

# PASIENTENS SELVBESTEMMELSE I PSYKISK HELSEVERN



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 543  
Leveringsfrist: 25.04.2012  
Til sammen 17173 ord

18.04.2012

## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>1</b>
1.1	RETTE TIL SELVBESTEMMELSE	3
1.2	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING	5
<b>2</b>	<b>RETTSHISTORIKK</b>	<b>6</b>
2.1	FØR LOVEN AV 1961	6
2.2	1961-LOVEN	8
2.3	NÅVÆRENDE LOV	9
2.3.1	PSYKISK HELSEVERNLOVENS PLASSERING	9
2.3.2	LOVENDRINGER FRA 2006	10
<b>3</b>	<b>OVERORDNEDE PRINSIPPER I PSYKISK HELSEVERN</b>	<b>13</b>
3.1	HELSERETTLIGE PRINSIPPER	13
3.1.1	PASIENTENS AUTONOMI	14
3.1.2	DET MINSTE INNGREPS PRINSIPP	16
3.1.3	RETTE TIL Å MEDVIRKE OG UTTALE SEG	16
3.2	MENNESKERETTIGHETER	17
3.2.1	FNS KONVENSJON OM RETTIGHETENE TIL MENNESKER MED NEDSATT FUNKSJONSEVNE	18
3.2.2	OVIEDO-KONVENSJONEN	22
3.2.3	MENNESKERETTIGHETER I PRAKSIS	22
3.3	LEGALITETSPRINSIPPET	23
3.3.1	Rt. 2010 s. 612 "HULEBOER II"	24
<b>4</b>	<b>GJELDENDE RETT</b>	<b>27</b>
4.1	RETTLIG PLASSERING AV BEGREPENE SAMTYKKE OG FORHÅNDSERKLÆRING	27
4.2	SAMTYKKE SOM BEGREP I HELSERETTEN	29
4.3	HOVEDREGELN OM SAMTYKKE	30
4.3.1	GYLDIGHETSKRAV	30
4.3.2	INFORMERT SAMTYKKE	31
4.3.3	FORMKRAV	32
4.3.4	HVEM HAR SAMTYKKEKOMPETANSE?	33
4.3.5	MYNDIGE PERSONER UTEN SAMTYKKEKOMPETANSE	34
4.3.6	PASIENTER SOM ER UMYNDIGGJORT	35

4.3.7	SAMTYKKE TIL Å VÆRE UNDERLAGT TVANG	35
<b>4.4</b>	<b>PERSONER UTEN SAMTYKKEKOMPETANSE</b>	<b>36</b>
<b>4.5</b>	<b>TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN</b>	<b>37</b>
4.5.1	FRIVILLIGHETSVILKÅRET	37
4.5.2	RETTE TIL Å UTTALE SEG	38
4.5.3	ETABLERING AV TVUNGENT PSYKISK HELSEVERN	39
4.5.4	GJENNOMFØRING AV PSYKISK HELSEVERN	41
<b>5</b>	<b>FORESLÅTTE LOVENDRINGER</b>	<b>45</b>
<b>5.1</b>	<b>BESLUTNINGSKOMPETANSE</b>	<b>46</b>
<b>5.2</b>	<b>ANTATT SAMTYKKE</b>	<b>46</b>
<b>5.3</b>	<b>ENDRINGER MED RELEVANS FOR PASIENTENS SELVBESTEMMELSE</b>	<b>48</b>
5.3.1	PASIENTRETTIGHETSLOVEN § 4-3	48
5.3.2	NY § 2-3 I PSYKISK HELSEVERNLOV	50
5.3.3	NY § 4-2 I PSYKISK HELSEVERNLOV	51
<b>6</b>	<b>BINDENDE FORHÅNDSERKLÆRINGER</b>	<b>53</b>
<b>6.1</b>	<b>BEGREPSDEFINERING</b>	<b>53</b>
<b>6.2</b>	<b>HISTORIKK</b>	<b>53</b>
<b>6.3</b>	<b>NY VERGEMÅLSLOV</b>	<b>56</b>
<b>6.4</b>	<b>ANDRE LAND MED LOVGIVNING OM FORHÅNDSERKLÆRINGER</b>	<b>57</b>
6.4.1	TYSKLAND – "PATIENTENVERFÜGUNG"	57
6.4.2	USA – "PSYCHIATRIC ADVANCE DIRECTIVES"	59
<b>6.5</b>	<b>VURDERINGER</b>	<b>60</b>
<b>7</b>	<b>AVSLUTNING</b>	<b>64</b>
<b>8</b>	<b>REGISTRE</b>	<b>65</b>
<b>8.1</b>	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>65</b>
<b>8.2</b>	<b>ARTIKLER OG RAPPORTER</b>	<b>66</b>
<b>8.3</b>	<b>LOVFORARBEIDER</b>	<b>66</b>
<b>8.4</b>	<b>RETTSAVGJØRELSER</b>	<b>67</b>
<b>8.5</b>	<b>INTERNETT</b>	<b>67</b>
<b>8.6</b>	<b>ANNET</b>	<b>67</b>



## 1 Innledning

*Den gale gutten i det andre huset  
var tjoret fast. Om natten hørte vi  
han ulte. Og da hvasket jeg mot puten:  
Takk kjære Gud! Jeg er iallfall fri!  
Den gale gutten skriker ikke lenger.  
Men likevel kan skriket vekke meg  
når nettene er stjerneløse svarte.  
Da er det ikke gutten. Det er jeg.*

*Inger Hagerup (1998)<sup>1</sup>*

Retten til selvbestemmelse og frihet er noe de fleste i Norge tar for gitt. Mennesker tar utallige valg hver dag som underbygger selvbestemmelsen.

Vår rettsstat er grunnet i en rekke verdier som er tuftet på dette synet, blant annet retten til fri livsutfoldelse, handlefrihet, selvbestemmelse, bevegelsesfrihet og avtalefrihet.

Frihet for den enkelte er et sterkt prinsipp i den vestlige tradisjon og i vårt rettssystem.

Beskrivelser om det autonome mennesket kan spores helt tilbake til opplysningstiden, hvor idealet er autonomi som innebærer frihet og selvbestemmelse.

Begrepet frihet betyr å treffe selvstendige valg og i stor grad selv bestemme hvordan man innretter seg. Dette vil videre innebære et fravær av påbud, forbud og tvang.

---

<sup>1</sup> Vaaland, 2007, s. 115

<sup>2</sup> Aasen, 2000, s. 35

Det rådende synet bygger på en forutsetning om handlefrihet for myndige personer som grunnlag for ivaretagelse av egne interesser. Dette vil videre innebære at offentlige myndigheter må vise stor respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet.

Tvang er i utgangspunktet motstridende med de overnevnte betraktninger om selvbestemmelse. På den andre siden kan tvang hevdes å ivareta enkeltindividets fysiske og psykiske integritet. Hvis en person er alvorlig syk eller skadet kan det stride mot forsvarlighetsprinsippet å ikke gripe inn med nødvendig helsehjelp.

I forlengelsen av dette kan det hevdes at tvang i begrenset omfang bør være tillatt. Den generelle omsorgsplikt og faglige standarder kan tilsi at man er pliktet til å gi hjelp når en person ikke selv er i stand til å ivareta egne interesser.

Hensynet til individets autonomi må således tilsidesettes i enkelttilfeller, fordi andre hensyn veier tyngre.

Psykisk sykdom kan medføre en mangel på virkelighetsoppfatningen de fleste andre vil legge til grunn. Psykiske lidelser kan videre forårsake en manglende sykdomsinnsikt. Hvis en person har en oppfatning om å være frisk på tross av en alvorlig psykisk lidelse, vil vedkommende neppe oppsøke hjelp. Slike tilfeller kan forsvare bruk av tvang for å yte den hjelp vedkommende har rett på og er i behov av. Således blir autonomi og selvbestemmelse tilsidesatt.

I de senere tiår har det vært et økt fokus på pasienters selvbestemmelsesrett og rettigheter. Dette har særlig kommet til uttrykk i reformarbeidet som førte til vedtakelsen av de nye helselovene på slutten av nittitallet.

For at helsehjelpen ikke skal fremstå rettstridig må hjemmelsgrunnlag foreligge før behandling av pasienter som motsetter seg helsehjelp.

Den rådende hovedregel er frivillighet i det psykisk helsevernet. Rettsreglene om samtykke og tvang fremstår som to alternative hjemmelsgrunnlag for etablering av psykisk helsevern, hvor førstnevnte skal etterstrebes.

Tvangsbruk er et alvorlige inngrep for enkeltmenneske. Det er viktig at samfunnet og lovgivningen reflekterer dette synet og at tvangsbruk begrenses.

Tvang i psykisk helsevern vil for det første omfatte innleggelse til tvungent vern i og utenfor døgninstitusjon, jf. phlsvl. § 3-5. Innleggelse kan medføre bruk av tvangsmidler, gjerne gjennom mekaniske tvangsmidler som reimer eller belter. Kortvarig medisinerer, fastholding og isolasjon regnes som tvangsmidler, jf. phlsvl. § 4-8. Skjermer vil si å holde pasienten helt eller delvis adskilt fra medpasienter og personal som ikke er involvert i behandlingen av vedkommende pasient, jf. phlsvl. § 4-3. Tvangsmedisinerer er en annen form for tvang, jf. phlsvl. § 4-4. Den etiske begrunnelse for tvangsbruk i psykiatrien er at vedkommende selv ikke er i stand til å vurdere sine egne interesser. Andre må derfor gjøre vurderingen.

### 1.1 Retten til selvbestemmelse

Å utøve selvbestemmelse vil si å handle eller disponere i kraft av egen vilje.<sup>2</sup> Når en pasient avgir samtykke til eller motsetter seg helsehjelp, må dette betraktes som uttrykk for pasientens vilje.

Gjennomfører helsepersonell et inngrep uten samtykke, skjer det en krenkelse av pasientens selvbestemmelsesrett. Med mindre det foreligger et annet hjemmelsgrunnlag kan en si at helsepersonell overskrider grensene for sin handlefrihet. Således kan det hevdes at helsepersonellens handlefrihet er begrenset av pasientens rett til bestemmelse over egen kropp.

Pasientens selvbestemmelse handler derfor om retten til ikke å bli utsatt for uønsket medisinsk behandling.<sup>3</sup> Denne retten kan deles i to: *”Rett til fravær av tvang og krav om et rettslig sett nødvendig og uttrykt samtykke – i ord eller handling – til det aktuelle medisinske inngrep.”*<sup>4</sup>

En persons integritet og selvbestemmelsesrett kan krenkes på i hovedsak to måter. For det første ved bruk av tvang overfor vedkommende og for det andre ved at det iverksettes handlinger overfor personen som det ikke er samtykket til. Det foreligger en

---

<sup>2</sup> Aasen, 2000, s. 35

<sup>3</sup> Jf. Rt. 1993 s. 1169

<sup>4</sup> Aasen, 2000, s. 37

nær sammenheng mellom disse to krenkelsene. Felles vil personens selvbestemmelsesrett krenkes. Men ved tvang kan det hevdes krenkelsen vil fremstå grovere.

Tvangsbegrepet kan spenne vidt; fra fysisk nedleggelse av en psykiatrisk pasient til overkjøring av en beskjeden motstand mot et lite inngrep. Det kan derfor fremstå en glidende overgang mellom tvang og inngrep uten samtykke.

Tradisjonell lære om rett til selvbestemmelse tilsier at helsepersonell må være i stand til å vise til et gyldig rettsgrunnlag for å yte helsehjelp. Pasienten kan selv gi tillatelse, andre kan handle på vegne av vedkommende eller handlefrihet kan følge av lovhjemmel.

Den kompetanse og plikter som tilligger behandleransvaret gir også handlefrihet. Nødrett kan unntaksvis tjene som hjemmelsgrunnlag. Finnes ikke rettsgrunnlag kan behandler bli stilt ansvarlig i form av erstatning, strafferettslige sanksjoner eller disiplinærsanksjoner.

Rettskildemessig kan man plassere spørsmålet om samtykke og tillatelse under den mer generelle diskusjon om krav til hjemmel.

Pasientrettigheter er et begrep som har vært viet mye fokus på de senere tiår. Her er de rettslige problemer som kan oppstå mellom helsevesen og pasienter kommet sterkt på dagsorden. Lovgiver hatt et ønske om å styrke og synliggjøre disse rettighetene, hvilket resulterte i lov om pasientrettigheter fra 1999.

Blant pasientrettighetene står pasientens selvbestemmelsesrett sentralt. Begrepet er spesielt viktig i forhold til pasientens samtykke til eller avslag på tilbud om behandling.

Den grunnleggende hovedregelen er at pasienten gir tillatelse til helsehjelp. Lovens begrep for tillatelsen er samtykke. Hovedregelen om samtykke er slått fast i pasientrettighetsloven § 4-1.



## 1.2 Problemstilling og avgrensning

Som tittelen tilsier vil hovedfokus være selvbestemmelsesretten innen psykisk helsevern. Samtykkereglene for pasienter underlagt psykisk helsevern vil derfor være spesielt aktuelle.

Av plasshensyn avgrenses det mot samtykke- og tvangsproblematikk knyttet til barn og unge.

Reglene om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern vil bli belyst.

Dette fremstår som et område hvor problemstillingen er særlig nærværende, grunnet tvangsmulighetene som gjør seg gjeldende på dette område. Tvangsmidler og tiltak vil ikke behandles inngående.

Videre vil utredningen fra utvalget som fremmet forslag til ny psykisk helsevernlov i NOU 2011:9 være tidsaktuell. Foreslåtte lovendringer med relevans for problemstillingen vil behandles. Problemstillingene rundt bindende forhåndserklæringer vil bli vektlagt og forsøkt belyst. Dette har også brukerorganisasjoner satt dagsorden den senere tid og temaet er nært knyttet til pasientens selvbestemmelse.

## 2 Rettshistorikk

### 2.1 Før loven av 1961

Hvordan psykiske avvik tolkes og møtes på har forandret seg gjennom historien. Foucaults ideer rundt det han beskriver som den store innesperringen fra syttenhundretallet og fremveksten av institusjoner som en form for industri kan være et interessant bakteppe.<sup>5</sup> Foucault mener dagens system ikke er en selvfølge og ikke den eneste måten å forholde seg til psykisk sykdom på. Dette begrunnet i at man har forholdt seg annerledes til tema gjennom tiden. Dette kan vise at våre holdninger også kan endres i fremtiden. I dag er fagmiljøet i stor grad samstemt om behovet for institusjoner og behandling av psykisk syke, også gjennomført med tvang om nødvendig.<sup>6</sup>

I norsk rett hadde våre eldste lover, Gulatingsloven og den eldre Frostatingslov, en viss rettsbeskyttelse for den sinnssyke. Magnus Lagabøters landslov fra 1276 henviste ansvaret for de sinnssyke hos nærmeste familie eller slektninger, på den tiden kalt ætten. Ætten hadde ansvaret for beskyttelse og forsørgelse av den sinnssyke. De hadde også råderett over hans formue. Også på denne tiden kan det hevdes at visse rettssikkerhetshensyn var på plass, ved at ingen kunne erklæres sinnssyk utenom på tinget av det som ble kalt ”kyndige menn”. Det fremgår lite om hvordan denne praksisen faktisk fungerte.<sup>7</sup>

Fra sekstenhundretallet var det fattigdomsomsorgen som hadde ansvaret for psykisk helse. Dette kalles av Foucault den store innesperringen, og kan sees på som en omlegging av samfunnsstrukturen der tiggende, omstreifende og uproduktivitet ble ansett som et onde staten skulle bekjempe.<sup>8</sup> Statens fremvekst gjorde det mulig å sette disse samfunnsproblemer på dagsorden.<sup>9</sup> På syttenhundretallet oppsto ”Dollhusbevegelsen” som kan fremstå som statens etablering av institusjoner som hadde omsorg for de

---

<sup>5</sup> Foucault, 1991 s. 48

<sup>6</sup> Høyer, 2002 s. 188

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 69 1959-60 s. 6

<sup>8</sup> Høyer, 2002 s. 82

<sup>9</sup> Hagen, 2002 s. 22

sinnssyke.<sup>10</sup> Andre sier at de første moderne asyl for sinnssyke kom først rundt 1850.<sup>11</sup> Det foreligger uansett en relativt lang tradisjon med et omsorgsapparat for å ta vare på folk med psykiske lidelser.

Lov om sinnssykes behandling og pleie av 17. august 1848 var den første regulering av sinnssykes stilling. Kun tvangsinnleggelse ble regulert i denne loven. Her ble også kontrollkommisjonene introdusert, hvilket gjør den til en av de lengstlevende institusjoner vi har i Norge.<sup>12</sup> Dette synes som et viktig steg for styrking av rettssikkerheten til de psykisk syke. Norge var den fjerde nasjonen, etter Frankrike, Nederland og England, med på den tiden en moderne lov om sinnssyke. Lovverket ble ansett fremsynt og humanistisk. Loven var uansett preget av sin tid og personer kunne i større utstrekning tvangsinnlegges dersom de var til offentlig sjenanse.

Forarbeidene viser at det var et hovedprinsipp at intet asyl for sinnssyke måtte opprettes uten kongelig autorisasjon, og at asylet skulle bestyres av en spesielt autorisert lege.<sup>13</sup> Det fremgår videre at *”når noen ble forlangt innlagt i et asyl som sinnssyk, skulle asylets lege undersøke om hans tilstand var slik, at innleggelse var hensiktsmessig for vedkommende selv eller nødvendig for opprettholdelse at den offentlige orden og sikkerhet”*.<sup>14</sup> Videre går det fram at den syke kunne utskrives, men pasienten kunne tilbakeholdes dersom asylets lege antok at utskrivning ville medføre en fare for vedkommende selv eller for den offentlige sikkerheten. Forarbeidene sier også at *”både vedtaket om innleggelse og tilbakeholdelse kunne påklages til de kontrollkommisjoner som ble opprettet for å føre tilsyn med hvert av rikets sinnssykeasyler”*.<sup>15</sup>

I 1935 trådte en lov i kraft som gjorde frivillig innleggelse i asylene mulig. Tvungen ble med dette redusert.

---

<sup>10</sup> Blomberg, 2002 s. 52

<sup>11</sup> Eskeland, 1994 s. 17

<sup>12</sup> Hagen, 2002 s. 23

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 2.3.1

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 2.3.1

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 2.3.1

## 2.2 1961-loven

Ovennevnte lover ble opphevet i 1961 ved introduksjonen av lov om psykisk helsevern. Det var et ønske å modernisere lovgivningen. Spesialisthelsetjenesten ble tillagt ansvaret for det psykiske helsevernet. De materielle reglene om tvangsinnleggelse ble opprettholdt relativt uendret. Men det ble åpnet for domstolsprøving av tvangsinngrep. Loven har videre et preg av behandlingsoptimisme.<sup>16</sup>

1961-loven hadde en regel om frivillig psykisk helsevern, jf. § 4. Behandling av psykisk syke skulle i likhet med annen medisinsk behandling være frivillig.

Loven hadde et tilleggsvilkår som er tatt ut i dagens lov. Vilkåret ble kalt overlastvilkåret. Dette vilkåret bar preg av å skulle dekke sosiale omsorgsbehov. Dette var paternalistisk motivert og skulle hindre at pasienter led nød på grunn av sykdommen. Og videre at de ikke klarte å ta vare på seg selv. Praksis utviklet seg slik at kravet ble strengt og terskelen var høy for at vilkåret var oppfylt. Begrunnelsen bak vilkåret er for en stor del videreført under farevilkåret i dagens lov.<sup>17</sup> Forarbeidene påpeker også at fjerningen i stor grad var en symbolhandling. Men intensjonen var at loven skulle gi mindre uttrykk for sosialpolitisk paternalisme.

Loven ga en bedre regulering av tiltak under gjennomføringen av psykisk helsevern og stilte klarere krav til saksbehandlingen enn tidligere.

Staten hadde det overordnede ansvaret, mens fylkeskommunen skulle planlegge, utbygge og drifte institusjonene. Problemene i psykisk helsevern ble tilskrevet kapasitetsmangel. Institusjonene ble fremdeles ansett som totale institusjoner som skulle dekke alle pasientenes menneskelige behov over lang tid.

Loven hadde ikke detaljerte regler om adgangen til bruk av tvangsmidler, skjerming og tvangsmedisinering og ikke krav til vedtak for denne type behandlingstiltak.

Selvbestemmelse var fortsatt ikke det mest tungtveiende hensyn i lovgivningen.

---

<sup>16</sup> Høyer, 2002, s. 99

<sup>17</sup> Hagen, 2002, s. 163

## 2.3 Nåværende lov

Loven fra 1961 ble opphevet i 2001 ved at den nye psykisk helsevern (phlsvl.) loven av 2. juli 1999 trådte i kraft. I hovedtrekk viderefører loven prinsippene fra tidligere lover, men på vesentlige områder innebærer den en presisering og tydeliggjøring av rettsgrunnlaget for psykisk helsevern.

Det ble innført klarere regulering av tvangstiltak, pasientmedvirkning fikk intensivert fokus og bedre kontroll- og tilsynsordninger. Loven legger opp til at pasienten i større grad skal lyttes til, og økt samarbeid med pasienten skal etterstrebes. Phlsvl. § 4-2 inneholder en regel om vern av personlig integritet. Andre ledd tilsier at pasientens mulighet til å bestemme over seg selv skal ivaretas så langt det er mulig. I den gamle loven var det ikke krav om at det skulle treffes vedtak for tiltak. Dette er nå slått fast i psykisk helsevernloven og fremtrer som en rød tråd gjennom hele lovverket.

### 2.3.1 Psykisk helsevernlovens plassering

Psykisk helsevernloven er en særlov for det psykiske helsevern. Loven omfatter kun spesialisthelsetjenesten og regulerer etablering samt gjennomføring av både frivillig og tvungent psykisk helsevern. Bestemmelsene får anvendelse både i og utenfor institusjon.

Phlsvl. § 1-2 definerer at med psykisk helsevern menes spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever.

Arbeidet med dagens lov var en del av en reform på det helserettslige området.

Det ble vedtatt nye lover om spesialisthelsetjenesten (sphlsl.), helsepersonell (hlspl.) og pasientrettigheter (pasrl.) samtidig med psykisk helsevernloven. Disse må sees i sammenheng.

Det fremgår av forarbeidene at *”de nye lovene er et ledd i regjeringens arbeid for å fremme en helse- og velferdspolitikkk bygd på respekten for menneskeverdet, rettferdig fordeling av rettigheter og plikter, likeverd og lik tilgjengelighet av tjenester og en styrket rettsstilling for de som trenger disse tjenestene”*. Det står videre at *”samlet sett skal de nye helselovene gi et moderne rammeverk for utvikling av et nasjonalt*

*helsetilbud som er rasjonelt drevet, har god kvalitet og står i tjeneste for enkeltmenneske”.*<sup>18</sup>

Forarbeidene fremhever at for å få et riktig bilde av den psykiatriske pasients rettsstilling må psykisk helsevernloven ses i sammenheng med lov om pasientrettigheter.<sup>19</sup> Dette er også slått fast i phlsvl. § 1-5 som sier at ved etablering og gjennomføring av psykisk helsevern gjelder pasientrettighetsloven. Dette innebærer at pasienter med psykiske lidelser skal ha det samme vernet som øvrige pasienter. Det er også presisert i lovens § 2-2 at reglene om samtykke i pasientrettighetsloven også gjelder ved psykisk helsevern.

Pasientrettighetsloven er en generell lov, men psykisk helsevernloven er en spesiell lov.

### 2.3.2 Lovendringer fra 2006

Det ble foretatt endringer i psykisk helsevernloven ved endringslov av 30. juni 2006 nr. 45. I det videre gjøres rede for endringer av betydning for pasienters selvbestemmelsesrett.

Hovedformålet med endringene var å tydeliggjøre pasientrettighetenes stilling i psykisk helsevern og foreta materielle endringer og presiseringer av bestemmelser som hadde vist seg problematiske i praksis. Hensikten var også å foreta en forenkling for å bedre tilgjengeligheten til lovverket.

Videre ble forholdet til pasientrettighetsloven og reguleringen av samtykke og representert samtykke vurdert.

Reguleringen av frivillighet i psykisk helsevernloven ble opphevet ved at de særlige samtykkebestemmelsene ble fjernet. Som hovedregel skal nå samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven gjelde.

Det ble også innført en særlig bestemmelse i pasrl. § 4-3 (5). Regelen sier at undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter

---

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 1

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) pkt. 2.1

seg helsehjelpen, bare kan skje med hjemmel i phlsvl. kapittel 3. Hvilket medfører at tvangsreglene får anvendelse i disse tilfellene. Dette vil si at hvis pasienten verken har en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg hjelpen, så kan bestemmelsene om representasjon i pasientrettighetsloven kapittel 4 komme til anvendelse.

Videre ble regelen i phlsvl. § 2-2, hvor pasienten kan samtykke til å bli holdt tilbake i inntil tre uker etter reglene om tvunget psykisk helsevern endret, med forsterkede krav til saksbehandling og dokumentasjon.

Det absolutte konverteringsforbudet i phlsvl. § 2-3 ble opphevet, men kommer nå til uttrykk i § 3-4. Bestemmelsens første ledd sier nå at vedkommende underlagt psykisk helsevern etter eget samtykke ikke kan overføres til tvungen observasjon eller tvunget psykisk helsevern så lenge det frivillige vernet pågår. Det foreligger en snever unntaksadgang for de tilfeller hvor lovens farekriterium er oppfylt i andre ledd. Rettssikkerheten til pasienter underlagt frivillig psykisk helsevern er således sikret.

Det ble også vedtatt et nytt annet ledd i bestemmelsen om pasientens uttalerett etter § 3-9. Her fremgår det at *”opplysningene etter første ledd skal nedtegnes og ligge til grunn for vedtaket. Det skal legges særlig vekt på uttalelser om tidligere erfaring med bruk av tvang.”*

Formålet med lovendringen var å presisere at erfaringer med tvang skal tillegges særskilt vekt og at opplysningene skal dokumenteres i journalen slik at uttaleretten blir så reell og tydelig som mulig.<sup>20</sup> Men departementet uttaler i forarbeidene: *”At pasientens syn skal vektlegges innebærer ikke at pasientens syn er bindende, men pålegger faglig ansvarlig en særskilt forpliktelse til å vurdere de synspunkter på alternative løsninger pasienten eller pårørende må ha.”*<sup>21</sup> Det fremgår videre at: *”I den grad pasienten eller pårørende gir uttrykk for at pasienten har hatt negative erfaringer med tvungent psykisk helsevern eller spesifikke tvangstiltak innebærer dette en høyere*

---

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-06) s. 69

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-06) s. 69

*terskel for gjentakelse av slike tiltak, og en særlig forpliktelse til å vurdere alternativer.”<sup>22</sup>*

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-06) s. 87



### 3 Overordnede prinsipper i psykisk helsevern

Formålet med psykisk helsevernloven fremgår i § 1-1. Formålet med loven er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Formålet er videre å sikre at de tiltakene som er beskrevet i loven, tar utgangspunkt i pasientens behov og respekten for menneskeverdet.

Regelen slår fast at rettssikkerhet, pasientens behov og respekten for menneskeverdet er helt sentrale hensyn i psykisk helsevern.

I velferdsretten er beskyttelse av svake grupper et overordnet hensyn. Det er også flere hensyn og verdier av stor betydning. De som særlig kan fremheves i forhold til denne oppgaven er selvbestemmelsesretten eller autonomi, respekt for personers vurderinger, respekt for psykisk integritet, rettssikkerhet og respekten for selve livet.<sup>23</sup>

Selvbestemmelsesretten er ett av de mest sentrale hensyn og kommer særlig til uttrykk i hovedregelen om samtykke til psykisk helsevern. Dette markerer en rettssikkerhetsgaranti for den enkelte ved at helsehjelp kun kan gis med pasientens samtykke.

I phlsvl. § 3-3 (1) nr. 1 er det slått fast at frivillig psykisk helsevern skal ha vært forsøkt før tvang tas i bruk. Såfremt det ikke er åpenbart formålsløst å forsøke dette.

#### 3.1 Helserettslige prinsipper

På helserettens område må relevante helserettslige prinsipper vektlegges.<sup>24</sup> Dette er også kalt overordnede verdier.<sup>25</sup> Begrepet prinsipp kan ha flere betydninger, særlig i forvaltningsrettslig sammenheng. For det første er det brukt som et pedagogisk hjelpemiddel for å gi oversikt over rettsreglene. For det andre kan det også fremstå som hensyn og verdier som legger bånd på tolking og utforming av rettsregler. For det tredje kan det synes som alminnelige rettsprinsipper eller navn på rettsregler.<sup>26</sup> Et eksempel på

---

<sup>23</sup> Kjøenstad og Syse, 2008, s. 426

<sup>24</sup> Kjøenstad, 2007, s. 41

<sup>25</sup> Høyer, 2002, s. 34

<sup>26</sup> Eckhoff og Smith, 2006, s. 30

en slik ulovfestet forvaltningsregel er legalitetsprinsippet. Det kan sies at prinsippene til tider brukes som et oppsummerende uttrykk for gjeldende rett.<sup>27</sup>

Prinsipper som trekkes frem i helserettslig kontekst er pasientens autonomi, helsepersonells autonomi, det offentliges autonomi, pasientens rett til informasjon, pasientens rett til innsyn, helsepersonells taushetsplikt, rett til riktig behandling, helsearbeiderens forsvarlighetsplikt, statens tilsyn- og kontrollplikt, pasientens klagerett, pasientens rett til erstatning og pasientens strafferettslige vern.<sup>28</sup> Prinsippenes ordlyd forklarer mye, og flere av dem er helt eller delvis lovfestet.

I det følgende gis en nærmere beskrivelse av prinsippet om pasientens autonomi, det minste inngreps prinsipp, retten til medvirkning og retten til å uttale seg, som er de mest sentrale prinsippene i forhold til pasientens selvbestemmelsesrett.

### 3.1.1 Pasientens autonomi

Et viktig utgangspunkt er pasientens autonomi. En autonom person vil si at vedkommende er selvstyrende. Dette beskrives ved at pasienten selv er den som bestemmer om og i tilfelle hvordan helsehjelp skal foretas. Prinsippet uttrykkes i phlsvl. § 2-1, hvor det står at *”Psykisk helsevern skal ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven, med mindre annet følger av loven her.”*

I gjeldende lov finnes bestemmelser om at samtykke skal være informert. Dette innebærer at pasienten er forelagt alle nødvendige opplysninger.

Forarbeidene slår også fast at frivillighet er et viktig mål og prinsipp<sup>29</sup>, som underbygges ved at samtykke må foreligge når helsehjelp gis.

---

<sup>27</sup> Eckhoff og Smith, 2006, s. 30

<sup>28</sup> Kjøenstad 2007, s. 41

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99), pkt. 6.1.1

Prinsippet er også slått fast i rettspraksis fra før loven trådte i kraft. Eksempelvis kan en erstatningssak fra lagmannsretten nevnes, RG. 1954/601. Her ble en pasient tilkjent erstatning for en amputasjon foretatt uten samtykke.

Det finnes også rettspraksis hvor prinsippet ikke har blitt vektlagt i samme grad.

I Rt. 1981 s.728 ble en pasient ikke tilkjent erstatning for en mislykket operasjon som resulterte i lammelse av skulder og en arm. Her forelå dissens og flertallet vektlegger ikke informasjonssvikt om risikoen, slik at et eventuelt informert samtykke kunne vært avgitt.

Det kan således hevdes at prinsippet ikke fikk full gjennomslagskraft før pasientrettighetsloven trådte i kraft.<sup>30</sup>

En viktig dom som har bidratt til ivaretagelse av selvbestemmelsen er Rt. 1977 s. 1035, kalt "Sykejournal-dommen". Dommen omhandler en tannlege som behandlet en pasient med smittsom hepatitt. Tannlegen tok i etterkant prøver for å finne ut om han var smittet, noe han ble informert ikke var tilfelle. Han ble innlagt like i etterkant og behandlet for akutt hepatitt. Han ble utskrevet og friskmeldt noen måneder senere. Tannlegen mente at hvis han hadde fått kjennskap til sykdommen tidligere, ville han kunne avverget at han måtte selge sin tannlegepraksis og redusert det økonomiske tap han ble påført. For å vurdere om det forelå noe klanderverdig, ba han derfor om å få utlevert journaler, prøveresultater og liknende. Sykehuset nektet innsyn.

I dommen skriver Høyesterett at det var en "*for snever synsvinkel*" å bedømme pasientenes rett til innsyn i sykejournaler ut fra forvaltningsloven og offentlighetsloven, og at rett til innsyn i journal kunne bygge på "*alminnelige rettsgrunnsetninger*".<sup>31</sup>

Pasienten ble gitt medhold.

De alminnelige rettsprinsippene gikk ut på at det ble foretatt en interesseavveining av de hensyn som talte for at pasienten skulle få innsyn i sin journal og de hensyn som talte for at legene og sykehuset kunne nekte utlevering. Høyesterett sluttet seg til de argumentene som talte for at en pasient skulle gis rett til journalinnsyn, mens motargumentene ble tilbakevist. Det blir særlig fremhevet at hensynet til "*den enkeltes*

---

<sup>30</sup> Kjønsstad, 2007, s. 42

<sup>31</sup> Rt. 1977 s.1035, s. 1046

*muligheter for å ordne tilværelsen for seg og sine og det alminnelige behov for rettssikkerhet tilsier at den som ønsker ytterligere informasjon utover hva legen meddeler ham, må gis medhold i dette”, altså ved journalinnsyn.<sup>32</sup>*

### 3.1.2 Det minste inngreps prinsipp

Står helsepersonell ovenfor valget mellom to lovlige handlinger skal det som synes minst belastende velges. Dette grunnleggende prinsipp kommer til syne både i loven og forarbeidene.<sup>33</sup> Prinsippet utfyller legalitetsprinsippet. Selv om det fremgår alternative løsninger skal det minst inngripende velges.

For eksempel kan psykisk helsevernloven § 3-3 (1) nr. 1 trekkes frem som eksempel. Her slås det fast at tvungent psykisk helsevern ikke kommer til anvendelse dersom ikke frivillighet er forsøkt eller er åpenbart formålsløst. Det står videre i § 3-3 (1) nr. 6 at: *”Selv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for vedkommende...”*

Videre fremgår det i psykisk helsevernloven § 4-2 at: *”Restriksjoner og tvang skal innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak.”*

### 3.1.3 Retten til å medvirke og uttale seg

Ytringsfriheten er en grunnleggende menneskerettighet fastsatt i Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Pasientens rett til å medvirke ved undersøkelse og behandling er fastsatt som et grunnprinsipp i pasientrettighetsloven § 3-1. Medvirkningsretten omfatter også en rett til å gi og motta informasjon, jf. pasrl. § 3-2. I psykisk helsevernloven § 3-9 er det i tillegg inntatt en særskilt regel om pasientens rett til å uttale seg før tvangsvedtak treffes, eller når slik begjæring framsettes. Dette blir behandlet nærmere under punkt 4.5.2.

---

<sup>32</sup> Rt. 1977 s. 1035, s. 1046

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99), pkt. 2.1

## 3.2 Menneskerettigheter

Menneskerettighetene kom sterkt på dagsorden etter annen verdenskrig. Dette kan sees på som en direkte følge av handlingene begått av det tyske naziregime, særlig det som foregikk i konsentrasjonsleirene.

10. desember 1948 ble FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter vedtatt.

Menneskerettigheter hadde vært på FNs agenda siden stiftelsen i 1945, men det er først de siste femten årene anerkjennelsen har blitt stor.<sup>34</sup>

Menneskerettighetene er en del av folkeretten og er juridisk bindende for statene som har ratifisert konvensjonene. Staten er forpliktet til å beskytte og respektere borgernes rettigheter i henhold til konvensjonene. Det er en viktig del av statens forpliktelse å vedta og implementere nasjonal lovgivning i overensstemmende med internasjonale forpliktelser.

Staten er også forpliktet til, gjennom lovgivning eller andre tiltak å sikre respekten for menneskerettighetene.<sup>35</sup>

Psykisk helsevernloven inneholder tiltak som fremstår inngripende ovenfor enkeltindividet. Internasjonale menneskerettigheter har således satt sitt preg på loven. Vedtagelsen av Grunnlovens § 110 c har særlig aktualisert dette.<sup>36</sup> Her kommer det frem at det ”*paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne*”. Det fremgår videre at nærmere bestemmelser om gjennomføring av traktater fastsettes ved lov.

Norsk rett kjennetegnes av dualisme ved implementering av folkerettslige forpliktelser. Dette innebærer at folkerettslige plikter ikke direkte blir en del av norsk rett. Det må foreligge en gjennomføringsakt for å implementere forpliktelsene. Dette kan skje ved å inkorporere traktater ved lovgivning.

Norge vedtok å inkorporere fire menneskerettskonvensjoner med tilleggsprotokoller ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999. Dette være seg Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av

---

<sup>34</sup> NOU 2005:1, pkt. 11.1

<sup>35</sup> NOU 2005:1, pkt. 11

<sup>36</sup> Ot. prp. nr. 11 (1998-99), pkt. 4.1

menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. For det andre FNs internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om økonomisk, sosiale og kulturelle rettigheter. For det tredje FNs internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter. Og til sist FNs internasjonale konvensjon av 20. november 1989 om barns rettigheter.

Menneskerettslige forpliktelser setter begrensninger for statenes adgang til å bruke tvang og makt overfor pasient og klientgrupper, også når dette oppfattes å være i deres interesse. Nasjonale regler må således også oppfylle menneskerettslige krav, slik de for eksempel er nedfelt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 som beskytter den enkeltes rett til privatliv. Kravene som oppstilles i EMK artikkel 8 for inngrep i denne friheten, er for det første at inngrepet må være formålsrettet, være egnet, framstå som nødvendig, ikke uforholdsmessig og følge minste inngreps prinsipp.<sup>37</sup>

Ved utformingen av både pasientrettighetsloven og psykisk helsevernloven har menneskerettighetene hatt stor innvirkning. I pasientrettighetsloven har pasienten fått økt fokus og individuelle rettigheter fremtrer i større grad enn tidligere. Rettighetstenkingen er blitt hovedfokus fremfor paternalismen som tidligere rådet.<sup>38</sup>

### 3.2.1 FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Psykisk helsevern og tvangstiltak i forhold til menneskerettslig aspekter er blitt aktualisert i Norge den senere tid. Spesielt i forbindelse med forberedelsene til ratifikasjon av FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Konvensjonen ble vedtatt av FN 13. desember 2006. Den trådte i kraft 3. mai 2008. Den offisielle tittelen er *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD). Til

---

<sup>37</sup> Syse, 2009, s. 346

<sup>38</sup> NOU 2005:1, pkt. 11.1

nå har rundt 100 stater ratifisert konvensjonen. For øvrig har ca. 150 stater signert konvensjonen.

Norge har deltatt aktivt i arbeidet med konvensjonen og den ble signert 30. mars 2007. Men den er foreløpig ikke ratifisert.

Dette kan forklares med at norsk lovgivning på flere områder må endres for å være i overensstemmelse med konvensjonen.

Eksempelvis kan det vises til uttalelser i forarbeidene til den nye vergemålsloven. Her vises det til den utviklingen som har skjedd internasjonalt, og at en endring av den norske vergemålslovgivningen var nødvendig for å bringe lovgivningen i samsvar med kravene i FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.<sup>39</sup>

### 3.2.1.1 Konvensjonsrettigheter av relevans for personer med psykiske lidelser

Personer med langvarige og kroniske psykiske lidelser utgjør en stor andel av personer med nedsatt funksjonsevne. Det fremstår klart at mennesker med psykiske lidelser er omfattet av konvensjonen dersom lidelsen har en alvorlig og varig karakter, jf. Art. 1 (2).

På bakgrunn av konvensjonen vurderes det nå om mennesker med psykiske lidelser stilles ovenfor konvensjonsstridig diskriminering som følge av særreguleringen om tvangsinngrep i psykisk helsevernloven.<sup>40</sup>

Konvensjonens fortale beskriver betydningen av selvbestemmelse og uavhengighet for personer med funksjonsnedsettelse, jf. litra n. Artikkel 3 litra a har også med dette hensynet under konvensjonens generelle prinsipper. Dette fremtrer som et hensyn av betydning for tolkning av konvensjonen.

Det fremstår også som viktig at partene bekrefter at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre. Dette skal gjelde på alle livets områder og at statene skal treffe hensiktsmessige tiltak for å gi tilgang til den støtte de trenger for å kunne bruke sin rettslige handleevne. Inngripende tiltak fra

---

<sup>39</sup> NOU 2005:8, s. 33

<sup>40</sup> NOU 2011:9

statens side skal være underlagt mekanismer for opprettholdelse av rettssikkerhet. Mekanismene skal være forholdsmessig til inngrepets karakter, jf. Art. 12 nr. 2 og 3.

Artikkel 14 nr. 1 litra a og b oppstiller en forpliktelse for staten til å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne har rett til frihet og personlig sikkerhet og ikke berøves friheten på ulovlig eller vilkårlig måte. Nedsatt funksjonsevne skal ikke rettferdiggjøre frihetsberøvelse.

Artikkel 15 slår fast at staten skal treffe alle lovgivningsmessige, administrative, rettslige og andre tiltak for å hindre at mennesker med nedsatt funksjonsevne utsettes for tortur eller grusom, umenneskelig behandling eller straff.

Retten til respekt for den fysiske og psykiske integriteten for personer med nedsatt funksjonsevne slås fast i artikkel 17.

Artikkel 19 sier at alle mennesker med nedsatt funksjonsevne har samme rett som andre til å leve i samfunnet med likeverdige valgmuligheter. Staten skal treffe effektive og hensiktsmessige tiltak for at mennesker med nedsatt funksjonsevne lettere skal kunne nyte denne rettigheten fullt ut, og bli fullt inkludert og delta i samfunnet.

Til sist bestemmer artikkel 25 litra d at partene skal besørge at helsepersonell gir personer med nedsatt funksjonsevne behandling av like god kvalitet som det gis til andre. Blant annet på grunnlag av fritt og informert samtykke. Dette skal gjøres ved bevisstgjøring om menneskerettighetene, verdigheten, selvbestemmelsesretten og behovene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, gjennom opplæring og implementering av etiske standarder for offentlige og private helsetjenester.



### 3.2.1.2 Tolkning av konvensjonen

Det foreligger relativ stor uenighet om hvordan de nevnte bestemmelser skal forstås. Et hovedspørsmål er om det kan hevdes at konvensjonen forbyr særlige inngrepshjemler ovenfor mennesker med nedsatt funksjonsevne som representerer en forskjellbehandling sammenliknet med personer uten funksjonsnedsettelse.<sup>41</sup>

Majoriteten av statene som har ratifisert konvensjonen synes å legge til grunn en restriktiv fortolkning, som innebærer at særlige tvangsbestemmelser for personer med psykiske lidelser ikke er i strid med konvensjonen. Dette er også lagt til grunn i Sverige og Danmark.

Andre aktører mener at særlovgivning på for eksempel tvangsområdet er i strid med konvensjonen.

### 3.2.1.3 Tolkninger i Norge

Spørsmålet som særlig gjør seg gjeldende er om konvensjonen stiller krav som går lenger enn Norges eksisterende lovgivning på området.

Professor dr. juris Aslak Syses utredning fra januar 2009 drøfter de menneskerettslige aspektene knyttet til bruk av tvang i det psykiske helsevernet. Hans utredning konkluderer med at den norske reguleringen av tvang innen psykisk helsevern ikke er i strid med konvensjoner om menneskerettigheter Norge er bundet av.

Men han poengterer også at det foreligger klare tegn på at man står ovenfor et paradigmeskifte vedrørende muligheten for å ha regler om tvangspsykiatri av den typen vi har.<sup>42</sup>

Helse- og omsorgsdepartementet har innhentet uttalelse fra Utenriksdepartementet i saken. Utenriksdepartementet konkluderer i brev 12. juni 2009 og 19. november 2010 med at tvangsbestemmelsene ikke er i strid med konvensjonen. Og at lovendringer ikke

---

<sup>41</sup> NOU 2011:9, pkt. 6.5.3, s. 72

<sup>42</sup> Syse, 2009, Menneskerettslige aspekter ved tvangsmessig frihetsberøvelse, s. 51

er nødvendig før en eventuell ratifikasjon. Helse- og omsorgsdepartementet slutter seg til denne fortolkningen. Dette samsvarer med hva flere andre stater har lagt til grunn.<sup>43</sup>

Men selv om dagens regler ikke synes å være i strid med menneskerettighetene, kan det likevel være mulig at reglene bør gjennomgås og eventuelt endres. Det trekkes frem ulike verdier som kan komme i konflikt. Som for eksempel hensynet til individets rett til selvbestemmelse og integritetsvern på den ene siden og samfunnets plikt til å minske og forebygge lidelser hos personer med psykiske sykdommer på den andre siden.<sup>44</sup>

### 3.2.2 Oviedo-konvensjonen

I Europarådets bioetiske konvensjon, som Norge er folkerettslig bundet av, er det et krav om at det skal tas hensyn til pasientens uttrykte ønsker i artikkel 9.

Denne bestemmelsen ble drøftet i forhold til endringsloven til psykisk helsevernloven av 2006.<sup>45</sup> Da ble det lagt til grunn at konvensjonen krever at det tas hensyn til pasientens uttalelser, men at slike uttalelser ikke medfører en vetorett. Etter departementets vurdering er artikkel 9 tilstrekkelig ivaretatt i gjeldende lovgivning.

### 3.2.3 Menneskerettigheter i praksis

På tross av en grunntanke om at norsk lovgivning er i samsvar med menneskerettighetene er dette neppe ensbetydende med at brudd ikke foregår i praksis. Handlinger fra helsepersonell eller konkrete vedtak i psykiatrien kan være i strid med Norges forpliktelser. Lovverk er i seg selv ingen garanti mot menneskerettighetsbrudd uansett hvor gode reglene fremstår.

Det er mange beskrivelser av opplevelser av maktesløshet, manglende respekt og uforholdsmessig maktbruk.<sup>46</sup> Hvilket betyr at også andre tiltak også må prioriteres.

---

<sup>43</sup> NOU 2011:9, pkt. 2.3

<sup>44</sup> NOU 2011:9, pkt. 2.3

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-06) s. 15

<sup>46</sup> Se for eksempel Vaaland, 2007, Brev til en minister

Det er viktig å fokusere på hvordan tvangen faktisk gjennomføres. Det er et viktig moment at man gjennomgående møter pasienten med gode holdninger og behandling, som kan bedres ved holdningsarbeid og opplæring. Det er ikke gitt at alt helsepersonell latent innehar de nødvendige personlige egenskapene som er viktige i møte med pasienter under tvangsbehandling.

### 3.3 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet kan anses som en konsekvens av grunnleggende menneskerettigheter og har en bred side til individets autonomi.

Legalitetsprinsippet tilsier at hjemmel i lov må foreligge ved inngrep overfor borgerne. Integritetskrenkende inngrep krever i tillegg en klar og utvetydig lovhjemmel. Alle rettsregler som legitimerer tvangsinngrep har til felles at de begrenser individets grunnleggende og rettsbeskyttende friheter. Her berøres kjerneområdet for legalitetsprinsippet. Det er i utgangspunktet kun hjemmel i lov som rettmessiggjør avgjørelser som griper dypt inn i individets personlige rettssfære, med mindre samtykke foreligger.<sup>47</sup> Desto mer alvorlig et inngrep er, desto mer vektlegges rettssikkerhetshensynene.<sup>48</sup> Dette stiller krav til en klarere lovhjemmel ved alvorlig inngrep.

Selv om tvang utføres i vedkommendes egen interesse må lovhjemmel foreligge.<sup>49</sup>

Legalitetsprinsippet er ulovfestet forvaltningsrett.<sup>50</sup> I dag følger også prinsippet av EMK art. 5 samt art. 8, inkorporert i menneskerettsloven. Dette var også sikker rett før 1999, slått fast av Høyesterett.

---

<sup>47</sup> Kjøenstad og Syse, 2008, s. 433

<sup>48</sup> Eskeland, 1994, s. 111

<sup>49</sup> Kjøenstad og Syse, 2008, s. 433

<sup>50</sup> Andenæs, 2003, s. 78

### 3.3.1 Rt. 2010 s. 612 "Huleboer II"

En interessant dom på velferdsrettens område vedrørende legalitetsprinsippet er Rt. 2010 s. 612. Dommen er kalt "Huleboer II" og er diskutert i fagkretser den senere tid. Dommen er ikke innenfor psykisk helsevern, men er viktig i forhold til legalitetsprinsippet samt pasientens selvbestemmelse.

Dommen omhandler hovedpersonen A, en mann født i 1953, som allerede i studietiden sluttet å vaske seg og ivareta egen hygiene. A ble i juli 2006 innvilget langtidsopphold ved et sykehjem i Oslo kommune. Helsetilstanden til vedkommende var betydelig svekket grunnet sårdannelse, bevegelsehemninger og kronisk tarmsykdom. A var også inkontinent for urin og avføring samt konstant sengeliggende.

Etter innleggelsen nektet A å ta i mot medisinsk behandling. Han nektet også å medvirke til kroppsvask og stell, skifting av sengetøy samt stell av infiserte sår. Dette skapte en svært belastende situasjon for personalet ved sykehjemmet, særlig på grunn av betydelige luktplager. Dette var til sjenanse for sykehjemsmiljøet generelt og As medpasienter. Sykehjemmet besluttet derfor å gjennomføre vask og sårstell mot As vilje.

Dommen har dissens (3-2), hvor flertallet finner lovhjemmel og mindretallet gjør det ikke.

Det var enighet om at det kreves særskilt hjemmel for å utøve tvang mot et annet menneske. Kort oppsummert fastslår Høyesterett at tvungent sårstell omfattes av legalitetsprinsippet, men mindretallet tar dette mer bokstavelig enn flertallet.

Dommen er omdiskutert, men det fremstår enighet om at den inneholder prinsipielle uttalelser som bryter med det som tidligere har vært den alminnelige oppfatning i norsk forvaltningsrettslig teori.<sup>51</sup>

Førstvoterende slår fast at tvungen helsehjelp også kan hjemles i andre rettsgrunnlag enn eksplisitte lovbestemmelser. Flertallet finner her flere ulike rettslige tilnærminger, som alene ikke gir tvangsfullbyrdelsesrett, men som samlet kan bidra til en tilstrekkelig hjemmel. Det kan nevnes vilkårlæren (rett til å stille vilkår til mottakere av nødvendig helsehjelp), nødrettsbetraktninger (hlspl. §7) samt hensynet til forsvarlig helsehjelp og

---

<sup>51</sup> LOV OG RETT, nr. 5, 2011 s. 283 samt nr. 10, 2011 s. 631

et forsvarlig arbeidsmiljø og hensyntaking til andre pasienter i forhold til lukt- og infeksjonsplager. Sårstellet blir således legitimt selv når A motsetter seg dette.

Førstvoterende understreker at motforestillingene svekkes fordi *”hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der det klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter”*.<sup>52</sup>

Det spiller også inn at gjennomføringen av vask, skifting av sengetøy og sårstell *”helt klart...ikke er urimelig byrdefullt for A”*.<sup>53</sup>

Høyesteretts flertall mener denne at kumuleringen av hjemmelsgrunnlag er tilstrekkelig til at A fortsatt må motta sårstell på et minimumsnivå ut fra faglig forsvarlighet når dette oppfattes som helt nødvendig, mens han fortsatt kan nekte medisiner og mer inngripende sårstell.

Høyesteretts mindretall krever en klarere hjemmel. Andrevoterende skriver: *”Når jeg ikke går nærmere inn på om det er stillet krav til A som går utover det sykehjemmet er berettiget til, er det fordi det etter min mening uansett ikke foreligger rettslig grunnlag for å bruke tvang for å sørge for at A opptrer i forhold til de underforståtte hygienekravene. At det kan oppstilles vilkår for et opphold, gir ikke i seg selv grunnlag for tvang. Tvang krever en særlig hjemmel, og det kan jeg ikke se at det er i dette tilfellet. Tvert i mot er det en rekke rettsregler som taler tydelig imot at det foreligger tvangsadgang.”*<sup>54</sup>

Etter gjeldende rett kan det således tenkes spesielle enkelttilfeller innenfor tvangsområdet hvor det ikke fremstår et klart enkeltstående hjemmelsgrunnlag, men hvor det åpnes en mulighet til å kumulere ulike rettsgrunnlag som ikke ville vært tilstrekkelig enkeltvis.

I fagkretser synes det som professor Syse<sup>55</sup> støtter flertallets argumentasjon, mens det er bred støtte også for mindretallets argumentasjon blant annet fremmet av

---

<sup>52</sup> Rt. 2010 s. 612, avsnitt 30

<sup>53</sup> Rt. 2010 s. 612, avsnitt 33

<sup>54</sup> Rt. 2010 s. 612, avsnitt 45

<sup>55</sup> LOV OG RETT, nr. 10, 2011, s. 628-637

førsteamanuensis Bjørn Henning Østenstad<sup>56</sup> samt stipendiatene Njål Wang Andersen og Karl O. Wallevik<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Østenstad, 2011, s. 614

<sup>57</sup> LOV OG RETT, nr. 5, 2011, s. 283-297

## 4 Gjeldende rett

### 4.1 Rettslig plassering av begrepene samtykke og forhåndserklæring

Et samtykke eller en forhåndserklæring vil fremtre som et ”dispositivt utsagn”. Et begrep som lenge har vært benyttet i avtale- og obligasjonsretten, og kan anses som det grunnleggende element i kontraktsretten. Begrepet ”dispositivt utsagn” ble i sin tid introdusert av Carl Jacob Arnholtz som var professor ved Universitetet i Oslo 1933-69.

Et ”dispositivt utsagn” er et utsagn, som gir uttrykk for at avgiveren av utsagnet gir fra seg rettigheter eller påtar seg plikter på et område hvor han rettslig sett har adgang til å foreta slike disposisjoner.<sup>58</sup> Tradisjonelt har man også benyttet begrepet ”viljeserklæring” om denne formen for utsagn. Dette begrepet er også benyttet i avtaleloven kapittel 3 og andre steder i lovgivningen, for eksempel i straffeprosessloven § 259.

I eldre tider ble begrepet ofte omtalt som ”rettshandel”, som er oversatt av det tyske begrepet ”rechtsgeschäft”. Juridisk teori bemerker at dette ikke er en særlig god oversettelse. ”Rettshandling” synes bedre, siden det er ønskelig å få frem at det er snakk om en handling som foretas med siktemål å etablere bestemte rettsvirkninger.

Videre ble også begrepet ”viljesteori” introdusert. Dette er betegnelsen på at løftet binder fordi dette er avgivers ønske. Forestillingen om at generelle rettsregler og individuelle plikter er et utslag av vilje, kaller ofte ”voluntaristiske”, og kan historisk finnes igjen i en rekke ulike varianter.

Naturrettsideene, representert ved for eksempel Hugo Grotius, bidro også til å fremheve viljen som det sentrale element i avtaleretten.<sup>59</sup> Bakgrunnen for disse ideene var gjerne en forestilling om en slags ideell urtilstand, hvor alle mennesker var likestilt, og enkeltmenneske hadde sin personlige sfære av rettigheter, kalt ”suum”. Men ved avtale kunne en gi avkall på sine rettigheter. Grunnlaget for forpliktelsen var at vedkommende

---

<sup>58</sup> Hov, 2002, s. 60

<sup>59</sup> Hov, 2002, s. 61

*ville* det, og videre at en ovenfor omverdenen ga uttrykk for dette gjennom en viljeserklæring.<sup>60</sup>

Viljesteorien i avtaleretten hevder altså at selve grunnlaget for et dispositivt utsagn var bindende, er at avgiveren ønsker dette. Hvis vedkommende ordla dette ønske var viljen, som lå bak ønsket, grunnlaget til forpliktelsen. Viljesteorien ledet således til at det avgjørende for hvor langt avgiveren var bundet, var hva han hadde ment, og bare det.

Diskusjonen om samtykke og forhåndserklæringer vil være en del av tematikken om å ha rettslig handleevne. Dette vil si en persons evne til å stifte rett og påta seg ansvar, for eksempel ved å inngå avtaler eller opprette testament. Med andre ord evnen til å binde seg, både i forhold til nåtidige og fremtidige situasjoner.

En myndig person har som hovedregel full rettslig handleevne.

Det kan utledes av avtaleloven § 31 at en person med en psykisk forstyrrelse eller liknende tilstand ikke vil være bundet av sitt samtykke i en avtalesituasjon dersom den annen part har utnyttet tilstanden. Slike regler må ses på som et uttrykk for et generelt prinsipp at rettsorden ikke godtar utnytting av en svak medkontrahent til å tjene samhandlerens personlige vinningsformål.<sup>61</sup>

Et testament vil også kunne være ugyldig når testator ”...*var sinnsjuk eller i høy grad hemma sjeleleg utvikling eller i høy grad sjeleleg svekt då testamentet var gjort, med mindre det er usannsynleg at sinnsstoda hans har hatt innverknad på innhaldet i disposisjonen.*”, jf. al. § 62.

En disposisjon foretatt av en som ikke har rettslig handleevne vil være å anse som en sterk ugyldighetsgrunn. Dette innebærer at disposisjonen ikke kan gjøres gjeldende av medkontrahenten, selv om denne var i god tro og ikke kjente til den manglende handleevnen. Men det er verdt å merke seg unntaket i bestemmelsen. Etter arveloven vil disposisjonen være gyldig såfremt det ikke foreligger årsakssammenheng mellom den psykiske lidelsen og disposisjonen. Dette står i motstrid til straffelovens regler om tilregnelighet. Strl. § 44 sier at ”*den som på handlingstiden var psykotisk eller*

---

<sup>60</sup> Hov, 2002, s. 62

<sup>61</sup> Kjønstad og Syse, 2008, s. 300



*bevisstløs, straffes ikke*". Noe som vil innebærer at det ikke kreves årsakssammenheng mellom psykosen og ugjerningen. Dette er sterkt satt på dagsorden og har vært gjenstand for mye diskusjon i media den siste tiden med tanke på den pågående terrorrettssaken.

## 4.2 Samtykke som begrep i helseretten

Det grunnleggende formål ved all helsehjelp er å forebygge, helbrede og lindre sykdomstilstander. Den helserettslige regulering er hovedsakelig bygd opp rundt hensynet til å ivareta enkeltindividets helse. Dette kommer blant annet til uttrykk i pasientrettighetsloven § 1-1.

Hvis helsehjelp skal fremtre som et gode for pasienten er det en viktig forutsetning at vedkommende ønsker, eller i det minste aksepterer, det aktuelle tiltak. Også i forhold til pasientens tillit til helsetjenesten er samtykke viktig. Disse hensyn er ivaretatt i kapitel tre i pasientrettighetsloven, som omhandler rett til medvirkning og informasjon.

Hvis en pasient behandles på tross av manglende samtykke vil inngrepet kunne oppleves som en fysisk og psykisk krenkelse, selv om inngrepet er medisinsk berettiget og vil bedre pasientens helsetilstand.

Lovgiver går langt i vektlegging av pasientens egen oppfatning, gjennom pasientrettighetslovens § 4-9. Bestemmelsen om retten til å nekte helsehjelp av overbevisningsgrunner, foretar betydelige begrensninger av den kodifiserte nødrettsregelen i hlspl. § 7. Alvorlig overbevisning hos en pasient innskrenker adgangen til å påberope hlspl. § 7 som grunnlag for blod- eller næringstilførsel ved tvang. Bestemmelsen representerer en styrking av den enkeltes egen overbevisning, som rettslig relevant argument. Dette er uttrykk for et verdisyn, som kan være relevant å vise til også i forhold til problemstillingen om bindende forhåndserklæringer, som blir behandlet under punkt 6.

Det normative utgangspunktet for helselovgivningen er at mennesket er autonomt og verdig.<sup>62</sup> Dette er stadfestet i internasjonale menneskerettighetsforpliktelser og er

---

<sup>62</sup> NOU 2011:9, s. 23

kommet til uttrykk i nasjonal rett gjennom pasientrettighetsloven.

Formålsbestemmelsen sier at lovens bestemmelser ”skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helsetjeneste og ivareta respekten for den enkeltes pasients liv, integritet og menneskeverd”, jf. § 1-1. Grunnsynet er at alle har full selvbestemmelsesrett. Ethvert inngrep i den personlige integritet og rettssfære, også innenfor helsetjenesten, krever et gyldig rettsgrunnlag, jf. legalitetsprinsippet. Det rettslige grunnlaget kan være samtykke eller lovhjemmel.

### 4.3 Hovedregelen om samtykke

Hovedregelen for all behandling er at pasienten har avgitt et informert samtykke etter reglene i pasientrettighetsloven, jf. phlsvl. § 2-1 (1). Tvang skal være siste alternativ. Bestemmelsens første ledd markerer den klare hovedregel om at det kreves samtykke som grunnlag for undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet.<sup>63</sup>

Men det kan i særlige tilfeller åpnes for undersøkelse og behandling uten gyldig samtykke. Dette fremgår av benevnelsen, ”med mindre annet følger av loven her.”

#### 4.3.1 Gyldighetskrav

Som utgangspunkt må tre vilkår være oppfylt for at et gyldig samtykke skal anses avgitt. Personell kompetanse, prosessuell kompetanse og materiell kompetanse må foreligge.<sup>64</sup>

Samtykket må være avgitt av en person med personell kompetanse. Det vil si at pasienten, eller vedkommendes representant, må være rette vedkommende til å avgi samtykke. Dersom personen er mindreårig eller umyndiggjort gjelder spesielle bestemmelser i pasientrettighetsloven §§ 4-4 til 4-7.

Vedkommende må også ha den nødvendige habilitet til å kunne avgi samtykke. Det vil si at personen må inneha personlige forutsetninger for å tilegne seg en tilstrekkelig forståelse av situasjonen og samtykkets konsekvenser.

---

<sup>63</sup> Ot.prp. Nr. 65 (2005-2006)

<sup>64</sup> Syse, 2009, s. 292

Videre må den prosessuelle kompetansen være oppfylt. Det vil si at pasienten må ha avgitt samtykke på en formriktig måte. Tilblivelsesmangler må ikke kunne påvises. Dette vil for eksempel være svik, tvang eller andre ugyldighetsgrunner. Samtykket må også være av en viss kvalitet, for eksempel stilles det krav til at det er informert. Endelig må samtykket oppfylle visse formkrav.

Til sist foreligger et krav om materiell kompetanse. Det vil si at samtykket må gjelde et saksforhold som pasienten gyldig kan samtykke til. Eksempelvis oppstiller straffeloven materielle begrensninger for hva en kan samtykke til. En kan ikke avgi et gyldig samtykke til barmhjertighetsdrap, se. strl. § 233, jf. § 235.

Foreligger brudd på de ovennevnte vilkår kan samtykket være ugyldig. Vilkårene er ikke uavhengig hverandre. Syse fremhever at: *”Jo mindre de personelle forutsetningene er hos pasienten, for eksempel ved mentale lidelser eller senil demens, jo strengere må situasjonen omkring samtykkets inngåen vurderes for å utelukke at det foreligger tvang, utbytting eller lignende.”*<sup>65</sup>

Dette berører kjerneområdet for problemstillingen i denne oppgaven.

#### 4.3.2 Informert samtykke

Vilkåret om prosessuell kompetanse tilsier at samtykket må være informert. Dette vil si at reglene i pasientrettighetslovens kapittel 3 må sees i sammenheng med samtykkebestemmelsene. Pasientrettighetsloven § 3-2 tilsier at pasienten har rett til informasjon. Regelen innebærer at pasienten skal ha den informasjonen som er påkrevd for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Det skal informeres om mulige risikoer og eventuelle bivirkninger. Det er først når pasienten har fått og forstått den nødvendige informasjonen at vedkommende kan samtykke til eksempelvis psykisk helsevern. Pasienten må være klar over alle aspekter i forhold til hva han samtykker til.

Dette var drøftet i dommen i Rt. 1998 s. 1538. En ung mann fikk skadet seksualfunksjonen etter en ryggoperasjon. Risikoen for skade var ca. fem prosent, men

---

<sup>65</sup> Syse, 2009, s. 294-95

dette ble han ikke informert om før operasjonen. Det var enighet i Høyesterett om at det forelå informasjonssvikt i dette tilfelle. Men Høyesteretts flertall (3) kom til at mannen ville ha valgt å følge legens råd om å la seg operere selv om han hadde blitt informert om risikoen. Høyesteretts mindretall (2) kom til at han ville ha valgt ikke å bli operert dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon om risikoen. Juridisk teori har vært kritisk til denne dommen ut fra et autonomiperspektiv.<sup>66</sup> Men det er verdt å merke seg at dommen ble avsagt før pasientrettighetsloven av 1999 ble vedtatt, og da sto autonomiprinsippet ikke like sterkt som i dag.

#### 4.3.3 Formkrav

Kravene til samtykkets form fremgår av pasientrettighetsloven § 4-2. Ofte vil det bli gitt muntlig samtykke. Stilltiende samtykke er likestilt med uttrykkelig samtykke. Stilltiende samtykke kan forklares ved at pasienten innretter seg etter de aktuelle forhold. Pasientens samlede adferd og omstendighetene for øvrig blir følgelig oppfattet som et samtykke. Dette kan for eksempel vise seg ved et lite ”nikk” ved en svært smertefull behandling av akutt karakter. Dette betegnes også som konkludent adferd. For at stilltiende samtykke skal aksepteres må pasienten ha fått tilstrekkelig informasjon, mulighet til å medvirke og ikke motsette seg tiltaket

Muntlig samtykke er i utgangspunktet like bindende som skriftlig. Men det er klart at skriftlighet øker notoriteten og tydeliggjør samtykke. Et skriftlig samtykke vil med andre ord sikre kvaliteten til samtykke. Eksempelvis kan phlsvl. § 2-2 trekkes frem som en bestemmelse hvor det kreves skriftlig samtykke. Her er det krav om at pasienten må skriftlig samtykke til å tilbakeholdes i tre uker fra innleggelsen for å kunne underlegges phlsvl. § 3-5, som skisserer hva tvungen observasjon og tvunget psykisk helsevern kan omfatte.

Antatt samtykke, også kalt hypotetisk samtykke kan forklares ved at pasienten ville samtykket dersom han var i stand til det. Det vil ikke foreligge en konkludent adferd.

---

<sup>66</sup> Kjøenstad, 2007, s. 263

Presumert samtykke står nært antatt samtykke. Men her vil man legge til grunn hvordan en forstandig person (bonus pater familias) ville opptrådt i den aktuelle situasjon. Tradisjonelt har disse samtykkeformene stått rettslig svakt. Men antatt samtykke har blitt satt på dagsorden den siste tiden, da denne formen for samtykke er foreslått som nytt rettslig grunnlag under behandlingskriteriet i bestemmelsene om etablering og opphør av tvungent psykisk helsevern. Dette blir nærmere behandlet senere i avhandlingen under punkt 5.2.

Til slutt finnes regler om representasjon. Dette vil gjelde pasienter uten samtykkekompetanse. I så tilfelle vil andre personer ta gyldige beslutninger for pasienten. Vedkommende må handle i samsvar med prinsippet om pasientens "eget beste".

#### 4.3.4 Hvem har samtykkekompetanse?

Reglene om hvem som har samtykkekompetanse finnes i pasientrettighetsloven § 4-3. De som kan samtykke er myndige personer og mindreårige etter fylte 16 år. For at samtykket skal være bindende må pasienten inneha tilstrekkelig forståelse av situasjonen. Bestemmelsens andre ledd tilsier at samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hvorfor helsehjelpen blir gitt og hva et samtykke vil omfatte. Men samtykkekompetansen kan kun bortfalle dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming ikke er i stand til å forstå begrunnelsen. Samtykkekompetansen faller med andre ord ikke bort ved en liten reduksjon i forstandsevnen. Pasienten kan på enkelte områder inneha tilstrekkelig forståelse for å avgi et gyldig samtykke. Helsepersonell har plikt til å ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. pasrl. §§ 3-5, 4-3 (3).

Pasientrettighetsloven § 4-3 (5) regulerer forholdet mellom samtykkereglene i pasientrettighetsloven og psykisk helsevernloven. Her fremgår det at undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse eller motsetter seg

helsehjelpen, bare kan skje med hjemmel i psykisk helsevernloven kapittel 3. Reglene om representasjon blir således satt til side.

#### 4.3.5 Myndige personer uten samtykkekompetanse

Ved myndighetsalderen på 18 år er hovedregelen er at pasienten selv skal samtykke. Dersom en myndig person helt mangler samtykkekompetanse kan helsepersonell ta avgjørelser om helsehjelp av liten inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet, jf. pasrl. § 4-6 (1). Forarbeidene sier at bestemmelsen uttrykker et antatt samtykke.<sup>67</sup> En må således anta at pasienten ville samtykket hvis vedkommende hadde hatt kompetansen til å samtykke.

Bestemmelsens andre ledd, som regulerer alvorlige inngrep ble endret i 2008.

Opprinnelig var bestemmelsen utformet som et representert samtykke hvor pårørende hadde samtykkekompetanse til mer alvorlige inngrep. Nå er kompetansen lagt til helsepersonell. Ved endringen av bestemmelsen ble det klargjort at den ikke lenger representerer et representert samtykke, men åpner for at det aktuelle helsepersonell som gir helsehjelp, også kan bestemme at helsehjelp skal gis.

Dette er grunnlagt i forarbeidene med at pårørende bør slippe å ta slike vanskelige avgjørelser på vegne av sine nærmeste.<sup>68</sup>

Slik bestemmelsen nå fremstår må det sannsynliggjøres at pasienten ville ha gitt tillatelse til den konkrete helsehjelpen. Bestemmelsen regulerer de forhold hvor man står ovenfor voksne pasienter som mangler beslutningskompetanse og som ikke motsetter seg helsehjelpen. Bestemmelsen kan ikke anvendes ovenfor pasienter hvor det er mistanke om alvorlig psykisk lidelse, uavhengig av deres uttrykte ønske eller vilje. Tredje ledd gjør unntak fra bestemmelsen om helsepersonells inngrepskompetanse i første og andre ledd. Bestemmelsen krever at det foreligger særskilt hjemmel i lov for å gjennomføre tiltak som pasienten motsetter seg. Pasrl. § 4-6 kan altså ikke benyttes dersom pasienten motsetter seg tiltaket og heller ikke dersom vedkommende har en

---

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 85 og s. 134

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) pkt. 3.5

alvorlig sinnslidelse, jf. § 4-3 (5). Slik helsehjelp må ha hjemmel i psykisk helsevernloven.

#### 4.3.6 Pasienter som er umyndiggjort

For personer som er ute av stand til å inneha en forsvarlig omsorg for seg selv skal vergen ha dette ansvaret, jf. vergemålsloven § 39 (2). Bestemmelsen gir også en viss samtykkekompetanse til helsehjelp på bakgrunn av en ”pasientens beste” tankegang. Pasientrettighetsloven § 4-7 presiserer vergens kompetanse og går noe lengre enn vergemålsloven.

Bestemmelsen slår fast at umyndiggjorte i så stor utstrekning som mulig selv skal samtykke til helsehjelp. Dette overensstemmer godt med hovedregelen om selvbestemmelse. Men det kan synes motstridene med pasrl. § 4-3 om at kun myndige personer har samtykkekompetanse. Samtykkekompetansen vil kunne variere fra tiltak til tiltak avhengig av alvorlighetsgrad, behandlingens nytteeffekt, pasientens erfaringsgrunnlag og forståelsen vedkommende viser i det enkelte tilfelle.<sup>69</sup>

#### 4.3.7 Samtykke til å være underlagt tvang

Pasienter underlagt frivillig vern vil i utgangspunktet kunne forlate institusjonen etter eget ønske. Dette er rettsikkerhetsgarantien som gjør helsehjelpen frivillig.<sup>70</sup>

I psykisk helsevernloven § 2-2 foreligger en særlig samtykkeregulering som muliggjør en avtale om rett for institusjonen til å holde pasienten tilbake i opptil tre uker etter reglene i § 3-5. Da kan man si pasienten frivillig har undergitt seg tvangsbehandling og det foreligger en slags ”frivillig tvang”.

Tvangsregelen i phlsvl. § 3-5 (1) 2. pkt. sier at pasienten kan holdes tilbake mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang. Da sikrer man at pasienten får behandling i opptil tre uker. Pasienten kan begjære seg utskreven når han eller hun vil. Da må det vurderes om tilbakeholdsretten er nødvendig å benytte. Følgelig kan pasienten skrive seg ut etter en skjønnsvurdering før tiden er utløpt.

---

<sup>69</sup> Syse, 2009, s. 337

<sup>70</sup> Kjøenstad og Syse, 2008, s. 453

Bestemmelsen er i første rekke tiltenkt suicidale pasienter og rusmiddelbrukere med psykiske lidelser. Retten til tilbakeholdelse vil kunne sikre pasienten hjelp i opptil tre uker og videre sikre en viss kontinuitet i behandlingen eller avrusningen.<sup>71</sup>

Det er fremhevet at denne formen for innleggelse har preg av et kontraktsforhold mellom pasient og institusjonen.

#### 4.4 Personer uten samtykkekompetanse

Pasientrettighetsloven har flere bestemmelser som skal sikre medvirkning og selvbestemmelse for personer uten eller nedsatt samtykkekompetanse. Pasrl. § 4-3 (3) sier at helsepersonell skal vurdere om pasienten har samtykkekompetanse. Med bakgrunn i pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn skal de legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til psykisk helsehjelp. Denne regelen bidrar til pasientens selvbestemmelsesrett. Så langt det er mulig at en pasient selv er i stand til å samtykke, skal dette etterstrebes. Helsepersonell skal informere og legge til rette for at pasienten forstår den aktuelle situasjonen. Dette behovet er forskjellig fra pasient til pasient, noen vil ha behov for mer hjelp til forståelse enn andre. Hvis denne hjelpen er fraværende eller mangelfull vil pasienten kanskje mangle den nødvendige forståelsen for å kunne ta en beslutning og har således ikke avgitt et informert samtykke.

Hvis en pasient helt mangler samtykkekompetanse kan reglene om representasjon eller tvang bli aktuelle. Dette kommer til uttrykk i pasientrettighetsloven § 3-1 (2), hvor det står at *”Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten”*. Dette er de personene som kjenner pasienten best og presumeres å vite hva som er best for vedkommende. De kan på best mulig måte sørge for at pasienten får den hjelpen vedkommende er i behov av. De er også nærmest til å vurdere hva vedkommende selv ville valgt.

Dersom pasienten samtykker, men ikke er i stand til å forstå hva samtykke innebærer, vil samtykket kunne fremstå ugyldig.

---

<sup>71</sup> Kjøenstad og Syse, 2008, s. 454



## 4.5 Tvungent psykisk helsevern

Psykisk helsevernloven kan gi hjemmel for at pasienter kan underlegges tvungent psykisk helsevern.

Tvungent psykisk helsevern omfatter undersøkelse, behandling, pleie og omsorg uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pasientrettighetsloven kapitel 4, jf. phlsvl. § 1-2 (3).

Tvungent psykisk helsevern kan bare gis for visse typer psykiske lidelser, generelt beskrevet som ”alvorlig sinnslidelse”, jf. phlsvl. § 3-3 (1) pkt. 3.

Det er flere vilkår som må være oppfylt, og frivillighet skal være forsøkt først, så fremt det ikke er åpenbart formålsløst å forsøke dette, jf. phlsvl. §§ 3-2, 3-3.

Videre skal institusjonen være faglig og materielt utstyrt slik at de er i stand til å behandle pasienten. Dette kan anses som en sikkerhetsventil for å unngå ren ”oppbevaring”.

### 4.5.1 Frivillighetsvilkåret

Dette vilkåret innebærer, muligens paradoksalt, at helsepersonell skal forsøke å etablere samtykke med en pasient som i utgangspunktet kanskje ikke er samtykkekompetent.

Frivillighetsvilkåret markerer at tvang alltid skal være en subsidiær løsning. Vilkåret skal sikre at helsetjenesten følger minste inngreps prinsipp og at bruk av tvang holdes på et minimum. Ved frivillig vern forutsettes imidlertid at pasienten er samtykkekompetent, jf. phlsvl. § 1-2.

Praktiseringen av frivillighetsvilkåret har vært omdiskutert.<sup>72</sup> Bernt-rapporten fra 2009 fremhever at dette vilkåret i liten grad er operasjonalisert i praksis. I Bernt-rapporten ble det videre lagt vekt på å gi balansert informasjon om helsesituasjonen til pasienten og at det i større grad bør forhandles om frivillige tiltak som kan skape en forsvarlig situasjon.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> NOU 2011:9, s. 181

<sup>73</sup> NOU 2011:9, s. 181

Dersom det psykiske helsevernet vurderer at aktuelle frivillige behandlingstiltak er forsvarlig vurdert ut fra helsepersonellens ståsted, innebærer medvirkningsretten etter pasientrettighetsloven § 3-1 at pasienten har rett til å velge.<sup>74</sup>

#### 4.5.2 Retten til å uttale seg

En viktig bestemmelse i forhold til pasientens selvbestemmelse i psykisk helsevernloven er § 3-9 om retten til å uttale seg. Retten til informasjon og medvirkning er sikret i pasientrettighetsloven kapittel 3 som er gjort gjeldende for psykisk helsevernloven.

Phlsvl. § 3-9 gir ytterligere rett for pasienten til å uttale seg, og tydeliggjør at slike uttalelser skal vektlegges.<sup>75</sup> Retten til å uttale seg skal blant annet gjelde spørsmål om etableringen av tvunget psykisk helsevern, samt spørsmålet om hvilken institusjon som skal ha ansvaret for vernet. Det har vært reist spørsmålet om retten til fritt sykehusvalg etter pasientrettighetsloven § 2-4 også gjelder ved etablering av tvungent psykisk helsevern.<sup>76</sup> Ordlyden i phlsvl. § 3-9 tyder på at dette ikke er tilfelle, siden pasienten "bare" er gitt en uttalerett. Men dette modifiseres av bestemmelsen i pasrl. § 2-4 (3) hvor det står at *"For pasienter under tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven kapittel 3, gjelder ikke retten etter første ledd dersom dette vil være uforsvarlig eller i betydelig grad er egnet til å svekke formålet med det tvungne vernet"*.

Pasienten behøver i utgangspunktet ikke å grunngi sitt valg. Dette er i tråd med situasjonen når somatiske pasienter benytter retten til fritt sykehusvalg. Men det vil sikkert i mange tilfeller være formålstjenlig om vedkommende, for eksempel basert på gode eller dårlige erfaringer med henholdsvis sykehus A eller B, gir til kjenne grunnen.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> NOU 2011:9, s. 182

<sup>75</sup> Syse, 2007, s. 105

<sup>76</sup> Syse, 2007, s. 106

<sup>77</sup> Syse, 2007, s. 106

I phlsvl. § 3-9 (2) 2. pkt. er det presisert at det skal legges særskilt vekt på uttalelser som gjelder erfaring med bruk av tvang. Hvis pasienten eller pårørende gir uttrykk for at pasienten har hatt negative erfaringer med tvungent psykisk helsevern eller med spesifikke tvangstiltak, innebærer dette en høyere terskel for gjentakelse av slike tiltak, og en særlig forpliktelse til å vurdere alternativer.<sup>78</sup>

Etter psykisk helsevernloven § 6-4 (1) har pasienten eller den som handler på pasientens vegne, en særskilt rett til å uttale seg før kontrollkommissjonen avgjør saker om tvungen observasjon, etablering, tilbakeholdelse eller opphør av tvungent psykisk helsevern.

Pasientens selvbestemmelse skal så langt det er mulig respekteres, jf. phlsvl. § 4-2 (2). Dette må ses i sammenheng med hovedregelen i pasientrettighetsloven § 4-3 (3), hvor helsepersonell pålegges en plikt til å *”legge forholdende best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp”*.

Pasienten skal så langt det er mulig delta i utformingen av det daglige liv på institusjonen og andre forhold som berører den enkelte pasient. Pasienten skal gis anledning til å dyrke interesser og hobbyer, gis tilgang til aktivitetstilbud og daglige uteaktiviteter, jf. phlsvl. § 4-2 (3) pkt. a-d. Det skal også tas særskilt hensyn til pasientens livssyn og kulturbakgrunn.

#### 4.5.3 Etablering av tvungent psykisk helsevern

Ved en tvangsinnleggelse skal pasienten undersøkes av lege som ikke har tilknytning til institusjonen vedkommende skal legges inn ved, jf. phlsvl. § 3-1. Utgangspunktet her er også at undersøkelsen skal være frivillig. Men hvis pasienten ikke samtykker, kan kommunelegen vedta tvungen undersøkelse. Undersøkelsen skal da foretas av en annen lege, og det er videre et krav om at det skal være nødvendig.

Ved etablering av tvangsbehandling skal videre det såkalte hovedvilkåret være oppfylt. Det vil si at pasienten må ha en ”alvorlig sinnslidelse”. Dette er et juridisk begrep som

---

<sup>78</sup> Syse, 2007, s. 109

ikke tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose. Ved psykoser regnes dette vilkåret vanligvis som oppfylt, men også andre tilstander kan omfattes når pasientens funksjonsevne er så dårlig at den kan sidestilles med tilstanden ved psykose. Vilkåret kan også være oppfylt selv om pasienten er symptomfri, dersom dette skyldes medikamentell behandling. Videre må alltid et av de to tilleggskriteriene foreligge. Disse beskrives som behandlingskriteriet og farekriteriet.

Til sist er det krav om at vedtaket skal vurderes på bakgrunn av en skjønnsmessig helhetsvurdering. Her skal det vurderes om vedtaket alt i alt fremstår som den beste løsningen. Dette vil si at uavhengig av om alle de øvrige vilkårene er oppfylt, kan man beslutte å ikke fatte vedtaket fordi det etter en skjønnsmessig helhetsvurdering ikke synes som den beste løsningen.

I forhold til problemstillingen i denne avhandlingen er behandlingskriteriet av størst interesse. Vilkåret er gjenstand for størst debatt i de foreslåtte lovendringene, både i forhold til antatt samtykke og bindende forhåndserklæringer. I det følgende behandles derfor behandlingskriteriet nærmere.

#### 4.5.3.1 Behandlingskriteriet

Vilkåret er etter ordlyden oppfylt når det med bakgrunn i en alvorlig sinnslidelse er nødvendig med psykisk helsevern for å hindre at pasienten ved utelatelse av behandling; *”får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret”*, jf. phlsvl. § 3-3 (1) nr. 3 a.

Vilkåret kan oppdeles i ett bedringsalternativ og ett forverringsalternativ.

Vurderingen i forhold til forverringsalternativet vil være særlig aktuell der pasienten behandlingmessig er brakt til sitt optimale nivå, men det samtidig foreligger en fare for et nokså umiddelbart og alvorlig tilbakefall ved opphør av tvangsbehandling.

Dette åpner for meget inngripende tiltak sett fra pasientens side. Derfor er det oppstilt et kvalifisert krav til forverringsmuligheten. Dette fremgår ved at det må være fare for en

vesentlig forverring i *meget nær* fremtid. Videre er det et krav til *stor sannsynlighet* for at så skal skje. Dette vil si at det må mer til enn sannsynlighetsovervekt.

I forarbeidene er det uttalt at ”...*tvungent psykisk helsevern er et så inngripende tiltak at det ikke bør brukes mot noen bedrefungerende over lengre perioder uten at de får ”prøve seg” for å se hvordan det går. På den annen side må det også være en mulighet til å opprettholde vernet dersom utsiktene til forverring er overhengende, for eksempel fordi vedkommende umiddelbart vil slutte å ta psykofarmaka*”.<sup>79</sup>

Bedringsalternativet vil som regel være mest aktuelt ved en innleggelse. Typisk hvis faglig ansvarlig mener pasienten vil profitere på innleggelse.

Prognosen med og uten behandling må altså vurderes. I vurderingen må man ta med det reelle tilbudet helsevernet kan gi. Behandlingen innenfor helsevernet må klart forventes å kunne gi et bedre resultat for pasienten enn behandling utenfor. Dette vil i stor grad være et psykiatrifaglig skjønnstema.<sup>80</sup>

#### 4.5.4 Gjennomføring av psykisk helsevern

Ovenfor en pasient underlagt tvang kan det iverksettes ulike tiltak i situasjoner der spesielle vilkår er oppfylt.

Noen av tvangstiltakene kan også iverksettes ovenfor frivillig innlagte. Men frivillig innlagte pasienter kan imidlertid ikke utsettes for tvangsbehandling med medisiner.

Adgangen til bruk av tvangstiltak reguleres av psykisk helsevernloven kapittel fire. Her fremkommer detaljerte regler i forhold til hvilke rettigheter pasienten har mens vedkommende er underlagt tvang, og hvilke typer inngrep som kan gjennomføres mot pasienten. Reglene om tvangsmidler gjelder parallelt med bestemmelsene om tvangsbehandling. Et avgjørende skille går på at tvangsmidler ikke kan brukes i behandlingsøyemed. Formålet med tvangsmidlene er hovedsakelig å foreta nødvendige tiltak i situasjoner der pasienten har en utagerende og ukontrollert adferd. Bruk av

---

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 11 (1989-99) s. 80

<sup>80</sup> Syse, 2007, s. 80

tvangsmidler er regulert både gjennom vilkår for bruk, og ved at det bare er visse tvangsmidler som er lovlige.

Lov om psykisk helsevern kapittel 4 gir hjemmel for også en rekke andre inngrep i pasientens privatliv og rettssfære. For eksempel skjerming, undersøkelse av pasientens rom og kroppsvisitasjon. Disse reglene behandles ikke videre.

#### 4.5.4.1 Behandling

Rettsregler om tvangsbehandling finnes i phlsvl. § 4-4. Reglene er utdypet i forskrift av 24. november 2000 nr. 1172 om undersøkelse og behandling uten eget samtykke.

Innledningsvis i phlsvl. § 4-4 nevnes de generelle vilkår. Det grunnleggende vilkår er at pasienten er tatt inn under det tvungne psykiske helsevern etter reglene i kapittel 3, jf. § 4-4 (1). Videre kreves at den undersøkelse og behandling som anvendes er faglig forsvarlig og god. Bestemmelsen forbyr eksperimentell behandling. Videre avgrenser bestemmelsen mot behandlingsmåter det ikke er alminnelig faglig konsensus om.

Andre ledd slår fast det tredje hovedvilkår om at det ikke kan gjennomføres undersøkelse og behandling som innebærer et alvorlig inngrep uten pasientens samtykke. Videre fremkommer viktige unntak fra dette forbudet. Det viktigste er bruk av legemidler. Loven åpner for behandling med legemidler selv om slik behandling kan betraktes som et alvorlig inngrep og medføre store konsekvenser for pasienten.

Bakgrunnen for dette er faglig overbevisning om nytten av medisinene. I forarbeidene sies at det må stilles strenge krav til kvaliteten av det medisinske skjønn som ligger til grunn for vedtak om tvangsmedisinering.<sup>81</sup> Virkningen og hensiktsmessigheten av tvangsbehandlingen skal vurderes fortløpende, jf. tvangsbehandlingsforskriften § 10.

Forbudet mot å anvende undersøkelser og behandling som innebærer et alvorlig inngrep mot pasienten, betyr at tvungen elektroshokkbehandling (ECT) er ulovlig. I forarbeidene hevdes at dette kan stille seg annerledes i spesielle nødrettssituasjoner, og at tvungen ECT da kan vurderes.<sup>82</sup> Juridisk teori fremhever at det er uheldig at det for å anvende et så kraftig terapeutisk virkemiddel som ECT uten pasientens samtykke, baserer seg på

---

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99), s. 160

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99), s. 160

nødrettsregelen i strl. § 47.<sup>83</sup> Det poengteres at nødrettsregelen ikke er utviklet med tanke på vanskelige terapeutiske vurderinger i psykiatrien. Det hevdes at bruk av tvungen ECT som behandlingstiltak trenger særskilt lovhjemmel.

Ettersom lovgiver ikke har gitt en klar og uttrykkelig hjemmel for dette inngripende tvangstiltaket, er den klare hovedregel at det er forbudt. Warberg mener at hvis man unntaksvis skal falle tilbake på nødrettshjemmelen må det være i ekstreme situasjoner der et slikt tiltak er livreddende, og det ikke finnes alternative behandlingstiltak.<sup>84</sup>

Men ECT kan gis på bakgrunn av samtykke. Det er videre grunn til å tro at de fleste som blir stilt ovenfor dette tiltaket i utgangspunktet mangler samtykkekompetanse. Dette kan fremheves som et dilemma i forhold til pasientens selvbestemmelsesrett.

Tvangsmedisinering kan bare foretas med preparater som er registrert her i landet og med vanlige brukte doser, jf. phlsvl. § 4-4 (2) pkt. a. Tvangsmedisinering må dessuten ha klare fordeler, bestemmelsen krever en gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger.

Samtykkekravet gjelder også ved tvangsbehandling. Tvangsmedisinering kan bare finne sted når det er forsøkt å oppnå samtykke, eller det er åpenbart at samtykke ikke vil bli gitt, jf. § 4-4 (3). Pasienten kan være i en tilstand hvor det er umulig å kommunisere med vedkommende. Men dersom det ikke er åpenbart umulig skal andre frivillige tiltak vurderes. Samarbeidslinjen skal etterstrebes, jf. pasrl. §§ 3-1, 3-2 og uttaleretten i phlsvl. § 3-9. Men også her er det mulig å problematisere at samtykke skal forsøkes når pasienten i utgangspunktet mangler samtykkekompetanse.

Tvangsbehandling kan kun benyttes etter at pasienten har vært tilstrekkelig undersøkt, slik at det foreligger grunnlag for å vurdere tilstanden og behovet for behandling, jf. § 4-4 (4).

Tvangsbehandling kan bare iverksettes når det med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring, eller at pasienten unngår en vesentlig forverring av

---

<sup>83</sup> Warberg, 2011, s. 256

<sup>84</sup> Warberg, 2011, s. 256

sykdommen, jf. § 4-4 (4). Forarbeidene sier at det kreves høy grad av sannsynlighet med hensyn til forventet virkning, og virkningen må være av kvalifisert art.<sup>85</sup>

Det er den faglig ansvarlige som treffer vedtak om undersøkelse og behandling.

Vedtaket skal nedtegnest snarest og uten opphold, jf. § 4-4, 5. og 6. ledd. Vedtaket kan påklages av pasienten og de nærmeste pårørende til fylkesmannen, jf. § 4-4 (7).

---

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99), s. 161



## 5 Foreslåtte lovendringer

Regjeringen oppnevnte ved kongelig resolusjon 28. mai 2010 et lovutvalg som skulle vurdere tvangsreglene i lov om psykisk helsevern. Mandatets problembeskrivelse omfattet vurdering av behovet for å styrke bruker- og rettighetsperspektivet, og videre vurdere forholdet mellom psykisk helsevernloven og samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven og menneskerettigheter. Og om det er nødvendig å bringe eksisterende lovgivning bedre i samsvar med menneskerettighetene, spesielt FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, som er behandlet under punkt 3.2.1.

Et kjernespørsmål er hvorvidt konvensjonen forbyr særlige inngrepshjemler overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne som representerer en forskjellsbehandling sammenliknet med rettstilstanden for personer uten funksjonsnedsettelse.

Siktemålet med å utrede tvangsbestemmelsene var å sikre en grundig gjennomgang av de gjeldende tvangsbestemmelser innenfor psykisk helsevern i forhold til pasientens rettssikkerhet, herunder ivaretagelse av hensynet til lik og forsvarlig utøvelse av tvang i landet.<sup>86</sup>

Et spørsmål som har vært særlig diskutert er berettigelsen av det såkalte behandlingstvilkåret i psykisk helsevernloven.<sup>87</sup>

Utvalget avga sin utredning 17. juni 2011 i NOU 2011:9: Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Med undertittel; Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.

---

<sup>86</sup> NOU 2011:9, s. 14

<sup>87</sup> NOU 2011:9, s. 15

## 5.1 Beslutningskompetanse

Lovutvalget foreslår utskiftning av begrepet ”samtykkekompetanse” med ”beslutningskompetanse” i vesentlige bestemmelser.<sup>88</sup>

Utvalget fremholder at ”samtykkekompetanse” språklig sett ikke fullt ut er dekkende for begrepets reelle innhold, som er både evnen til å samtykke til helsehjelp, så vel som evnen til å nekte helsehjelp. Utvalget foreslår å markere at nekting er et likeverdig alternativ til samtykke og mener dette best kan gjøres ved å anvende begrepet ”beslutningskompetanse”. Beslutningskompetanse blir altså et fellesbegrep for ”nektingskompetanse” og ”samtykkekompetanse”.

Videre er det foreslått at det som hovedregel ikke skal kunne anvendes tvungent psykisk helsevern ovenfor mennesker som innehar beslutningskompetanse.

## 5.2 Antatt samtykke

Et annet spørsmål som også har vært drøftet i forhold til de foreslåtte lovendringer er en innføring av et krav om antatt samtykke som vilkår for tvungent psykisk helsevern på behandlingstvilkåret.<sup>89</sup>

Det overordnede spørsmålet er om selvbestemmelsen, for personer som mangler samtykkekompetanse og som uttrykker motstand mot helsehjelpen, kan bedres?

Bjørn Henning Østenstad hevder at det i norsk juridisk teori har vært en viss tradisjon for å hevde at et antatt samtykke-krav ikke vil være meningsfullt dersom pasienten viser motstand mot tiltaket ved gjennomføringstidspunktet. *”Et slikt syn bygger på en forutsetning om at samtykkepresumsjonen må baseres på positive holdepunkter om personens holdninger til tiltaket i fortid, og utelukker at en presumsjon også kan baseres på mer objektive vurderinger i nåtid av hva som er i pasientens interesse.”*<sup>90</sup>

Østenstad mener dette er en for streng vurdering. Han fremholder i utredningen at det også i spørsmål om tvang bør kunne legges til grunn et krav om antatt samtykke. Han

---

<sup>88</sup> NOU 2011:9, s. 150

<sup>89</sup> NOU 2011:9, s. 157

<sup>90</sup> NOU 2011:9, s. 158

mener videre at: *”Ved et syn på alvorlig psykisk lidelse som åpner for at en slik lidelse i noen tilfeller leder til at personen utfører handlinger eller uttrykker preferanser som er fremmed for personens egentlige vilje og livsprosjekt, vil et antatt samtykke kunne tenkes å gi mening i noen tilfeller av uttrykt motstand. Dette vil særlig være aktuelt der motstanden kan sies å være forårsaket av den psykiske lidelsen, for eksempel ved at behandlingssystemet er gjort til en del av en forestilling om en konspirasjon for å ta livet av pasienten. Her vil tidligere uttrykt tillit til psykisk helsevern over tid, et uttrykt ønske om å motta hjelp ved en framtidig krise, eller en aksept i ettertid av at et tidligere tvangsinngrep var berettiget og forholdsmessig, styrke en antakelse om at personen ville ha samtykket om man tenkte den psykiske lidelsen borte.”*<sup>91</sup>

Det fremheves også at motsatt vil en vedvarende uttrykt motstand mot konkrete tiltak, særlig på grunnlag av egen erfaring, vurdert samtidig og i ettertid, bidra til å styrke antakelsen om at pasientens motstand i en konkret situasjon ikke er, eller ikke utelukkende er, et utslag av den psykiske lidelsen, og det kan dermed ikke antas at personer ville ha samtykket.<sup>92</sup>

Lovutvalget er av den oppfatningen at et krav om antatt samtykke vil ha en høy etisk legitimitet ved inngrep som er begrunnet ut fra en tanke om pasientens beste. Utvalget hevder dette vil etablere et tankemessig bindeledd som kan uttrykkes som et årsakskrav mellom den avvikende psykiske tilstanden og den risikosituasjonen som beskrives i behandlingstvilkåret: Dersom det må antas at personen i beslutningskompetent tilstand ville ha samtykket til helsehjelpen, foreligger det en sammenheng mellom den alvorlige sinnslidelsen og risikoen for funksjonsfall/skade som kan legitimere inngrepet.<sup>93</sup>

Utvalgets flertall foreslår derfor å stille et krav om antatt samtykke som vilkår for tvungent psykisk helsevern på behandlingstvilkåret.

---

<sup>91</sup> NOU 2011:9, s. 158

<sup>92</sup> NOU 2011:9, s. 158

<sup>93</sup> NOU 2011:9, s. 158

Et krav om antatt samtykke innebærer at tvang som hovedregel ikke bør brukes av hensyn til pasientens egen helse når den psykiske lidelsen ikke har endret hans eller hennes beslutninger om å motta psykisk helsehjelp. Dette innebærer en vurdering av hva pasientens beslutning ville ha vært dersom den psykiske lidelsen ikke påvirket selve beslutningsferdigheten, men bare forårsaker de øvrige endringene i tankemønstre og følelser som observeres i den konkrete situasjonen. Utvalget understreker at kravet om antatt samtykke ikke innebærer at pasienten subjektivt må ha uttrykt seg positivt om psykisk helsehjelp i fortid. Vilkåret kan også være oppfylt basert på skjønnsmessige interessevurderinger av hva som er i pasientens interesse. I slike spørsmål må eventuelle negative holdninger som er kjent, tillegges vekt. Dersom pasientens avveining av nytte og ulemper av psykisk helsevern og pasientens holdning til psykisk helsevern må antas å være den samme før og under et tilfelle av alvorlig psykisk lidelse, er det vanskelig å se at kravet til antatt samtykke er oppfylt.<sup>94</sup>

Det fremheves at det skal foretas en totalvurdering hvor blant annet ”forhåndserklæringer” skal få en synlig stor plass. Synspunktene utdypes i lovutvalgets merknader til de enkelte bestemmelsene, som behandles i neste punkt.

### 5.3 Endringer med relevans for pasientens selvbestemmelse

#### 5.3.1 Pasientrettighetsloven § 4-3

Ny overskrift i bestemmelsen er foreslått å lyde: *”Hvem som har beslutningskompetanse”*. Nytt første ledd er formulert: *”Rett til å samtykke til eller nekte helsehjelp har pasienter etter fylte 16 år, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser eller tiltakets art.”*

Dette fremstår som en videreføring av dagens § 4-3 (1) litra b. Avgrensningen mot umyndige i litra a er foreslått fjernet. Utvalget mener at også i forhold til denne gruppen må spørsmålet bero på individuelle vurderinger etter annet ledd. Det fremheves også at

---

<sup>94</sup> NOU 2011:9, s. 158

pasrl. § 4-7 som sier at den umyndiggjorte ”i så stor utstrekning som mulig [skal] samtykke” til hjelpen også i dag bygger på en slik forutsetning.<sup>95</sup>

Nytt annet ledd vil medføre vesentlig endringer i forhold til gjeldende rett. Her er formuleringen foreslått til at pasientens beslutningskompetanse kan bortfalle i relasjon til den konkrete helsehjelpen dersom det er overveiende sannsynlig at ett av flere vilkår er oppfylt, opplistet i litra a-e. Disse er at pasienten ikke er i stand til enten (a) *forstå nødvendig informasjon relevant for beslutningen*, (b) *fastholde informasjonen inntil beslutningen er tatt*, (c) *anerkjenne aktualiteten av informasjonen for sin egen situasjon*, (d) *resonnere på bakgrunn av informasjonen med tanke på å treffe et valg, herunder bruke og veie informasjonen i sin egen situasjon*, eller (e) *uttrykke et valg*. I tråd med gjeldende rett, baserer lovutkastet seg på en presumsjon for beslutningskompetanse. Det er dermed vilkårene for tap av beslutningskompetanse som er gjenstand for regulering.

Lovutvalget vil bort fra dagens avgrensning til hvem som kan miste beslutningskompetansen. Det er fremhevet at en slik avgrensning er problematisk ut fra et diskrimineringsperspektiv. Det hevdes i utredningen at det sentrale bør være funksjonstapet og ikke diagnosen.

Vilkår (d) vil være særlig aktuelt i relasjon til psykisk helsevern da vilkåret fanger inn både den kognitive og emosjonelle dimensjonen. Da det forutsettes at pasienten må kunne resonnerer på bakgrunn av informasjonen foreligger det også et krav om at pasienten må være i stand til å bruke og veie informasjonen i sin egen situasjon.<sup>96</sup>

Vilkårene for tap av beslutningskompetanse er alternative. Dette vil si at det er tilstrekkelig at ett vilkår er oppfylt for at kompetansen skal bortfalle. Uttrykksmåten i lovforslaget er imidlertid at kompetansen *kan* bortfalle. Dette vil gi rom for et hensiktsmessighetsskjønn.

Forslaget kan muligens ikke sies å innebære noen stor innholdsmessig realitetsendring. Spørsmålet blir da om det fremstår noen klare fordeler ved å endre et innarbeidet begrep som ”samtykkekompetanse”, utover den språklige fornemmelsen?

---

<sup>95</sup> NOU 2011:9, s. 234

<sup>96</sup> NOU 2011:9, s. 235

Det kan være at begrepet i så fall bør erstattes i annen helserettslig lovgivning som anvender begrepet. Flere andre bestemmelser i annen lovgivning henviser til samtykkereglene i pasrl. § 4-3. Det kan muligens oppfattes forvirrende om begrepsbruken differensierer.

Det er fremhevet i utredningen at det imidlertid ikke er opplagt at kravene for å ha beslutningskompetanse fullt ut bør være de samme i alle relasjoner der spørsmålet gjelder positivt samtykke, som der det gjelder nektning.<sup>97</sup> Utvalget legger videre til grunn at det er norsk tradisjon å operere med et sterkt differensiert kompetansebegrep. Og at det derfor er mulig å identifisere forskjeller i vurderingene av henholdsvis samtykkekompetanse og nektingskompetanse. Det er fremhevet at dette er viktige nyanser hvis det skal innføres et kompetansebasert regelverk.<sup>98</sup>

### 5.3.2 Ny § 2-3 i psykisk helsevernlov

Bestemmelsen sier at *”Ved undersøkelse eller behandling av pasienter over 16 år som mangler beslutningskompetanse, men som ikke motsetter seg psykisk helsevern, skal den faglig ansvarlige treffe vedtak om etablering av frivillig psykisk helsevern.”*<sup>99</sup>

Regelen innebærer at pasienter uten beslutningskompetanse som heller ikke motsetter seg psykisk helsevern, ikke lenger skal ”sluses” inn under reglene om tvungent psykisk helsevern. Derimot skal denne pasientgruppen defineres som frivillig innlagt, men ha krav på de samme rettssikkerhetsmekanismer som gjelder for tvungent psykisk helsevern.<sup>100</sup>

Dette medfører at psykisk helsevernloven vil samsvare bedre med pasientrettighetsloven. Det vil gjøre det mulig å behandle de ikke samtykkekompetente og ikke protesterende pasientene, som frivillige.

---

<sup>97</sup> NOU 2011:9, s. 150

<sup>98</sup> NOU 2011:9, s. 151

<sup>99</sup> NOU 2011:9, s. 226

<sup>100</sup> NOU 2011:9, s. 239

### 5.3.3 Ny § 4-2 i psykisk helsevernlov

Bestemmelsen oppstiller vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern på behandlingsindikasjon og er foreslått å erstatte deler av § 3-3 i gjeldende lov.

Overskriften er foreslått til: *"Vilkår for vedtak om tvungent psykisk helsevern ved behandlingsbehov"*.

Det er det spesielt pkt. 3 og 9 som er interessant for denne oppgaven.

I pkt. 3 foreslås det som vilkår at pasienten mangler beslutningskompetanse, jf. pasientrettighetsloven § 4-3.

Utvalget mener at dette representerer en klar nyskaping sammenliknet med gjeldende rett, ved at fravær av beslutningskompetanse blir gjort til et vilkår for etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern. Utvalget legger til grunn at bestemmelsen særlig vil få selvstendig betydning sammenliknet med gjeldende rett for pasienter der den psykiske tilstanden er stabilisert og de psykotiske symptomene i vesentlig grad har sluppet taket.<sup>101</sup>

Dette vil kunne innebære en styrkning av den enkelte pasients selvbestemmelse ved at terskelen for etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern vil bli høyere.

I pkt. 9 har utvalget foreslått å innføre et krav om antatt samtykke til helsehjelpen som et absolutt vilkår for etablering og opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern.

Bestemmelsen lyder: *"Det er sannsynlig at pasienten ville ha samtykket til behandlingstiltaket dersom vedkommende hadde hatt beslutningskompetanse. Pasientens tidligere uttrykte holdninger til tiltaket nedfelt i forhåndserklæringer, individuell plan eller lignende, skal tillegges betydelig vekt. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten trolig ville ha ønsket."*

Utvalget poengterer at dersom dette vilkåret ikke er oppfylt, kan tvungent psykisk helsevern verken etableres eller opprettholdes. Utvalget er av den oppfatningen at bestemmelsen vil representere en nyskaping i psykisk helsevernloven. Grunnlaget for et antatt samtykke kan være konkrete holdepunkter i pasientens fortid om hva vedkommende ville ha ønsket. I mangel av slike holdepunkter, vil imidlertid en

---

<sup>101</sup> NOU 2011:9, s. 242

antakelse også kunne baseres på objektive vurderinger av hva som er i pasientens interesse.<sup>102</sup>

Tidligere uttrykte holdninger av positiv eller negativ karakter skal etter forslaget tillegges ”betydelig vekt”. Dette fordrer at det må gjøres en kvalitetsvurdering der sentrale momenter kommer inn. Disse vil være hvor klar og fast holdningen er uttrykt, hvor nært i tid den ligger og hvor godt den treffer den aktuelle formen for helsehjelp det er spørsmål om å yte. Det stilles ingen formelle krav til hvordan holdningene er fremkommet. Det vil åpne for at forhåndserklæringer kan tillegges vekt.<sup>103</sup> Men det fremheves at også uformelt uttrykte holdninger hos pasienten i fortiden relatert til konkrete behandlingstiltak, ofte kan gi et vel så sikkert grunnlag med tanke på å gjøre slutninger om antatt samtykke.

Det poengteres også at utvalget ikke går inn for å etablere en absolutt nektingsrett for pasienter basert på ”forhåndserklæringer”.<sup>104</sup>

Utvalgets synspunkter vil tilsi at det skal foretas en totalvurdering hvor ”forhåndserklæringer” skal få en synlig stor plass, men erklæringene skal ikke være avgjørende.

Det er også foreslått parallelle bestemmelser med tilsvarende ordlyd i ny § 4-1 (1) nr. 7 som vilkår for etablering av tvungen observasjon og i ny § 5-4 (1) nr. 9 om etablering av tvungent psykisk helsevern ved behandlingsbehov. Prinsippet om antatt samtykke gjøres her også gjeldende for tvangsbehandling.

---

<sup>102</sup> NOU 2011:9, s. 244

<sup>103</sup> NOU 2011:9, s. 244

<sup>104</sup> NOU 2011:9, s. 244



## 6 Bindende forhåndserklæringer

*”Om vi lytter til våre pasienter får vi mye kunnskap, som ikke alltid taler til medisinenes fordel. Mange foretrekker, på tross av lidelser, å komme gjennom sine alvorlige kriser uten medisin. Noen ber i ettertid, når de er ved sine ’fulle fem’, om å få slippe medisin, om det skulle oppstå en ny psykotisk tilstand. Hvorfor har psykiatrien likevel så vanskelig for å høre på pasientene i slike tilfeller?”<sup>105</sup>*

- Christiane Kolberg, psykiater.

### 6.1 Begrepsdefinerings

Forhåndserklæringer, ofte omtalt som ”psykiatriske testamenter”, kan beskrives som eksplisitte utsagn fra en person om hvilke tiltak personen ønsker gjennomført i en situasjon der han eller hun ikke er beslutningskompetent. En slik erklæring vil kunne gjøre det klarere hva personen i en relativt velfungerende tilstand vurderer er i hans eller hennes interesse å få gjennomført i en dårlig fungerende tilstand.<sup>106</sup>

Tanken bak en slik ”forhåndserklæring” er at pasienten skal kunne uttale seg om sine opplevelser av tvang og ønske om å slippe tvang, i situasjoner der han kan se seg selv og sitt behandlingsbehov klarere.

### 6.2 Historikk

Begrepet psykiatrisk testament ble introdusert av Thomas S. Szasz, professor ved State University of New York, i en artikkel i tidsskriftet *American Psychologist* i juli 1982. Artikkelen er kontroversiell, men fremstår som det første forsøket på å definere et psykiatrisk testament. Inspirasjonen er hentet fra såkalte ”livstestament” ved for eksempel dødelig sykdom, hvor pasienten kan gi avkall på livsforlengende behandling. Grunnlaget baserer seg særlig på muligheten til å nekte blodoverføring på grunn av alvorlig overbevisning, som også er gjeldende rett i Norge, jf. parl. § 4-9.

---

<sup>105</sup> Vaaland, 2007, s. 125

<sup>106</sup> NOU 2011:9, s. 159

Szasz skriver at voksne mennesker, mens de er kompetente til å ta avgjørelser vedrørende egen velferd, bør ha en rett til å nekte psykiatrisk tvangstiltak som de kan bli stilt ovenfor i fremtiden.<sup>107</sup>

Han fremhever at det å for eksempel få en akutt psykose for mange representerer en fryktet situasjon som muligens vil planlegges.

Han hevder videre at for å unngå tvangsbehandling og -tiltak er det behov for en mekanisme som kan hindrer dette. Szasz mener at pasienter som ikke har utarbeidet et slikt testament ved første møte med tvangsbehandling må få muligheten til dette så fort de har ”gjenfunnet” sitt sanne jeg og har beslutningskompetansen i behold.

Spørsmålet om forhåndserklæringer var også diskutert i forarbeidene til nåværende psykisk helsevernlov, da også beskrevet som psykiatrisk testament. Konklusjonen ble her at et slikt testament ikke kunne være bindende. Det ble fremhevet at vurderingen av om tvangsbehandling skal iverksettes må baseres på en faglig forsvarlig helhetsvurdering på det aktuelle tidspunkt for sykdomsutbruddet.<sup>108</sup>

Warberg hevder i nyere juridisk teori at forhåndserklæringer bør tillegges betydelig vekt i de situasjonene pasienten har tidligere, omfattende erfaring med egen sykdom og tvangsmedisinering. Det poengteres at pasientens uttalerett etter phlsvl. § 3-9 (2) vedrørende tvangsmedisinering bør tillegges vekt også når det gjelder denne type forhåndssituasjoner.<sup>109</sup> Dette kan også ses i sammenheng med hovedreglene om at både før og under tvangsbehandlingen skal pasienten ha rett til innflytelse, jf. tvangsbehandlingsforskriften § 3 (1) og phlsvl. § 4-2 (2).

Tematikken har også i Norge tidligere vært på dagsorden i forhold til livsforlengende behandling ved dødelig sykdom. Her kan en se for seg en situasjon der pasienten i sitt ”livstestamente” på forhånd har besluttet at vedkommende ikke skal gjenopplives, unødig overbehandles eller liknende. Helsepersonell vil uansett ha en plikt til å hjelpe denne gruppe pasienter. Pasienten kan ikke fritta helsearbeideren sine plikter etter loven.

---

<sup>107</sup> American Psychologist, juli 1982, s. 766

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-99) s. 44

<sup>109</sup> Warberg, 2011, s. 258

Det er således hevdet at slike livstestamenter har begrenset betydning.<sup>110</sup>

Helsearbeideren er ikke uten videre bundet av et slikt testamente og det vil ikke oppheve hjelpeplikten. Men et slikt dokument kan tydeliggjøre pasientens siste vilje angående liv og død og således ha verdi.

Juridisk teori tillegger slike livstestament en viss vekt. Bratholm fremholder at: *”Den juridiske betydning av en slik erklæring er at legene i tvilstilfelle lettere kan innstille en hensiktsløs behandling enn når slik erklæring ikke foreligger.”*<sup>111</sup>

Et slikt livstestamente må ses i sammenheng med pasientens grunnleggende rett til selvbestemmelse.<sup>112</sup> Pasienten har ved et slikt testamente benyttet sin alminnelige rett til selvbestemmelse og frihet, men på en framtidig situasjon. Dokumentet kan fjerne tvil rundt pasientens eget ønske.

Kritikken går ut på at det alltid foreligger en risiko for at pasientens holdninger kan ha forandret seg.

Dette argumentet kan imidlertid ikke alltid sies å ha samme styrke. Alvorlige psykiske lidelser kan ha et svingende forløp. Der personen kan ha gode perioder, med god fungering og perioder med store forstyrrelser og en langt lavere fungering. Pasienter kan derfor få egenerfaring om hvordan tiltak i psykisk helsevern fungerer for dem. Det kan være tilfeller hvor pasienten selv vil kunne bedømme fordeler og ulemper ved for eksempel ulike medikamenter. Videre hvilken forståelser som passer best til deres egen opplevelse av forverring, symptomer og bedring. Det kan derfor hevdes at pasienter kan opparbeide egne erfaringer om hvilke tiltak som er gunstig ved en fremtidig behandling.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Warberg, 2011, s. 337

<sup>111</sup> Bratholm, 1980, s. 184

<sup>112</sup> Warberg, 2011, s. 338

<sup>113</sup> NOU 2011:9, s. 159

### 6.3 Ny vergemålslov

Ny vergemålslov ble vedtatt i 2010, men har ikke trådt i kraft ennå.

I forarbeidene til ny vergemålslov ble spørsmålet om fremtidsfullmakter drøftet og er vedtatt regulert i den nye vergemålsloven kapittel 10.<sup>114</sup>

Fremtidsfullmakter vil i denne sammenhengen være fullmakter som bemyndiger andre til å treffe avgjørelser på en persons vegne. Dette kan være ved bruk av representasjon på privatrettslig grunnlag, for eksempel ved bruk av fullmakter. Det er hevdet at dette kan være aktuelt hvis en persons mentale kapasitet blir redusert, for eksempel på grunn av demens som kan medføre bortfall eller reduksjon av den rettslige handleevne.<sup>115</sup>

Det fremgår at fremtidsfullmakter kan fremme individets selvbestemmelsesrett ved å legge til rette for at den enkelte kan bestemme over sin tilværelse også for fremtidige situasjoner der man ikke lenger selv har evnen til å ivareta sine interesser.

Det uttrykkes også bekymring for misbruksfaren ved slike fullmakter, siden fullmaktsgiveren vil ha redusert evne til å føre kontroll med fullmektigen.

Forarbeidene poengterer at det også internasjonalt er et betydelig fokus rundt fullmakter som alternativer til vergemål. Det vektlegges at ordninger for representasjon av personer med redusert mental kapasitet i størst mulig grad bør forankres i den enkeltes selvbestemmelsesrett.

Justisdepartementet skriver i sin vurdering at det er behov for et privatrettslig alternativ til vergemålsordningen. *Departementet mener dette vil legge til rette for utøvelse av selvbestemmelsesrett over eget privatliv for fremtidige situasjoner der man ikke er i stand til å treffe beslutninger.*<sup>116</sup>

Videre understrekes det at det er hensynet til å respektere den enkeltes selvbestemmelsesrett som først og fremst taler for å innføre en ordning med fremtidsfullmakter. Å legge til rette for at et menneske skal kunne være aktiv i eget liv og påvirke fremtidige forhold til tross for sykdom eller tap av mental kapasitet, har en viktig etisk og menneskerettslig side.

---

<sup>114</sup> Ot.prp. nr. 110 (2008-09) s. 139

<sup>115</sup> Ot.prp. nr. 110 (2008-09) s. 139

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 110 (2008-09), pkt. 10.2.4, s. 142

Innenfor vergemål er det i praksis tale om en framtidfullmakt som bemyndiger en annen person å foreta valg på ens egne vegne. Argumentasjonen knytter seg således til dette og vil overført til psykisk helsevern omhandle i utgangspunktet pasientens nærmeste pårørende, som eventuell fullmektig. Og ikke direkte spørsmålet om bindende forhåndserklæringer.

Dette var også oppe til diskusjon i NOU 2011: 9. Her kommer det fram at diskusjonen bør rettes mot hvilken myndighet nærmeste pårørende skal ha etter loven, fremfor å gå veien om en framtidfullmakt. Dersom pårørende, eventuelt en fullmektig, gis økt kompetanse til å treffe avgjørelser på vegne av pasienten, vil dette også kunne innebære en svekkelse av pasientens selvbestemmelse i noen situasjoner. Utvalget fremhever at man står ovenfor svært personlige beslutninger som ikke bør kunne legges til en fullmektig, selv om denne er utpekt av pasienten selv.<sup>117</sup>

## 6.4 Andre land med lovgivning om forhåndserklæringer

### 6.4.1 Tyskland – ”Patientenverfügung”

Tyskland skiller seg fra Norge ved at landet er en forbundsstat og har psykisk helsevernlovgivning og politilovgivning på delstatsnivå.

I etterkrigstiden har Tyskland hatt et grundig oppgjør med den fagbaserte paternalismen som rådet under Nazi-tiden. Dette har gitt opphav til et system som tilsier at alle avgjørelser om tvang må behandles i retten, det er ikke tvangsadgang etter administrative vedtak. Tyskland har også tradisjonelt hatt et overordnet system med en sterk nektingsrett. Det foreligger tradisjonelle psykisk helsevernlover, men det er en utbredt anledning til å ”melde seg ut” av psykisk helsevern såfremt man ikke kommer inn under politilovene og ”fare for andre”-kriteriet.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> NOU 2011:9, s. 164

<sup>118</sup> Presentasjon fra Olav Nytingnes, sekretær i Paulsrud-utvalget.

Diskusjonen i Tyskland har også sin bakgrunn i rettsavgjørelser og debatten om avslutning av livsforlengende behandling. Parlamentet ønsket å styrke retten til å avstå fra medisinsk behandling, og ville sikre at beslutningskompetente personers ønsker for framtidig behandling skulle få en sterkere juridisk stilling.

Dette har vært en langvarig debatt hvor den rød-grønne koalisjonen ville arbeide seg frem til ny lov på området.

Autonomiperspektivet vant hegemoni som resulterte i enighet om at ingen andre vurderingsmåter for ”egne besteinteresser” er antatt å være mer i personens interesse enn egne samtykkekompetente vurderinger. Resultatet ble vedtakelsen av tilleggene 1901a og 1901b til føderal familierett i september 2009. Loven gir alle myndige og beslutningskompetente personer rett til å bestemme hvilke former for undersøkelse eller behandling de vil samtykke til i en framtidig situasjon der de har mistet kompetansen.<sup>119</sup> Formkravene er skriftlighet og et visst presisjonsnivå. Presise og eksplisitte erklæringer vil stå sterkere enn vage erklæringer. Personen må selv legge til rette for at erklæringen blir funnet i en behandlingssituasjon. Dette kan skje for eksempel ved å registrere erklæringen i et register, bære med seg et kort om hvem som har erklæringen eller hvor den kan finnes. Det kreves ikke vitner for etableringen.

Personen kan selv oppnevne hvem som skal representere vedkommende i eventuelle framtidige drøftelser med helsetjenesten eller i retten hvis det oppstår tvil vedrørende erklæringen.

Lovteksten gir en rett for alle voksne personer uavhengig av type helseproblem, til å kunne avstå fra alle former for behandling, så fremt man ikke er til fare for andre.

En forhåndserklæring vil gå foran delstatenes helsevernlovgivning som beskytter personens helse, men vil vike for delstatens politilover som er til for beskyttelse av andre. Loven er tenkt å fungere slik at fare for tredjeperson legitimerer tiltak som er i strid med forhåndserklæringen.<sup>120</sup>

Lovgivningen er relativ fersk og det finnes ingen grensedragende rettsavgjørelser. Men det er varslet at enkelte organisasjoner vil prøve lovens yttergrense.

---

<sup>119</sup> NOU 2011:9, s. 57

<sup>120</sup> NOU 2011:9, s. 57 og engelsk oversettelse av loven utgitt av Bundesgesetzblatt, Bonn 2009

#### 6.4.2 USA – ”Psychiatric Advance Directives”

USA har et rettssystem som er forskjellig fra Norge. Systemet er komplisert som følge av forholdet mellom delstatene og føderasjonen. Sentrale deler av rettssystemet hører under enkeltstatene. Det er følgelig over 50 forskjellige rettssystemer. I tillegg kommer den føderale lovgivning. På den offentlige retts område har forbundslovgivningen fått stadig bredere plass.

Helsesystemet er også totalt forskjellig fra Norge, basert på private tilbydere og finansiering gjennom forsikring eller egenfinansiering.

Men USA var opphavsstedet for de første diskusjonene rundt psykiatriske testament og det har foregått en utvikling rundt temaet.

I 1990 trådte ”*The Federal Patient Self Determination Act*” i kraft som gir en mulighet til å bestemme hvordan en person vil bli behandlet av helsetjenestetilbydere når de er innlagt. Disse ønskene kan bli formulert i spesifikke dokumenter kalt ”*an advance directive*” eller ved oppnevningen av en person som skal tale på personens vegne (*health care agent*).<sup>121</sup>

Intensjonen til lovverket er å gi en mulighet til å ytre ønsker om hvordan helsehjelpen skal ytes på forhånd. Loven ble også vedtatt med den hensikt å kompensere for en oppfattet ubalanse mellom pasientene og tilbyderne av helsetjenester.<sup>122</sup> Denne ubalansen vil kunne fremtre tydeligere i USA som har et privat helsesystem, hovedsakelig driftet etter bedriftsøkonomiske motiver og streben etter størst mulig profitt.

Disse føderale lovene gir i utgangspunktet ingen rettigheter, rettighetene skal fremkomme i lovverket til de ulike statene. Men loven krever at sykehus og andre tilbydere skal utarbeide skrevne retningslinjer og prosedyrer med hensyn til forhåndserklæringene.

---

<sup>121</sup> Informasjonsskriv fra National Resource Center on Psychiatric Advance Directives

<sup>122</sup> *Patient Advance Directives: Early Implementation Experience*. Washington DC: U.S. Department of Health and Human Services. Office of Inspector General (1993)

Loven krever ikke at enkeltpersoner må utarbeide en forhåndserklæring og det er et uttrykkelig forbud mot at dette er en forutsetning for behandling.

Loven gjelder for både somatikk og psykiatri.

Erfaringer vedrørende virkninger av loven er blandet. Forhåndserklæringer ser ut til å være mer argumentert enn brukt, men det ser ut som opplysningsarbeidet rundt loven har en innvirkning på enkeltpersoners interesse i å utarbeide en forhåndserklæring. Tilbydere av helsetjenester ser generelt ut til å overholde kravene.<sup>123</sup>

Loven ble vedtatt for å motivere enkeltpersoner til å nedtegne forhåndserklæringer vedrørende livsforlengende behandling. Det var ikke før etter loven trådte i kraft at verdien av forhåndserklæringer i psykisk helsevern ble alvorlig vurdert og at loven ble gjeldende på dette området.

Det foreligger interesse for forhåndserklæringer av personer som tidligere er behandlet i psykiatrien. Forhåndserklæringer er ikke utbredt innenfor psykisk helsevern, men denne type erklæringer har blitt mer brukt den senere tiden og det er hevdet at de kan innlede en ny æra i selvbestemmelse og sterkt bidra til å øke pasientens innflytelse over medisinske beslutninger.<sup>124</sup>

## 6.5 Vurderinger

I forhold til de foreslåtte lovendringene ser Østenstad diskusjonen om forhåndserklæringer i sammenheng med spørsmålet om innføring av et krav om antatt samtykke, og peker på at poenget med å etablere en nektingsrett basert på slike fortidige erklæringer vil være at antatt samtykke til helsehjelpen ikke lenger foreligger. Han påpeker at det vil være for snevert å ensidig fokusere på formelle dokumenter og erklæringer som uttrykk for pasientens holdninger. Et like sterkt uttrykk for hva

---

<sup>123</sup> U.S. Departement of Health and Human Services, Office of Inspector General, report OEI-06-91-01190

<sup>124</sup> The patient self-determination act and psychiatric care. The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law.



pasienten antas å mene, kan komme til uttrykk gjennom uttrykte holdninger og faktiske handlinger i fortiden.<sup>125</sup>

En sentral problemstilling for utvalget har vært om forhåndserklæringer kan etablere en nektelsesrett for pasienten. Utvalget viser til at økt fokus på ikke-diskriminering og selvbestemmelsesrett for personer med psykiske lidelser taler for å legge større vekt på forhåndserklæringer ved vurderingen av om tvang skal brukes.<sup>126</sup> I det følgende behandles argumentasjonen til lovutvalget.

Hovedargumentet som trekkes frem for å innføre en ordning med bindende forhåndserklæringer er faren for at tidligere erfaringer ellers ikke vil bli gitt tilstrekkelig vekt.

Det trekkes videre frem tre sentrale argumenter mot bindende forhåndserklæringer. Det første omhandler prosessuelle problemer knyttet til erklæringens tilblivelse, oppbevaring og eventuelt tilbakekall. Dersom det legges for mye vekt på hvorvidt erklæringen er et gyldig dokument som skal gis forrang, kan det ta fokus bort fra den konkrete situasjonen. Men det fremheves at det vil være mulig å se hen til hvordan forhåndserklæringer er regulert i andre deler av lovgivningen. Arveloven og den nye vergemålsloven trekkes frem som eksempler.

Det andre motargumentet er knyttet til bristende forutsetninger, hvor det kan ha fremkommet nye opplysninger om medisiner, bivirkninger, behandlingseffekt osv. som er relevant for beslutningen i nåtid. Det kan også tenkes at personen i nåtid gir uttrykk for å samtykke til helsehjelpen, i motsetning til hva som fremgår av forhåndserklæringen. Det fremheves at en innføring av bindende forhåndserklæringer derfor vil kunne støte an mot prinsippet om rettslig handleevne i FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 12. Å prinsipielt frakjenne personens nåtidsoppfatning all verdi, vil kunne være en problematisk følge.

---

<sup>125</sup> NOU 2011:9, s. 159

<sup>126</sup> NOU 2011:9, s. 161

Det siste motargumentet er bygget på at helselovgivningens forsvarlighetskrav tilsier at vurderingen bør baseres på en nåtidsvurdering. Ellers er det bekymring for at en nektelsesrett basert på en fortidig vurdering vil kunne ha for store velferdsmessige konsekvenser ved at enkelte ”går til grunne”.

Utvalget har etter en samlet vurdering kommet til at det ikke vil gå inn for en ordning med juridiske bindende forhåndserklæringer, ved spørsmål om etablering av tvungent psykisk helsevern, eventuell tvungen observasjon. Det vises i denne sammenheng til at innføring av en kompetansebasert modell kan bidra til at behovet for bindende forhåndserklæringer blir noe mindre aktuelt, siden beslutningskompetanse vil gi en vetorett på samme måte som i somatikken. Videre at et krav om antatt samtykke for pasienter som mangler beslutningskompetanse vil kunne styrke den reelle betydningen av fortidige erklæringer når tvang vurderes.

Utvalget anbefaler at det legges opp til en konkret vurdering av all informasjon om hvordan personer stiller seg til bruk av tvang. Det bør legges vekt på hvor klare de negative holdningene er, hvor faste de er over tid, hvor nært i tid de ligger og hvor dekkende de er for den aktuelle beslutningen. Forhåndserklæringer er tillagt vekt som et moment i vurderingen i flere bestemmelser.

Det er viktig å fremheve at det er tale om bindende forhåndserklæringer for pasienter som ikke er til fare for seg selv eller andre. Men pasienter som samfunnet og helsepersonell mener er i behov av behandling.

Spørsmålet som da fremtrer er om det ut fra en paternalistisk tankegang er riktig å behandle mennesker mot sin vilje selv om en forhåndserklæring fra vedkommende tilsier noe annet? Dette er kjerneområdet for selvbestemmelsesretten og man står ovenfor to motstridende hensyn og vurderingen vedrørende hvor krysspunktet bør være. Skal selvbestemmelsesretten eller motargumentene veie tyngst?

Fra et autonomiperspektiv kan det fremmes et syn om at personer som innehar beslutningskompetanse, må kunne fatte avgjørelser om ønsket behandling i fremtiden, selv om vedkommende vil komme dårligere ut av det uten helsehjelp enn med. Dette er gjeldende rett i bestemmelsen som berettiger en nektelsesrett til å motta blod på grunn av alvorlig overbevisning, jf. pasrl. § 4-9. Her kan pasienten i praksis velge å dø, noe som fremtrer mer alvorlig enn det å nekte å motta behandling på grunnlag av eget

ønske. Selv om livsførselen kanskje ikke er i tråd med samfunnets oppfattelse av hva som er riktig kan det hevdes at individets frihet skal veie tyngst.

Grunnlaget for tvang er at man innehar en alvorlig sinnslidelse som *kan* medføre bortfall av beslutningskompetansen. Hvis pasienten har et uttrykt ønske om fravær av tvang i en forhåndserklæring, nedtegnet på et tidspunkt hvor beslutningskompetansen var tilstede, kan det hevdes grunnlaget for tvang har bortfalt.

Interesseorganisasjonen Mental Helse mener et system med juridiske bindende forhåndserklæringer bør innføres. Organisasjonen mener det knytter seg utfordringer til temaet, men at disse er mindre vektige enn fordelene. De mener blant annet at erklæringene kan implementeres i det nye fellessystemet for elektronisk journalføring som skal innføres.<sup>127</sup> Dette er en elektronisk kjernejournal som skal inneholde blant annet livsnødvendige opplysninger.

Med tanke på argumentet om at pasientens nåtidsoppfatning kan differere fra det som er nedtegnet i en forhåndserklæring, kan det uansett være rom for at dette kan tillegges vekt uavhengig om beslutningskompetansen er tilstede eller ikke. Hvis pasienten ønsker behandling kan dette vurderes særskilt og en totalvurdering kan foretas av helsepersonell.

---

<sup>127</sup> Intervju med Anne Grethe Klunderud, landsleder i Mental Helse

## 7 Avslutning

Psykologi og psykiatri er ingen ferdigutviklet statisk vitenskap som ikke er gjenstand for dynamisk utvikling. Noe de historiske linjene bærer klare preg av.

Det kan hevdes at psykiatrien er dimensjonal og ikke kategorisk.

Alle vitenskapsområder har selvfølgelig tilsvarende trekk, men det er rom for å hevde at en persons psyke er mer kompleks å behandle enn for eksempel andre kroppslige funksjonssvikt. Medisinsk behandling og terapi er muligens ikke alltid løsningen hvis pasienten ikke ønsker dette selv. Det er en kjensgjerning at alle ser verden, men tolker den forskjellig.

Professor Szasz har fremmet argumenter om at psykiske sykdommer er en merkelapp som påføres typiske uønskede og fryktede handlinger. Han spissformulerer og hevder det ikke finnes noen psykiske sykdommer og således ingen riktig behandling.<sup>128</sup>

De fleste vil påstå denne argumentasjonen går for langt, men tankene er kanskje verdt å ha i bakhodet ved vurderingen av hvor langt selvbestemmelsen skal trekkes innenfor psykisk helsevern.

---

<sup>128</sup> American Psychologist, july 1982, s. 763

## 8 Registre

### 8.1 Litteraturliste

*Andenæs, Johs. og Arne Fliflet.* Statsforfatningen i Norge. 10. utg. Oslo 2006.

*Bratholm, Anders.* Strafferett og samfunn, Oslo, 1980.

*Blomberg, Wenche.* Galskapens hus. Internering og utskilling i Norge 1550 – 1850. Oslo, 2002.

*Eckhoff, Torstein og Eivind Smith.* Forvaltningsrett. 8. utg. Oslo 2006.

*Eckhoff, Torstein v/Jan E. Helgesen.* Rettskildelære. 5. utg. Oslo 2001.

*Eskeland, Ståle.* Den psykiatriske pasient og loven. Oslo, 1994.

*Foucault, Michel.* Galskapens historie, Finland, 1991.

*Halvorsen, Marit.* Rettslig grunnlag for medisinsk behandling. 1. utg. Bergen 1998.

*Haave, Per.* Ambisjon og handling. Sanderud sykehus og norsk psykiatri i et historisk perspektiv. Oslo 2008.

*Hov, Jo.* Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett 1, 3. utg. Bergen, 2002.

*Høyer, Georg og Odd S. Dalgard.* Lærebok i rettspsykiatri. Oslo, 2002.

*Kjønstad, Asbjørn.* Helserett. 2. utg. Oslo 2007.

*Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse.* Velferdsrett 1. 4 utg. Oslo 2008.

*Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse.* Velferdsrett 2. 3. utg. Oslo 2008.

*Mørch, Willy-Tore, Snoek, Jannike E. og Syse, Aslak.* Frivillighet og tvang i behandling av barn og unge. 1. utg. Oslo 1998.

*Smith, Eivind.* Konstitusjonelt demokrati. 1. utg. Oslo 2008.

*Syse, Aslak.* Psykisk helsevernloven med kommentarer. 2. utg. Oslo 2007.

*Syse, Aslak.* Pasientrettighetsloven med kommentarer. 3. utg. Oslo 2009.

*Vaaland, Tor Øystein.* Brev til en minister. Historier om psykisk helse og rus skrevet til Ansgar Gabrielsen. Oslo 2007.

*Warberg, Lasse A.* Norsk Helserett. 2. utg. Oslo 2011.

*Østenstad, Bjørn H.* Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. 1. utg. Oslo 2011.

*Aasen, Henriette S.* Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. 1. utg. Bergen 2000.

## 8.2 Artikler og rapporter

*Andersen, Njål Wang og Karl O. Wallevik.* ”Huleboerdommen” (Rt. 2010 s. 612) – Riktig diagnose, feil medisin? LOV OG RETT, vol. 50, 5, 2011, s. 283-297.

*Chodoff, Paul og Roger Peele.* The psychiatric Will of Dr. Szasz. The Hastings Center Report, Vol. 13, nr. 2, s. 11-13 (April 1983).

*Hoge, Steven K.* The patient self-determination act and psychiatric care. The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law. 1994.

PAD: Early Implementation Experience; and General Accounting Office (nå The General Accountability Office). GAO/HEHS-95-135. Implementation and Effectiveness of Advance Directives in Ensuring Patient Self- Determination.

*Patient Advance Directives: Early Implementation Experience.* Washington DC: U.S. Department of Health and Human Services. Office of Inspector General (1993).

SINTEF-rapport. Bruk av tvang i psykisk helsevern. November 2008. A 8231.

*Syse, Aslak.* ”Huleboerdommen” (Rt. 2011 s. 283) – feil navn og uklart innhold? LOV OG RETT, vol. 50, 10, 2011, s. 628-637.

*Szasz, Thomas S.* The Psychiatric Will. A new mechanism for Protecting Persons Against ”Psychosis” and Psychiatry. American Psychologist, Vol 37, No. 7. July 1982, s. 762-770.

*The Patient Self Determination Act*, Pub. L. No. 101-508, §§ 4206 & 4751, 104 Stat. 1388 (codified at 42 USC §§ 1395cc(f), 1396a(w) (1994)).

U.S. Department of Health and Human Services, Office of Inspector General, report OEI-06-91-01130 (August, 1993).

## 8.3 Lovforarbeider

Ot.prp. Nr. 69 (1959-60)

Ot.prp. nr. 11 (1998-99) Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter.

Ot.prp. nr. 64 (2005-06) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova.

Ot.prp. nr. 65 (2005-06) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettigheter m.v.

Ot.prp. nr. 110 (2008-09) Om lov om vergemål.

NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse.

NOU 2005: 8

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet.

#### 8.4 Rettsavgjørelser

Rt. 1977 s. 1035

Rt. 1981 s. 728

Rt. 1998 s. 1538

Rt. 2010 s. 612

RG. 1954/601

#### 8.5 Internett

<http://www.nrc-pad.org/images/stories/PDFs/fedaddirectives2a.pdf>

<http://www.patientenverfuegung.de/>

[http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Patientenverfuegung/patientenverfuegung\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Patientenverfuegung/patientenverfuegung_node.html)

<http://www.patverfue.de/>

#### 8.6 Annet

Intervju med Anne Grethe Klunderud, landsleder i Mental Helse, 14.02.2012.

Mailkorrespondanse samt PowerPoint presentasjon av Olav Nytingnes, sekretær for NOU 2011:9.