

# Bjørn Henning Østendstad: Bruk av tvang mot psykisk utviklingshemma under yting av kommunale sosial- og helsetenester

Fagbokforlaget, Bergen, 2000

---

IDA ELISABETH KOCH

## Den skjulte tvang

Omsorgen for de personer, som på grund af nedsat psykisk funktionsevne ikke er i stand til at tage vare på sig selv, har gennem de senere år været genstand for debat i flere af de nordiske lande. Debatten har i et vist omfang drejet sig om spørgsmålet om, hvorvidt tvangsforanstaltninger overhovedet bør finde anvendelse. Nok så centralt i debatten har imidlertid været spørgsmålet om, hvorvidt der burde tilvejebringes utvetydig lovhjemmel for den magtanvendelse, som i større eller mindre omfang utvivlsomt har fundet sted i den sociale sektor på et uklart hjemmelsgrundlag eller helt uden hjemmel. Der har indtil for nylig været en betydelig modvilje mod at gennemføre et regelsæt om magtanvendelse i socialektoren, som kunne tage højde for de særlige behov, der eksisterer der. En vis portion «tvangsforskrækkelse» har eksisteret side om side med den opfattelse, at omsorgsvareretagelse i en vis udstrækning legitimerer tvangsanvendelse.

Kapitel 6A i den norske socialtjenestelov og ændringerne i den danske servicelov (begge fra 1999) er eksempler på, at der har fundet ændringer sted i opfattelsen af beho-

vet for at lovregulere den faktiske magtanvendelse og endog tilvejebringe lovhjemmel for mere vidtgående indgreb over for personer, der ikke kan tage vare på sig selv. I begge love har omsorgen for de pågældende personer været styrende, og selv om der er betydelige forskelle mellem den danske og den norske lovgivning, er lovændringerne dog udtryk for en fælles opfattelse af behovet for at synliggøre det usynlige og for at omgærde de tvungne med de nødvendige retssikkerhedsgarantier. Det er imidlertid klart, at gennemførelsen af disse love rejser centrale menneskeretlige problemstillinger, og både i Danmark og i Norge har forholdet til menneskerettighederne, navnlig EMRK været et centralt omdrejningspunkt i diskussionerne forud for lovenes vedtagelse.

## Socialtjenestelovens kap. 6A

Bjørn Henning Østendstads bog omhandler brugen af tvang over den gruppe af personer, som er omfattet af den norske socialtjenestelovs kap. 6 A, nemlig de psykisk udviklingshæmmede. Bogen falder i to dele, nemlig en nationalretlig (Del B) og en menneskeretlig (Del C). Den nationalretlige del omfatter en

grundig og overordentlig detaljeret retsdogmatisk analyse af tvangshjemlerne i socialtjenestelovens kap. 6 A, mens anden del beskæftiger sig med lovens overensstemmelse med Den Europæiske Menneskeretskonvention (EMRK). Det er klart, at fremstillingsmæssige hensyn kan tale for en sådan opdeling. Ikke desto mindre kan hensigtsmæssigheden diskuteres, blandt andet fordi de menneskeretlige standarder, som forfatteren henviser til, også er en del af intern norsk ret efter inkorporeringen af EMRK ved lov nr. 30 af 21. maj 1999. I hvert fald forekommer det noget problematisk, at grænserne for den lovlige tvang i del B i det store og hele analyseres løsrevet fra den menneskeretlige regulering, som alene inddrages som målestok for bedømmelsen af det resultat, som præsenteres efter analysen af socialtjenestelovens kap. 6 A. Socialtjenestelovens tvangsbestemmelser er relativt upræcise, og det forhold, at menneskerettighederne har relevans både ved selve lovens affattelse og dens praktiske administration har ikke fået nogen fremtrædende plads i værket. Vurderingen i den nationalretlige del af grænserne for den lovlige tvangsansvendelse foretages i stedet på grundlag af lovens krav om faglig og etisk forsvarlighed og på grundlag af et uklart defineret retssikkerhedsbegreb. Ganske vist foretager forfatteren i Del C en selvstændig vurdering såvel af selve lovtekstens overensstemmelse med EMRK som af risikoen for, at praktiseringen af socialtjenesteloven udvikler sig konventionsstridigt. Stor vægt bliver imidlertid lagt på det forhold, at det i lovforsarbejderne er præciseret, at *regelverket skal praktiserast i samsvar med EMK* (s. 243). Denne formulering, som synes at være en fællesnordisk trylleformular til sikringen

af upræcise lovbestemmelers konventionsmæssige administration, kalder i sig selv på en integration af konventionen i den retsdogmatiske analyse.

Socialtjenesteloven er tidsbegrænset og omfatter i modsætning til den danske service Lov ikke andre grupper med nedsat psykisk funktionsevne som f.eks. demente. Derfor er den meget grundige gennemgang af rækkevidden af nødretsbestemmelsen i den norske straffelov også meget velplaceret. Det samme gælder naturligvis den hermed forbundne diskussion af spørgsmålet om omsorgsansvaret som et selvstændigt hjemmelsgrundlag for tvangsansvendelse. Forfatteren konkluderer, at såvel nødretsbestemmelsen som omsorgsansvaret i et vist omfang kan udgøre den fornødne hjemmel for tvangsindgreb. Han når imidlertid til sin konklusion uden at inddrage det nok så væsentlige spørgsmål om legalitetskravet i EMRK art. 8 (2), og vender ikke senere tilbage til spørgsmålet.

Disse indvendinger til trods indeholder del B en grundig og meget detaljeret analyse af socialtjenestelovens kapitel 6 A, og det er sig sig selv prisværdigt, at forfatteren overhovedet har turdet binde an med opgaven at nærme sig et svar på de mangeartede og komplicerede spørgsmål, der rejser sig i forbindelse med en lovregulering af brugen af tvang over for psykisk udviklingshæmmede.

I bogens Del C drøfter forfatteren socialtjenestelovens overensstemmelse med EMRK. Forfatteren mener, at loven efter sin ordlyd opfylder kravene i konventionen og – som nævnt – at der ikke er grund til at nære frygt med hensyn til en eventuelt konventionsstridig praksis. Det er muligt, at forfatteren har ret i begge konklusioner, men argumen-

tationen forekommer flere steder lidet overbevisende.

Indledningsvis drøfter forfatteren, om/i hvilket omfang art. 8 udbygger retsværnet i art. 3. Han finder denne drøftelse nødvendig, fordi begge artikler beskytter integritet

og autonomi og undrer sig over, at problemstillingen ikke er diskuteret i den retsvidenskabelige litteratur (s.175). Som forfatteren rigtigt skriver, er artiklerne forbundet i den forstand, at art. 3 næppe vil kunne anses for krænkelse, hvis der ikke foreligger en krænkelse af art. 8. Forfatteren er imidlertid tæt på at drage den omvendte konklusion, nemlig at der typisk heller ikke vil foreligge en krænkelse af art. 8, såfremt krænkelse af art. 3 er blevet afvist. Overvejelserne bygger navnlig på Costello – Roberts sagen, i hvilken domstolen både afviste, at fysisk afstraffelse af en skoleelev i form af tre rap over buksebagen udgjorde en krænkelse af art. 3, og at afstraffelsen var et indgreb i elevens privatliv efter art. 8. Til støtte for opfattelsen henviser forfatteren endvidere til to sager om hårdhændet politiadfærd i forbindelse med retshåndhævelse. Forfatteren omtaler kun i et petitafsnit en række andre sager, hvori domstolen kom til det modsatte resultat, og selv om hans konklusion vist må forstås sådan, at art. 8 faktisk udbygger værnet i art. 3, tager han dog det forbehold, at

«direkte inngrep i den fysiske integriteten treng ei særleg sterk grunngeving for å bli rekna som inngrep i privatlivet i høve til artikkel 8 (1). Tilsvarende må gjelde ved direkte inngrep i den psykiske integriteten som er aktuelt ved autonomikrenkingar i samband med bruk af tvang.» (s. 180)

Slutningen forekommer vidtgående, al den stund den alene baserer sig på 3 meget konkrete sager om nogle meget specielle fak-

tiske forhold, som intet har at gøre med psykisk udviklingshæmmede. Det forhold, at domstolen kun i begrænset omfang har taget stilling til sager om grænserne for magtanvendelse i socialomsorgen eller psykiatrien i forhold til begge bestemmelser, udelukker næppe, at et «moderat» tvangsindgreb kan udgøre en krænkelse af art. 8, uden at der kan rejses noget spørgsmål i forhold til art. 3. I hvert fald forekommer det synspunkt meget vanskeligt acceptabelt, at ethvert tvangsmæssigt indgreb, som ikke ligefrem kvalificerer til tortur, er konventionsmæssigt, såfremt der er den fornødne lovhjemmel. Ikke desto mindre synes dette nærmest at være forfatterens konklusion på en drøftelse af proportionalitetskravet i art. 8 (2) i relation til art. 3. (s. 228)

Herefter drøfter forfatteren det konkrete spørgsmål, om indgreb efter sosialtjenestelovens kap. 6 A normalt vil udgøre indgreb i art. 8's forstand, idet udgangspunktet er, at

«det krevst ei særleg sterk grunngeving for at inngrepa skal vere å rekne som inngrep i privatlivet i høve til artikkel 8 (1).» (s. 181).

Et væsentligt grundlag for drøftelsen er Herczegfalvy sagen med dens meget kortfattede og uklare afvisning af, at tvangsmadning og tvangsmedicinering af en sindssyg patient udgjorde en krænkelse af art. 8. Det forhold, at Herczegfalvy på grund af sin tilstand var ude af stand til at varetage sine interesser, indgår på en meget tvetydig måde i domspræmisserne, og forfatteren overvejer den mulige tolkning af dommen, at tvangsmedicinering ikke udgør et indgreb, hvis den pågældende er ude af stand til at give et informeret samtykke.

Også her må forfatterens konklusion imidlertid forstås sådan, at indgreb efter

sosialtjenesteloven ofte vil skulle vurderes efter art. 8, men Herczegfalvy dommen kan efter forfatterens opfattelse opfattes som en afvisning af kommissionspraksis, hvorefter selv det mindste tvungne medicinske indgreb udgør et indgreb i privatlivet efter art. 8 (s. 185).

Man kan undre sig over lidt over, at forfatteren ikke i højere grad problematiserer en sådan mulig tolkning af Herczegfalvy dommen. En retsopfattelse, hvorefter tvangsmedicinering kun vil udgøre et indgreb i privatlivet, hvis den tvangsmedicinerede er i stand til at protestere habilt, er på mange måder ganske skræmmende, idet den ganske fratager en meget svag gruppe en retsbeskyttelse. Formen af en sådan beskyttelse kan diskuteres og spørgsmålet om, hvordan man skal beskytte de, der hverken kan samtykke eller protestere habilt, er i det hele yderst komplekst. Forfatterens emne indbyder i sig selv til en sådan drøftelse, men problemstillingen berøres kun antydningvist. I Europarådets Bioetikkonvention fra 1997 er den løsning valgt at give mulighed for et stedfortrædende samtykke i de situationer, hvor den syge ikke er i stand til at give samtykke, men det forekommer ikke troligt, at domstolen i 1993 har valgt at gøre op med problemet ved simpelthen at fratage indgreb i disse situationer deres karakter af tvang.

Nuvel, forfatterens konklusion indtil videre må vist forstås således, at indgreb efter sosialtjenesteloven trods alt må vurderes i forhold til art. 8, og han går herefter over til at drøfte stk. 2-kravene, herunder legalitetskravet. Det fremgår, at tvangshjemlerne i sosialtjenesteloven har været genstand for kritik blandt andet fra Institut for Menneskerettigheder. Institutet har fundet, at de upræcist formulerede ind-

grebshjemler er i tvivlsom overensstemmelse med legalitetskravet i EMRK, også fordi skadebegrebet i loven ikke er defineret. Forfatteren deler ikke denne kritik. Han konstaterer, at kravet om forudsigelighed giver begrænset mening, når det drejer sig om forstandshandicappede, som måske end ikke er i stand til at læse. Derfor mener han, at kravet om *foreseeability* i stedet må forstås som et krav om *et rimelig vern mot overgrep* (s. 199), og afviser herefter berettigelsen af kritikken om, at loven er mangelfuld i henseende til præcision. Heroverfor kan indvendes, at den lov, der ikke er klar, præcis og utvetydig næppe kan give *et rimelig vern mot overgrep*, og forudsigelighedskravet bør vel også vurderes i forhold til retsanvenderne i socialektoren. Både i Danmark og i Norge er omsorgspersonalet sat på en overordentlig vanskelig opgave, men efter at have læst den norske sosialtjenestelov, ville jeg af to onder i henseende til klarhed og præcision trods alt foretrække at administrere den danske servicelov. Det er efter min opfattelse et betydeligt retssikkerhedsmæssigt problem, at sosialtjenesteloven er så uforudsigelig. En lov, der ikke fremstår med blot nogen klarhed for dem, der skal administrere den, svækker den retssikkerhedsmæssige beskyttelse af den udviklingshæmmede.

Heller ikke instituttets ønske om en positiv og udtømmende oplytning af lovlige former for tvangsbrug deler forfatteren. Tværtimod understreger han, at grænserne for acceptabel brug af tvang ikke kan fastlægges en gang for alle. En oplytning vil derfor kunne *sementere* den faglige udvikling (s. 204). Endvidere mener forfatteren, at proportionalitetskravet i betydningen det mindste middels princip i realiteten umulig-

gør oplystning, idet «midlerne» i princippet er uendelige. Endelig anfører han, at procesgarantierne i socialtjenesteloven kompenserer for den svage retsbeskyttelse, som de materielle indgrebsbestemmelser giver.

Det er sandt, at domstolen ikke stiller krav om den *perfekte himmel* (s. 211), men spørgsmålet er, om forfatteren har ret i sin vurdering af de praktiske muligheder for at præcisere indgrebs hjemlerne. Danmark har været igennem en på mange måder tilsvarende lovgivningsproces som den norske, og de danske tilføjelser til serviceloven om indgreb over for personer med nedsat psykisk funktionsevne er udformet med en god del større præcision end de norske. Ganske vist har forfatteren ret i sin kritik af den danske servicelovs § 67 a, som lovfæster omsorgspligten. Denne bestemmelse giver ligefrem pligt til en vis magt-anvendelse i ikke nærmere definerede situationer, uden at denne hjemmel er ledsaget af retssikkerhedsmæssige garantier for den enkelte. Den endelige udformning af de øvrige tvangsbestemmelser i serviceloven har imidlertid ikke givet anledning til kritik fra Det Danske Center for Menneskerettigheder. Hvad centret derimod har kritiseret er, at selve afgrænsningen af begrebet tvang ikke har fundet et klart udtryk i selve lovtæksten, men kun i bemærkningerne.

Det er muligt, at de norske bestemmelser vil finde nåde for domstolens blik, men forfatterens argumentation baserer sig i høj grad på andre indgrebstyper som f.eks. indgreb i ytringsfriheden. Henvisningen til de svenske tvangsfjernelsessager (s. 212) er næppe heller noget vægtigt argument for den *margin of appreciation* med hensyn til lovskravet, som forfatteren overvejer (s.

211), idet retsfølgen – tvangsfjernelse – i disse sager er veldefineret. I socialtjenesteloven er indgrebene beskrevet som *a) skadeavværgende tiltak i enkelttilfeller, b) atferdendrende tiltak og c) omsorgstiltak, dersom atferdsendrende tiltak ikke har ført fram eller bedømmes som åpenbart uhensigtsmæssige*. Gråzoneområdet synes betydeligt, og forfatteren udtaler da også, at *vi må innrømme, at det ikke finst noko sikkert svar på kva som er rett eller feil forståing af lova* (s. 216) På denne baggrund er det vanskelig at forstå, hvordan forfatteren umiddelbart efter kan konkludere, at *det er realistisk å rekne med, at regelverket blir fulgt i praksis*.

På s. 230 f. påpeger forfatteren det i sig selv interessante, at de hensyn, der lovligt kan begrunde indgreb i rettighederne efter EMRK kan knytte sig både til civile og politiske rettigheder og til sociale rettigheder, som ellers er beskyttet efter en anden konvention, nemlig Den Europæiske Socialpagt. En social ret kan altså begrunde indgreb i en civil ret, og undtagelsesbestemmelsen i f.eks. art. 8, stk. 2 kan derved ses som en blandt flere muligheder for at integrere sociale rettigheder med civile. Denne problemstilling kunne i sig selv fortjene en nærmere drøftelse, al den stund de sociale rettigheder nyder en væsentlig ringere beskyttelse end de civile, og fordi brugen af tvang i socialektoren er tæt forbundet med selve udbuddet af sociale hjælpeforanstaltninger. Det er velkendt i social- og sundhedssektoren, at tilstrækkelige ressourcer herunder personalemæssige ressourcer mindsker behovet for at bruge tvangsforanstaltninger. En drøftelse af de lovlige grænser for tvangs-anvendelse kalder derfor naturligt på en samtidig drøftelse af, i hvilket omfang eksistensen af positive sociale tilbud bør indgå

## Ole Spiermann: Moderne folkeret etter det 20. århundrede.

Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999. 623 s.

GEIR ULFSTEIN

*Moderne folkeret etter det 20. århundrede* er en omfattende bok som i følge forordet skal være en praktisk og moderne folkerettslig fremstilling på internasjonalt nivå ved utgangen av det 20. århundret. Utvalget av emner er stort sett tradisjonelt, men det er overraskende at tvisteløsning utelukkende behandles som et underpunkt under statsansvar – særlig når forfatterens Ph.D.-avhandling gjelder Den faste internasjonale domstol i Haag. Av de fire spesialemnene til slutt (internasjonal miljørett, økonomi og folkerett, maktanvendelse, og humanitær rett), får internasjonal miljørett og økonomisk rett en så vidt begrenset behandling at det kan reises spørsmål om disse kapitlene forsvarer sin plass.

Forfatteren har tidligere behandlet det sentrale folkerettslige begrepet 'suverenitet' mer utførlig i boka Enten & Eller (1995) og i en artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap (nr. 4/1996 s. 575). I *Moderne folkeret* (s. 17 f.) gir han en oversikt over seks ulike måter suverenitet kan betraktes på i folkeretten: (1) Suverenitet utelukker folkerett, (2) Suverenitet begrenser folkerett, (3) Suverenitet bestemmer folkerett, (4) Suverenitet supplerer folkerett, (5) Folkerett bestemmer suverenitet og (6) Suverenitet er passé.

Han avviser etter min mening med rette at suverenitet skulle utelukke folkerettslige forpliktelser (1), eller at suverenitet tilsier en innskrenkende fortolkning av slike forpliktelser (2). Videre avvises at suverenitet skulle være passé i dagens globaliserte verden (6). Dette innebærer at hva som står igjen er at suverenitet er en forutsetning for å skape folkerett (3), at suvereniteten kan utfoldes på områder hvor det ikke eksisterer folkerettslige forpliktelser (4), og at folkeretten setter rammer for suvereniteten (5). Forfatterens behandling av suverenitet i denne boka er både meget kreativ og poengtert.

Under behandlingen av folkerettens kilder slutter Spiermann seg til professor Jennings' skepsis («a strong element of absurdity») til at prinsippene for folkerettslig argumentasjon skulle kunne inneholdes i én bestemmelse – nemlig Den internasjonale domstols artikkel 38 (s. 83). Ut fra synspunktet om at en isolert framstilling av rettskildelæren ikke gir en nøkkel til en samlet forståelse av folkerettslig argumentasjon (s. 115), deler forfatteren behandlingen i to: folkerettskildelæren og folkerettslig argumentasjon. I begge disse kapitlene presenteres interessante observasjoner, men denne

todelingen har den uheldige side at fremstillingen av den folkerettslige argumentasjon ikke får konsekvenser for den folkerettslige rettskildelæren. Forfatteren har for øvrig interessante betraktninger om den postmodernistiske tilnærmingen til folkeretten og om uttrykket «det internasjonale samfunn».

Et grunnleggende perspektiv er forfatterens sontring mellom juristenes (de nasjonale) og statsmennenes prosjekter. Han mener det er avgjørende å sondre mellom disse to prosjektene. Mens juristene har vært opptatt av å utfylle med folkerett der nasjonal rett ikke ga svar, kan statsmennenes folkerett gjerne overlape med den nasjonale rett. De førstnevntes regler gir seg utslag i folkerettslig sedvanerett («sameksistensens folkeret»), mens de sistnevnte skaper traktatrett («samarbeidets folkeret») (s. 127). Det er en viktig innsikt at nasjonale jurister har et annet behov for folkerett enn statsmenn, og at dette gir seg utslag i henholdsvis sedvanerett og traktater. Dette perspektivet overser imidlertid at statsmenn i betydelig grad også bidrar til folkerettslig sedvanerett, og at det finnes et nært samspill mellom traktater og sedvanerett. Dessuten

bygger både traktater og sedvaneretten på statenes aksept – selv om aksepten for sedvanerettens vedkommende bare tar form av krav om en utbredt statspraksis (og *opinio juris*). Sondringen mellom de to prosjektene gjennomsyrrer boken men til dels synes den å gi begrenset forklaringskraft og kan fremtre som noe «påklistret». Denne todelingen utelukker videre vedtak av internasjonale organer som en selvstendig rettskilde i folkeretten. I denne forstand kan tilnærmingen synes noe gammelmodig.

*Moderne folkeret* er preget av solid folkerettslig innsikt, og en meget god oversikt over både folkerettslig litteratur og praksis. Spiermann viker ikke tilbake for å ta selvstendige standpunkter og argumenterer gjennomgående godt for sitt syn. Boka – som ble til mens forfatteren var i avslutningen av sin PhD-avhandling – dokumenterer også en imponerende produktivitet.

#### *Forfatteropplysninger:*

Dr. juris Geir Ulfstein er professor i offentlig rett ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Oslo