er *en del av* begrunnelsen for tiltaket.

4.4.5 Andre regler som gjelder mellom statspartene

Etter Wienkonvensjonen artikkel 31 tredje ledd bokstav c skal det også andre menneskerettskonvensjoner som gjelder mellom partene tas i betraktning.

EMK artikkel 5 inneholder også regler for frihetsberøvelse. Ifølge praksis fra EMD er funksjonsnedsettelse som vilkår tillatt under EMK artikkel 5, og EMD har i en storkammeravgjørelse fra januar 2019 avvist at EMK artikkel 5 kan tolkes på den måten CRPD-komiteen tolker artikkel 14:

«On the other hand, the Court considers that Article 5, as currently interpreted, does not contain a prohibition on detention on the basis of impairment, in contrast to what is proposed by the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities in points 6-9 of its 2015 Guidelines concerning Article 14 of the CRPD (see paragraph 117 above).»⁸²

Videre omhandler også SP artikkel 9 frihetsberøvelse. Som nevnt omtaler FNs menneskerettskomité's generelle kommentar nr. 35 om retten til frihet og sikkerhet frihetsberøvelse av personer med funksjonsnedsettelse i helse- og omsorgsspørsmål. Med henvisning til CRPD artikkel 14 første ledd bokstav b uttaler komiteen:

«The existence of a disability shall not in itself justify a deprivation of liberty but rather any deprivation of liberty must be necessary and proportionate, for the purpose of protecting the individual in question from serious harm or preventing injury to others. States parties must offer to institutionalized persons

⁸⁰ For alle tolkningserklæringene, se https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en.

⁸¹ NIM har gått gjennom 94 Concluding observations fra komiteen som forelå pr. 14. desember 2019. I en av dem, Turkmenistan, fikk ikke staten kritikk for selve lovgivningen, men komiteen viste til at «no data is available on persons with disabilities who are involuntary placed in psychiatric facilities».

⁸² *Roman v. Belgia* (18052/11), avsnitt 205. Se også *Fernandes de Oliveira v. Portugal* (78103/14).

programmes of treatment and rehabilitation that serve the purposes that are asserted to justify the detention.»⁸³

Som det fremgår åpner altså både EMK og SP for at man kan ha diagnosebasert tvangslovgivning for personer med nedsatt funksjonsevne ved frihetsberøvelse i helse- og omsorgstjenestene.

4.4.6 Vurdering

4.4.6.1 CRPD artikkel 14 stenger ikke for å bruke funksjonsnedsettelse som et av flere vilkår for frihetsberøvelse

Artikkel 14 inneholder et forbud mot å begrunne frihetsberøvelse av en person i vedkommendes funksjonsnedsettelse. Denne bestemmelsen kan ikke ut fra ordlyden eller sammenhengen med resten av artikkel 14 eller resten av CRPD forstås som et absolutt forbud mot lovgiving som anvender funksjonsnedsettelse eller diagnosenære vilkår som ett av flere vilkår i en begrunnelse for frihetsberøvelse.⁸⁴

NIM mener derfor at ordlyden i artikkel 14 ikke stenger for at funksjonsnedsettelse kan inngå som vilkår for frihetsberøvelse så lenge dette ikke er det eneste vilkåret. Samtidig skjerper konvensjonen kravene til begrunnelsen for å bruke funksjonsnedsettelse, enten direkte eller indirekte, som ett av flere vilkår for frihetsberøvelse.

I tråd med dette, stiller utvalget spørsmål ved «rasjonalet» om å benytte seg av diagnosenære vilkår ved tvangshjemler i helse- og omsorgstjenesten.⁸⁵ Utvalget uttaler at rettsutviklingen internasjonalt, med CRPD i front, utfordrer «styrken i begrunnelsen for å opprettholde diagnosenære kriterier som avgrensning av tvangshjemler. Forventingene til overbevisningskraft i argumentene om saklighet og nødvendighet skjerpes [...]»⁸⁶ Utvalget kommenterer disse spørsmålene, særlig i kapittel 7, 14.4.2, 21 og 24.8.

NIM har begrensede forutsetninger for å gjøre vurderinger av om og i hvilke tilfeller det er saklig å bruke diagnosenære vilkår i tvangshjemlene; i tillegg til å være et rettslig spørsmål er dette også et empirisk og medisinsk spørsmål. Vi anbefaler at departementet i det videre arbeidet foretar konkrete og nyanserte vurderinger, i lys av de rettslige føringer som følger av CRPD, av rasjonalet om å benytte seg av

⁸³ General Comment No. 35 (2014), avsnitt 19.

⁸⁴ Dette fremkommer også av formålsbetraktninger og konvensjonen sett i sin kontekst, som et utslag av et underliggende effektivitetsprinsipp samt andre menneskerettskonvensjoners tilnærming til spørsmålet. Også etterfølgende statspraksis taler i en viss grad for en slik konklusjon.

⁸⁵ Utredningen s. 506.

⁸⁶ Utredningen s. 514.

diagnosenære vilkår for tvangshjemler og at disse vurderingene gjøres synlige i det videre lovarbeidet.

NIM **anbefaler** følgende:

- Departementet bør foreta konkrete og nyanserte vurderinger, i lys av de rettslige føringer som følger av CRPD, av rasjonalet om å benytte seg av diagnosenære vilkår for tvangshjemler, herunder å benytte seg av en kompetansmodell som indirekte vil ramme personer med funksjonsnedsettelse oftere enn personer uten funksjonsnedsettelse. Disse vurderingene må synliggjøres i det videre lovarbeidet.

4.4.6.2 Lovforslaget i lys av EMK artikkel 5

Problemstillingen i det følgende er om lovforslaget er i tråd med de krav som følger av EMK artikkel 5 ved frihetsberøvelse.

Artikkel 5 stiller krav til at frihetsberøvelsen må være foreskrevet ved nasjonal lov og at lovgrunnlaget oppfyller kravene til lovhemmel slik det er utpenslet i EMDs praksis. Artikkel 5 første ledd bokstav a) til f) opplister i hvilke tilfeller frihetsberøvelse lovlig kan skje. Listen er uttømmende, hvilket vil si at dersom en frihetsberøvelse ikke oppfyller noen av formålene angitt i bokstavene a) til f) vil denne være konvensjonsstridig. Hva gjelder spørsmål om rettmessigheten av innleggelse og tilbakehold i helse spørsmål mot en persons vilje, er det særlig bokstav e) som er av interesse: «e) lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants». I begrepet «lawful» ligger det også krav til at frihetsberøvelsen må være forholdsmessig, slik utvalget selv er inne på i kapittel 7.

Det menneskerettslige spørsmålet er for det første om et vilkår om fravær av beslutningskompetanse som foreslått er et gyldig inngangsvilkår for tvang etter EMK artikkel 5. NIM mener at et slikt alminnelig vilkår er et relevant kriterium under vurderingen av artikkel 5, og at bruken av en kompetansmodell vil operasjonalisere sentrale sider ved bestemmelsen, og viser til utvalgets vurdering av dette i kapittel 7.3.4.5.

Videre er spørsmålet om EMK artikkel 5 tillater en så diagnosenøytral lovkonstruksjon som § 5-4 nummer 2 og 4 nå utgjør.

Basert på diagnosenære vilkår, avgrenser EMK artikkel 5 første ledd nummer 4 bokstav e personkretsen som kan frihetsberøves, jf. begrepene «unsound mind», «alcoholics» og «drug addicts». De såkalte *Winterwerp*-kriteriene regulerer hva som ligger i begrepet «unsound mind». ⁸⁷ Kriteriene kan destilleres ned til et krav om at det etter en

⁸⁷ | *Winterwerp v. Nederland* (6301/73) avsnitt 39.

medisinskfaglig vurdering kan stadfestes at det foreligger en reell psykisk forstyrrelse («true mental disorder») av en slik art eller grad at den krever tvunget tilbakehold, og videre at denne vurderingen må fornyes med rimelige intervaller.

Spørsmålet er om utvalgets modell, som i noen grad frikobler vurderingen av om en person kan frihetsberøves fra tilstandsavgrensingen i EMK artikkel 5, likevel er i tråd med de krav som artikkel 5 innebærer. Utvalget mener at modellen oppfyller kravene etter EMK artikkel 5.⁸⁸ NIM mener dette er et vanskelig tolkningsspørsmål.

Noe veiledning er å finne i en nylig storkammeravgjørelse fra EMD som klargjør og presiserer innholdet i EMK artikkel 5, og hva som ligger i begrepet «lawful» i relasjon til begrepet «unsound mind». I *Roman v. Belgia* fra januar 2019 viser EMD til den internasjonale rettsutviklingen og understreker betydningen av behandlingsaspektet i bestemmelsen. Myndighetene har en forpliktelse til å sikre adekvat og individualisert behandling og dette er en forutsetning for at frihetsberøvelsen anses lovlig. EMD uttaler i den forbindelse at: «there exists a close link between the “lawfulness” of the detention of persons suffering from mental disorders and the appropriateness of the treatment provided for their mental condition. [...]».⁸⁹

Domstolen viser videre til at all frihetsberøvelse må ha et terapeutisk formål, som tar sikte på å helbrede eller minke symptomer på den underliggende lidelsen, og begrense eller kontrollere den innlagtes skadepotensial. EMD understreker også at pasienten må behandles i et egnet behandlingsmiljø med det formål å forberede dem på utskrivning.⁹⁰ Som nevnt tidligere i avsnitt 4.4.5, uttaler EMD at selv om internasjonale standarder krever at det gis individualiserte behandlingstilbud, vil ikke EMD gå så langt som å si at også EMK artikkel 5 forbyr frihetsberøvelse på grunn av funksjonsnedsettelse, slik som CRPD-komiteen foreslår for CRPD artikkel 14.⁹¹

Som vist over, mener NIM at CRPD artikkel 14 ikke gir et forbud mot å bruke funksjonsnedsettelse, direkte eller indirekte, sammen med andre vilkår, som grunnlag for frihetsberøvelse. EMD anerkjenner imidlertid kjernen i CRPD artikkel 14 ved å skjerpe kravene til begrunnelsen for frihetsberøvelse. Begrunnelsen må være individualisert og formålet med frihetsberøvelsen må være å gi personen den type behandling og helsehjelp som gjør at han eller hun får forbedret helse eller får et akseptert skadepotensial og dermed ikke lenger trenger å være frihetsberøvet. Bare slik

⁸⁸ Se særlig s. 177–178 i utredningen.

⁸⁹ *Roman v. Belgia* (18052/11) avsnitt 208.

⁹⁰ *Roman v. Belgia*, avsnitt 205 og 208.

⁹¹ *Roman v. Belgia*, avsnitt 205.

kan en frihetsberøvelse basert på «unsound mind»-kriteriet være lovlig etter EMK artikkel 5.⁹²

I sin begrunnelse for at en beslutningskompetansemodell er i tråd med kravene etter EMK artikkel 5, viser utvalget særlig til at manglende kompetanse gjerne vil springe ut av tilstander som blir dekket av ordlyden i EMK artikkel 5. Det vises til at en beslutningskompetansemodell utgjør en ytterligere kvalifisering av konvensjonens tilstandskrav.⁹³ NIM er langt på vei enig i dette. Sammenholdt med kravet om «sterkt behov» for behandling for ulike helseproblemer, som i stor grad reflekterer de nevnte krav til individuell behandling slik de nå er utpenslet i EMDs praksis, vil antageligvis kravene i EMK artikkel 5 være oppfylt i de fleste tilfeller.

Det har samtidig vært vanskelig for NIM å fullt ut forstå hva som ligger i den foreslåtte tilstandsangivelsen i § 5-4 første ledd nummer 2, og da særlig bokstav c. For at en modell som den foreslåtte skal være konvensjonsmessig etter EMK artikkel 5, bør det presiseres tydeligere hva som ligger i disse tilstandene. I disse vurderingene kommer man ikke utenom kravene til «unsound mind», «alcoholics» og «drug addicts» slik EMK artikkel 5 er å forstå i dag.⁹⁴

NIM **anbefaler** følgende:

- Dersom «sterkt behov»-modellen skal implementeres, bør departementet presisere ytterligere hva som ligger i de ulike tilstandsangivelsene i § 5-4 første ledd nummer 2, og da særlig bokstav c.

5. Skranker for tvangsbruk i nødssituasjoner og som behandling- og omsorgstiltak

5.1 Innledning og generelle rettslige utgangspunkter

5.1.1 Opplegget i punkt 5

Som vi allerede har vært inne på i avsnitt 3.1, er den klare hovedregelen etter menneskerettighetene at helsehjelp må bygge på samtykke fra pasient eller bruker. Bruk av tvang er et unntak fra denne hovedregelen. Tvangsbruk er – som vi har gjort rede for i avsnitt 4.3 – ikke uten videre forbudt etter menneskerettighetene, men ulike rettigheter setter skranker for bruken. Det er dette som er temaet her i punkt 5.

⁹² Også FNs menneskerettskomité er inne på det samme i sin generelle kommentar nummer 35 om retten til frihet og sikkerhet: «States parties must offer to institutionalized persons programmes of treatment and rehabilitation that serve the purposes that are asserted to justify the detention», se General Comment No. 35 (2014) avsnitt 19.

⁹³ Utredningen s. 177.

⁹⁴ EMD har ikke vurdert hva som ligger i «lawful» når det gjelder tilstandskriteriene «alcoholics» og «drug addicts».

NIM har prioritert å knytte noen merknader til utredningens forslag om bruk av tvangsmedisinering med antipsykotika (avsnitt 5.2), elektrokonvulsiv terapi (ECT) (avsnitt 5.3) og skjerming (avsnitt 5.4). Først skal vi imidlertid redegjøre for noen felles rettslige utgangspunkter, i avsnitt 5.1.2 og 5.1.3.

5.1.2 Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling

Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling følger av Grunnloven § 93, CRPD artikkel 15, EMK artikkel 3 og SP artikkel 7.⁹⁵ Vi vil i det følgende konsentrere oss om EMK artikkel 3, fordi det er denne bestemmelsen det er knyttet mest rettspraksis til. Forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling er *absolutt*. Det betyr at retten til ikke å bli utsatt for slik behandling er en rettighet som, i motsetning til mange andre menneskerettigheter, ikke kan avveies mot andre rettigheter eller samfunnsmessige hensyn. Samtidig er vurderingen av hva slags type tiltak som faller inn under begrepet «umenneskelig eller nedverdiggende behandling» skjønnsmessig. Dette kan skape en viss uklarhet med hensyn til regelens absolutte karakter, noe vi vil komme tilbake til nedenfor.

Det generelle vurderingstemaet for hvorvidt noe faller inn under artikkel 3 dreier seg ifølge EMD om behandlingens alvorlighetsgrad:

«To fall under Article 3 of the Convention, ill-treatment must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the gender, age and state of health of the victim. Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted, together with the intention or motivation behind it, as well as its context, such as an atmosphere of heightened tension and emotions [...].»⁹⁶

Personer med psykiske helseproblemer er særlig sårbare, noe som er av betydning for vurderingen etter artikkel 3.⁹⁷ For personer som allerede er frihetsberøvet legger EMD også vekt på at tvangstiltak vil være en ytterligere innskrenkning av en allerede begrenset personlig autonomi.⁹⁸

Selv om et behandlingstiltak er av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 3 i utgangspunktet kan komme til anvendelse, vil man også måtte vurdere begrunnelsen for tiltaket. I flere

⁹⁵ Bestemmelsene forbyr også tortur og umenneskelig eller nedverdiggende straff, men dette er mindre aktuelt i denne sammenheng. SP artikkel 7 forbyr for øvrig også «grusom» behandling eller straff.

⁹⁶ Se for eksempel *M.S. v. Kroatia (No. 2)* (75450/12), avsnitt 95 med videre henvisninger.

⁹⁷ *M.S. v. Kroatia (No. 2)*, avsnitt 96.

⁹⁸ *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06), avsnitt 80. Dette ble uttalt i relasjon til artikkel 8, men er trolig av betydning også etter artikkel 3.

saker har EMD gått langt i å si at dersom tvangstiltak er faglig begrunnet og medisinsk nødvendig, så vil de som et klart utgangspunkt være tillatt:

« [I]t is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible. The established principles of medicine are admittedly, in principle, decisive in such cases; as a general rule, a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist».⁹⁹

Samtidig understreket domstolen at

«the developments in contemporary legal standards on seclusion and other forms of coercive and non-consensual measures against patients with psychological or intellectual disabilities in hospitals and all other places of deprivation of liberty require that such measures be employed as a matter of last resort and when their application is the only means available to prevent immediate or imminent harm to the patient or others [...]».¹⁰⁰

I lys av dette legger NIM til grunn at den menneskerettslige terskelen for å bruke tvang i helse- og omsorgssektoren er høy. Det kreves grundige helsefaglige vurderinger og begrunnelser ved bruk av tvangstiltak. Foreligger slike vurderinger og begrunnelser, vil et tvangstiltak som hovedregel være i tråd med artikkel 3.

Et viktig poeng NIM vil fremheve særskilt er at kravet om at «the medical necessity has been convincingly shown to exist» ikke bør forstås slik at det bare stiller krav til individuelle kliniske vurderinger. Det er Stortinget som lovgivende makt som gir eventuelle tvangshjemler, og dermed er det også Stortinget som har det primære ansvaret for å ta stilling til om et tvangstiltak på et generelt grunnlag kan være medisinsk nødvendig og innenfor menneskerettighetenes skranke. Dette innebærer, som vi vil komme tilbake til på flere punkter nedenfor, at det må gjøres en grundig vurdering av det medisinskfaglige kunnskapsgrunnlaget for ulike typer tvangsbehandling.

For øvrig har det blitt hevdet at EMDs «medisinsk nødvendighet»-test under artikkel 3 kun kommer til anvendelse på behandlingstiltak, og ikke sikkerhets- eller kontrolltiltak.¹⁰¹ På dette punktet er praksisen fra EMD slik NIM ser det noe uklart. Det er allikevel et relevant poeng at bruk av tvang i helse- og omsorgssektoren kan ha ulike

⁹⁹ Se *M.S. v. Kroatia (No. 2)*, avsnitt 98 (vår utheving). Saken gjaldt beltelegging i psykiatrien.

¹⁰⁰ Avsnitt 104 (våre uthevinger).

¹⁰¹ Se Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, avhandling levert for graden Philosophiae Doctor, Universitetet i Tromsø 2017, s. 166.

formål. Grovt sett kan man, slik lovforslaget også reflekterer, for eksempel sonde mellom tvangstiltak der formålet er å avverge skade, enten på personen selv eller andre, eller sikre kontroll av fellesskapsinteresser (lovforslagets kap. 4 og 7) og tvangstiltak der formålet er individuell behandling og omsorg (lovforslagets kap. 6). Det er naturlig at de menneskerettslige vurderingene vil kunne variere avhengig av tiltakets formål.

5.1.3 Retten til privatliv

Retten til privatliv og beskyttelsen av den fysiske og psykiske integritet er forankret både i Grunnloven § 102, CRPD artikkel 17, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. I motsetning til forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling, er denne rettigheten *relativ*. Det betyr at rettigheten kan begrenses dersom begrensningstiltaket har lovhjemmel, blir begrunnet i hensynet til andres rettigheter eller andre legitime formål og er forholdsmessig, jf. EMK artikkel 8 andre ledd.¹⁰² I kjernen av privatlivsbegrepet ligger den fysiske og psykiske integritet. Selv det minste inngrep i den enkeltes fysiske integritet vil være et inngrep i artikkel 8 dersom det involverer bruk av tvang, og må dermed være i samsvar med inngrepskriteriene i artikkel 8 andre ledd.¹⁰³

De tvangstiltakene vi skal kommentere nærmere i det følgende – ECT, tvangsmedisinering med antipsykotika og skjerming – er så pass inngripende at det er naturlig først å gjøre en vurdering opp mot det absolutte forbudet i EMK artikkel 3. Spørsmålet er om det i tillegg må gjøres en vurdering opp mot EMK artikkel 8 for det tilfelle at et tiltak ikke er i strid med artikkel 3, eller om retten til privatliv skal anses konsumert av forbudet mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Utgangspunktet er at et tiltak som er vurdert opp mot artikkel 3 ikke behøver å vurderes opp mot artikkel 8 i tillegg.¹⁰⁴ EMD har allikevel i noen tilfeller åpnet for at det må gjøres en separat vurdering av retten til privatliv dersom et inngrep ikke rammes av artikkel 3.¹⁰⁵ NIM antar, og bygger drøftelsene i det følgende på, at vurderingene av *selve* de tvangstiltakene det er snakk om her vil være «uttømt» under artikkel 3.¹⁰⁶ En del prosessuelle vurderinger vil nok derimot falle mer naturlig inn under artikkel 8.¹⁰⁷

¹⁰² En tilsvarende begrensningsadgang er innfortolket i Grunnloven § 102, se blant annet Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60. Av samme avgjørelse fremgår det for øvrig at § 102 skal tolkes i lys av sine folkerettslige forbilder, se avsnitt 57.

¹⁰³ Se *Storck v. Tyskland* (61603/00), avsnitt 143.

¹⁰⁴ Se til illustrasjon *Herczegfalvy v. Østerrike* (10533/83), avsnitt 86. Se generelt Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utg., Fagbokforlaget 2018) s. 217 og Storvik (2017) s. 204.

¹⁰⁵ Se for eksempel *A.T. v. Estland* (23183/15), avsnitt 56. Se også Aall (2018) s. 217 og Storvik (2017) s. 204.

¹⁰⁶ Man kan nok imidlertid ikke utelukke at for eksempel et helt kortvarig skjermingstiltak heller bør vurderes opp mot artikkel 8 i stedet for artikkel 3.

¹⁰⁷ På dette punktet er *X. v. Finland* (34806/04) illustrerende. Her ble tvangsmedisinering med antipsykotika vurdert opp mot artikkel 8, til tross for at klageren hadde anført brudd på artikkel 3, se avsnitt 202–204. EMDs vurdering knyttet seg til om den finske lovgivningen ga tilstrekkelig beskyttelse mot vilkårlighet, altså en lovhjemmelsproblematikk, og dette forklarer nok hvorfor klagen ble vurdert under artikkel 8.

5.2 Tvangsmedisinering med antipsykotika

5.2.1 Kort om forslaget

Etter gjeldende rett åpner psykisk helsevernloven § 4-8 for enkeltstående bruk av korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt som tvangsmiddel i institusjon for døgnopphold. Videre åpner § 4-4 andre ledd bokstav a) for behandling med legemidler uten at pasienten samtykker.¹⁰⁸ Utenfor psykiatrien må tvangsmedisinering som skadeavverging skje på nødrettsgrunnlag.¹⁰⁹ Så vidt NIM forstår utredningen skjer tvangsmedisinering med antipsykotika som behandlingstiltak utenfor psykiatrien med utgangspunkt i de alminnelige hjemlene for tvangsbehandling i helse- og omsorgstjenesteloven § 9-5 og brukerrettighetsloven § 4A-3.

Forslaget i utredningen går – i korte trekk – ut på følgende:

Forslaget regulerer for det første bruk av legemidler med korttidsvirkende beroligende effekt som skadeavverging i nødssituasjoner, dersom det foreligger akutt fare for liv eller vesentlig helseskade, jf. forslaget § 4-6.¹¹⁰ Utenfor institusjon for psykisk helsevern må nødtiltaket være det absolutt siste alternativet. I psykisk helsevern innebærer forslaget en innstramming sammenlignet med phl. § 4-8, fordi tvangsmedisinering ikke lenger vil kunne brukes for å avverge skade på materielle verdier. Utenfor psykiatrien vil forslaget innebære en lovfesting av en hjemmel for en praksis som i dag visstnok skjer på nødrettsgrunnlag.

For det andre regulerer forslaget bruk av legemidler for å behandle psykiske lidelser der personen ikke motsetter seg dette, jf. § 6-4. Vilårene er strengere for antipsykotiske legemidler enn andre legemidler. Bestemmelsen åpner for at vedtak kan treffes utenfor psykisk helsevern, men da må den vedtaksansvarlige stå under veiledning av spesialist i psykiatri i psykisk helsevern i den konkrete saken.¹¹¹ Hvis man ikke lykkes med å etablere en frivillig behandling uten alvorlige uønskede bivirkninger innen tre måneder etter oppstart, skal behandlingen flyttes over i § 6-10-sporet (jf. neste avsnitt).

For det tredje regulerer forslaget § 6-10 behandling av psykiske lidelser med legemidler ovenfor personer som motsetter seg dette. Her skjer det for det første en viss innstramming gjennom kravet om at det må foreligge en nærliggende og alvorlig fare for personens eget liv eller for at vedkommende skal bli påført vesentlig helseskade. For det

¹⁰⁸ Slik tvangsbehandling kan også skje uten døgnopphold i institusjon («TUD»), se § 3-5 tredje ledd, noe som er praktisk vanlig.

¹⁰⁹ Se utredningen s. 483–484.

¹¹⁰ Slik NIM forstår forslaget åpner bestemmelsen både for bruk av antipsykotika og benzodiazepiner, jf. s. 484.

¹¹¹ NIM er usikre på om kravet i § 9-1 andre ledd andre punktum om at vedtak om behandling med legemidler bare kan treffes av lege vil gjelde eller ikke. Slik § 9-1 er bygget opp, gjelder andre ledd psykisk helsevern og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet. Dette kan forstås slik at andre ledd andre punktum bare knytter seg til disse arenaene.

andre innføres det et krav om antatt samtykke, unntatt i saker der personen på grunn av alvorlig sinnslidelse utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. For det tredje presiseres sannsynlighetskravet. Utgangspunktet er at det må være *stor sannsynlighet* for at behandlingen skal hindre eller begrense vesentlig helseskade ut fra tidligere *konkrete og individuelle erfaringer* med det aktuelle virkestoffet i behandling av personen, men ved første gangs bruk i behandling av personen kan vurderingene basere seg på *den vitenskapelige kunnskapen* om effekten av virkestoffet for den aktuelle tilstanden, og her er det tilstrekkelig med *alminnelig sannsynlighetsovervekt*. For det fjerde må det aktuelle legemiddelet og dosen være godkjent for behandling av personens kliniske diagnose. For det femte kan personer som tidligere har vært psykotiske og i den forbindelse blitt behandlet med antipsykotiske legemidler, og som siden blir beslutningskompetente, forhåndsreservere seg mot fremtidig tvangsbehandling med antipsykotika, jf. § 6-14. Endelig skal det nevnes at tvangsbegrensningsnemnda overtar fylkesmannens rolle som klageinstans for vedtak om tvangsmedisinering, jf. § 12-5 andre ledd, at det gis fri rettshjelp i slike klagesaker, jf. § 13-7 nr. 3 bokstav a), og at klagevedtakene skal kunne bringes inn for domstolene etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. § 14-1 nr. 1 bokstav c).¹¹²

Et spørsmål der NIM i løpet av høringsarbeidet har opplevd at det råder en viss usikkerhet, er hvordan forslaget skal forstås når det gjelder bruk av antipsykotika på personer med utviklingshemming og demens. Ved behandling av psykiske lidelser innføres det – både i og utenfor motstandstilfeller – som nevnt et nytt krav om at det aktuelle legemiddelet og dosen må være godkjent for behandling av personens kliniske diagnose, jf. §§ 6-4 andre ledd nr. 2 og 6-10 første ledd nr. 1.¹¹³ Dette *kan* forstås som en betydelig innstramming, fordi selvskading, utfordrende atferd og aggresjon – som man i dag bruker antipsykotika mot –¹¹⁴ så vidt NIM forstår ikke er forhold antipsykotika er godkjent for. Samtidig er det på det rene at legemidler med korttidsvirkende beroligende effekt kan brukes overfor personer med utviklingshemming og demens i nødsituasjoner, jf. § 4-6. NIM mener det bør klargjøres mer presist hva slags regulering man ønsker å vedta. Dersom det faktisk er slik at man tar sikte på betydelige innstramminger, må dette kommuniseres tydeligere overfor praksisfeltet.

NIM **anbefaler** derfor følgende:

- Departementet bør sikre at regelverket er tydelig på hvilke grupper man skal kunne bruke antipsykotika overfor.

¹¹² Tidligere har spørsmål knyttet til effekt av medisinering under rettslig prøving av tvungen psykisk helsevern vært en del av domstolens overordnede vurdering av hvorvidt vilkårene for tvungen psykisk helsevern, etter någjeldende lov § 3-3, var tilstede, men ikke som selvstendig søksmålsobjekt under tvisteloven kapittel 36.

¹¹³ En nyanseforskjell er at § 6-10 (motstandstilfellene) regulerer behandling av psykiske lidelser med alle typer legemidler, mens § 6-4 andre ledd bare gjelder behandling med antipsykotiske legemidler.

¹¹⁴ Dette er beskrevet i utredningen på s. 244 f.

5.2.2 Rettspraksis om tvangsmedisinering med antipsykotika

I EMDs rettspraksis er det, så vidt NIM kan se, ingen saker der spørsmålet om tvangsmedisinering som behandlingstiltak virkelig har blitt underlagt en prinsipiell prøving. I *Herczegfalvy v. Østerrike* var en psykiatrisk pasient blitt utsatt for flere ulike tvangstiltak, herunder tvangsmedisinering. EMD la i sin vurdering størst vekt på bruken av håndjern og sikkerhetsseng som problematiske tiltak, men kom allikevel til at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 3.¹¹⁵ Dette trekker riktig nok i retning av at tvangsmedisinering ikke er forbudt etter EMK. Saken er imidlertid fra 1992, og utviklingen i EMDs praksis og argumentasjonsmåte på psykiatrifeltet gjør at det er høyst usikkert om domstolen ville resonnert på samme måte i dag. En nyere sak er *X. v. Finland* fra 2012. Her ble tvangsmedisinering med antipsykotika påklaget under artikkel 3, men EMD valgte å vurdere spørsmålet etter artikkel 8, og fant en krenkelse fordi de prosessuelle reglene ikke ga tilstrekkelige garantier mot vilkårlighet.¹¹⁶

I Høyesterett ble tvangsmedisineringsbehandling vurdert i HR-2016-1286-A.¹¹⁷ Høyesterett uttalte i relasjon til EMK artikkel 3 at

«det må generelt sett være en høy terskel for å karakterisere noe som umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dersom formålet er terapeutisk, vil man være utenfor det som rammes, forutsatt at det på et avklart medisinsk grunnlag kan bygges på at tvangen også er forholdsmessig – at den sparer pasienten for virkninger som klart ville ha representert en enda større belastning.»¹¹⁸

Videre mente Høyesterett at tvangsmedisinering i behandlingsøyemed ikke «*per definisjon* – uten noen nærmere og konkret vurdering – er i strid med Grunnloven § 102 eller med EMK artikkel 8», og at heller ikke CRPD oppstiller noe absolutt forbud mot tvangsbehandling av psykisk syke.¹¹⁹ Som en konklusjon uttalte Høyesterett at det ikke er noe alminnelig menneskerettslig forbud mot tvangsmedisinering. Slik NIM leser dommen er det vanskelig å se at Høyesterett egentlig foretok noen subsumsjon med hensyn til om tvangsmedisineringsen bygget på et «avklart medisinsk grunnlag» og om den var «forholdsmessig».

Oppsummeringsvis leser NIM eksisterende rettspraksis slik at det ikke er fastslått at tvangsmedisinering med antipsykotika er i strid med menneskerettighetene. Samtidig kan vi heller ikke se at noen domstol har tatt stilling til et helt sentralt spørsmål, nemlig

¹¹⁵ Se *Herczegfalvy v. Østerrike*, avsnitt 83. Klageren påberopte seg i tillegg artikkel 8, men EMD anså vurderingen som konsumert av artikkel 3, se avsnitt 86.

¹¹⁶ En tredje sak fra EMD om tvangsmedisinering er *Bataliny v. Russland* (10060/07). Her fant EMD en krenkelse ved bruk av tvangsmedisinering med antipsykotika, men dette skyldtes det spesielle faktum at medisineringsen ble utført som en del av forskningen på et nytt antipsykotisk medikament, jf. avsnitt 90. Dommen har derfor liten overføringsverdi.

¹¹⁷ Formelt dreide saken seg om et krav om utskrivning fra tvungent psykisk helsevern.

¹¹⁸ HR-2016-1286-A, avsnitt 23, med videre henvisning til *Herczegfalvy*-dommen.

¹¹⁹ Se avsnitt 25 (utheving i original) og avsnitt 26–30.

om det generelle kunnskapsgrunnlaget for antipsykotika gir tilstrekkelig begrunnelse for tvangsmedisinering. Vi legger derfor til grunn at spørsmålet må vurderes med utgangspunkt i de alminnelige vurderingsmomentene under artikkel 3, som redegjort for i avsnitt 5.1.2. Vi vil i det følgende knytte noen merknader til denne vurderingen.

5.2.3 Vurderingen av tvangsmedisinering opp mot EMK artikkel 3

5.2.3.1 En presisering av NIMs innfallsvinkel

Som utvalget er inne på i utredningen, er tvangsmedisinering med antipsykotika et svært omstridt behandlingstiltak, noe blant annet dissensen i forslaget synliggjør.¹²⁰ Slik NIM leser diskusjonene om tvangsmedisinering, handler disse om til dels ulike aspekter. Av den grunn, og også i lys av at dette er et felt med stor uenighet og sterke synspunkter, finner vi grunn til å presisere vår innfallsvinkel til spørsmålet.

Én side av diskusjonen om tvangsmedisinering er en underkategori av en mer generell diskusjon om bruken av tvang i helse- og omsorgssektoren. Enkelte mener, som allerede nevnt, at all tvang i helse- og omsorgssektoren, i det minste i psykiatrien, må avvises kategorisk.¹²¹ Som vi har redegjort for i avsnitt 4.3 kan ikke et slikt standpunkt utledes av statens menneskerettslige forpliktelser.

Et annet og mer fremtredende hovedspor i diskusjonene har dreiet seg om kunnskapsgrunnlaget for tvangsmedisinering. Når vi omtaler dette som et annet hovedspor, er det for å understreke at en kritikk mot tvangsmedisinering langs disse linjene ikke nødvendigvis behøver å bygge på et standpunkt om at tvangsbruk i helse- og omsorgssektoren kategorisk bør avvises. Også i relasjon til kunnskapsgrunnlaget har det vært ulike aspekter som har blitt diskutert:

For det første har diskusjonen om kunnskapsgrunnlaget til dels knyttet seg til vilkåret i psykisk helsevernloven § 4-4 fjerde ledd om at tvangsmedisinering bare kan igangsettes og gjennomføres når det «med stor sannsynlighet» kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller at pasienten unngår en vesentlig

¹²⁰ På dette punktet har utvalgsmedlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen tatt dissens, og foreslått et forbud mot tvangsmedisinering, se utredningen s. 582 f. Erichsen og Gitlesen har for øvrig også tatt en generell dissens til hele forslaget, se Vedlegg 1, s. 808–809. Se ellers, for en generell oversikt over sentrale sider av diskusjonene på feltet, Jan Fridthjof Bernt, «Tvangsmedisinering i psykisk helsevern – virkelighetsforståelse, rettferdiggjøring og rettssikkerhet» i Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* (Fagbokforlaget 2018) s. 227–279.

¹²¹ På dette punktet er dissensen fra utvalgsmedlemmet Hege Orefellen i NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, illustrerende (se utredningens Vedlegg 1, s. 263–287). Orefellen konkluderte blant annet med at psykiatrisk behandling uten fritt og informert samtykke vil være i strid med menneskerettighetene. Under overskriften «[p]remisser for vurderinger av psykiatriske tvangningrep [sic]» skriver Orefellen på s. 271 at «[d]et må foretas en vurdering av hvorvidt psykiatrisk tvangsbehandling er forenelig med CRPD og generelle ikke-diskrimineringsbestemmelser nedfelt i andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter. *Helsefaglige betraktninger, vurderinger av medikamenteffekter osv. er sekundært.*» (uthevet her).

forverring av sykdommen. Ifølge Paulsrud-utvalget fremstår kravet, i lys av den forskningen som foreligger om effekter av antipsykotika, som «urealistisk, særlig der man står ovenfor nye pasienter.» Utvalget vurderte det slik at «lovens strenge materielle krav ikke har blitt fulgt i praksis.»¹²² Sivilombudsmannen har påpekt at dersom dette stemmer, er det over tiår fattet ulovlige vedtak om tvangsmedisinering.¹²³ NIM vil understreke at det er et helt grunnleggende menneskerettslig krav, både etter EMK artikkel 8 og Grunnloven §§ 102 og 113, at tvangsmedisinering skjer med hjemmel i lov. Med den foreslåtte senkningen av sannsynlighetskravet ved første gangs bruk av et virkestoff vil man, slik NIM forstår det, få et bedre egnet vilkår. Det er imidlertid avgjørende at dette vilkåret blir tolket korrekt og anvendt som et reelt krav i praksis.¹²⁴

For det andre har det, mer uavhengig av diskusjonen om tiltakets lovlighet, vært en diskusjon om hvorvidt det eksisterende kunnskapsgrunnlaget er tilstrekkelig godt til å begrunne – medisinsk og/eller etisk – bruk av tvangsmedisinering. Det er denne siden av problemstillingen NIM vil fokusere på videre, med en *menneskerettslig* innfallsvinkel.

5.2.3.2 Behov for nærmere vurderinger av kunnskapsgrunnlaget

Det rettslige vurderingstemaet under artikkel 3 er som nevnt om «the medical necessity has been convincingly shown to exist», mens Høyesterett har formulert det slik at det må foreligge et «avklart medisinsk grunnlag». Dette stiller altså krav til de vurderingene lovgiver må gjøre før en tvangshjemmel kan vedtas.

Utvalget har gitt en oversikt over kunnskapsgrunnlaget for behandling av psykiske lidelser med antipsykotika i utredningens punkt 10.1.1. I punkt 25.6.2.2 har utvalgets flertall også redegjort for sine vurderinger og hvordan de har avveid kryssende hensyn mot hverandre, noe det dissenterende mindretallet på tilsvarende måte har gjort i punkt 25.6.2.3. NIM mener både flertallet og mindretallet i og for seg har begrunnet og synliggjort sine standpunkter på en åpen og ryddig måte. Vi etterlyser imidlertid en vurdering som tar utgangspunkt i og konkret anvender de menneskerettslige prinsippene.

NIM har begrensede forutsetninger for å gå inn og gjøre noen vurdering av kunnskapsgrunnlaget eller forskningen som ligger til grunn for denne. Det er imidlertid vanskelig å komme bort fra at slik eksisterende kunnskap er beskrevet i punkt 10.1.1, så fremstår denne som forholdsvis begrenset på en del områder. Her må man også ta i

¹²² NOU 2011: 9 s. 249.

¹²³ Sak 2017/3156 (21. januar 2019) og sak 2017/543 (18. desember 2018).

¹²⁴ Som illustrasjon viser vi i denne forbindelse til Sivilombudsmannens sak 2017/3156. Ifølge Sivilombudsmannen var det Fylkesmannen i Oslo og Akershus sitt «generelle standpunkt at kravet til stor sannsynlighet kan være oppfylt selv om det ikke nødvendigvis er sannsynlighetsovervekt for vesentlig bedring.» (vår utheving). Også etter det nye forslaget ville en slik lovtolkning lagt til grunn et for lavt sannsynlighetskrav.

betraktning at det dreier seg om medisinerer som skjer med tvang og der bivirkninger og psykiske ettervirkninger kan være betydelige.

Det er særlig to forhold NIM mener bør drøftes nærmere i den videre lovgivningsprosessen:

For det første mener vi at departementet må gjøre en nærmere juridisk vurdering av om og eventuelt i hvilken grad EMDs «medisinsk nødvendig»-test prinsipielt sett åpner opp for avveininger der et tvangstiltak som har sterkt negative virkninger for noen mennesker blir begrunnet i at det har positive effekter for andre.¹²⁵ Vi viser her som illustrerende eksempel til en av studiene utvalget har referert, som indikerer at man må behandle over ti pasienter med antipsykotika for at en ekstra pasient skal oppleve god effekt.¹²⁶ Etter vårt syn står dette i et anstrengt forhold til utgangspunktet om at EMK artikkel 3 er en absolutt individrettighet. Samtidig ser man i enkelte saker at EMD ikke tolker artikkel 3 som en *helt* absolutt rettighet, men åpner opp for mer sammensatte forholdsmessighetsvurderinger.¹²⁷ Her er det slik NIM ser det behov for en nærmere juridisk vurdering. Dersom departementet kommer til at det er et visst rom for forholdsmessighetsvurderinger, understreker NIM at man som et neste steg også må foreta en slik vurdering der alle relevante betraktninger trekkes inn.

For det andre savner NIM en mer differensiert vurdering av antipsykotika som behandlingstiltak i ulike typetilfeller. I punkt 10.1.1 har utvalget sondret mellom effekter av antipsykotika ved akutte psykotiske symptomer, vedlikeholdsbehandling, psykose hos personer med psykisk utviklingshemning og behandling av psykotiske symptomer hos personer med demens. Slik NIM leser gjennomgangen er forskningsstatusen ulik på de ulike områdene; for eksempel er det gjort omfattende metaanalyser av effekten av antipsykotika for akutte psykotiske symptomer, mens det er lite forskning på effekten av psykofarmaka, herunder antipsykotika, når det gjelder utfordrende atferd hos personer med utviklingshemning.¹²⁸ Vi kan imidlertid ikke se at disse forskjellene er reflektert i flertallets konkrete vurderinger, som er holdt på et mer generelt nivå. Dette kommer i tillegg til at det som nevnt er noe uklart hvilken regulering utvalget faktisk har sett for seg utenfor psykisk helsevern.

NIM anbefaler derfor:

¹²⁵ Dette er riktig nok ikke det eneste argumentet flertallet bygger på sitt standpunkt på i punkt 25.6.2.2.

¹²⁶ Utredningen s. 241–242.

¹²⁷ Se Aall (2018) s. 212–213, med henvisning til flere saker fra EMD, blant annet den tidligere nevnte *M.S. mot Kroatia*. For øvrig understreker vi for ordens skyld at den forholdsmessighetsvurderingen Høyesterett ser ut til å gi anvisning på i HR-2016-1286-A, avsnitt 23, dreier seg om en *individuell* forholdsmessighetsvurdering, jf. formuleringen «at den sparer pasienten for virkninger som klart ville ha representert en enda større belastning.»

¹²⁸ Se utredningen s. 241 og s. 246.

- Departementet bør gjøre en nærmere vurdering av hvorvidt og eventuelt i hvilken grad kravet til «medisinsk nødvendighet» etter EMK artikkel 3 åpner opp for forholdsmessighetsvurderinger, og eventuelt også foreta en grundig forholdsmessighetsvurdering der alle relevante betraktninger trekkes inn.
- Departementet bør foreta mer konkrete og nyanserte vurderinger av antipsykotika som behandlingstiltak i ulike typetilfeller, og disse vurderingene må beskrives på en tydelig måte.

5.2.3.3 Betydningen av FN-komiteers anbefalinger

Avslutningsvis vil vi nevne at Norge har fått anbefalinger fra flere FN-komiteer som knytter seg til tvangsmedisinering med antipsykotika.¹²⁹ Slike anbefalinger er i utgangspunktet ikke rettslig bindende, men kan etter forholdene ha stor rettskildemessig vekt.¹³⁰ NIM mener at anbefalingene uansett gir norske myndigheter en ytterligere oppfordring til å gjøre grundige menneskerettslige vurderinger av spørsmålet i lovgivningsarbeidet.

5.3 Elektrokonvulsiv terapi (ECT)

5.3.1 Kort om forslaget

Etter gjeldende rett er det ikke hjemmel for å bruke elektrokonvulsiv terapi (ECT) som behandlingstiltak. Allikevel brukes ECT i psykiatrien på nødrettslig grunnlag. Behandlingsmetoden er i seg selv svært omstridt.¹³¹ I tillegg er dagens rettstilstand kritisert, blant annet av NIM, som har anbefalt at dersom ECT uten samtykke skal brukes i nødrettstilfeller, må behandlingsformen hjemles eksplisitt og ha klare rettsikkerhetsgarantier knyttet til seg.¹³²

Utvalgets flertall foreslår å regulere ECT i §§ 6-13 og 6-15. Forslaget legger opp til at ECT bare kan benyttes overfor personer som ikke motsetter seg tiltaket og der unnlatelse av å gjennomføre behandling i løpet av få uker vil medføre alvorlig fare for personens liv. I tillegg kommer det en rekke grunnvilkår som må være oppfylt. Vedtaket kan gjelde for

¹²⁹ Se ØSK-komiteens konkluderende merknader til Norges femte statsrapport fra 2013 (E/C.12/NOR/CO/5, avsnitt 19); Torturkomiteens konkluderende merknader til Norges åttende statspartsrapport fra 2018 (CAT/C/NOR/CO/8, avsnitt 22); CRPD-komiteens konkluderende merknader til Norges første statspartsrapport fra 2019 (CRPD/C/NOR/CO/1, avsnitt 26).

¹³⁰ For en gjennomgang av den rettskildemessige vekten til slike anbefalinger, viser vi til henvisningene i fotnote **Feil! B okmerke er ikke definert.**

¹³¹ Også på dette punktet har utvalgsmedlemmene Vibeke Erichsen og Jens Petter Gitlesen tatt dissens. Disse medlemmene mener bruk av elektrosjokk uten fritt og eksplisitt samtykke er uakseptabelt, se utredningen s. 593–595. Videre har utvalgsmedlemmet Bjørn Roar Vagle tatt dissens fordi han mener at bestemmelsen bør gis en midlertidig prøvetid på 3 år, og at det deretter bør foretas en evaluering, se s. 595–596.

¹³² Se NIMs årsmelding 2017 s. 97. Tilgjengelig på www.nhri.no.

maksimalt to uker, og forlengelse ut over dette må eventuelt bygge på personens samtykke. På nærmere vilkår vil det være adgang til å forhåndsreservere seg.

5.3.2 Vurdering av ECT-behandling opp mot EMK artikkel 3

Også på dette punktet er det rettslige vurderingstemaet om «the medical necessity has been convincingly shown to exist».¹³³

NIM bemerker først at lovforslaget ikke åpner for bruk av ECT dersom en person motsetter seg dette. NIM legger allikevel til grunn at et så inngripende tiltak som ECT må vurderes opp mot artikkel 3 når det blir gitt uten et gyldig samtykke.¹³⁴

NIM registrerer at det også for ECT-behandling er uenighet om kunnskapsgrunnlaget. Begge dissensene i utvalget på dette punktet er til dels begrunnet i manglende kunnskap om behandlingen. Det foreligger en gjennomgang av kunnskapsgrunnlaget i Helsedirektoratets «Nasjonale faglige retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling – ECT», men NIM har merket seg at utvalget uttaler om denne publikasjonen at «[g]jennomgående er dokumentasjonen for effekt av lav kvalitet, og anbefalingene er stort sett gradert som svake.» Utvalget hevder videre at den vitenskapelige dokumentasjonen er svak, men at den kliniske erfaringen like fullt er at mange pasienter som ikke har nytte av noen annen behandling, kan ha stort utbytte av ECT.¹³⁵ Senere i utredningen, når utvalgets flertall konkret vurderer reguleringen av ECT-behandling i ny lov, skriver flertallet allikevel at ECT bygger på «velprøvde metoder der en har forholdsvis god oversikt over effekter og bivirkninger» og at «[m]ye av skepsisen mot ECT bygger på utsagn uten god støtte i vitenskap [...]».¹³⁶ For NIM er det ikke helt enkelt å se sammenhengen mellom de vurderingene som gjøres i ulike deler av utredningen.

NIM har også her begrensede forutsetninger for å ta stilling til eller evaluere kunnskapsgrunnlaget. Vi mener allikevel at slik utvalget har beskrevet kunnskapstilstanden på generelt nivå, så fremstår den konkrete vurderingen av hvorvidt ECT bør tillates som knapp. Vi har riktig nok forståelse for at det av forskningsetiske grunner er utfordringer med å skaffe dokumentasjon som tilfredsstillende etablerte vitenskapelige standarder. Vi understreker imidlertid at ECT både er kontroversielt og et betydelig inngrep i den enkeltes fysiske og psykiske integritet, med potensielt meget alvorlige bivirkninger. Dette medfører at kravet til dokumentert medisinsk nødvendighet må være strengt. NIM er usikre på om uspesifiserte henvisninger til klinisk erfaring, som

¹³³ Så vidt vi kan se har ikke EMD behandlet noen saker der spørsmålet om ECT-behandling har blitt vurdert. Vi har foretatt søk på «electroconvulsive», «ECT» og «electro» i databasen HUDOC og gjennomgått de relevante resultatene.

¹³⁴ I en annen sammenheng – når det gjelder soningsforholdene for personer med psykiske lidelser – har EMD uttalt at man skal «take into consideration their vulnerability and their inability, in some cases, to complain coherently or at all about how they are being affected by any particular treatment», se *Stawomir Musiał v. Polen* (28300/06), avsnitt 87.

¹³⁵ Utredningen s. 255.

¹³⁶ Utredningen s. 591.

for eksempel ikke er forsøkt systematisert på noen måte, er tilstrekkelig til å tilfredsstille et slikt krav.

NIM **anbefaler** derfor:

- Departementet bør utrede, vurdere og begrunne nærmere det medisinske kunnskapsgrunnlaget for bruk av ECT i det videre lovgivningsarbeidet.

5.3.3 *Rettslig regulering og prosessuelle garantier*

Dersom departementet etter en nærmere utredning kommer til at bruk av ECT ligger innenfor EMK artikkel 3, vil NIM påpeke at utredningens forslag til regulering er en klar forbedring sammenlignet med dagens nødrettsbaserte system. Forslaget gir hjemmel i lov til et svært inngripende tiltak som i dag utføres på ulovfestet grunnlag, noe Grunnloven § 113 og EMK artikkel 8 krever og som NIM derfor som nevnt har etterlyst tidligere.

Videre er det positivt at ECT-behandlingen må anbefales av en lege som har erfaring med bruk av behandlingsformen, er uavhengig av den vedtaksansvarlige og har undersøkt personen, jf. § 6-13 første ledd nr. 3.

NIM mener allikevel man bør vurdere nærmere om kontrollmekanismene er tilstrekkelige, sett i lys av behandlingsformens inngripende karakter og det sterke behovet for å kontrollere behandlingens legalitet. Forslaget legger opp til at vedtak om ECT-behandling kan klages inn for tvangsbegrensningsnemnda av både pasienten og vedkommendes nærmeste pårørende. Ved klage har man rett til fri sakførsel, jf. § 13-7 nr. 3 bokstav c). Videre kan tvangsbegrensningsnemndas vedtak bringes inn for domstolene etter reglene i tvisteloven kapittel 36, jf. forslaget § 14-1 nr. 1 bokstav c). Sistnevnte bestemmelse er imidlertid trolig illusorisk, fordi vedtak om ECT kan ha en varighet på inntil to uker og søksmålsadgangen etter tvisteloven kapittel 36 opphører når vedtaket er falt bort, jf. § 36-1 andre ledd. En pasient vil slik NIM forstår det være helt avskåret fra prøving etter kapittel 36, fordi en klage til nemnda før vedtaket effektueres er ensbetydende med at man motsetter seg tiltaket. Det gjenstår en mulighet for de pårørende, men denne er marginal gitt de tidsmessige begrensningene. Også pasientens mulighet til å klage til nemnda – som i motsetning til søksmålsadgangen ikke faller bort når vedtaket er gjennomført – er antakelig forholdsvis begrenset, fordi klagefristen er på tre uker etter at vedtaket utløp eller ble opphevet, jf. § 12-3 andre ledd. Dette er i og for seg en helt normal klagefrist,¹³⁷ men NIM mener man bør vurdere nærmere i hvilken grad det er realistisk at personer som har gjennomgått ECT-behandling er i en helsemessig tilstand som tilsier at de vil kunne vurdere å klage innen tre uker etter behandlingen. Et alternativ kunne for eksempel vært at vedtak om ECT-behandling underlegges obligatorisk kontroll i tvangsbegrensningsnemnda etter reglene

¹³⁷ Sml. forvaltningsloven § 29 første ledd.

i kapittel 11, selv om denne ordningen slik NIM forstår det i utgangspunktet er tiltenkt vedtak som er virksomme. Vi kan ikke se at en slik ordning er vurdert i utredningen.¹³⁸ Et annet alternativ, som i hvert fall i noen grad vil kunne innebære en styrking av rettssikkerheten, kan være å sikre et hurtigdomstolsspor for det tilfellet at pårørende ønsker å benytte seg av søksmålsadgangen etter kapittel 36, slik at disse sakene kan få en reell mulighet til rettslig overprøving.

NIM har ikke noe bestemt formening om akkurat hvordan den rettslige reguleringen og de prosessuelle garantiene bør se ut, men **anbefaler** følgende:

- Dersom ECT-behandling skal lovfestes, bør departementet sørge for en regulering som sikrer en effektiv kontroll med tjenestenes vedtak.
- Videre bør departementet ved en eventuell innføring av en bestemmelse om ECT-behandling sikre gode metoder for registrering og evaluering, slik at dette på sikt kan bidra til et bedre kunnskapsgrunnlag.

5.3.4 Betydningen av FN-komiteers anbefalinger

Også på dette punktet har Norge fått anbefalinger fra flere FN-komiteer, som er kritiske til norsk ECT-praksis. Til dels dreier det seg om dagens manglende regulering, til dels dreier det seg om behandlingsformen i seg selv.¹³⁹ Som nevnt er slike anbefalinger ikke rettslig bindende.¹⁴⁰ De bør imidlertid allikevel tas hensyn til i arbeidet, jf. tilsvarende ovenfor for tvangsmedisinering.

5.4 Skjerming

5.4.1 Kort om forslaget

Utvalget har foreslått fire hjemler for bruk av skjerming:¹⁴¹ som skadeavvergende tiltak og – i institusjon for psykisk helsevern – som behandlingstiltak, gjennomføringstiltak og tiltak av hensyn til medpasienter.¹⁴² Det er videre stilt krav til at skjermingslokaler må være «innredet som et vanlig beboelsesrom, så langt dette er forsvarlig ut fra hensynet til personens sikkerhet», jf. § 8-2.

¹³⁸ Utvalget har på s. 683 vurdert om det bør være obligatorisk høring i tvangsmedisineringssakene, og landet på at de ikke anbefaler en slik ordning. Argumentene som nevnes der er imidlertid ikke nødvendigvis relevante når det gjelder ECT. For øvrig har utvalget annensteds lagt til grunn at ECT bør vurderes strengere enn legemiddelbehandling, se s. 591.

¹³⁹ Se henvisningene i fotnote 129 ovenfor, i tillegg til Menneskerettighetskomiteens konkluderende merknader til Norges syvende statspartsrapport fra 2018 (CCPR/C/NOR/CO/7, avsnitt 23).

¹⁴⁰ Se litteraturhenvisningene i fotnote **Feil! Bokmerke er ikke definert.** for nærmere.

¹⁴¹ Skjerming er definert i § 1-4 første ledd nr. 5 som «å holde en person helt eller delvis atskilt fra personell og andre som ikke deltar i oppfølgingen av vedkommende.» Dette er, med noen språklige modifikasjoner, en videreføring av psykisk helsevernloven § 4-3.

¹⁴² Jf. hhv. §§ 4-5, 6-11, 6-19 og 7-5. Se utredningen s. 586 for en illustrasjon over de ulike hjemlene for skjerming.

Utvalget viser til at skjerming er et meget utbredt tvangstiltak i psykisk helsevern.¹⁴³ Sivilombudsmannens forebyggingsenhet har gjennom sine besøk i psykisk helsevern under forebyggingsmandatet funnet kritikkverdige forhold flere steder – herunder mulige brudd på menneskerettighetene – og kommer i meldingen med en rekke anbefalinger.¹⁴⁴ NIM mener flere av funnene i ombudsmannens rapport er bekymringsverdige. Vi har tidligere understreket betydningen av at forebyggingsenhetens arbeid tas på største alvor, og at deres anbefalinger følges opp.¹⁴⁵

5.4.2 Skjerming som behandlingstiltak

NIM er positive til at det foreslås en betydelig terskelheving for bruk av skjerming som behandlingstiltak. I dag er vilkåret at «en pasients psykiske tilstand eller utagerende atferd under oppholdet [i psykisk helsevern] gjør skjerming nødvendig», jf. phl. § 4-3 første ledd. Videre må det vurderes om tiltaket «vil ha en gunstig behandlingseffekt», jf. psykisk helsevernforskriften § 16 tredje ledd første punktum. Etter forslaget vil det for behandlingmessig skjerming blant annet være et krav om at det foreligger en nærliggende og alvorlig fare for personens eget liv eller for at vedkommende skal bli påført vesentlig helseskade, at personen ikke er beslutningskompetent, at vedkommende har et sterkt behov for at det aktuelle tiltaket blir gjennomført og at tiltaket er egnet til og nødvendig for å hindre eller begrense den aktuelle skaden, herunder det minst inngripende alternativet, jf. § 6-11 jf. § 6-5.

NIM mener imidlertid at også dette er et område der departementet bør foreta en nærmere vurdering av kunnskapsgrunnlaget opp mot EMDs «medisinsk nødvendighet»-test.¹⁴⁶ Som utvalget selv er inne på er det svak evidens for behandlingseffekt ved bruk av skjerming.¹⁴⁷ Sivilombudsmannen har av den grunn konkludert med at skjerming med behandlingsformål vil kunne utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 3.¹⁴⁸

NIM **anbefaler** derfor følgende:

- Departementet bør foreta en nærmere vurdering av kunnskapsgrunnlaget for skjerming som behandlingstiltak opp mot kravet om «medisinsk nødvendighet» etter EMK artikkel 3.

5.4.3 Rettssikkerhetsgarantier ved skjerming

¹⁴³ Tallene viser at omfanget av skjerming har økt kraftig de siste årene, se utredningen s. 253. Se også Sivilombudsmannen, «Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling», temarapport 2018, s. 16 f.

¹⁴⁴ Sivilombudsmannen, «Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling».

¹⁴⁵ NIMs årsmelding 2017, s. 91.

¹⁴⁶ I *Munjaz v. Storbritannia* (2913/06) kom EMD riktignok til at innelåsning («seclusion») av en pasient ikke var i strid med artikkel 3, se avsnitt 49–53. Her dreide det seg imidlertid om et rent kontrolltiltak, sml. avsnitt 23 og 70.

¹⁴⁷ Utredningen s. 254.

¹⁴⁸ Sivilombudsmannen, «Skjerming i psykisk helsevern – risiko for umenneskelig behandling» s. 52, jf. også s. 50.

Ved vedtak om skjerming som behandlingstiltak i psykiatrien etter § 6-11 skal det avholdes obligatorisk hørings sak i tvangsbegrensningsnemnda innen 30 dager, jf. § 11-1. Det samme er tilfellet dersom det på grunn av gjentatte skjermingstiltak i nødssituasjoner blir truffet vedtak etter § 4-10 jf. § 6-5. Obligatorisk høring avholdes bare dersom vedtaket fortsatt er virksomt, jf. uttrykket i § 11-1 om at høring skal avholdes «til vurdering av opprettholdelse av vedtak».¹⁴⁹

Ved beslutning om skjerming i en nødssituasjon etter § 4-3 og for vedtak om skjerming av hensyn til medpasienter i psykisk helsevern etter § 7-5, er det alminnelig klageadgang til tvangsbegrensningsnemnda etter § 12-5 andre ledd. Denne klageadgangen gjelder også for § 6-11-vedtak som ikke har blitt gjenstand for obligatorisk høring i nemnda fordi det har falt bort før slik høring har funnet sted.

NIM vil for det første bemerke at personer som ikke får obligatorisk kontroll av skjermingsvedtak etter § 6-11 fordi vedtaket har falt bort før høring, ikke får fri sakførsel etter § 13-7 dersom de påklager vedtaket. Dette gir altså denne gruppen et lavere rettssikkerhetsnivå enn personer som påklager andre typer tvangsbehandlingsvedtak. NIM er usikre på om utvalget har tatt høyde for dette i sin diskusjon av spørsmålet om fri rettshjelp ved skjermingsvedtak.¹⁵⁰

For det andre mener vi man bør vurdere om skjerming av hensyn til medpasienter i psykisk helsevern etter § 7-5 burde vært innhegnet av ytterligere rettssikkerhetsgarantier enn det som ligger i forslaget. Slike vedtak er ikke underlagt obligatorisk kontroll, gir ikke krav på fri rettshjelp ved klage til tvangsbegrensningsnemnda og kan heller ikke bringes inn for domstolene etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Det er særlig tre grunner til at vi mener man bør gjøre en nærmere vurdering av rettssikkerhetsgarantiene knyttet til § 7-5-vedtak:

For det første antar vi at selv om det er ulike legislative hensyn som ligger bak § 6-11 og § 7-5, så kan et skjermingstiltak oppleves som like inngripende for den enkelte uavhengig av hvilken bestemmelse vedtaket treffes etter. For det andre vil vi påpeke at mens det skjer en betydelig materiell innstramming for skjerming som behandlingstiltak, så vil ikke terskelen for skjerming av hensyn til medpasienter bli nevneverdig høyere enn etter dagens regelverk.¹⁵¹ For det tredje, og i forlengelsen av det forrige poenget, så antar vi at det vil bli truffet langt flere vedtak etter § 7-5 enn etter § 6-11 i fremtiden. I lys av funnene i Sivilombudsmannens skjermingsrapport, som altså blant annet viser en

¹⁴⁹ Se for øvrig spesialmerkene til § 11-1 på s. 748, der det påpekes at skjermingsvedtak etter § 6-11 har en maksimal varighet på to uker, og at høring derfor bare vil være aktuelt ved forlengelse av slike vedtak.

¹⁵⁰ Spørsmålet er drøftet i utredningen på s. 685.

¹⁵¹ Den materielle innstrammingen var nettopp noe utvalget fremhevet som en begrunnelse for ikke å gi rettshjelp ved skjermingsvedtak, se utredningen s. 685. Slik NIM ser det er dette altså ikke helt treffende for § 7-5-vedtak.

kraftig vekst i antallet skjermingsvedtak de siste 20 årene, mener NIM det er sentralt at det er kraftfulle kontrollmekanismer på området.

NIM **anbefaler** følgende:

- Departementet bør vurdere om rettssikkerhetsgarantiene knyttet til ulike former for skjerming er tilstrekkelige.

6. Saksbehandling og kontrollorganer

6.1 Prosessuelle krav – menneskerettslige utgangspunkter

Det følger av Grunnloven § 94 andre ledd andre punktum at enhver som er berøvet sin frihet har rett til å kunne få frihetsberøvelsen prøvet for domstolene uten ugrunnet opphold. Lignende bestemmelser finner man i EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4. I tillegg har EMD innfortolket en prosessuell standard i artikkel 5 sitt legalitetskrav, med et krav om at prosessen knyttet til frihetsberøvelsen må «provide adequate safeguards against arbitrariness.»¹⁵²

Ved andre typer tvangstiltak er det også innfortolket et krav om prosessuelle garantier i EMK artikkel 3 og artikkel 8. Også her formulerer EMD kravene som en rettslig standard der det avgjørende er at saksbehandlingsreglene må sikre tilstrekkelige garantier mot misbruk og vilkårlighet.¹⁵³

6.2 Vil tvangsbegrensningsnemndene være «domstoler» etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5?

Utvalget har foreslått store endringer i modellen for klagesaksbehandling og kontroll. Det skal opprettes nye tvangsbegrensningsnemnder – som på en del punkter har likhetstrekk med dagens kontrollkommisjoner i psykisk helsevern – som skal ha flere kontrollfunksjoner. Blant annet skal nemndene fungere som klageinstans, jf. § 12-5 andre ledd.¹⁵⁴

Utvalget har vurdert om tvangsbegrensningsnemndene, som altså skal være klageinstans for vedtak om frihetsberøvelse, vil være å anse som «domstoler» etter EMK artikkel 5 nr. 4 og Grunnloven § 94 andre ledd andre punktum. Ettersom alle vedtak om frihetsberøvelse uansett kan bringes inn for de alminnelige domstolene, er den praktiske betydningen av dette spørsmålet hvorvidt kravet til en tilstrekkelig rask rettslig

¹⁵² Se for eksempel *X v. Finland*, avsnitt 171. Saken illustrerer godt hvordan et manglende prosessuelt rammeverk kan føre til krenkelse av artikkel 5 i enkeltsaker.

¹⁵³ For artikkel 3, se for eksempel *M.S. v. Kroatia*, avsnitt 105. For artikkel 8, se for eksempel *X v. Finland*, avsnitt 215 og 219–220. Saken illustrerer at de prosessuelle kravene ses i nær sammenheng med lovkravet under artikkel 8, sml. ovenfor i fotnote 11.

¹⁵⁴ I noen tilfeller er det fylkesmannen som er klageorgan, jf. § 12-5 første ledd.

førstegangsprøving av frihetsberøvelsen vil bli «kvittert ut» ved administrativ overprøving i nemnd. Utvalget har holdt konklusjonen på spørsmålet åpen, særlig på grunn av den organisatoriske tilknytningen til fylkesmennene og at medlemmene skal oppnevnes på åremål.¹⁵⁵ Utvalgets ståsted synes uansett å være at det er behandlingen i de alminnelige domstolene som må ivareta kravene til hurtig saksbehandling.

Som utvalget påpeker, vil et system der det administrative klageorganet ikke kan anses som en «domstol» gjøre systemet mer sårbart for krenkelser av hurtighetskravet.¹⁵⁶ Samtidig har utvalget redegjort godt for den foreslåtte modellen, og innretningen er til dels begrunnet i et ønske om et organ som også jobber mer på systemnivå med å begrense tvangsbruk, noe NIM mener er positivt. NIM har ingen synspunkter på hvordan systemet bør innrettes, så lenge det menneskerettslige kravet om en hurtig domstolsprøving blir ivaretatt. Vi mener imidlertid det er viktig at man i prosessen videre tar et tydelig standpunkt til om det administrative klageorganet kan anses som en «domstol» eller ikke. Det vil gi et klarere utgangspunkt å forholde seg til for alle aktører om hvor raskt prosessen må forløpe – om enn utgangspunktet uansett vil være at avgjørelse bør treffes så hurtig som mulig, at de menneskerettslige fristene vil være skjønnsmessige og at også ankeinstansene og saken under ett må ha en rask saksbehandling.¹⁵⁷ Vi vil derfor i det følgende foreta en vurdering av om tvangsbegrensningsnemndene slik de er foreslått vil kunne anses som «domstoler».

Her vil NIM først påpeke et grunnlovstolkningsspørsmål utvalget ikke har vurdert, nemlig hvordan domstolsbegrepet i § 94 andre ledd andre punktum skal forstås.¹⁵⁸ Den tradisjonelle EMK-rettslige vurderingen av om nasjonale organer faller inn under domstolsbegrepet i artikkel 5 handler om at det som *formelt* ikke anses som en domstol i et nasjonalt rettssystem allikevel *materielt* kan være i overensstemmelse med visse kriterier vi vanligvis forbinder med en domstol. Et administrativt organ kan derfor etter omstendighetene anses som en domstol etter artikkel 5, jf. nærmere om dette nedenfor. En slik tilnærming er nødvendig for en konvensjon som skal regulere ulike nasjonale rettssystemer med ulike institusjonelle ordninger. Spørsmålet er om vurderingen må bli annerledes etter Grunnloven § 94, altså om uttrykket «domstolene»

¹⁵⁵ Utredningen s. 655, se også s. 643–644.

¹⁵⁶ Utredningen s. 644.

¹⁵⁷ EMD har i en rekke saker uttalt at statene ikke har noen plikt etter artikkel 5 nr. 4 til å operere med en ankeordning. Men dersom statene velger å gjøre dette, må de i prinsippet sikre samme garantier i ankeinstansen som i førsteinstansen. I saker der det har vært flere runder med behandling vil EMD foreta en «overall assessment» av prosessens hurtighet. Samtidig vil de tolerere lenger saksbehandlingstid i en ankerunde når man først har fått én rettslig kontroll. Se *Ilseher v. Tyskland* (10211/12 og 27505/14), avsnitt 254–255 med videre henvisninger. NIM tolker dette slik at selv om prosessen må sees under ett, så er det prinsipielt sett viktig om det er tvangsbegrensningsnemndens eller tingrettens behandling som anses som førstegangsbehandling ved en «domstol». Det er også slik vi leser Menneskerettighetskomiteens tilnærming, om enn formuleringene her er noe uklare, se General Comment No. 35 (2014), avsnitt 48.

¹⁵⁸ Problemstillingen ble heller ikke drøftet i Særdomstolsutvalgets gjennomgang av retten til rettslig prøving av frihetsberøvende tvangstiltak, se NOU 2017: 8 punkt 13.3.

her må forstås på en annen måte enn etter EMK artikkel 5. Innenfor en nasjonalstatlig ramme er det nemlig ikke gitt at det er naturlig at materielle betraktninger kan «trumfe» formelle kategoriseringer på samme måte.

Isolert sett tilsier uttrykket «domstolene», når det står i Grunnloven § 94, at det er ved de alminnelige domstolene i det norske rettssystemet – tingrett, lagmannsrett og Høyesterett – man må få frihetsberøvelsen prøvet uten ugrunnet opphold. NIM mener imidlertid øvrige rettskilder tilsier at bestemmelsen ikke kan tolkes helt etter sin ordlyd. Det ser ikke ut til at man tenkte på denne problemstillingen i arbeidet med grunnlovsreformen, og Lønning-utvalget understreket at § 94 andre ledd «ikke på noe punkt [vil] endre dagens rettstilstand, men utelukkende løfte disse prosessuelle rettighetene inn i Grunnloven.»¹⁵⁹ Mer generelt skal Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser som et klart utgangspunkt tolkes i lys av sine internasjonale forbilder.¹⁶⁰ NIM antar derfor at § 94 andre ledd andre punktum ikke på prinsipielt grunnlag og uten videre stenger for at (førsteinstans)prøvingen «uten ugrunnet opphold» kan legges til et organ som ikke formelt er en del av domstolssystemet.

Spørsmålet blir da videre om tvangsbegrensningsnemndene etter en mer materiell vurdering kan anses som «domstoler» etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5.

Som utvalget påpeker har Høyesterett tidligere konkludert med at de nåværende kontrollkomisjonene er å anse som «domstoler» i relasjon til EMK artikkel 5 og 6.¹⁶¹ NIM er enig med utvalget i at ettersom uavhengighetsspørsmålet ikke ble problematisert i disse sakene, har de en usikker prejudikatsverdi.¹⁶² Det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i EMDs praksis om domstolsbegrepet.

I relasjon til artikkel 5 nr. 4 har EMD uttalt at det i utgangspunktet er opp til statene å velge hvilken form for rettslig kontroll som er mest hensiktsmessig. Det er ikke noe krav om at et organ som skal utøve kontroll formelt er en domstol. Det er heller ikke noe krav om at prosessen må ha samme garantier som etter artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang. Samtidig må prosessen ha «a judicial character and provide guarantees appropriate to the kind of deprivation of liberty in question». Og her er uavhengighetskravet fremhevet som helt sentralt.¹⁶³ I saker etter artikkel 6 har EMD de senere årene understreket viktigheten av at domstolenes uavhengighet fra den

¹⁵⁹ Dokument 16 (2011–2012) s. 117.

¹⁶⁰ Dokument 16 (2011–2012) s. 90. Se også Rt. 2015 s. 93, avsnitt 57.

¹⁶¹ I Rt. 2001 s. 1123 og Rt. 2004 s. 583.

¹⁶² Utredningen s. 644.

¹⁶³ Se *D.N. mot Sveits* (27154/95), avsnitt 39–42, og *Mihailovs v. Latvia* (35939/10), avsnitt 154–156. Tilsvarende har FNs menneskerettighetskomite understreket kravet til uavhengighet, se General Comment No. 35 (2014), avsnitt 45.

utøvende makt blir garantert,¹⁶⁴ men det er ikke uten videre gitt at denne tendensen får betydning for vurderingene etter artikkel 5 nr. 4 som det er snakk om her.

Slik NIM vurderer det vil ikke åremålsutnevnelser av tvangsbegrensningsnemndenes medlemmer for fire år, der det også åpnes for én gangs forlengelse, uten videre være i strid med uavhengighetskravet. I relasjon til artikkel 6 har EMD akseptert åremålsutnevnelser for alminnelige domstoler, og domstolen har heller ikke oppstilt noe minimumskrav til utnevnesperiodens lengde.¹⁶⁵ Videre kan vi heller ikke se at den organisatoriske tilknytningen til fylkesmannen er avgjørende, fordi sistnevnte bare har en slags sekretariatfunksjon og tvangsbegrensningsnemndene ikke skal overprøve vedtak fra fylkesmannen. Sekretariatsfunksjonen innebærer riktig nok en viss innflytelse på saksbehandlingen, blant annet ved at fylkesmannen skal fordele saker til nemndene. En slik ordning ville selvsagt vært problematisk dersom det var snakk om de ordinære domstolene, men som nevnt ser EMD ut til å akseptere at kontrollorganer etter artikkel 5 nr. 4 ikke tilfredsstill alle kravene som ville fulgt av artikkel 6.

NIM mener også det er av betydning – i en positiv retning – at tvangsbegrensningsnemndenes faglige uavhengighet er foreslått lovfestet i § 10-4 første ledd, noe som innebærer at de ikke kan instrueres i enkeltsaker.¹⁶⁶ I utredningen nevnes Særdomstolsutvalgets problematisering av om fylkesnemndene kan anses som domstoler i konvensjonenes forstand, og i Særdomstolsutvalgets utredning var nettopp mangelen på en lovfestet uavhengighetsstatus et av forholdene som ble trukket frem.¹⁶⁷

Et mulig ankepunkt mot tvangsbegrensningsnemndenes uavhengighet kan allikevel være utnevningprosedyrene. Forslagets § 10-3 første ledd legger opp til at det er departementet som skal oppnevne nemndene etter forslag fra fylkesmannen. EMDs praksis om alminnelige domstolers uavhengighet etter EMK artikkel 6 viser at både spørsmålet om hvem som utnevner og hvilken prosess utnevningen foregår etter, er sentralt. Disse elementene må vurderes i sammenheng. Videre viser internasjonale anbefalinger om dommerutnevninger at prosessen rundt utnevningene bør være transparent og sikre at den best kvalifiserte og best egnede kandidaten utnevnes.¹⁶⁸

¹⁶⁴ *Gudmundur Andri Ástráðsson v. Island*, sak nr. 26374/18 (2019) (avsnitt 103) og *Ramos Nunes de Carvalho E Sá v. Portugal*, sak 55391/13 m.fl. (2018) (avsnitt 144). Saken mot Island er ikke rettskraftig, og skal behandles i EMDs storkammer.

¹⁶⁵ NIM, «Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet», temarapport 2018, s. 68. Tilgjengelig på www.nhri.no.

¹⁶⁶ Det er også presisert i § 13-1 at arbeidet i nemnda skal organiseres og utføres på en måte som ivaretar hensynet til uavhengighet og allmenhetens tillit på en god måte.

¹⁶⁷ Se NOU 2017: 8 s. 130, noe utvalget også viser til på s. 644. I Barne- og likestillingsdepartementets forslag til ny barnevernlov er det for øvrig foreslått å lovfeste i § 14-1 første ledd at nemnda er «et uavhengig og upartisk avgjørelsesorgan».

¹⁶⁸ NIM, «Menneskerettslige rammer for domstolenes uavhengighet» s. 61.

NIM antar at det er mulig å innrette detaljene i prosessen på en slik måte at uavhengigheten blir ivaretatt.¹⁶⁹

Samlet sett heller NIM i retning av at tvangsbegrensningsnemndene slik de er foreslått vil kunne anses som en «domstol» etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5. I lys av at uavhengighetsspørsmålet er så pass sentralt mener vi imidlertid spørsmålet bør vurderes grundigere – noe NIM av kapasitetshensyn ikke har hatt anledning til å gjøre innenfor høringsfristen.

NIM **anbefaler** følgende:

- Departementet bør foreta en endelig vurdering av om tvangsbegrensningsnemndene kan regnes som en «domstol» etter Grunnloven § 94 og EMK artikkel 5.

6.3 Forlengelse av vedtak

Utvalget har foreslått en bestemmelse i § 9-10 om at det ved behov for å videreføre et tiltak ut over fastsatt varighet kan treffes et nytt vedtak eller et vedtak om forlengelse av et eksisterende vedtak, innenfor de grenser som følger av loven. Ved forlengelse av vedtak skal ikke kravet om uavhengig legeundersøkelse gjelde.

I EMDs dom i *X v. Finland* hadde en overlege truffet vedtak om å forlenge tvangsinleggelsen av en psykiatrisk pasient. Det første forlengelsesvedtaket ble truffet fem måneder etter at pasienten var blitt innlagt, før det ble truffet enda et slikt vedtak seks måneder etter dette igjen. Vedtaket ble truffet på bakgrunn av en observasjon foretatt av en annen lege ved institusjonen. EMD påpekte at pasienten ikke hadde fått en uavhengig psykiatrisk vurdering, og dermed gått glipp av «an important safeguard against possible arbitrariness in decision-making where the continuation of confinement in involuntary care is concerned.»¹⁷⁰ Dette var en del av domstolens begrunnelse for å konkludere med krenkelse av artikkel 5 første ledd bokstav e.

NIM **anbefaler** derfor følgende:

- Departementet bør sørge for at det også ved forlengelse av vedtak om frihetsberøvelse gjelder et krav om uavhengig legeundersøkelse.

¹⁶⁹ Utvalget skriver for eksempel at arbeidet med å fremskaffe aktuelle kandidater bør gjøres av en annen enhet hos fylkesmannen enn den som har tvangsbegrensningsloven som sitt arbeidsområde, se utredningen s. 655. For øvrig er det presisert i Helsedirektoratets rundskriv for fylkesmennene vedrørende oppnevning av medlemmer til kontrollkomisjonene i det psykiske helsevernet (IS-5/2014) at rekrutteringen av nye medlemmer blant annet må skje «på en åpen og tillitsvekkende måte» og presisert hvordan dette kan gjøres, se særlig punkt 3. NIM har ikke noe synspunkt på disse konkrete tiltakene, men mener de illustrerer at detaljinnrettingen av utnevningsordningen kan bidra til å styrke uavhengigheten.

¹⁷⁰ Avsnitt 169.

Ved forlengelse av vedtak om tvangsinnleggelse og tvungent tilbakehold ut over ett år kan dette riktig nok stille seg annerledes, fordi det i slike tilfeller er et krav om forhåndsgodkjenning fra tvangsbegrensningsnemnda, jf. § 11-4 første ledd. Det vil si at man i disse tilfellene også vil få en uavhengig vurdering av en lege.

7. Barns rettigheter

7.1 Innledning

NIM mener generelt det er positivt at utvalget har hatt et særskilt fokus på barns særlige menneskerettigheter. Vi har imidlertid i begrenset grad hatt kapasitet til å vurdere utvalgets forslag på dette punktet. Vi har prioritert to problemstillinger, som blir presentert i det følgende – barns medvirkningsrett (avsnitt 7.2) og forholdet mellom barnevernet og helse- og omsorgstjenesten (avsnitt 7.3).

7.2 Barns medvirkningsrett

Utvalget har foreslått en bestemmelse i § 9-5 om personers rett til medvirkning og til å få uttale seg under saksforberedelsen før vedtak treffes i første instans. Retten til medvirkning og til å få uttale seg er her knyttet sammen med retten til å få tilrettelagt informasjon i en tilrettelagt situasjon, jf. § 3-1.

Bestemmelsen har – i motsetning til pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 og andre lover – ingen presisering av barns særlige medvirkningsrett.¹⁷¹ Hensynet til barn er bare kort omtalt i spesialmerkene til bestemmelsen.¹⁷²

Etter Barnekonvensjonen artikkel 12 har et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, rett til fritt å gi uttrykk for disse i alle forhold som vedrører barnet. Barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet. Barnet skal særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. Tilsvarende krav, om enn formulert noe annerledes, følger av Grunnloven § 104 første ledd. I tillegg har CRPD artikkel 7 tredje ledd en egen bestemmelse om medvirkningsrett for barn med nedsatt funksjonsevne.

NIM mener det er viktig at barns medvirkningsrett fremgår av loven. Flere utredninger har vist at denne retten ikke ivaretas godt nok i praksis.¹⁷³ Videre mener NIM at en slik bestemmelse må utformes i tråd med Barnekonvensjonens og CRPDs formuleringer. Flere

¹⁷¹ Se for eksempel forvaltningsloven § 17, vergemålsloven § 17, adopsjonsloven § 9, barnevernloven § 1-6, barnelova § 31, opplæringslova § 5-4 og straffegjennomføringsforskriften § 3-1b.

¹⁷² Utredningen s. 744.

¹⁷³ Se NOU 2017: 12 Svikt og svik, kapittel 9 og Helsetilsynet, «Det å reise vasker øynene. Gjennomgang av 106 barnevernsaker» (2019) s. 54, 72 og 79–80.

av medvirkningsbestemmelsene i dagens regelverk presiserer for eksempel ikke at barnet har en rett til *fritt* å gi uttrykk for sine synspunkter.¹⁷⁴

Vi nevner også at Høyesterett i en kjennelse avsagt helt nylig har kommet til at selv om retten til å bli hørt etter Barnekonvensjonen i normaltillfellene skal være unntaksfri, skal barnet likevel ikke høres oftere enn nødvendig.¹⁷⁵ Det kan derfor være anledning til å unnlate å høre barnet, særlig dersom man mener dette ikke vil være barnets beste, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3. Kjennelsen dreide seg om en barnevernssak, men NIM antar at problemstillingen også kan komme opp etter regelverket det her er snakk om. Vi mener derfor departementet bør vurdere å nevne problemstillingen i spesialmerkene til en eventuell bestemmelse om barns medvirkningsrett.

NIM anbefaler:

- Departementet bør sørge for at barns medvirkningsrett fremgår direkte av loven. En slik bestemmelse bør utformes i tråd med Barnekonvensjonens og CRPDs formuleringer.

7.3 Særlig om forholdet mellom barnevernet og helse- og omsorgstjenesten

En særproblemstilling som tas opp av utvalget er barn med sammensatte vansker. Utvalget beskriver situasjonen der barnet «faller mellom to stoler» fordi hverken barnevernstjenesten eller helsetjenesten tar ansvar for barnet og dets helsesituasjon. Det beskrives hvordan barn, avhengig av om de følger barnevern- eller helsesporet, opplever ulikt rettsikkerhetsnivå. Utvalget påpeker at gjeldende regelverk byr på en rekke forskjeller og uklarheter som påvirker samarbeidet mellom barnevernstjenesten og helsetjenesten, og at dette er forhold som er påpekt over lang tid. Resultatet er et for dårlig helsetilbud, som kan få store konsekvenser for denne sårbare barngruppen. På tross av dette er det fortsatt ikke foretatt større lovmessige endringer for å styrke tiltaksapparatet rundt barn med kombinasjonen helseproblemer og et sosialt fungeringsproblem.¹⁷⁶ Utvalget viser til barnevernlovutvalgets utredning, og foreslår, på linje med dette utvalget, at det gjennomføres en egen barnevernhelsereform.¹⁷⁷

Etter Barnekonvensjonen artikkel 24 har barnet en rett til den høyest oppnåelige helse. Rettigheten innebærer først og fremst at myndighetene må sørge for et helsevesen som gir alle barn like muligheter til å oppnå så god helse som mulig. Viktige komponenter i retten til helse er tilgang til helsehjelp og retten til å kontrollere egen helse og kropp. Retten til å ikke bli diskriminert i artikkel 2, hensynet til barnets beste, retten til utvikling

¹⁷⁴ For nærmere om dette, se NIM sin høringsuttalelse til NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, avgitt 2. desember 2019. Tilgjengelig på www.nhri.no.

¹⁷⁵ HR-2019-2301-A, avsnitt 86.

¹⁷⁶ NOU 2019:14 kapittel 17.5.

¹⁷⁷ NOU 2019:14 s.363-364 og NOU 2016:16 Ny barnevernlov kapittel 8.

i artikkel 6, retten til å bli hørt i artikkel 12 er særlig viktig i denne sammenheng, i tillegg til den spesielle beskyttelsen barn med funksjonsnedsettelse har i artikkel 23 samt rettighetene i artikkel 37 om frihetsberøvelse.¹⁷⁸ I tillegg gjelder CRPD artikkel 25 om retten til helse også for barn med funksjonsnedsettelse.¹⁷⁹

NIM mener at situasjonen til denne barnegruppen står i et anstrengt forhold til rettighetene etter Barnekonvensjonen og CRPD, og da særlig retten til helse, utvikling og til å ikke bli diskriminert, og mener det er en naturlig anledning til å se nærmere på dette spørsmålet nå som det er pågående lovgivningsprosesser både innenfor barnevern og helse- og omsorgssektoren. Selv om utvalgene ikke har utredet dette tilstrekkelig eller foreslått endringer, mener NIM det er viktig at Helse- og omsorgsdepartementet og Barne- og familiedepartementet sørger for at problemstillingen blir vurdert i det videre lovgivningsarbeidet. Det er viktig at myndighetene snarlig tar de nødvendige grep som sørger for at denne barnegruppens menneskerettigheter blir sikret.

NIM anbefaler:

- Helse- og omsorgsdepartementet og Barne- og familiedepartementet bør umiddelbart sørge for at menneskerettighetene til barn med kombinasjonen helseproblemer og et sosialt fungeringsproblem sikres tilstrekkelig.

¹⁷⁸ Se også Barnekomiteens generelle kommentar nummer 15 om barns rett til den høyest oppnåelige helsestandard (2013).

¹⁷⁹ Barn har også en grunnlovsfestet rett til helse og utvikling i Grunnloven § 104 tredje ledd annet punktum. Ordlyden i § 104 tredje ledd er skjønnspreget, og det er vanskelig å si noe om hva en slik sikringsplikt helt konkret innebærer for det enkelte barn.