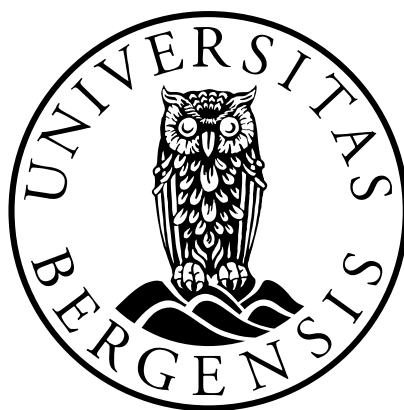


Manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvang i psykisk helsevern

Kandidatnummer: 104

Ord: 37 309



JUS397 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

21. juni 2019

Innhald

Innhald	2
1. Introduksjon	4
1.1 Emne og forskingsspørsmål.....	4
1.2 Opplegget for avhandlinga	5
2. Vegem fram mot diskusjonen om ein nektingsrett.....	7
3. Avklaring av nokre metodiske spørsmål.....	12
3.1 Ei rettsdogmatisk framstilling	12
3.2 Legalitetsprinsippet	13
3.3 Rettspraksis.....	16
3.3.1 Generelt	16
3.3.2 Lagmannsrettspraksis får ei sentral rolle i framstillinga	16
3.4 Rundskriv frå Helsedirektoratet står sentralt	17
3.5 Kort om rolla til sentrale menneskerettskonvensjonar	19
3.5.1 Generelt	19
3.5.2 Særleg om CRPD	20
4. Sentrale omsyn i den juridiske diskusjonen om tvang.....	23
5. Det menneskerettslege vernet mot tvang	25
5.1 Dei grunnleggjande fridommane	25
5.2 ØSK og SP.....	30
5.3 CRPD og ei ny retning for tvangsdiskusjonen	31
5.3.1 Innleiing	31
5.3.2 Tilhøvet til tvangsheimlane i psykisk helsevernlova	32
5.3.3 Oppsummering	38
6. Øvrige vilkår for tvang i psykisk helsevern	40
6.1 Innleiing.....	40
6.2 Tvungen observasjon etter phvl. § 3-2	40
6.3 Etablering av tvunge psykisk helsevern etter phvl. § 3-3.....	42
6.4 Tvungen behandling etter phvl. § 4-4.....	44
7. Pasienten må mangle samtykkekompetanse: nokre utgangspunkt.....	47
7.1 Innleiing.....	47
7.1.1 Introduksjon av rettsgrunnlaget for kompetansevurderinga.....	47

7.1.2	Vegen vidare	47
7.2	Nærare om grensene for kompetansevilkåret	48
7.3	Krav om årsakssamanheng mellom kompetansesvikt og sjukdom	49
7.3.1	Generelt	49
7.3.2	Innhaldet i sjukdomskravet etter psykisk helsevernlova.....	51
7.4	Samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis»	55
7.5	Tidsramma for kompetansevurderinga	55
8.	Kravet om manglande forståingsevne	60
8.1	Overordna	60
8.2	Presisering av vurderingstemaet	61
8.3	Momenta som står sentralt i kompetansevurderinga etter psykisk helsevernlova.....	66
8.3.1	Overordna.....	66
8.3.2	Nærare om kva grad av sjukdomsinnsikt som krevst.....	67
8.3.3	Nærare om kva grad av behandlingssinnsikt som krevst.....	69
8.4	FARV-kriteria har fått høg rettsleg status i rettspraksis	72
8.5	Tilhøvet til vilkåret om «alvorlig sinnslidelse»	74
9.	Kravet om «åpenbart»	78
9.1	Berre eit beviskrav?	78
9.2	Nærare om kravet	82
9.3	Handteringa av kravet i rettspraksis	83
10.	Utvalde problemstillingar	85
10.1	Innleiing	85
10.2	Bør pbrl. § 4-3 andre ledd innehalde fleire vurderingskriteria?.....	86
10.3	Bør årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd fjernast?	91
10.4	Er terskelen for tvang blitt for høg etter lovendring?	95
11.	Avslutning	100
	Kjelder.....	102

1. Introduksjon

1.1 Emne og forskingsspørsmål

Dei siste åra har det vore eit auka fokus på sjølvbestemmingsretten til pasientane i det psykiske helsevernet. Debatten har særleg knytt seg til i kva grad ein kan bruke tvang i tilfelle der dette ikkje er naudsynt for å verne om liv eller helse.¹ I 2011 la Paulsrudutvalet fram forslag til endringar i psykisk helsevernlova. Hovudsynspunktet til utvalet var at tvang ikkje lengre kunne legitimerast ovanfor personar med samtykkekompetanse utanfor dei akutte tilfella.² Departementet støtta forslaget.³

Med lovendringar gjeldande frå 1. september 2017 er det eit vilkår at pasienten manglar samtykkekompetanse for å underleggjast tvang etter psykisk helsevernlova (phvl.) §§ 3-2, 3-3 og 4-4. Med innføringa av eit slikt kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, får pasientar med samtykkekompetanse ein rett til å nekte helsehjelp. Samstundes vil pasientar som under behandlinga får tilbake samtykkekompetansen, kunne velje å trappe ned eller avslutte igangsatt behandling.⁴ Unntak kan berre gjerast dersom pasienten er til «nærleggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4-4.

Forskingsspørsmålet mitt er korleis vilkåret om manglande samtykkekompetanse i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova skal tolkast. Siktemålet med avhandlinga er i fyrste rekkje å bidra til ei klargjering av gjeldande rett kring vilkåret. I forlenginga av dette kjem rettspolitiske vurderingar der eg drøftar om dagens lovgjeving burde innehalde andre eller klarare retningslinjer for kompetansevurderinga.

Emnet samtykke og samtykkekompetanse er ikkje noko nytt i norsk helserett, særleg ikkje i relasjon til dei somatiske lidningane. I dag står likevel nye problemstillingar for tur. I fyrste rekkje er det uavklart korleis spørsmålet om samtykkekompetanse skal knyttast opp mot det psykiske helsevernet. Ved lovendringa i 2017, valte departementet å nytte allereie eksisterande lovføresegner i pasient- og brukarrettslova (pbrl.) § 4-3 for å regulere kven som manglar samtykkekompetanse. Eit sentralt spørsmål er difor korleis desse føresegnene skal nyttast i

¹ NOU 2011: 9 «Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern», s. 15.

² NOU 2011: 9 sjå til dømes s. 12 og 156.

³ Prop.147 L (2015-2016) «Endringer i psykisk helsevernloven mv.», s. 25.

⁴ Prop.147.L (2015-2016) s. 49.

relasjon til tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Medan det berre er kome éin dom frå Høgsterett som tek føre seg det nye vilkåret, er det kome ei rekkje saker for lagmannsrettane. Lagmannsrettspraksis vil difor spele ei sentral rolle i avhandlinga *for å illustrere* kva problemstillingar som kan oppstå ved bruk av det nye vilkåret. Problemstillingane vil drøftast opp mot rettskjeldematerialet elles for å finne fram til kva som no er gjeldande rett.

Ein annan sentral del av tvangsdiskusjonen er FN-konvensjonen om rettane til menneske med nedsett funksjonsevne (CRPD) frå 2006. Sjølv om det er stor usemje om innhaldet i konvensjonspliktene, har konvensjonen bidrege til å setje ein ny agenda for tvangsdiskusjonen internasjonalt.⁵ I arbeidet med endringar i psykisk helsevernlova, vart innføringa av eit kompetansebasert system sett på som ei viktig tilpassing i tråd med den internasjonale utviklinga CRPD representerer.⁶ Som følgje av CRPD-komiteen sine mange uttalelsar i seinare tid, er det no usikkert om konvensjonen opnar for denne typen tvangsheimlar. Eit sentralt spørsmål er difor om konvensjonen er til hinder for at Noreg kan nytte tvang i psykisk helsevern ovanfor personar som manglar samtykkekompetanse.

1.2 Opplegget for avhandlinga

I kap. 2 skal eg sjå nærare på bakgrunnen for innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Deretter gjer eg greie for nokre særleg metodiske spørsmål som gjer seg gjeldande for avhandlinga i kap. 3. I kap. 4 tek eg føre meg dei underliggjande omsyna som må vegast mot kvarandre ved spørsmålet om tvang i psykisk helsevern. I kap 5. gjer eg greie for korleis tvangsheimlane i psykisk helsevernlova står seg ovanfor ulike menneskerettslege plikter Noreg er bunden til, herunder den nemnte FN-konvensjonen CRPD. Vilkalet om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, er teke inn i tvangsheimlane i phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4-4. I kap. 6 vert det difor naudsynt å gjere ei kort gjennomgang av dei øvrige vilkåra i dei tre føresegnene. I alt vil desse kapittele danne eit viktig bakteppe for utgreiingane om det nye vilkåret.

Vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, er formulert likt i phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4.4. Det gir grunn til å tru at vilkåret også skal tolkast likt. I avhandlingsarbeidet har eg heller

⁵ Bjørn Henning Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Østenstad m.fl. (red.), Fagbokforlaget 2018 s. 11–34, på s. 34.

⁶ NOU 2011: 9 s. 11, Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

ikkje funne nyansar i vilkåret mellom dei ulike lovføresegnene. På bakgrunn av dette vil eg i kap. 7, 8 og 9 handsame vilkåret om manglande samtykkekompetanse samla.

I kap. 10 drøftar eg nokre utvalde problemstillingar frå ein rettspolitisk ståstad. Avhandlinga avrundast i kap. 11 der eg kjem med nokre avsluttande refleksjonar kring dei mest sentrale funna i avhandlingsarbeidet.

2. Vegem fram mot diskusjonen om ein nektingsrett

Individet sin personlege fridom vert rekna som eit grunnleggjande gode i den moderne rettsstaten. Sjølvbestemmingsretten har likevel ikkje vore ei sjølvfølge ved spørsmålet om helsehjelp. I staden har tradisjonen lenge vore slik at pasientar ikkje deltek i avgjerder knytt til behandling av dei sjølve.⁷ Det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å kunne underleggjast tvang i psykisk helsevern, medfører ein nektingsrett for pasientar med samtykkekompetansen intakt. Slik er vilkåret ei styrking av sjølvbestemmingsretten til pasientane i det psykisk helsevernet. I det vidare vil eg sjå kort på framveksten av sjølvbestemmingsretten i norsk helserett generelt, og i det psykiske helsevernet spesielt. Spørsmålet er særleg om retten til å nekte helsehjelp kan finnast att i den historiske utviklinga, eller om diskusjonen om ein nektingsrett er av nyare dato.

Psykisk helsevernlova 1999 erstattar lova frå 1961. Før den tid var det Lov om Sindssyges Behandling og Forplejning (Sindssjukelova) av 1848 som regulerte det offentlege sin rett og plikt til å ta vare på sinnsjuka utan deira samtykke. Etter Sindssjukelova skulle ein lege ved det aktuelle sinnssjukaesyket avgjere om pasienten kunne leggjast inn. Ifølgje § 9 kunne innlegging berre skje der det var nyttig for den sjuka sjølv eller der det var naudsynt på bakgrunn av offentleg orden og tryggleik. Lova stilte ikkje krav om at pasienten formelt måtte vere konstatert som sinnssjuk, men i 1910 kom ein kongeleg resolusjon som stilte krav om ein sinnssjukaattest. På dette tidspunktet er det difor vanskeleg å identifisere ein sjølvbestemmingsrett for pasienten.

Mykje peikar mot at Nürnbergprosessane mot tyske legar etter den andre verdskrigen danna hovudgrunnlaget for den generelle tenkinga kring eit krav om samtykke for medisinsk behandling i Europa.⁸ Gjennom Nürnbergprosessane statuerte det internasjonale rettssamfunnet betydinga av å sikre visse grunnleggjande rettsprinsipp ved medisinske eksperiment som involverer bruk av menneske som forsøkssubjekt. Nürnbergkoden består av ti grunnleggjande prinsipp som skal sikrast ved medisinsk forskning, der det viktigaste av dei knyt seg til sjølvbestemmingsretten.⁹ Robert A. Burt forklarar at dommarane

⁷ Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (heretter forkorta *Pasientens rett til selvbestemmelse*), Fagbokforlaget 2000, s. 21 med vidare tilvising til Nina Malterud, «Er pasienten en sykdom eller et menneske?», *Pasientrettigheter – hva nå? Skriftserie om forbrukerspørsmål*, Forbrukerrådet 1985, s. 173–180, på s. 173.

⁸ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 95.

⁹ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 98–99.

«... did not put their trust in the existence of ‘civilized standards’ among future professionals ... nor in government officials... The Nuremberg judges established, as their first line of defense against recurrence of these barbarities, the individual subject-patient armed with the principle of self-determination».¹⁰

I det norske psykiske helsevernet kom konturane av ein sjølvbestemmingsrett til syne med psykisk helsevernlova 1961. Ifølgje § 4 kunne pasienten sjølv «begjære seg innlagt». Ein føresetnad for innleggelse var at «pasienten har evne til selv å ta bestemmelsen». Graden av sjølvbestemmingsrett for pasienten på dette tidspunktet må likevel ikkje overdrivast. Føresegna krevde samstundes at «overlegen eller den lege som har ansvaret for vernet finner at innleggelse på grunn av pasientens sinnstilstand er til [det] beste for ham». Slik var psykisk helsevernlova 1961 ideologisk basert på ein tillit til helsefagfolk sin ekspertise og gode vilje.¹¹

Med rettstryggleikstenkinga på 1960- og 1970-talet byrja fleire å opponere mot den autoritære paternalismen. Etter kvart retta protesten seg mot dei delane av statsmaktene sitt virke som var mest synleg repressive. Dette var særleg staten sin internering av dei som skilte seg ut; lausgjengarar, vanskelege barn, psykisk utviklingshemma og personar med psykiske lidningar. Rettstryggleikstenkinga sette fokus på grunnleggjande verdimeslige spørsmål, herunder individet sin rett til autonomi og vern mot inngrep frå staten. Med tida skulle tenkinga også prege politikarar, lovgjevar og dommarar. Nedlegginga av Reitgjerdet sjukehus for vanskelege eller farlege sinnssjuke er eit døme på dette.¹² I kjølvatnet av nedlegginga av Reitgjerdet, starta Sosialdepartementet arbeid med revidering av helselovgjevinga. I 1988 la Bernt-utvalet fram forslag til fullstendig revisjon av psykisk helsevernlova.¹³ Utgreiinga var starten på ein lang prosess fram mot psykisk helsevernlova 1999.

Psykisk helsevernlova 1999 § 2-1 slo fyrst fast at «[d]en som har fylt 16 år, kan tas under frivillig psykisk helsevern på grunnlag av eget samtykke». Førearbeida fastslo at det måtte føreligge eit gyldig og informert samtykke i tråd med reglane i pbrl. §§ 4-1 og 4-2.¹⁴ Med endringar gjeldande frå 1. januar 2007 vart pasientrettane i psykisk helsevernlova styrka ved at pasient- og brukarrettslova skulle gjelde som hovudregel ved etablering og gjennomføring av

¹⁰ Robert A. Burt, «The Suppressed Legacy of Nuremberg», *Hastings Center Report*, 1996, s. 30–34, på s. 31.

¹¹ Ørnulf Rasmussen, «Psykisk helsevern», *Sosialrett*, 6. utg., Universitetsforlaget 2003, s. 394–444., på s. 400.

¹² Rasmussen, «Jus og psykiatri – før og nå», *Nybrott og odlong: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt, s. 605–624, på s. 610.

¹³ Rasmussen, «Jus og psykiatri – før og nå», s. 608–609.

¹⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 153.

psykisk helsevern, jf. phvl. § 1-5.¹⁵ Ifølgje førearbeida skulle endringane markere «... den klare hovedregel om samtykke som grunnlag for undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet».¹⁶

Med etableringa av samtykkereglar i psykisk helsevernlova, kan det hevdast at det også har vore ein føresetnad frå lovgjevar si side at det skulle vere ein rett til å nekte behandling.¹⁷ Men trass i hovudregelen om samtykke, kunne det fram til 1. september 2017 gjerast unntak ovanfor personar med ei alvorleg sinnsliding.¹⁸ Som eg kjem tilbake til, kunne også personar utan symptom på ei alvorleg sinnsliding vere underlagt tvang, dersom manglande symptom skuldast inntak av medisinar.¹⁹ Nokon nektingsrett for pasientar i det psykiske helsevernet, er difor vanskeleg å identifisere før lovendringa 1. september 2017.²⁰

I NOU 2011: 9 uttalte Paulsrudutvalet at «[p]sykisk helsevernlovens tvangsregler bryter med det grunnleggende kravet i helse retten om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke.»²¹ Utvalet understreka at pasientar med alvorlege psykiske lidingar kan ha god innsikt i eigen situasjon. Difor kunne ikkje ei alvorleg sinnsliding og eit påstått behandlingbehov i seg sjølv lengre vere tilstrekkeleg for å legitimere tvangsbruk.²² Spørsmålet er kva som låg til grunn for ei slik heilomvending i synet på tvang ovanfor psykisk sjuke.

Ynskjet om å styrke sjølvbestemmingsretten til pasientane i det psykiske helsevernet, heng mellom anna saman med ratifiseringa av FN-konvensjonen CRPD i 2013. Konvensjonen sitt hovudføremål er å sikre at menneske med nedsett funksjonsevne får moglegheit til å realisere grunnleggjande menneskerettar på lik line med andre. Konvensjonen er av mange oppfatta som

¹⁵ Før 2007 gjaldt pasient- og brukarrettslova berre «så langt det passer», jf. ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 86.

¹⁶ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 86.

¹⁷ Både Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 490 og Marit Halvorsen, «Pasienter som nekter behandling», *Rett og urett: Tidsskrift for Den norske legeförening*, 3.utg., 2002, s. 323–324 forutsetter at hovudregelen om samtykke også har gitt ein rett til å nekte behandling.

¹⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 23.

¹⁹ Rt. 1993 s. 249. Oppretthaldt i Rt. 2001 s. 1481.

²⁰ Østenstad, «Fråvær av avgjerdskompetanse som moglege vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.», Vedlegg 3 i NOU 2011: 9, (heretter Vedlegg 3 i NOU 2011: 9), s. 293–294 peikar på at bruken av omgrepet «samtykkekompetanse» i seg sjølv speglar ei tradisjonell haldning der fokus har vore retta mot pasienten sitt høve til å gi eit positivt samtykke til behandling. Reidar Pedersen og Per Nordtvedt, «Når kan pasienten nekte helsehjelp?», *Kritisk Juss* nr. 3 2006, s. 229–253, på s. 248 hevdar at helseovgjevinga ikkje har gitt pasientar stort anna val enn å underkaste seg behandling for å unngå tvangsbruk. Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 490 skriv at pasienten sin rett til å motsette seg behandling ikkje er av nyare dato, men at bakgrunnen for at vi kan snakke om «... en ‘moderne’ oppfatning av pasientens rett til å nekte behandling, eller selvbestemmelsesrett, ... blant annet [har] samanheng med at det skal stadig sterkere grunnet til før man kan gjøre unntak fra den, parallelt med at kravene til samtykke stadig har blitt skjerpet.»

²¹ NOU 2011: 9 s. 12.

²² NOU 2011: 9 s. 156.

særs progressiv, og innhaldet i konvensjonspliktene synast enno å vere uavklart. I samband med lovendringane i psykisk helsevernlova peika Paulsrudutvalet likevel på at konvensjonen måtte ha betydning på eit «verdimessig plan», slik at det framover måtte vere vanskeleg å oppretthalde særreglar for tvang for menneske med nedsett funksjonsevne.²³ Dette var noko av det som danna grunnlag for forslaget om å innta eit diagnosenøytralt vilkår for tvang.²⁴ Departementet støtta forslaget, og kom til at innføringa av eit kompetansebasert system i psykisk helsevernlova ville bidra til å skifte fokus frå pasientane sin diagnose til deira faktiske funksjonsnivå, i tråd med hovudføremålet til konvensjonen.²⁵

Innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, heng vidare saman med auka medvit kring rettstryggleiken til pasientane i relasjon til konkrete behandlingstiltak. Med psykisk helsevernlova 1999 og phvl. § 4-4 fekk ein for fyrste gong eit klart rettsleg grunnlag for gjennomføring av behandlingstiltak under det tvungne vernet utan pasienten sitt samtykke.²⁶ I førearbeida uttalte departementet at ein ynskja å ha ein særleg heimel for tvangsmedisinering, då innføringa av effektive psykofarmaka i psykisk helsevern har bidrege til eit framsteg i psykiatrien og gjort det mogleg å behandle psykiske lidingar betre enn før. Departementet peika også på at legemiddelbehandling for svært mange har bidrege til eit kvalitativt betre liv.²⁷

Seinare er det delte meiningar om verknaden av psykofarmaka. I NOU 2011: 9 peikte Paulsrudutvalet på ein «... bred og begrunnet kritikk av langtidseffekten av antipsykotika, og av hvordan behandlingseffektforskningen har blitt tolket og omformet i behandlingspraksis ved alvorlige psykiske lidelser».²⁸ I kunnskapsoppsummeringa gjer utvalet nærare greie for ei rekkje forskingsrapportar kring verknaden av tvangsmedisinering. Utvalet oppsummerer med å leggje til grunn at dei erfaringane som vert gjort med bruk av antipsykotika handlar om meir enn berre positive og negative verknadar av medisinane. Ifølgje utvalet handlar det også om at medikamenta ofte vert teke under tvang, der tap av sjølvbestemingsrett og tap av valmoglegheiter, verkar inn på situasjonen. Utvalet peikte også på at pasientane i det psykiske helsevernet, i motsetning til pasientar i andre delar av helsetenesta, ikkje har hatt same

²³ Sjø NOU 2011: 9 s. 11.

²⁴ NOU 2011: 9 s. 11.

²⁵ Prop.147.L (2015–2016) s. 24.

²⁶ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9, s. 296 forklarar at inngrep under tvunge psykisk helsevern tradisjonelt har blitt oppfatta som mindre viktig fordi ein har stolt på helsepersonellet si gode vilje og tiltaka sine gode føremål.

²⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 110.

²⁸ NOU 2011: 9 s. 19.

moglegheit til å trekke seg frå behandlinga dersom biverknadane overskyggar dei positive verknadane.²⁹

Utvalet understreka samstundes at konsekvensane av manglande behandling for personar med alvorlege psykiske lidingar kan få alvorlege følgjer. Løysinga vart difor å føreslå at tvangsbehandling skulle avgrensast til pasientar utan samtykkekompetanse.³⁰ Departementet var samd i dette. Sentralt i grunngjevinga til departementet synast vere at lovendinga særleg kunne redusere tvangsbruk ovanfor pasientar som er underlagt medisinsk vedlikehaldsbehandling utan opphald i institusjon. Ifølgje departementet er dette også dei tilfella der tvangen vanskelegast let seg forsvare etisk.³¹

Gjennomgangen syner at det har skjedd eit fokusskifte i diskusjonen om tvang mot psykisk sjuke dei siste åra.³² Medan tvangsheimlane tidlegare bar preg av velferdstenking og eit ynskje om å hjelpe den sjuke, er fokuset no snudd. Særleg framtrudande er ynskjet om å gi personar med psykiske lidingar større moglegheit til å utøve sjølvbestemmingsrett på lik line med andre.

²⁹ NOU 2011: 9 s. 128.

³⁰ NOU 2011: 9 s. 19.

³¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 25.

³² Aslak Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 2006, s. 318–342, på s. 342 legg seg på noko av den same lina når han skriv at «[b]erettigelse av intensiv tvangsbruk synes først de siste tiårene å ha blitt dratt i tvil.»

3. Avklaring av nokre metodiske spørsmål

3.1 Ei rettsdogmatisk framstilling

I avhandlinga nyttar eg rettsdogmatisk metode. Metoden er i nokon grad bunden opp til den såkalla «vanlege juridiske metoden». Hans Petter Graver oppsummerer den «vanlege juridiske metoden» som at ein «... forholder seg til rettskildefaktorene, avgjør hvilken relevans de har, diskuterer hvilke slutninger de gir grunnlag for, og foretar en avveining av hvilke hensyn som alt i alt har mest for seg».³³ Den juridiske metoden er fundamentet for å ta stilling til konkrete rettsspørsmål, og vert såleis ein føresetnad for å kunne ta del i diskusjonen om kva som er gjeldande rett.³⁴ Den rettsdogmatiske metoden omfattar likevel meir enn denne alminnelege juridiske metoden. I tillegg til å bidra til ei avklaring av gjeldande rett, tek rettsdogmatikken sikte på å bidra til ei systematisering av rettsspørsmål og løysingar.³⁵ Målet med avhandlinga er særleg å kunne bidra til ei auka forståing av spørsmålet om samtykkekompetanse ved å peike på kva moment som står sentralt i kompetansevurderinga etter psykisk helsevernlova. Slik vil avhandlinga også innehalde element av teoribygging.³⁶

På nokre punkt vil metoden i avhandlinga vike frå tradisjonell rettsdogmatisk metode. Som allereie nemnt vil underrettspraksis spele ei sentral rolle i framstillinga, noko eg vil kommentere nærare i kap. 3.3.2. Noko utradisjonelt er også plassen som er via til å diskutere innhaldet i konvensjonspliktene i FN-konvensjonen CRPD. Dette vil eg grunngi i kap. 3.5.2.

I forlenginga av den systematiske framstillinga av retten, vil avhandlinga også ha rettspolitiske element ved seg der eg diskuterer om dagens lovgiving bør innehalde andre og gjerne klarare retningslinjer for kompetansevurderinga (*de lege ferenda*). Dette er i tråd med det mange skildrar som rettsforskaren sitt ansvar for å stadig gjere kritiske evalueringar av det som er gjeldande rett.³⁷

³³ Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *TjR* 2008 s. 149–178, på s. 167.

³⁴ Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen* (red.), Fagbokforlaget 2013, s. 15–25, på s. 16–17.

³⁵ Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», s. 17 og Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *JV* 2004, s. 329–342 på s. 329.

³⁶ Claes Sandgren, «Om teoribildning och Rättsvetenskap», *JT* 2004–05, s. 297–333, på s. 309 flg.

³⁷ Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *TjR* 2011, s. 230–249, på s. 244 og Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», s. 334.

3.2 Legalitetsprinsippet

Det forvaltningsrettslege legalitetsprinsippet er kodifisert i Grunnlova § 113.³⁸ Føresegna slår fast at styresmaktene må ha heimel i lov for å kunne gripe inn ovanfor einskildmennesket. I tillegg til å stille opp eit krav om heimel i lov, etablerer legalitetsprinsippet eit krav til kor klar lovheimelen må vere. I Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks) la Høgsterett til grunn at dette klårleikskravet vert strengare i takt med kor inngripande tiltak styresmaktene vil gjere:

«Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»³⁹

Då tvunge psykisk helsevern er eit omfattande inngrep i individet sine grunnleggjande rettar, kan det argumenterast for at dette ligg i kjerna av legalitetsprinsippet.⁴⁰ Høgsterettspraksis på området for helseretten gir likevel grunn til å problematisere om dette utgangspunktet må nyanserast noko. Dommane i Rt. 1993 s. 249 og Rt. 2010 s. 612 er av særleg interesse i denne samanheng.

Dommen i Rt. 1993 s. 249 gjaldt spørsmål om utskriving av tvunge psykisk helsevern. Høgsterett la til grunn at ei eventuell utskriving av pasienten medførte stor risiko for at pasienten i løpet av kort tid fekk eit tilbakefall som gjorde det naudsynt med ny tvangsinnlegging. Dåverande lov inneheldt ikkje nokon uttrykkeleg heimel for tvang ved fare for forverring ved opphøyr av tvunge vern. Ordlyden i den tidlegare lovteksten vart såleis tolka utvidande for å heimle fortsatt tvunge vern ovanfor pasienten. Høgsterett understreka at det var «... prinsipielle betenkeligheter ...» med å nytte dei eksisterande tvangsheimlane utanfor dei tilfella som var direkte omfatta av lovteksten. Avgjerande vart likevel det praktiske behovet for ei ordning som opna for å hindre at pasienten sin tilstand i løpet av kort tid ville bli vesentleg forverra.⁴¹ Høgsterett har stått fast ved denne oppfatninga i seinare saker.⁴²

I Rt. 2010 s. 612 (Sårstell) var det spørsmål om ein sjukeheim kunne utføre naudsynt sårstell og grunnleggjande hygienetiltak på ein pasient mot hans vilje. Pasienten var mellom anna

³⁸ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgåve, Universitetsforlaget 2018, s. 343–344.

³⁹ Rt. 1995 s. 530 på s. 537.

⁴⁰ Asbjørn Kjørstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utg., Gyldendal 2014, s. 482.

⁴¹ Rt. 1993 s. 249 på s. 255–256.

⁴² Sjø til dømes Rt. 2000 s. 23 s. 26 og Rt. 2001 s. 1481 på s. 1485–1486.

inkontinent for urin og avføring. Hans motvilje til stell medførte såleis vesentlege luktplager, særleg for pleiarane. Utan nokon klar lovheimel kom fleirtalet i Høgsterett (dissens 3-2) til at sjukeheimen kunne stille vilkår for opphaldet på sjukeheimen, også vilkår som innebar bruk av tvang. Fleirtalet i Høgsterett synast leggje mykje vekt på at stellet ikkje var urimeleg byrdefullt for pasienten og at sjukeheimen hadde lagt til rette for at stellet kunne gjennomførast så skånsamt som mogleg.⁴³

I begge sakene er Høgsterett pragmatiske i sin rettskjeldebruk, noko som har vore gjenstand for intens debatt i juridisk teori. Kor vidt dommane gir eit svekka legalitetsprinsipp på helseretten sitt område, er usikkert. Fleire kritiserer rettstilstanden som vart etablert med 1993-dommen.⁴⁴ Nokre tek til orde for at Sårstelldommen medfører eit svekka legalitetsprinsipp på helseretten sitt område.⁴⁵ Andre meiner sakstilhøvet i Sårstelldommen er så særlege, at den må reknast for å ha liten prejudikatsverknad.⁴⁶ Eg sluttar meg til den sistnemnte oppfatninga, og meiner det er vanskeleg å gi Sårstelldommen den verknaden at den inneber ei generell svekking av legalitetsprinsippet på helseretten sitt område. Sett i samanheng med dommen frå 1993, er det likevel ikkje tvil om at det vert meir utfordrande å oppretthalde førestellinga om eit strengt legalitetsprinsipp. Når det er sagt, er også denne dommen kritisert. Vidare kan det argumenterast for at dommen er for gammal til å seie noko om legalitetsprinsippet sin styrke i dag.

Dommane speglar likevel at det alltid er behov for å gjere individuelle vurderingar ved spørsmålet om tvang. Dette medfører at det er utfordrande å gi generelle tvangsheimlar som skal gjelde for alle. Slik kan det spørjast om det er problematisk å legge til grunn eit for sterkt

⁴³ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 33.

⁴⁴ Sjå Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 302 og Rasmussen, «Psykisk helsevern», s. 424–425. Georg Høyer kritiserer Rt. 1993 s. 249 i «Tilbakeslag for psykiatriske pasienters autonomi og rettssikkerhet», *LoR* 1995, s. 151–164.

⁴⁵ Alice Kjellevoid og Henriette Sinding Aasen, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt-2010-612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, s. 50–68, på s. 67 skriv at «[d]et er vanskelig å komme bort fra at legalitetsprinsippet er svekket etter 'Huleboerdommen', i hvert fall på dette rettsområdet.» Erik Monsen legg seg på noko av den same lina når han skriv at Sårstelldommen illustrerer at «... det ikke kan være slik at også små tvangselementer *uten videre* anses å aktualisere lovhjemmelskravet» (Monsen si utheving) i «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt-2010-612», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), Fagbokforlaget 2013, s. 419–429 på s. 428.

⁴⁶ Østenstad, «Sårstelldommen (Rt-2010-612) – prejudikat for kva?», *LoR* 2014 s. 484–501, på s. 500–501. Syse, «'Huleboerdommen' – feil navn og uklart innhold?», *LoR* 2011 s. 628–637 på s. 637 ser ut til å vere av same oppfatning når han skriv at «[d]et bare [er] så unike situasjoner som beskrevet i dommen som kan åpne for dette overfor nektingskompetente pasienter. Dommen er derfor ikke et første steg på en etisk og rettslig problematisk 'slippery slope'.»

legalitetsprinsipp på helse retten sitt området. Med for strenge krav til klårleik i lovheimlane, kan ein risikere at lovføresegnene gir for snevre rammer for inngrep. På bakgrunn av dette må ein truleg akseptere lovføresegner som opnar for nokon grad av skjønn. Då tvang i psykisk helsevern er eit så omfattande inngrep ovanfor individet, bør siktemålet likevel vere å gi så klare og føreseielege tvangsheimlar som mogleg.⁴⁷

Det nye vilkåret om samtykkekompetanse utgjer i seg sjølv ei skjerping av tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Vilkåret gir enno ei avgrensing for moglegheita til å bruk av tvang, og kjem i tillegg til dei andre, allereie eksisterande vilkåra. Dette er i seg sjølv med på å styrke rettstryggleiken til pasientane i tråd med legalitetsprinsippet.

Når det er sagt, kan det også hevdast at det nærare innhaldet i vilkåret er noko uklart. Som nemnt vert det i phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd slått fast at ein føresetnad for tvang er at «[p]asienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettsloven § 4-3». I pbrl. § 4-3 andre ledd heiter det at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Problematisk er at pasient- og brukarrettslova i fyrste rekkje er utarbeidd i relasjon til dei somatiske lidningane (og ikkje dei psykiske). Som eg kjem tilbake til, vil dette medføre at ein må gjere presiserande tolkingar av føreseigna for å gjere kompetansevurderinga meir tilpassa det psykiske helsevernet.

I motsetning til ved utvidande tolking eller analogi, vil ikkje presiserande tolking av ein inngrepsheimel by på særlege problem på legalitetsprinsippet sitt område. Tanken er at rettsbrukaren utfyller innhaldet av lovheimelen innanfor ramma av den naturlege språkforståinga. Slik får ikkje den aktuelle føreseigna noko utvida verkeområde.⁴⁸ Noko anna er at legalitetsprinsippet sitt klårleikskrav kan undergravast dersom lovteksten vert for vag. I avhandlinga er det difor klårleikskravet som fyrst og fremst vil kome i fokus.

Ei utfordring i denne samanheng er at rundskriv frå Helsedirektoratet står sentralt for tolkinga av det nye kompetansevilkåret. Som eg kjem til i kap. 3.4 har rundskriva på enkelte punkt fått opphøga rettskjeldevekt på bakgrunn av lovførearbeid og Høgsterettspraksis. I tråd med Fjordlaksdommen, bør ein likevel ha mål om at lovheimlane sjølv oppstiller så klare

⁴⁷ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 356 synast også legge seg på ei meir tradisjonell line når dei skriv at «... bruk av tvangsmidler eller represalier i institusjoner må som utgangspunkt antas å kreve lovhjemmel ...».

⁴⁸ Sjå til dømes Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm 2012, s. 141–146.

retningslinjer for inngrep som mogleg. Det er difor usikkert om avklaring i førearbeid eller andre rettskjelder er tilstrekkeleg for å løyse konflikten med lovkravet. Dette vil eg kome tilbake til i kap. 10.2.

3.3 Rettspraksis

3.3.1 Generelt

Som nemnt vil rettspraksis etter 1. september 2017 spele ei sentral rolle i framstillinga. Medan det berre er kome éin dom frå Høgsterett som tek føre seg vilkåret om manglande samtykkekompetanse,⁴⁹ er det kome ei rekkje dommar frå lagmannsrettane.

I saker om tvangsvedtak i helse- og omsorgstenesta har Høgsterett ifølgje tvistelova (tvL) kap. 36 full prøvingsrett. Problematisk i relasjon til Høgsterettspraksis på helseretten sitt område, er likevel at Høgsterett også må forhalde seg til reglane om middelbar bevisføring. I tråd med tvistelova (tvL) § 30-11, jf. § 26-2 inneber dette mellom anna at Høgsterett ikkje får høyre pasienten sin forklaring direkte. Dette medfører at tingrettane og lagmannsrettane i mange tilfelle vil ha langt betre føresetnadar for å vurdere om pasienten oppfyller vilkåra for tvang. Slik vil Høgsterettspraksis i fyrste rekkje vere relevant der Høgsterett kjem med generelle merknadar for tolkinga av eit vilkår.

Rettspraksis etter lovendring knyt seg utelukkande til spørsmålet om etablering av tvunge psykisk helsevern etter phvl. § 3-3. Som nemnt gjeld vilkåret om manglande samtykkekompetanse også ved tvungen observasjon etter § 3-2 og tvungen behandling etter § 4-4. Det er likevel ikkje grunn til å tru at kompetansevurderinga skal vere ulik for dei ulike tvangsheimlane. Rettspraksis knytt til phvl. § 3-3 nr. 4 vil såleis vere av relevans ved utgreiinga av §§ 3-2 nr. 3 og 4-4 fyrste ledd.

3.3.2 Lagmannsrettspraksis får ei sentral rolle i framstillinga

Underrettspraksis har ikkje same sjølvstendige rettskjeldevekt som praksis frå Høgsterett. Praksisen kan likevel gis noko vekt, særleg der praksisen er konsistent.⁵⁰ I avhandlinga vil lagmannsrettspraksis stå sentralt, men grunna den låge rettskjeldevekta, vil praksisen i fyrste

⁴⁹ HR-2018-2204-A.

⁵⁰ Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, s. 39.

rekkje nyttast *for å illustrere* problemstillingar som oppstår i praksis ved bruk av det nye vilkåret. Problemstillingane skal deretter drøftast opp mot det rettskjeldematerialet elles.

I alt er det kome rundt 50 saker for lagmannsrettane om tvunge psykisk helsevern etter 1. september 2017. Grunna lova si utforming er det likevel naudsynt å gjere nokre avgrensingar i høve til kva rettspraksis eg nyttar i avhandlinga. Vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, gjeld ikkje der pasienten er til «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. I mange tilfelle er det såleis ikkje eit vilkår at pasienten manglar samtykkekompetanse. Desse sakene vil det difor avgrensast mot i avhandlinga.

I nokre saker vert spørsmålet om samtykkekompetanse drøfta, sjølv om pasienten er til «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse». Eg har også valt å avgrense mot desse sakene, ettersom det her ikkje er eit vilkår at pasienten manglar samtykkekompetanse for å underleggjast tvang.

Til sist finn ein også saker der spørsmålet om samtykkekompetanse ikkje vert drøfta, trass i at dette er eit vilkår for tvang. Dette skuldast at det i desse tilfella er andre grunnar til at tvangen ikkje kan oppretthaldast.⁵¹ Heller ikkje desse sakene vil stå i fokus i denne avhandlinga.

Per. 19. 06. 19 finnast 25 saker frå lagmannsrettane der spørsmålet om tvang knytte seg til vilkåret om manglande samtykkekompetanse. Blant desse sakene har eg berre funne to tilfelle av at tvunge vern ikkje kunne oppretthaldast som følgje av at pasienten vart rekna for å vere samtykkekompetent.⁵²

3.4 Rundskriv frå Helsedirektoratet står sentralt

Rundskriv frå Helsedirektoratet er sentrale for utgreiinga av innhaldet i det nye kompetansevilkåret i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. I relasjon til pasient- og brukarrettslova finnast rundskriv IS-8/2015. I samband med lovendringa har Helsedirektoratet også utarbeidd rundskriv IS-1/2017. Spørsmålet i denne samanheng er kva vekt rundskriva har i vurderinga av om ein person kan reknast å mangle samtykkekompetanse, jf. pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd.

⁵¹ Sjø som døme LB-2018-34851 og LG-2018-85750.

⁵² LG-2018-35336 og LB-2018-156413.

I rettskjeldelæra er rundskriv skildra som offentlege styresmakter si rettsoppfatning. Dei vert difor rekna for å ha same rettskjeldevekt som etterarbeid.⁵³ Då det må ventast at helsepersonell følgjer Helsedirektoratet sine føringar, vil utsegner i rundskriva også kunne gi ein indikasjon på korleis det nye vilkåret handterast i forvaltingspraksis, både av helsepersonellet sjølv og i kontrollinstansane. Dette kan tilseie at rundskriva bør få meir vekt.

Helsedirektoratet har dessutan fått ei særskilt plikt til å «utvikle, formidle og vedlikeholde nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som understøtter de mål som er satt for helse- og omsorgstjenesten», jf. helse- og omsorgstenestelova § 12-5 fyrste ledd.⁵⁴ Det kan spørjast om dette medfører at rundskriva frå Helsedirektoratet har enno større vekt som rettskjelde. I førearbeida er det likevel slått fast at retningslinjene frå Helsedirektoratet ikkje er rettsleg bindande, men berre gir uttrykk for nasjonale helsemynde si oppfatning av kva som er god fagleg praksis og korleis relevant regelverk skal tolkast.⁵⁵ Dette må nok innebere at Helsedirektoratet si lovfesta rettleingsplikt, ikkje gir rundskriva opphøga rettskjeldevekt i seg sjølv. Noko anna er at rundskriva vil ha ein utfyllande funksjon med omsyn til lovreguleringa på området, noko som er av stor praktisk betydning, særleg for helsepersonell. Rundskriva bidreg såleis til å knyte sterkare band mellom jussen og helsepersonell, slik at lova vert praktisert i tråd med lovgjevarviljen.⁵⁶ Dette tilseier at rundskriva bør få noko større vekt, også når innhaldet i det nye vilkåret skal fastsetjast.

I førearbeida til lovendringa syner også departementet til uttalelsar i rundskriv frå Helsedirektoratet frå 2012 og 2015 som rettleiande for vurderinga av kompetansevurderinga etter psykisk helsevernlova.⁵⁷ Slik må uttalelsane i rundskriva få opphøga rettskjeldevekt i nærleiken av rettskjeldevekta til lovførearbeid. Det nye rundskrivet frå 2017 (IS-1/2017) inneheld i stor grad dei same retningslinjene, men kjem også med nokre presiseringar knytta til dei nye reglane. Det er difor naturleg at det vert teke utgangspunkt i dette når vurderinga av samtykkekompetansen skal gjerast. Dette vert også forutsatt av Høgsterett i HR-2018-2204-A. Dommen er den fyrste for Høgsterett som tek føre seg det nye vilkåret om at pasienten må

⁵³ Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utg., M.H. Andenæs 2009, s. 122–123.

⁵⁴ Den same føresegna er innteke i spesialisthelsetenestelova § 7-3 fyrste ledd.

⁵⁵ Prop.91 L (2010–2011) s. 505.

⁵⁶ Henriette Sinding Aasen og Anne-Mette Magnussen, «Prioriteringsveiledere som styringsverktøy i skjæringspunktet mellom rett og medisin», *Retfærd*, nr. 2, 2016, s. 19–31, på s. 24 argumenterer på same måte i relasjon til prioriteringsrettleiarar frå Helsedirektoratet. Dei to forfattarane peikar på at rettleiarane «... er ment å bygge bro mellom rettsreglene og den kliniske profesjonsutøvelsen, der legen i stor grad har rollen som rettsanvender».

⁵⁷ Prop.147.L (2015–2016) s. 19 med tilvising til Helsedirektoratet, IS-8/2015 (Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer) og IS-9/2012 (Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer).

mangle samtykkekompetanse.⁵⁸ Høgsterett går her langt i å syne til utgreiingane i rundskrivet, på bakgrunn av at «[r]undskrivet ... gir noe mer veiledning [enn førearbeida] om kravet til forståelseevne» i pbrl. § 4-3 andre ledd.⁵⁹

I førearbeida syner departementet også uttrykkeleg til konkrete vurderingsmoment frå rundskriva som rettleiande for kompetansevurderinga. Dei aktuelle momenta vert ofte omtalt som dei såkalla FARV-kriteria (forstå, anerkjenne, resonnere og velje). Dei same momenta er innteke i rundskrivet frå 2017. I rundskriva frå Helsedirektoratet vert momenta omtalt som «verktøy» som skal fungere som eit «supplement i en helhetsvurdering» av pasienten.⁶⁰ Departementet peikar på at «[d]e momentene som er omtalt i Helsedirektoratet sitt rundskriv, bør inngå i vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse etter nye regler i psykisk helsevernloven § 3-2, § 3-3 og § 4-4». ⁶¹ Momenta ser også ut til å spele ei sentral rolle i HR-2018-2204-A. ⁶² Momenta må difor reknast for å ha mykje vekt i kompetansevurderinga etter pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. Det kan også spørjast om departementet si oppfordring medfører at FARV-kriteria som ein hovudregel må trekkast inn i kompetansevurderinga.

Gjennomgangen syner at rundskriva frå Helsedirektoratet spelar ei heilt sentral rolle ved tolkinga av tvangsheimlane i psykisk helsevernlova generelt, og det nye kompetansevilkåret spesielt. Legalitetsprinsippet gir likevel grunn til å problematisere denne rettskjeldesituasjonen ytterlegare. I kap. 8.4 gjer eg nærare greie for kva betyding FARV-kriteria har hatt i rettspraksis. Som nemnt vil eg i kap. 10.2 problematisere om denne rettskjeldesituasjonen bør oppretthaldast.

3.5 Kort om rolla til sentrale menneskerettskonvensjonar

3.5.1 Generelt

Menneskerettane har ei sterk stilling i norsk rett, og utgjer såleis ei viktig rettesnor ved spørsmål om tvang i psykisk helsevern. Ifølgje Grunnlova § 92 skal dei statlege styresmaktene respektere

⁵⁸ Dommen presenterast i kap. 4.

⁵⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 45–50.

⁶⁰ Sjø mellom anna IS-1/2017 s. 17.

⁶¹ Prop.147.L (2015–2016) s. 26.

⁶² HR-2018-2204-A avsnitt 45.

og tryggje menneskerettane slik dei er fastsett i Grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) har ei særleg sentral stilling i norsk rett. Dette grunnar i at EMK skal gjelde som norsk lov og gå føre norsk lov ved eventuell motstrid, jf. menneskerettslova (mrl.) § 3, jf. § 2. Også konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettार (ØSK) og konvensjonen om sivile og politiske rettार (SP) har fått opphøga vekt i norsk rett etter mrl. § 3. Til skilnad frå desse konvensjonane, har EMK også eit sterkt gjennomføringssystem i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Domstolen har gjeve konvensjonen eit konkret og forpliktande innhald og lagt grunnlaget for ei dynamisk rettsutvikling. Då konvensjonspliktene er formulert i vage termer for at flest mogleg statar skal slutte seg til dei, kan verdien av dei likevel ikkje overvurderast.

Ved tolkinga av EMK, må det takast utgangspunkt i den metodiske tilnærminga EMD sjølv nyttar.⁶³ Noreg sine folkerettslege plikter skal tolkast i tråd med dei folkerettslege prinsippa for traktattolking. Wienkonvensjonen (1969) om traktatar stadfestar ei rekkje prinsipp for traktattolking. Noreg har ikkje slutta seg til Wienkonvensjonen, men føresegnene i artikkel 31-33 i konvensjonen vert rekna som uttrykk for folkerettsleg sedvanerett.⁶⁴ Prinsippa vil særleg ha betyding når innhaldet i pliktene i FN-konvensjonen om rettane til menneske med nedsett funksjonsevne (CRPD) skal tolkast.

Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 1 slår fast at ein traktat «shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Ordlyden sin sentrale plass ved traktattolking heng saman med at statane si oppfatning av omfanget av deira suverenitetsforskyving fyrst og fremst kjem til uttrykk gjennom den konvensjonsteksten som er framforhandla mellom dei. Samstundes er det viktig å tolke konvensjonspliktene i tråd med føremålet bak dei, særleg statane si avgrensing av eigen suverenitet til fordel for individa. Konvensjonen sitt føremål kan likevel ikkje gi grunnlag for tolkingar som går på tvers av konvensjonspliktene sin ordlyd.

3.5.2 Særleg om CRPD

I kap. 5.3 i avhandlinga har eg valt å vie noko plass til å drøfte innhaldet i konvensjonspliktene etter FN-konvensjonen CRPD. Konvensjonen vart ratifisert av Noreg i 2013. Den er ikkje gjort

⁶³ Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, s. 196.

⁶⁴ Sjå mellom anna Rt. 2010 s. 858 avsnitt 38.

til norsk lov, og er heller ikkje blant dei menneskerettsinstrumenta som har fått ei særleg sterk stilling i norsk rett etter menneskerettslova. Noreg har heller ikkje ratifisert tilleggsprotokollen som gir CRPD-komiteen høve til å prøve individklager, jf. tilleggsprotokollen artikkel 1.

I utgangspunktet har konvensjonen liten vekt som rettskjelde. I avhandlinga viar eg likevel mykje plass til å drøfte innhaldet i konvensjonspliktene. Bakgrunnen er for det fyrste at det i norsk rett gjeld eit presumsjonsprinsipp. Prinsippet medfører at norsk rett langt på veg må tolkast i tråd med Noreg sine folkerettslege plikter.⁶⁵ Unntak kan berre gjerast dersom lovgjevar har gitt uttrykk for noko anna.⁶⁶

Vidare stod FN-konvensjonen sentralt i arbeidet med endringane i psykisk helsevernlova.⁶⁷ Innhaldet i konvensjonspliktene er sær s omdiskutert. Samstundes er både Paulsrudutvalet og departementet klare på at konvensjonen representerer ei internasjonal utvikling med auka fokus på sjølvbestemmingsrett og ikkje-diskriminering, som det er viktig å vere ein del av.⁶⁸ Dette gir etter mi meining ei enno større oppfordring til å ta høgde for konvensjonen i diskusjonen av korleis tvangsheimlane bør utformast i framtida.⁶⁹ På bakgrunn av dette vert det også naudsynt å sjå nærare på konvensjonspliktene, og debatten rundt dei. Spørsmålet er korleis konvensjonspliktene stiller seg ovanfor tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, særleg i høve til det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse.

Sentralt i debatten kring konvensjonspliktene er CRPD-komiteen sine mange uttalelsar, mellom anna i form av General Comments. I eit metodisk perspektiv vert det viktig å ta stilling til kva vekt desse uttalelsane har. Spørsmålet om vekta til uttalelsane frå CRPD-komiteen var nær ved å få sin avklaring i HR-2016-1286-A. Ein pasient som var underlagt tvunge psykisk helsevern hadde gjort gjeldande at FN-konvensjonen (CRPD) sette ned forbod mot tvangsbehandling av psykisk sjuke. Høgsterett kom likevel til at ordlyden i konvensjonspliktene ikkje ga grunnlag for å konkludere med at konvensjonen forbyr tvangsinnlegging eller tvangsbehandling på

⁶⁵ Andenæs, *Rettskildelære*, s. 58.

⁶⁶ Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, s. 44–45.

⁶⁷ Kap. 2.

⁶⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 24, NOU 2011: 9 s. 11.

⁶⁹ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 158 skriv at individet sin rett til fridom og sjølvbestemmingsrett ikkje kan definerast éin gong for alle med eit gitt innhald, men at innhaldet i rettane vil endre seg under påvirkning av og i samanheng med samfunnsutviklinga.

generelt grunnlag, når dette skjer i tråd med psykisk helsevernlova.⁷⁰ Høgsterett gjekk såleis ikkje inn på spørsmålet om rettskjeldevekta til uttalelsane frå CRPD-komiteen.

Spørsmålet kom opp på nytt i HR-2016-2591-A som gjaldt spørsmål om ein psykiatrisk pasient kunne fråtakast rettsleg handleevne i økonomiske forhold. Høgsterett kom til at vergemålslova ga åtgang til eit slikt inngrep til tross for at det skulle vere i strid med CRPD. Høgsterett uttalte at komiteeuttalelsar ikkje er folkerettsleg bindande, men at slike uttalelsar likevel kan ha betydeleg vekt som rettskjelde. Avgjerande for Høgsterett vart at det ikkje var tvilsamt kva som hadde vore norsk lovgjevar sin føresetnad ved utforminga av vergemålslova. Lova si løysing måtte såleis leggjast til grunn sjølv om den skulle vere i strid med folkeretten.⁷¹ Slik gir heller ikkje denne dommen rettleiing ved spørsmålet om betydinga av CRPD-komiteen sine uttalelsar generelt.

Noko avklaring finnast i Rt. 2009 s. 1261, der Høgsterett vurderte rettskjeldevekta til General Comments frå FN sin barnekomité. Staten gjorde gjeldande at det ikkje kunne leggjast like tung vekt på barnekomiteen sine General Comments når det i tida ikkje var oppretta nokon individklageordning etter barnekonvensjonen. Høgsterett kom så med ein prinsipiell uttalelse om rettskjeldevekta til General Comments generelt. Høgsterett uttalte at komiteeuttalesar generelt ikkje er folkerettsleg bindande, men at vekta måtte bere på ei konkret vurdering:

«Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde.»⁷²

Spesielt for Noreg si ratifisering av CRPD er at Noreg ikkje har ratifisert tilleggsprotokollen om individklageordning, jf. tilleggsprotokollen artikkel 1. Når saka i Rt. 2009 s. 1261 var oppe for Høgsterett, eksisterte det ikkje noko individklageorgan for barnekonvensjonen. Dette medfører at retningslinene frå dommen vil kunne nyttast i vår samanheng.

⁷⁰ HR-2016-1286-A avsnitt 30.

⁷¹ HR-2016-2591-A avsnitt 46–63.

⁷² Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 40–44. Uttalelsen er oppretthaldt i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136 og Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151–152.

4. Sentrale omsyn i den juridiske diskusjonen om tvang

Tvangsdiskusjonen er i stor grad prega av konflikten mellom pasientane sin sjølvbestemningsrett og samfunnet sitt ynskje om å hjelpe den sjuke. Jan Fridthjof Bernt formulerer dette etiske dilemmaet som «... valget mellom å unnlate å gi hjelp eller omsorg til den som trenger det, og å krenke medmenneskers frihet ved å frata dem et vern for fysisk og psykisk integritet som vi anser som et grunnleggende gode i den liberale rettsstat». ⁷³

Aslak Syse forklarar at inngrep mot ein person si vilje fordi samfunnet ved eit kompetent organ vedtar fridomsrøving eller andre tvangsinngrep, er eit utslag av paternalisme, «... dvs. at beslutningsfatteren 'vet best' hva som er i pasientens interesse». ⁷⁴ Knut Erik Tranøy definerer paternalisme som at ein «... tiltar seg retten til å bestemme hva som er best for en annen, uten å spørre eller høre på den andre». ⁷⁵

Syse talar om individuell paternalisme der tvang vert nytta for å hindre at personar skadar eige liv eller helse. Der tvang vert nytta for å hindre at den psykisk sjuke skadar andre sitt liv eller helse, finn tvangen sitt legitimeringsgrunnlag i omsynet til samfunnet som heilskap. Dette omtalar han som sosial paternalisme. ⁷⁶

Motsetninga til paternalismen er det Bernt omtalar som vernet om den fysiske og psykiske integriteten til pasienten, ⁷⁷ kanskje meir kjent som sjølvbestemningsretten. Å utøve sjølvbestemningsrett inneberer å handle eller disponere i kraft av eiga vilje. ⁷⁸

Avveginga mellom sjølvbestemningsretten og paternalismen gjer seg ulikt gjeldande etter kva inngrep styresmaktene ynskjer å gjere ovanfor enkeltmenneske. Dei verdiane eller omsyna som ligg bak tvangsinngrep, er difor sentrale når ein skal ta stilling til kva styrke paternalistiske verdiar skal ha i spørsmålet om tvang. ⁷⁹

⁷³ Jan Fridthjof Bernt, «Tvangsbruk i sosialtjenesten», *Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven*, Asbjørn Kjønstad m.fl.. 2. utg., Fagbokforlaget 2000, s. 227–302, på s. 227.

⁷⁴ Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», s. 322.

⁷⁵ Knut Erik Tranøy, *Medisinsk etikk i vår tid*, 4. utg., Fagbokforlaget 2005, s. 38.

⁷⁶ Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», s. 322.

⁷⁷ Bernt, *Tvangsbruk i sosialtjenesten*, s. 227.

⁷⁸ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 35.

⁷⁹ Østenstad, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente: Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke* (heretter forkorta *Heimelspørsmål*), Fagbokforlaget 2011, s. 96.

Eit av siktemåla med innføringa av eit kompetansebasert system i psykisk helsevernlova, har vore å trekkje eit klarare skilje mellom tvang grunna i omsynet til pasienten sjølv og tvang grunna i samfunnsomsyn.⁸⁰ Departementet kom som nemnt til at tvang ikkje lengre kunne legitimerast ovanfor personar med samtykkekompetanse. Samstundes skulle det gjelde visse unntak når det kjem til å respektere pasienten si avgjerd om å nekte helsehjelp.⁸¹ Det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, gjeld såleis berre der tvangen grunnar i eit ynskje om å betre den sjuke sin livskvalitet.⁸² Dette tilseier at paternalismen, eller velferdsomsyn, i større grad vil måtte vike tilbake for omsynet til pasientane sin sjølvbestemingsrett i drøftinga av gjeldande rett.

Den nye Høgsterettsdommen i HR-2018-2204-A kan også takast til inntekt for at omsynet til pasienten sin sjølvbestemingsrett har fått større betydning etter lovendringa. I denne dommen kom Høgsterett under tvil til at tvangen ikkje kunne oppretthaldast. Pasienten hadde vore underlagt tvunge psykisk helsevern i sju år, av desse fem år med vedlikehaldsbehandling. Høgsterett kom til at pasienten mangla samtykkekompetanse, jf. phvl. § 3-3 nr. 4. Det var også stort sannsyn for at tilstanden hennar ville bli vesentleg forverra om ho slutta med medisinar. Derimot var det noko noko tvil knytt til om tilstanden hennar ville bli forverra i «meget nær fremtid», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Interessant i denne samanheng er at Høgsterett også la vekt på at pasienten hadde vore underlagt vedlikehaldsbehandling i fem år og «... den sterke understrekningen av pasientens selvbestemmelse i forarbeidene».⁸³ Førstvoterande uttalte også at «[d]e nye reglene må [...] leses som en oppfordring til helsepersonell om å i sterkere grad enn før [...] forsøke å få til frivillig behandling».⁸⁴

⁸⁰ Prop. 147 L (2015–2016) s. 19.

⁸¹ Prop. 147 L (2015–2016) s. 24.

⁸² Phvl. § 3-2 nr. 3 andre punktum, § 3-3 nr. 4 andre punktum og § 4-4 fyrste ledd siste punktum.

⁸³ HR-2018-2204-A avsnitt 88.

⁸⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 58.

5. Det menneskerettslege vernet mot tvang

5.1 Dei grunnleggjande fridommane

Dei mest sentrale menneskerettsføresegnene ved spørsmål om tvang i psykisk helsevern er vernet mot fridomsrøving i EMK artikkel 5 og Grunnlova § 94, vernet mot tortur, umenneskeleg og nedverdiggande behandling i EMK artikkel 3 og Grunnlova § 93 andre ledd og vernet om privatlivet i EMK artikkel 8 og Grunnlova § 102.⁸⁵ I det vidare skal det gjerast ei kort gjennomgang av kva vern menneskerettsføresegnene etablerer mot tvang i psykisk helsevern. Spørsmålet er særleg om det etter menneskerettsvernet er eit krav at pasienten manglar samtykkekompetanse før vedkommande kan underleggjast tvang i psykisk helsevern.

Grunnlova § 94 fyrste ledd etablerer eit vern mot fridomsrøving. Verkeområdet til føresegna er på line med verkeområdet til EMK artikkel 5.⁸⁶ Artikkel 5 gir «everyone (...) the right to liberty and security of person» og rett til å ikkje bli «deprived of his liberty». Ut frå EMD sin praksis er det på det reine at det er alternativet «right to liberty» som er artikkelen sitt hovudfokus.⁸⁷ Ordlyden «right to liberty» tilseier at ei kvar innskrenking i den personlege fridommen omfattast. Ei nedre grense trekkast likevel mot inngrep i rørslefridommen («the right to liberty of movement»), som er verna av EMK 4 TP artikkel 2. EMD stilte tidlegare strenge krav til når ein person som er innlagt i institusjon kan reknast for å vere fridomsrøvd.⁸⁸ No stillast det ikkje lengre krav om ei *formell* tvangsinnlegging for at vernet i artikkel 5 skal gjere seg gjeldande.⁸⁹

Ifølgje artikkel 5 nr. 1 bokstav e kan fridomsrøving skje «for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants». Ved spørsmål om behandling av psykisk sjuke, har saka i Winterwerp v. Nederland lenge stått sentralt ved tolkinga av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e. Her slo EMD fast at det avgjerande for om statane kan gjere bruk av tvang ovanfor psykisk sjuke er at staten påviser at personen har ein «mental disorder ... of a kind of degree warranting compulsory confinement».⁹⁰ Kor vidt pasienten hadde samtykkekompetanse, var såleis irrelevant på dette tidspunktet.

⁸⁵ EMK artikkel 14 om forbodet mot diskriminering er lite utvikla med tanke på bruk av tvang i helsetenesta.

⁸⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 116–117.

⁸⁷ Sjå til dømes *Bozano v. Frankrike*, klagesak 9990/82.

⁸⁸ *H.M. v. Sveits*, klagesak 39187/98, avsnitt 48.

⁸⁹ *H.L. v. Storbritannia*, klagesak 45508/99, avsnitt 91.

⁹⁰ Klagesak 6301/73, avsnitt 39.

Østenstad har stilt spørsmål ved om Winterwerp-saka har medført at EMD har etablert ein for grovkorna rettsleg kontroll på psykiatrifeltet, då dei langt på veg «reducerere[r] spørsmålet om brot på konvensjonen til eit medisinsk-fagleg spørsmål».⁹¹ Han peikar på at det likevel kan vere teikn til ei utvikling på dette punkt, og syner i denne samanheng til Plesó v. Hungary frå 2012.⁹² Dommen er av interesse i vår samanheng fordi klagaren hadde fått behandling etter eit behandlingsskriterium.⁹³ Då behandlinga ikkje var livsnødvendig, meinte EMD at styresmaktene måtte påvise ei god balansering mellom omsynet til å gi behandling og individet sin sjølvbestemmingsrett. EMD understreka betydninga av samtykke til helsehjelp, og fremja også «...the right to refusal of hospitalisation or medical treatment...». Det ser likevel ikkje ut til å bli etablert noko krav om manglande samtykkekompetanse for tvang. Avgjerande var om inngrepet kunne forsvarast ut frå proporsjonalitetstenking.⁹⁴

Grunnlova § 93 andre ledd og EMK artikkel 3 som etablerer eit vern mot tortur, umenneskeleg og nedverdiggande behandling. Forbodet mot umenneskeleg og nedverdiggande behandling vart fyrst innteke i Grunnlova ved revisjonen i 2014. Føresegna i Grunnlova § 93 andre ledd har no klar forbindelse til EMK artikkel 3, og må tolkast i lys av denne.⁹⁵ Medan dei fleste andre menneskerettar opnar for unntak med eigne inngrepsheimlar, etablerer EMK artikkel 3 (og Grunnlova § 93 andre ledd) eit absolutt forbod mot «torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment».

Torturomgrepet vart tidlegare definert som «deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering».⁹⁶ Torturomgrepet vart såleis som ein hovudregel reservert for smerter påført i ein bestemt hensikt. Dette er ikkje lengre eit krav. Det som no skil tortur frå dei andre alternativa i føresegna er intensiteten i den lidinga som vert påført.⁹⁷ I EMD sin praksis er «inhuman treatment» blitt definert som behandling som er gjennomført med forsett, med fleire timars varighet og som enten har påført kroppsskade eller sterk mental lidning. Ifølgje EMD er det tale om «degrading treatment» dersom handlingane er eigna til å vekke kjensler av frykt, angst og mindreverdigheit som er eigna til å audmjuke eller nedverdige vedkommande.

⁹¹ Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 19–21 med tilvising til H.L. v. Storbritannia, klagesak 45508/99, avsnitt 100–101.

⁹² Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 21.

⁹³ Det nye kompetansevilkåret i psykisk helsevernlova gjer seg ikkje gjeldande der pasienten er til «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd.

⁹⁴ Klagesak 41242/08, avsnitt 66.

⁹⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 109.

⁹⁶ Sjå til dømes Hellas-saka frå Den Europeiske menneskerettskommissjonen (avvikla i 1998), klagesak nr. 3321-3323/67, 3344/67.

⁹⁷ Gäfgen v. Tyskland, klagesak 22978/05, avsnitt 108.

Domstolen er samstundes klare på at lidinga eller audmjukinga må gå utover det som kan opplevast ved legitim behandling eller straff.⁹⁸

Vernet etter EMK artikkel 3 og Grunnlova § 93 andre ledd, aktualiserast ikkje der medisinsk behandling vert ytt på bakgrunn av eit frivillig og informert samtykke.⁹⁹ Medisinsk behandling utan samtykke og utan tungvegande grunngjeving kan derimot vere i strid med vernet etter dei to føresegnene. Kor vidt føresegnene etablerer eit absolutt forbod mot tvang ovanfor personar med samtykkekompetanse, er usikkert.¹⁰⁰

Praksis frå EMD indikerer at statane sin positive plikt til å verne om retten til liv etter artikkel 2 går føre vernet etter artikkel 3. Sagt med andre ord kan statane i somme høve gjere inngrep i strid med artikkel 3 for å verne om liv. I slike tilfelle ser det ikkje ut til å bli stilt opp noko krav til at pasienten manglar samtykkekompetanse.¹⁰¹ Som nemnt gjeld vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, berre i tilfelle der tvang vert nytta for å fremje helsa til pasienten, jf. Phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4-4. Spørsmålet er difor om vernet i EMK artikkel 3 og Grunnlova § 93 andre ledd forbyr tvangsinngrep ovanfor samtykkekompetente personar, der tvangen er grunna i omsynet til å fremje pasienten sin livskvalitet.

Interessant i denne samanheng er at Marius Storvik argumenterer for at *Herczegfalvy v. Austerrike* frå 1992 kan takast til inntekt for at EMD oppstiller eit vilkår om at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å underleggjast tvang i psykisk helsevern etter artikkel 3. Saka gjaldt spørsmål om tvang utført ovanfor ein sinnslidande lovbrytar var i strid med artikkel 3 og 8. Under opphald på eit psykiatrisk sjukehus vart klagaren utsett for alvorlege inngrep, mellom anna i form av tvangsmedisinering og tvangsmedisinering medan han sveltestreika. Tvangen førte til at klagaren mista tenner, fekk brotne ribbein og blåmerke. Han vart også lenka fast til seng med handjern og fotreimer i ein periode på to veker, til trass for svekka fysisk helse etter sveltestreiken. EMD kom til at tvangen verken utgjorde ei krenking av EMK artikkel 3 eller artikkel 8. I dommen uttalte EMD at:

⁹⁸ *Kudla v. Polen*, klagesak 30210/96, avsnitt 92.

⁹⁹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018, s. 199.

¹⁰⁰ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, s. 200.

¹⁰¹ I *Nevmerzhitsky v. Ukraina* var det spørsmål om tvangsføring av ein mann som sveltestreika var i strid med EMK artikkel 3. I avsnitt 94 understreka EMD at inngrep «... which is of therapeutic necessity from the point of view of established principles of medicine cannot in principle be regarded as inhuman and degrading. The same can be said about forced feeding that is aimed at saving the life of a particular detainee who consciously refuses to take food.»

«While it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible, such patients nevertheless remain under the protection of Article 3 (art. 3), whose requirements permit no derogation.»¹⁰²

Storvik tolkar uttalelsen «incapable of deciding for themselves» slik at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å underleggjast tvang.¹⁰³ Eg har likevel vanskeleg for å leggje ei slik tolking til grunn. For det fyrste gjer ikkje EMD noko avklaring kva gjeld klagaren sin samtykkekompetanse. Vidare er det usikkert kva EMD meiner med omgrepet «incapable». EMD synast byggje på ein føresetnad om at statane må ha høve til å avgjere kva dei meiner er best for pasienten i tilfelle der behandling framstår som medisinsk nødvendig. Eit siste poeng som gjer det vanskeleg å snakke om eit krav om manglande samtykkekompetanse i denne saka, er at delar av tvangen grunna i at pasienten utgjorde ein fare for andre. Som vist er det vanskelegare å respektere pasienten si avgjerd om å nekte helsehjelp i slike tilfelle. Den nemnte dommen i Plesó v. Hungary frå 2012 kan takast til inntekt for at også EMD trekk eit skilje mellom tilfelle der tvang er grunna i samfunnsomsyn og tilfelle der tvang er grunna i omsynet til pasienten sjølv. Som nemnt gjaldt saka tvang etter eit behandlingkriterium. Dette medførte at EMD stilte strengare krav til at styresmaktene påviste at tvangen ikkje utgjorde eit mishøveleg inngrep.¹⁰⁴

EMD kjem med nøyaktig same uttalelse i M.S. v. Croatia frå 2015.¹⁰⁵ Saka gjaldt tvang etter eit behandlingvilkår, noko som kunne gjort det meir naturleg å tale om eit krav om manglande samtykkekompetanse. Men heller ikkje her gjer EMD merknadar knytt til pasienten sin samtykkekompetanse. Dommen kan samstundes gi håp om ei meir overprøvingsvenleg line frå EMD si side i saker om tvunge psykisk helsevern.¹⁰⁶ Saka gjaldt ei kvinne som oppsøkte legehjelp for ryggmerter. Helsepersonellet meinte smertene verka lite reelle, og utsette ho såleis for tvang i femten timar, hovudsakeleg i form av beltebruk. EMD understreka at bruk av tvang i psykiatriske sjukehus må vere siste utveg og kome saman med tryggande prosessuelle garantiar eigna til å påvise kor vidt tiltaket svarar til «ultimate necessity and proportionality».

¹⁰² Klagesak 10533/83, avsnitt 82.

¹⁰³ Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, s. 160.

¹⁰⁴ Klagesak 41242/08, avsnitt 66.

¹⁰⁵ Klagesak 75450/12, avsnitt 98.

¹⁰⁶ Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 19–20.

Det vart også uttalt at det er eit krav at staten påviser «sufficient justification» for tiltaka.¹⁰⁷ Dette vart ikkje funne påvist i den aktuelle saka, og EMD kom difor til at tiltaka utgjorde umenneskeleg og nedverdiggande behandling i strid med EMK artikkel 3.¹⁰⁸

EMK artikkel 8 etablerer eit vern mot medisinsk behandling utan gyldig samtykke. Vernet i Grunnlova § 102 er inspirert av EMK artikkel 8 og skal ifølgje førearbeida tolkast i lys av denne.¹⁰⁹ Ifølgje EMK artikkel 8 fyrste ledd har «[e]veryone ... the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence». Der det er spørsmål om helsehjelp, slår artikkel 8 andre ledd fast at det kan gjerast inngrep i retten til privatliv der det er «... in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals...». Grunnlova § 102 har ikkje same inngrepsheimel. Det er likevel på det rene at grunnlovsvernet ikkje er absolutt, og at det kan gjerast inngrep i privatlivet på same måte som etter EMK artikkel 8.¹¹⁰

I *Pretty v. Storbritannia* frå 2002 la EMD til grunn at EMK artikkel 8 fyrste ledd gir rett til å nekte medisinsk behandling, også der dette kan få alvorlege følgjer for pasienten.¹¹¹ Standpunktet er fulgt opp i seinare praksis frå EMD.¹¹² I relasjon til tvang i psykisk helsevern, ser det derimot ut til at biletet er eit anna. Som døme kan det visast til *Storck v. Tyskland*. EMD understreka at sjølv det minste inngrep i individet sin integritet utan samtykke er eit inngrep i retten til privatliv etter artikkel 8. Retten drøfta deretter om kvinna kunne reknast å ha samtykka til psykisk helsevern, utan at dette ser ut til å ha hatt nokon avgjerande betyding. EMD gjekk raskt over til å peike på at styresmaktene i tilstrekkeleg grad hadde underbygd at behandlinga var naudsynt for klagaren:

«...the Court notes that the national courts reasonably found, with help of medical experts, that the applicant was neither intentionally nor negligently given the wrong medical treatment. Consequently, there has been no interference with the applicant's right to respect for her private life within the meaning of Article 8».¹¹³

¹⁰⁷ Klagesak 75450/12, avsnitt 105. Høgsterett legg seg på same line i HR-2016-1286-A avsnitt 23.

¹⁰⁸ Klagesak 75450/12, avsnitt 110–112.

¹⁰⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 175.

¹¹⁰ Sjø til dømes HR-2016-1286-A avsnitt 25 og Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

¹¹¹ Klagesak 2346/02, avsnitt 63.

¹¹² Sjø til dømes *Koch v. Tyskland*, klagesak 497/09, avsnitt 51 og *Jehovas Vitner m.fl. v. Russland*, klagesak 302/02, avsnitt 135–136.

¹¹³ Klagesak 61603/00, avsnitt 168.

Etter dette ser det ut til at EMD framleis er tilbakehaldne med å overprøve tvang i psykisk helsevern. I NOU 2011: 9 konkluderer Paulsrudutvalet med at EMK synast etablere eit nokså vidt spelerom for statane når det kjem til dei materielle skrankene for tvangsinngrep ovanfor pasientar i psykisk helsevern. Vidare at EMK sjeldan skapar problem for gjennomføringa av tvunge psykisk helsevern i Noreg.¹¹⁴ Då det er etablert ein nektingsrett i det psykiske helsevernet med lovendringa 1. september 2017, kan det også argumenterast for at dei norske inngrepsheimlane er etablerer eit sterkare vern mot tvang i psykisk helsevern enn EMK-retten.

5.2 ØSK og SP

Vernet mot tvang i Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettar (ØSK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettar (SP) er ikkje like konkretisert som etter EMK. På denne bakgrunn gjer eg berre ei kort gjennomgang av dei sentrale føresegnene i konvensjonane.

Iføgje ØSK artikkel 12 fyrste ledd har alle rett til «the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. For at konvensjonsplikta skal reknast for å vere realisert, må statane mellom anna etablere «conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness», jf. andre ledd bokstav d. Retten til helse må gjennomførast utan diskriminering av noko slag, jf. ØSK artikkel 2 nr. 2.

ØSK-komiteen forklarar at retten til helse omfattar rett til å bestemme over eigen kropp og helse, eit vern mot tortur og ein rett til å vere fri frå medisinsk og eksperimentell behandling utan samtykke. Samstundes gir artikkel 12 krav på tilgang til naudsynt helsehjelp som gir alle lik moglegheit til høgast oppnåeleg helsestandard.¹¹⁵

Ifølgje komiteen kan tvang ovanfor psykisk sjuke berre skje i særlege tilfelle. Tvangsinngrep må då baserast på spesifikke og strenge vilkår og vere i tråd med «best practices». Kor vidt ein står ovanfor eit særleg tilfelle, må vurderast ut frå ein internasjonal standard.¹¹⁶ I NOU 2011: 9 reiser Paulsrudutvalet spørsmål ved om denne internasjonale standarden kan ha endra seg etter vedtakinga av FN-konvensjonen CRPD.¹¹⁷ Denne tek eg føre meg i neste punkt.

¹¹⁴ NOU 2011: 9 s. 64.

¹¹⁵ ØSK-komiteen, General Comment No. 14, 2000, avsnitt 8.

¹¹⁶ ØSK-komiteen, General Comment No. 14, avsnitt 34.

¹¹⁷ NOU 2011: 9 s. 67.

Vernet etter SP, samsvarar i stor grad med vernet etter EMK.¹¹⁸ SP artikkel 9 slår fast at «enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet». Artikkel 17 slår fast at «ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korresponanse». I artikkel 7, finn ein forbodet mot tortur, umenneskeleg eller nedverdiggande behandling. Til forskjell frå EMK artikkel 3 og Grunnlova § 93 andre ledd, slår føresegna også fast at «[i] særdeleshet må ingen, utan sitt frie samtykke, utsettes for medisinske eller vitenskapelige eksperimenter.» Men det er ingen haldepunkt for at vernet i SP går lengre enn vernet etter EMK og Grunnlova.¹¹⁹

5.3 CRPD og ei ny retning for tvangsdiskusjonen

5.3.1 Innleiing

Som nemnt innleiingsvis, kom lovendringane i psykisk helsevernlova i 2017 i kjølvatnet av ratifiseringa av FN-konvensjonen om rettane til menneske med nedsett funksjonsevne (CRPD) i 2013. Medan tvangsdiskusjonen tidlegare har basert seg på ein tanke om at helsepersonellet veit kva som er «til det beste» for pasienten, set konvensjonen søkelys på betydinga av ikkje-diskriminering og det å styrke sjølvbestemmingsretten for personar med nedsett funksjonsevne.¹²⁰ Sjølv om konvensjonen ikkje er gjort til norsk lov og sjølv om det er stor usemje om innhaldet i konvensjonspliktene, synast det å vere brei semje om at konvensjonen må spele ei sentral rolle i tvangsdiskusjonen framover.¹²¹

I likskap med andre statar, kom Noreg tidleg med tolkingsatterhald for fleire av konvensjonspliktene.¹²² Tolkingsatterhald er blitt oppfatta som ein frykt for at konvensjonen kan kome til å innebere uventa skrankar for Noreg sin kompetanse til å regulere spørsmålet om tvang.¹²³ Frykta er kanskje ikkje heilt ugrunna. Dei siste åra har CRPD-komiteen kome med ei rekkje utsegn som kan tyde på at konvensjonen gir ein svært snever åtgang til tvangsbehandling av psykisk sjuke. Medan departementet trudde innføringa av eit kompetansebasert system i

¹¹⁸ Tilsvarande Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», s. 330.

¹¹⁹ SP-komiteen, General Comment No. 7, 1982. Syse, «Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien», s. 330 synast vere av same oppfatning når han skriv at det er føresegnene etter EMK, og ikkje SP, som vert påberopt i praksis.

¹²⁰ Prop.147. L (2015–2016) s. 24. Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 34.

¹²¹ Sjø kap. 2.

¹²² Prop. 106 S (2011–2012) «Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne».

¹²³ Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 25. Vibeke Blaker Strand argumenterer på same måte i «Norway's Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Highlighting Current Discourses in the Field of Human Rights in Norway», *Nordic Journal of Human Rights*, vol 32 no. 1 2014, s. 75–83, på s. 78.

tvangsheimlane i psykisk helsevernlova ville vere ei viktig tilpassing til konvensjonspliktene, er det no antydning til at konvensjonen forbyr slike tvangsheimlar. I det vidare vil eg sjå nærare på tilhøvet mellom konvensjonen og tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Eit særleg interessant spørsmål i vår samanheng er om konvensjonen opnar for tvangsheimlar ovanfor personar som manglar samtykkekompetanse.

5.3.2 Tilhøvet til tvangsheimlane i psykisk helsevernlova

Hovudføremålet med CRPD er å sikre at personar med nedsett funksjonsevne får lik moglegheit til å realisere sine menneskerettar som alle andre, jf. artikkel 1 fyrste ledd. Etter CRPD artikkel 4 inneberer dette mellom anna at statane må forby ein kvar form for diskriminering grunna nedsett funksjonsevne, samt setje i verk tenelege tiltak som skal sikre at menneske med nedsett funksjonsevne får nytte godt av menneskerettane på lik line med andre.

Konvensjonen gjeld rettane til menneske med «disabilities». Ifølgje artikkel 1 omfattar dette mellom anna menneske med langvarig fysisk, mental, intellektuell eller sensorisk funksjonsnedsetting som i møte med ulike barrierer kan hindre dei i å delta fullt ut og på ein effektiv måte i samfunnet, på lik line med andre. Personar med psykiske lidingar vil vere omfatta av denne definisjonen dersom dei har ei alvorleg og langvarig funksjonsnedsetting.¹²⁴

Artikkel 2 definerer «discrimination on the basis of disability» som ein kvar forskjellsbehandling, utestenging eller innskrenking grunna nedsett funksjonsevne som har som føremål eller verknad å avgrense eller oppheve anerkjenninga, nytinga eller utøvinga, på lik line med andre, av alle menneskerettar. Ifølgje føresegna, omfattar diskriminering også det å nekte «reasonable accommodation», det vil seie naudsynte endringar og justeringar som ikkje utgjer ei mishøveleg eller utilbørlig byrde, for å sikre at menneske med nedsatt funksjonsevne kan nytte og utøve alle menneskerettar og grunnleggande fridommar på lik line med andre.

Når spørsmålet er korleis tvangsheimlane i psykisk helsevernlova står seg ovanfor konvensjonspliktene, er det særleg CRPD artikkel 12 og 14 som er av interesse. Medan artikkel 14 regulerer retten til fridom og tryggleik for personar med nedsett funksjonsevne, regulerer artikkel 12 spørsmålet om rettsleg handleevne.

Interessant er at CRPD artikkel 12 nr. 2 legg til grunn at personar med funksjonsnedsetting «enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life». Ifølgje art. 12 nr. 3

¹²⁴ Prop.147 L (2015–2016) s. 13.

skal statane «take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity».

Ordlyden i art. 12 nr. 2 tilseier at personar med funksjonsnedsettingar skal ha rettsleg handleevne i alle høve. Ved spørsmål om helsehjelp vil art. 12 nr. 2 kunne innebere at alle pasientar alltid skal ha sjølvbestemmingsrett.¹²⁵ Etter lovendingane i psykisk helsevernlova 1. september 2017 kan det gjerast avgrensingar i denne sjølvbestemmingsretten der «pasienten mangler samtykkekompetanse», jf. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. Det må difor spørjast om konvensjonen opnar for at statane i særlege tilfelle har høve til å setje grenser for den rettslege handleevna.

I tråd med dei folkerettslege prinsippa for traktattolking, vil svaret på dette spørsmålet særleg bere på kva som ligg i ordlyden i art. 12.¹²⁶ At den rettslege handleevna skal vere til stades «on equal basis with others in all aspects of life», kan indikere at det aldri vil vere rom for å avgrense utøvinga av den rettslege handleevna, heller ikkje på bakgrunn av at vedkommande manglar samtykkekompetanse.

I eit av tolkingsatterhalda til Noreg heiter det at Noreg legg til grunn som si oppfatning at det vil vere legitmt å fråta nokon den rettslege handleevna der slike tiltak er «...nødvendige, som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer».¹²⁷ CRPD-komiteen synast vere av ei anna oppfatning, og understreka allereie i sin fyrste General Comment at «... perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity».¹²⁸ Komiteen anerkjenner slik at kognitiv fungering (mental capacity) kan variere frå person til person, men meiner dette er irrelevant ved spørsmål om den rettslege handleevna.

Hovudsynet til komiteen synast å kome fram i omtalen av artikkel 12 nr. 3. Her skriv komiteen at statane må forby ein kvar form for «substitute decision-making» og erstatte dette med «supported decision-making». Meir presist skal ikkje menneske med nedsett funksjonsevne fråkjennast moglegheita til å utøve si rettslege handleevne på bakgrunn av at nokon andre tek på seg ansvaret for å avgjere kva som er i vedkommande sin «best interest». Istaden krev

¹²⁵ Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 26.

¹²⁶ Sjø kap. 3.5.1.

¹²⁷ Prop.106 S (2011–2012) «Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», s. 15. Tolkingsatterhalda til Noreg er kritisert, sjå til dømes <https://www.dagbladet.no/kultur/myten-om-norge-som-foregangsland-pa-menneskerettigheter/63949573>.

¹²⁸ CRPD-komiteen, General Comment No. 1, 2014, avsnitt 13.

artikkel 12, ifølgje komiteen, at menneske med nedsett funksjonsevne får den støtten som trengs for at dei skal kunne utøve deira rettslege handleevne.¹²⁹

I forlenginga av dette understrekar komiteen også at tvangsheimlar som byggjer på ein såkalla «funcional approach» er konvensjonsstridige. Komiteen skildrar dette som at ein person si kognitive evne («mental capacity») vert nytta til å fråta vedkommande rettsleg handleevne. Ifølgje dei er ei slik tilnærming «...often based on whether a person can understand the nature and consequences of a decision and/or whether he or she can use or weigh the relevant information».¹³⁰ Dette minnar mykje om den kompetansebaserte modellen som er innført i psykisk helsevernlova i 2017, som tillet tvang ovanfor personar som manglar samtykkekompetanse.¹³¹ At all «substituted decision-making» skal forbys, vert likevel stadfesta i seinare uttalelsar frå komitéen.¹³² Legg ein CRPD-komiteen si tolking av konvensjonsplikene til grunn, ser det difor ut til at tvangsheimlane i psykisk helsevernlova i dag er konvensjonsstridige.

Interessant i relasjon til CRPD artikkel 14 er i kva grad ein kan ha tvangsheimlar som byggjer på ein person si nedsette funksjonsevne. I artikkel 14 nr. 1 bokstav b siste alternativ heiter det at «the existence of disability shall in no case justify a deprivation». Ordlyden tilseier at nedsett funksjonsevne aldri kan nyttast til å rettferdiggjere fridomsrøving.

Psykisk helsevernlova § 3-3 nr. 3 gir heimel for tvang der personen mellom anna har ein «alvorlig sinnslidelse». Etter 1. september 2017 er det også eit vilkår at personen har «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming» før personen kan reknast å mangle samtykkekompetanse, jf. phvl. § 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd, jf. pbrl. § 4-3 andre ledd. Spørsmålet er om desse vilkåra innber at «the existence of disability» vert nytta for å «justify a deprivation», jf. artikkel 14 nr. 1 bokstav b.

I tråd med dei folkerettslege prinsippa for traktattolking kan føremålet bak ein traktat få betydning ved tolkinga.¹³³ Føremålet med CRPD har mellom anna vore å hindre diskriminering på bakgrunn av nedsett funksjonsevne, jf. art. 1. Dette kan tilseie at art. 14 nr. 1 bokstav b forbyr tvangsheimlar som tek utgangspunkt i ein person si nedsette funksjonsevne, uavhengig av om

¹²⁹ CRPD-komiteen, General Comment No. 1, avsnitt 25–29.

¹³⁰ CRPD-komiteen, General Comment No. 1, avsnitt 15.

¹³¹ Sml. vurderinga av om ein person manglar samtykkekompetanse, jf. særleg kap. 8.

¹³² General Comment No. 6, 2018, avsnitt 49 og General Comment No. 7, 2018, avsnitt 80.

¹³³ Kap. 3.5.1.

også andre vilkår må vere oppfylt før det er heimel for tvang. Ordlyden kan også tolkast slik at nedsett funksjonsevne ikkje åleine skal nyttast for å legitimere tvangsbruk.

Utanriksdepartementet synast å gå for det siste tolkingsalternativet. I vurderinga av om tvangsheimlane i psykisk helsevernlova (før lovendringa i 2017) var i tråd med konvensjonen, la departementet avgjerande vekt på at føresegnene «... oppstiller klare tilleggsvilkår som må vere oppfylt for at tvangstiltak kan benyttes, og [at] en varig og alvorlig psykisk lidelse vil i seg selv ikkje gi adgang til tvungent psykisk helsevern». Ifølgje departementet var det såleis ikkje naudsynt å gjere endringar i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova §§ 3-2, 3-3 og 4-4.¹³⁴ Tolkninga til departementet tilseier at dei heller ikkje ville funne diagnosekriteriet i pasient- og brukarrettslova § 4-3 andre ledd konvensjonsstridig, då også andre vilkår må vere oppfylt før personen kan underleggjast tvang.

I samband med ratifikasjonen inntok Noreg tolkingsatterhald i relasjon til art. 14 (og 25) der det vert innteke ei haldning om at konvensjonen ikkje forbyr særreglar for bruk av tvang ovanfor mellom anna alvorleg sinnslidande:

«Norge erklærer ... som sin forståelse at konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.»¹³⁵

I ei nyare retningsline til artikkel 14 går det fram at CRPD-komiteen er av ei heilt anna oppfatning. Komiteén understrekar her at forbodet mot å legitimere tvang på bakgrunn av nedsett funksjonsevne er absolutt,¹³⁶ og at «... article 14 (1)(b) prohibits the deprivation of liberty on the basis of actual or perceived impairment *even if additional factors or criteria are also used to justify the deprivation of liberty*» (mi utheving).¹³⁷

I relasjon til både artikkel 12 og artikkel 14 føreligg det såleis motstrid mellom CRPD-komiteen og Noreg sine oppfatningar av konvensjonspliktene. Dette gir grunn til å problematisere kva vekt uttalelsane til CRPD-komiteen har. Som nemnt er ikkje komiteeuttalelsar generelt folkerettsleg bindande, men gir føringar for overvakingssorgana si forståing av statane sine

¹³⁴ Prop.106 S (2011–2012) s. 16.

¹³⁵ Prop.106 S (2011–2012) s. 17.

¹³⁶ Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, avsnitt 8.

¹³⁷ Guidelines on article 14, avsnitt 7.

plikter etter konvensjonen.¹³⁸ Til sjuande og sist må vekta til komiteeuttalelsar vurderast konkret, jf. Rt. 2009 s. 1261. I vurderinga vil det for det fyrste vere sentralt om utsegna passar på faktum eller det aktuelle rettsområdet. Vidare vil uttalelsane ha større betydning dersom dei er tolkingsuttalelsar enn dersom dei berre er tilrådingar om optimal praksis på området. Til sist må uttalelsane gi uttrykk for komiteen si haldning på ein klar måte.¹³⁹

Det er ikkje tvilsamt at uttalelsane frå CRPD-komiteen passar på dei vilkåra som drøftast i denne avhandlinga. Når komiteen omtalar ein «functional approach»,¹⁴⁰ er det liten tvil om at dette er ei skildring som er passende for den kompetansebaserte modellen som er innført i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Tvangsheimlane i psykisk helsevernlova inneheld vidare fleire diagnosekriterium som må problematiserast når CRPD-komiteen uttalar at nedsett funksjonsevne aldri skal kunne legitimere tvang.¹⁴¹

Uttalelsane til CRPD-komiteen framstår vidare som tolkingsuttalelsar, og ikkje berre tilrådingar om optimal praksis. Komiteen er til dømes tydelege på at ein «functional approach» er konvensjonsstridig,¹⁴² og at tvang aldri skal kunne byggje på nedsett funksjonsevne.¹⁴³ I sin General Comment knytt til artikkel 12, skriv CRPD-komiteen dessutan at «[t]his general comment focuses primarily on the normative content of article 12 and the State obligations that emerge therefrom.»¹⁴⁴ I retningslinene til artikkel 14 skriv dei også at dei som «international monitoring body of the Convention» ynskjer å bidra til «...further clarification ... about the obligation of States parties pursuant to the Convention...».¹⁴⁵ Dette må tolkast slik at komiteen gjer greie for det dei meiner er det rettslege innhaldet i konvensjonspliktene etter artikkel 12 og 14, noko som underbyggjer at uttalelsane deira ikkje berre er meint å vere tilrådingar om optimal praksis. I tråd med Rt. 2009 s. 1261, trekk dette i retning av at uttalelsane frå CRPD-komiteen må ha noko vekt ved tolkinga av konvensjonspliktene.¹⁴⁶

Det problematiske i relasjon til dei aktuelle uttalelsane frå CRPD-komiteen, synast vere om uttalelsane på ein tilstrekkeleg klar måte gir uttrykk for CRPD-komiteen sitt syn. På ei side

¹³⁸ Sjå kap. 3.5.2.

¹³⁹ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44.

¹⁴⁰ General Comment No. 1, avsnitt 15.

¹⁴¹ Guidelines on article 14, avsnitt 7.

¹⁴² General Comment No. 1, avsnitt 15.

¹⁴³ Guidelines on article 14, avsnitt 7.

¹⁴⁴ General Comment No. 1, avsnitt 10.

¹⁴⁵ Guidelines on article 14, avsnitt 2.

¹⁴⁶ Sml. Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 154 der Høgsterett kom til at barnekomiteen sine uttalelsar matte sjåast å gjelde tilrådingar om optimal praksis på området.

synast komiteen å oppretthalde standpunktet om at eit funksjonskriterium er konvensjonsstridig i fleire av uttalelsane sine.¹⁴⁷ Dei er også tydelege på at nedsett funksjonsevne aldri skal legitimere tvang. Samstundes ser CRPD-komiteen ut til å ynskje seg ein rettstilstand der det, med få unntak, ikkje skal vere høve til tvang. Det kan spørjast om komiteen er budde på å ta konsekvensane av ein slik rettstilstand, og om dei har teke høgde for følgjene ved dette i utforminga av sine General Comments.

Vidare har komiteen i fleire samanhengar understreka at konvensjonen ikkje skal etablere nye rettar, men berre bidra til å styrke allereie eksisterande menneskerettar for menneske med nedsett funksjonsevne.¹⁴⁸ Ein slik føresetnad er også innteke i CRPD art. 1. Vidare slår artikkel 2 fast at det også vil vere diskriminering dersom ein ikkje bidreg til «reasonable accomodation», det vil seie naudsynte endringar og justeringar som skal sikre at menneske med nedsatt funksjonsevne kan nyte og utøve alle menneskerettar og grunnleggande fridommar på lik line med andre. Føresegna gir grunn til å tru at det etter konvensjonen vil vere legitimt å tilrettelegge helsehjelp for personar med nedsett funksjonsevne. Komiteen synast likevel å vere av ei anna oppfatning, noko som gir grunn til å tru at dei trekk konvensjonspliktene lengre enn det konvensjonsteksten gir uttrykk for.¹⁴⁹ På bakgrunn av dette kan det hevdast at uttalelsane ikkje på ein tilstrekkeleg klar måte gir uttrykk for komiteen sitt syn.

Høgsterett la i HR-2016-1286-A til grunn at dei føringane konvensjonen gir for tvangsinnlegging og –behandling av psykisk sjuke «...er fragmentarisk, flertydig og i noen grad også motstridende».¹⁵⁰ Ei slik haldning finnast også i juridisk teori. Østenstad er kritisk til komiteen sine tolkingar, og peikar mellom anna på at CRPD-komiteen sitt standpunkt om at «mental capacity» er irrelevant ved spørsmålet om den rettslege handleevna, er sær problematisk. Ifølgje han vil endepunktet av ei slik haldning kunne vere at også barn skal ha full rettsleg handleevne.¹⁵¹ Aslak Syse meiner konvensjonspliktene generelt framstår som uklare.¹⁵² I relasjon til artikkel 14 skriv han dessutan at CRPD-komiteen går så langt i si tolking

¹⁴⁷ Sjå til dømes General Comment No. 6, avsnitt 49 og General Comment No. 7, avsnitt 80.

¹⁴⁸ I General Comment No. 1 avsnitt 1 legg komiteen til grunn at «Article 12 does not set out additional rights for people with disabilities; it simply describes the specific elements that States parties are required to take into account to ensure the right to equality before the law for people with disabilities, on an equal basis with others.»

¹⁴⁹ Tilsvaranse Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. utg., 2016, s. 460–469.

¹⁵⁰ HR-2016-1286-A avsnitt 29.

¹⁵¹ Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», s. 26.

¹⁵² Syse, *Norsk lovkommentar: Psykisk helsevernloven*, 2018, note * (første note), <https://www.rechtsdata.no/>.

«...at det er grunn til å reservere seg mot komiteens traktatforståelse».¹⁵³ Oppsummert kan det difor vere grunn til å vere tilbakehalden med å gi uttalelsane til CRPD-komiteen stor betydning.

5.3.3 Oppsummering

Den store tolkingstvilen kring innhaldet i konvensjonspliktene har mellom anna medført at Høgsterett i HR-2016-1286-A ikkje ynskja å gi konvensjonen betydning for rekkjevidda av tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.¹⁵⁴ Konvensjonspliktene vart heller ikkje drøfta i den nyaste dommen frå Høgsterett om tvunge psykisk helsevern i HR-2018-2204-A.

Etter presumsjonsprinsippet skal norsk rett likevel tolkast i tråd med dei folkerettslege pliktene, med mindre norsk lovgivar har gitt uttrykk for noko anna. Innføringa av den kompetansebaserte modellen i psykisk helsevernlova skjedde etter at FN-komiteen hadde kome med sine uttalelsar om at konvensjonen forbyr tvangsheimlar som byggjer på eit funksjonskriterium. Departementet la til grunn at innføringa av den kompetansebaserte modellen i psykisk helsevernlova ville «... innebære en overgang fra fokus på diagnose til funksjonsnivå, noe som er i tråd med CRPD».¹⁵⁵

Departementet drøftar ikkje komiteeuttalelsane uttrykkeleg. Spørsmålet er kva betydning dette har. I Finanger I la Høgsterett til grunn at norske domstolar må respektere at Stortinget i enkelttilfelle «... uttrykkeleg gir til kjenne at en ny lov skal gjennomføres sjølv om den skulle være i motstrid til eksisterende lover eller forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelser...».¹⁵⁶ I HR-2016-2591-A la Høgsterett til grunn at uttalelsane frå Finanger I er uttrykk for alminnelege prinsipp som også gjeld ved spørsmålet om betydninga av CRPD.¹⁵⁷ Finanger I kan takast til inntekt for at departementet måtte ha avvist komiteen si tolking uttrykkeleg, for at komiteen si tolking ikkje skulle fått betydning i tolkinga av norsk rett. På ei anna side gir departementet klart uttrykk for at dei meiner innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova vil vere i tråd med konvensjonspliktene.¹⁵⁸

¹⁵³ Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, s. 468.

¹⁵⁴ HR-2016-1286-A avsnitt 29–30.

¹⁵⁵ Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

¹⁵⁶ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1831 med vidare tilvising til Innst.O.nr.14 (1992–1993) s. 4.

¹⁵⁷ HR-2016-2591-A avsnitt 61–62.

¹⁵⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 24. Tvangslovutvalet, med Bjørn Henning Østenstad som leiar, leverte 18. juni 2019 forslag til ny tvangslov i NOU 2019: 14 «Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep utan samtykke i helse- og omsorgstjenesten». Også dei ynskjer å oppretthalde det kompetansebaserte

Dette må vere avgjerande for at komiteen sine uttalelsar ikkje får særleg betyding for kompetansevilkåret i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.

Samstundes ser det ut som konvensjonen må spele ei sentral rolle framover på eit meir «verdimessig plan», slik at det framover vil vere vanskelegare å oppretthalde særreglar om tvang for menneske med nedsett funksjonsevne.¹⁵⁹ Departementet ga nemnt uttrykk for at det vil vere viktig å gjere endringar i psykisk helsevernlova som følgjer den internasjonale utviklinga CRPD representerer.¹⁶⁰ Etter mitt syn gir dette ei oppfordring til å ta omsyn til konvensjonen sitt hovudføremål i diskusjonen om framtida til tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Som vist inneheld det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, også eit sjukdomskrav.¹⁶¹ I lys av føremålet om ikkje-diskriminering, kan dette by på utfordringar. I kap. 10.3 drøftar eg om ein kan klare seg utan dette kravet.

systemet ved tvang i psykisk helsevern, sjå NOU 2019 : 14 s. 313. Eg har ikkje gjort nokon inngåande analyse av forslaget. I kap. 10 nemner eg likevel nokre av forslaga til utvalet.

¹⁵⁹ NOU 2011: 9 s. 11.

¹⁶⁰ Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

¹⁶¹ Kap. 7.3.

6. Øvrige vilkår for tvang i psykisk helsevern

6.1 Innleiing

Det nye vilkåret om at pasienten også må mangle samtykkekompetanse, er som nemnt innteke i tre ulike tvangsheimlar i psykisk helsevernlova; § 3-2 om tvungen observasjon, § 3-3 om etablering av tvunge psykisk helsevern og § 4-4 om tvungen behandling. Føresegnene inneheld ei rekkje vilkår som må vere oppfylte før ein pasient kan underleggjast tvang. Medan vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse vil handsamast frå kap. 7 og utover, skal eg i dette kapittelet gjere kort greie for dei øvrige vilkåra.

I tillegg til å fastslå dei materielle vilkåra for tvungen observasjon og etablering av tvunge psykisk helsevern, oppstiller føresegnene i §§ 3-2, 3-3 og 4-4 ei rekkje krav til den formelle vedtaksprosedyren som er felles for dei to føresegnene. Fokuset i denne samanheng vil ligge på dei mest sentrale materielle vilkåra for tvang.

6.2 Tvungen observasjon etter phvl. § 3-2

Føresegna i phvl. § 3-2 fastset dei grunnleggjande krava til behandling og omsorg ved tvunge psykisk helsevern. Føremålet med tvungen observasjon er å få eit forsvarleg avgjerdsgrunnlag til å vurdere om vilkåra for tvunge psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 er oppfylte.¹⁶²

Før det vert aktuelt med tvungen observasjon, må «[f]rivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført fram». Forsøk på eit frivilleg behandlingsopplegg kan unnlatast dersom det vil vere «åpenbart formålsløst», jf. § 3-2 fyrste ledd nr. 1. Vilkaoret er eit uttrykk for «minste inngreps prinsipp»,¹⁶³ og inneber at behandlings- og omsorgstilbod skal vere forsøkt gitt på frivillig grunnlag. Det skal ikkje vere nokon automatikk i å gjere bruk av tvunge psykisk helsevern sjølv om vilkåra for tvang elles er oppfylt. Vilkaoret er felles for § 3-2 og § 3-3 om etablering av tvunge psykisk helsevern, noko som tilseier at vilkåra skal vurderast på same måte.¹⁶⁴

Ifølgje phvl. § 3-2 fyrste ledd nr. 1 kan det gjerast unntak frå forsøk på frivillige tiltak der det er «åpenbart formålsløst» å forsøka. Ordlyden «åpenbart» etablerer ein høg terskel. I merknadane til § 3-3, heiter det at «[s]ituasjonen kan for eksempel vere slik at sinnstilstanden

¹⁶² IS-1/2017 s. 28.

¹⁶³ Sjø mellom anna Rt. 2001 s. 1481 på s. 1489.

¹⁶⁴ Dette vert også forutsatt i Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 88.

gjør den syke helt ute av stand til å gi noe samtykke til psykisk helsevern».¹⁶⁵ I dømet frå førearbeida ligg det ein føresetnad om at det ikkje kjem på tale med frivillige behandlingstiltak utan at det føreligg gyldig samtykke frå personen, i tråd med utgangspunktet om at helsehjelp skal ytast på bakgrunn av samtykke, jf. phvl. § 2-1 fyrste ledd. Vilåret får slik ei side til det nye vilåret om at personen også må mangle samtykkekompetanse, jf. § 3-3 nr. 4. Der pasienten manglar samtykkekompetanse, må det kunne leggjast til grunn at det vil vere «åpenbart formålsløst» å forsøke eit frivillig behandlingsopplegg.¹⁶⁶ Lova si utforming medfører at også dei som *ikkje motset seg* helsehjelp kan underleggjast tvangsreglane i psykisk helsevernlova dersom dei manglar samtykkekompetanse. Psykisk helsevernlova opererer slik med eit vidt tvangsongrep.

Tvungen observasjon kan berre skje dersom det er «overveiende sannsynlig» at pasienten «fyller vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter § 3-3 nr. 3», jf. § 3-2 fyrste ledd nr. 4.¹⁶⁷ Føresegna etablerer slik eit krav om sannsynsovervekt for at pasienten har ein «alvorlig sinnslidelse» og at tvunge psykisk helsevern er «nødvendig» for å oppfylle behandlings- eller farekriteriet, jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a og b.

Ifølgje § 3-2 fyrste ledd nr. 7 fyrste punktum kan tvungen observasjon berre gjerast der dette «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende». Vilåret gjeld ikkje der pasienten utgjer «en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse». I andre punktum vert det lagt til grunn at det i vurderinga skal det «legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende». Ordlyden «klart» tilseier at det er eit krav om sannsynsovervekt for at tvungen observasjon er den beste løysinga for vedkommande. Unntak vert gjort der pasienten utgjer ein fare for «andre». Dette inneber at det må gjerast ei heilskapsvurdering sjølv om pasienten er til fare for seg sjølv. Sidan føremålet med tvungen observasjon er å kartlegge om vilkåra for etablering av tvunge psykisk helsevern føreligg, må vurderinga av om tvungen observasjon er den klarte beste løysinga for pasienten gjerast i lys av dette.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 155.

¹⁶⁶ Eit slikt standpunkt vert også tatt i NOU 2011: 9 s. 38. Uttalelsen knytte seg til phvl. § 3-3, men må gjelde tilsvarande for phvl. § 3-2.

¹⁶⁷ Det er nytt av 1. september 2017 at føresegna syner til § 3-3 nr. 3 og ikkje § 3-3 i sin heilskap. Endringa er berre gjort som ei klargjering, og ikkje for å endre rettstilstanden, jf. Prop.147 L (2015–2016) s. 49.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 88.

6.3 Etablering av tvunge psykisk helsevern etter phvl. § 3-3

Phvl. § 3-3 oppstiller vilkåra for etablering av tvunge psykisk helsevern, med eller utan døgnopphald i institusjon. Hovudvilkåret for å etablering av tvunge psykisk helsevern er at pasienten har ein «alvorlig sinnslidelse» etter phvl. § 3-3 nr. 3. Omgrepet er juridisk, noko som inneber at det ikkje samsvarar med medisinske diagnoser. Ordlyden «sinnslidelse» er vid og må reknast å dekke dei fleste psykiske lidingar. Samstundes set ordlyden «alvorlig» ein høg terskel.

I førearbeida er det lagt til grunn at vilkåret sitt kjerneområde er psykoselidingane. Dette vil til dømes omfatte schizofreni eller manisk-depresive sinnslidingar som medfører ein realitsbrist, svekkar personen sin sjukdomsinnsikt og evne til å fungere optimalt i kvardagen.¹⁶⁹ I rettspraksis er det lagt til grunn at vilkåret «alvorlig sinnslidelse» berre i særlege grensetilfelle er oppfylt utanfor psykosetilfella.¹⁷⁰

Derimot skal føresegna også kunne omfatte andre sjukdommar etter ei heilskapsvurdering. I denne vurderinga skal det ikkje berre leggjast vekt på sjølv sjukdommen, men også dei utslaga sjukdommen gir. Det kan vere heimel for tvang ovanfor personar med store karakteravvik, der lidinga medfører tap av meistrings- og realitetsvurderingsevna.¹⁷¹ I rettspraksis er det stilt krav om at personen har tilsvarende svikt i realitetsvurderingar og sjukdomsinnsikt som ved psykose.¹⁷²

Rettspraksis før og etter psykisk helsevernlova 1999 har vidare slått fast at symptomfrie pasientar kan falle inn under vilkåret, dersom mangel på symptom skuldast inntak av psykofarmaka.¹⁷³ Standpunktet har vore gjenstand for mykje kritikk i juridisk teori på bakgrunn av eit synspunkt om at ein slik rettstilstand medfører både uklare og for vide grenser for hovudvilkåret.¹⁷⁴ Med innføringa av den kompetansebaserte modellen i psykisk helsevernlova, vil denne rettspraksisen misse mykje av sin praktiske betydning. I HR-2018-2204-A la Høgsterett til grunn at pasientar som no har nokon grad av realistisk innsikt i eigen situasjon, sjølv kan avgjere om dei vil ha helsehjelp. Høgsterett understreka at dette gjeld sjølv om det er

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 77. Jan Ivar Røssberg, «Psykose», *Store medisinske leksikon*, <https://sml.snl.no/psykose>.

¹⁷⁰ Rt. 1987 s. 1495 s. 1502.

¹⁷¹ Ot.prp. nr.11 (1998–1999) s. 154-155

¹⁷² Sjø mellom anna Rt. 2015 s. 913 avsnitt 28, 29 og 53. Dette vert også lagt til grunn i Ot.prp. nr.11 (1998-1999) s. 154–155.

¹⁷³ Sjø mellom anna Rt. 1993 s. 249 s. 253.

¹⁷⁴ Denne rettstilstanden og kritikken mot den vert nærare handsama i kap. 8.5.

medisinering som har gitt vedkommende forståingsevna tilbake.¹⁷⁵ Samstundes er det grunn til å vente seg at dei to vilkåra vil ha fleire likskapstrekk. Tilhøvet mellom grunnvilkåret og vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse, skal difor drøftast nærare i kap. 8.4.

I tillegg til at pasienten må ha ein «alvorlig sinnslidelse», må minst eitt av to lovfesta tilleggsvilkåra vere oppfylte, jf. § 3-3 nr. 3 bokstav a og b. Dei to tilleggsvilkåra omtalast som behandlingvilkåret (bokstav a) og farevilkåret (bokstav b).

Behandlingsvilkåret har to sider og består av eit forbettringsalternativ (før komma) og eit forverringssalternativ (etter komma). Forbettringsalternativet stiller krav om at pasienten utan tvunge vern «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert».¹⁷⁶ Ordlyden tilseier at det må gjerast ei hypotetisk vurdering av pasienten sin tilstand med og utan tvunge vern. Vidare at eventuell reduksjon i positiv utvikling må vere av kvalifisert art. I førearbeida er det lagt til grunn at ordlyden «utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring» skal markere at «ikke hvilken som helst utsikt til bedring skal kunne begrunne tvungent psykisk helsevern».¹⁷⁷

Forverringssalternativet krev at det er «stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret».¹⁷⁸ Ordlyden tilseier at det må føreligge klare haldepunkt for at ein pasient som i utgangspunktet er på eit optimalt nivå, i løpet av kort tid vil få tilstanden sin forverra i stor grad. I førearbeida er det lagt til grunn at det må føreligge meir enn alminneleg sannsynsovervekt for at tilstanden vil forverrast.¹⁷⁹ Vidare at tvunge psykisk helsevern er eit så inngripande tiltak at det ikkje bør nyttast mot nokon «bedrefungerende over lengre perioder uten at de får 'prøve seg' for å se hvordan det går». Departementet understrekar samstundes at det tvungne vernet må kunne oppretthaldast dersom faren for forverring er «overhengende», til dømes fordi pasienten umiddelbart vil slutte å ta psykofarmaka.¹⁸⁰ I

¹⁷⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 64. Tilsvarande vert lagt til grunn i rundskriv IS-1/2017 s. 31.

¹⁷⁶ Vilkåret er ei vidareføring frå 1961-lova. Her var det likevel eit krav at utsikta til helbreding eller vesentleg betring «forspilles». Departementet meinte det måtte vere høve til å gripe inn på eit tidlegare stadium, og senka difor terskelen noko i 1999-lova, jf. Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 79.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 79.

¹⁷⁸ Alternativet vart innteke i 1999-lova etter at Høgsterett i Rt. 1993 s. 249 tolka behandlingsskriteriet i 1961-lova utvidande og kom til at fare for vesentleg forverring av helsetilstanden måtte kunne omfattast av føresegna, jf. Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 79–80.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 155.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 80.

rettspraksis er det lagt til grunn at ordlyden «meget nær fremtid» peikar på at forverring må skje innanfor ei tidsramme på tre til fire månadar.¹⁸¹

Farevilkåret er oppfylt der pasienten er til fare for «eget eller andres liv eller helse», jf. § 3-3 nr. 3 bokstav b. Der pasienten er til fare for «eget liv eller andres liv eller helse», gjer ikkje det nye vilkåret om manglande samtykkekompetanse seg gjeldande, jf. § 3-3 nr. 4 andre setning.¹⁸² På bakgrunn av dette går eg ikkje nærare inn på desse alternativa. Derimot vil det nye vilkåret gjere seg gjeldande dersom pasienten er til fare for eiga helse. I førearbeida heiter det at farevilkåret vil vere oppfylt dersom pasienten «... forkommer eller lider overlast på en slik måte at det er en nærliggende og alvorlig fare for ege[n] ... helse».¹⁸³

I phvl. § 3-3 fyrste ledd nr. 1 er det slått fast at frivilleg psykisk helsevern skal ha vore prøvd før helsepersonellet tyr til tvang. Unntak er gjort der forsøk på frivillige tiltak framstår som «åpenbart formålsløst». På dette punkt syner eg til utgreiingane gjort i kap. 6.2 om det same vilkåret.

Sjølv om dei øvrige vilkåra for tvunge psykisk helsevern er oppfylt, kan pasienten berre underleggjast tvunge psykisk helsevern der dette «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende», jf. phvl. § 3-3 nr. 7 fyrste punktum. Som etter phvl. § 3-2, gjeld ikkje vilkåret der pasienten utgjer «... en nærliggende eller alvorlig fare for andres liv eller helse», jf. § 3-3 nr. 7 fyrste punktum. Ifølgje § 3-3 nr. 7 andre punktum skal det i vurderinga leggjast særleg vekt på kor stor beslatning tvangsinngrepet vil medføre for vedkommande.

6.4 Tvungen behandling etter phvl. § 4-4

Når ein pasient er «... under tvungent psykisk helsevern ...» etter phvl. § 3-3, gir phvl. § 4-4 heimel for tvangsundersøking og –behandling utan samtykke frå pasienten, jf. phvl. § 4-4 fyrste ledd fyrste punktum.

Utgangspunktet er at det ikkje kan gjerast undersøkingar eller gis behandling som utgjer eit «alvorlig inngrep». Unntak kan gjerast for to lovbestemte tilfelle, jf. phvl. § 4-4 andre ledd. Avgrensinga mot «alvorlig inngrep» inneber at det ikkje kan elektroshokkbehandling (ECT)

¹⁸¹ Rt. 2014 s. 801 avsnitt 33–45, HR-2016-1286-A avsnitt 34 og HR-2018-2204-A avsnitt 74.

¹⁸² Eg gjer nærare greie for grensene til kompetansevilkåret i kap. 7.2.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 155.

eller andre inngripande grensesetjande tiltak som tvangsbehandlingstiltak. I særlege nøddrettssituasjonar kan ein gå lengre, og vurdere bruk av ECT.¹⁸⁴

Unntak frå avgrensinga for «alvorlig[e] inngrep» kan for det fyrste gjerast dersom «[p]asienten kan behandles med legemidler», jf. § 4-4 andre ledd bokstav a. Føresetnaden er at det er tale om «legemidler som har en gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger». Vilåret inneber at det må godtgjerast at tvangsmedisineringa veg opp for ulempene i det konkrete tilfellet. Førearbeida slår fast at det i vurderinga skal det leggjast vekt på fare for biverknadar, og i kva grad medisinen verkar inn på pasienten sin fysiske og psykiske tilstand. Grunna tvangsmedisinering sin inngripande karakter, er det eit krav at tiltaka gir gunstige verknadar for pasienten som «klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirkninger».¹⁸⁵

Ifølgje phvl. § 4-4 andre ledd bokstav a kan «alvorlig[e] inngrep» også finne stad «[s]om ledd i behandling av pasient med alvorlig spiseforstyrrelse». I slike tilfelle kan det gis næring dersom dette framstår som eit «strengt nødvendig behandlingsalternativ». I førearbeida vert det lagt til grunn at føresegna opnar for tvang utanfor dei reine nøddrettstilfella. Samstundes krevjast kontinuerlig vurdering av om det er naudsynt å nytte tvang i behandlinga.¹⁸⁶

Undersøking og behandling kan berre skje når «det er forsøkt å oppnå samtykke til undersøkelsen eller behandlingen, eller det er åpenbart at samtykke ikke kan eller vil bli gitt». Der det ikkje er «åpenbart umulig» at samtykke vert gitt, skal det vurderast å tilby andre frivillige tiltak som alternativ til undersøking og behandling, jf. phvl. § 4-4 tredje ledd. Føresegna inneber eit krav til at det fyrst skal søkjast å oppnå eit frivillig behandlingsopplegg. Det skal i tråd med pbrl. § 2-1 leggjast opp til å få til eit samarbeid med pasientane, også under tvunge psykisk helsevern.¹⁸⁷ Vi hugsar at §§ 3-2 og 3-3 stilte opp eit krav om at «frivillig psykisk helsevern» har vore forsøkt. Dette skil seg frå situasjonen i § 4-4 der det er tale om å få til samarbeid med pasienten *under* det tvungne vernet. Etter § 4-4 vert spørsmålet om pasienten er kompetent til å vurdere dei nærare behandlingstiltaka.¹⁸⁸ Der pasienten manglar

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 160.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 160.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) s. 90.

¹⁸⁷ Pasienten sin medverkingsrett i helse- og omsorgstenestene går fram at pbrl. § 3-1.

¹⁸⁸ Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, s. 200.

samtykkekompetanse etter § 4-4 fyrste ledd, må det kunne leggjast til grunn at det er «åpenbart at samtykke ikke kan eller vil bli gitt».¹⁸⁹

Før det kan gjerast undersøkingar eller setjast i gang behandling som pasienten ikkje har samtykka til, er det krav til at pasienten er tilstrekkeleg undersøkt. Ifølgje phvl. § 4-4 fjerde ledd andre punktum må det godtgjerast at tiltaka med «stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring av pasientens tilstand, eller at pasienten unngår en vesentlig forverring av sykdommen». Førarbeida legg til grunn at vilkåret inneber at det krevjast «... høy sannsynlighetsgrad med hensyn til forventet virkning, og at virkningen må være av kvalifisert art».¹⁹⁰

¹⁸⁹ Paulsrudutvalet legg same forståing til grunn i NOU 2011: 9 s. 47.

¹⁹⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 161.

7. Pasienten må mangle samtykkekompetanse: nokre utgangspunkt

7.1 Innleiing

7.1.1 Introduksjon av rettsgrunnlaget for kompetansevurderinga

Frå 1. september 2017 må pasienten «mangle samtykkekompetanse» for å underleggjast tvang i psykisk helsevern, jf. phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4-4. Vilkårret inneberer at pasientar med samtykkekompetanse ikkje kan underleggjast tvang. I førearbeida heiter det at det nye vilkåret medfører at pasientar med samtykkekompetanse kan nekte å ta imot tilbod om psykisk helsevern. Samstundes vil pasientar med samtykkekompetanse, eller pasientar som under behandlinga får tilbake samtykkekompetansen, kunne velje å trappe ned eller avslutte behandling undervegs.¹⁹¹

Om ein person er samtykkekompetent eller ikkje skal ifølgje phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd vurderast etter pasient- og brukarrettslova § 4-3. Føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd slår fast at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis» dersom pasienten «på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikkje er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Vilråra i pbrl. § 4-3 andre ledd vil vere hovudfokus i dei følgjande delane.

I tillegg til å oppstille vilkår for bortfall av samtykkekompetanse, stiller pbrl. § 4-3 også nokre krav til gjennomføringa av kompetansevurderinga. Ifølgje pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum skal helsepersonellet ut frå pasienten sin alder, psykiske tilstand, modning og erfaringsbakgrunn «legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp». Det er den som «yter helsehjelp» som avgjer om pasienten er samtykkekompetent etter andre ledd, jf. pbrl. § 4-3 tredje ledd fyrste punktum. Ved spørsmål om tvang i psykisk helsevern er dette den faglege ansvarlege legen.¹⁹² Avgjerda må vere grunngjeven og skriftleg, jf. pbrl. § 4-3 fjerde ledd.

7.1.2 Vegen vidare

Nedanfor vil eg fyrst ta føre meg dei nærare grensene for det nye vilkåret om samtykkekompetanse i kap. 7.2. I kap. 7.3 og 7.4 tek eg føre meg nokre av vilråra i pbrl. § 4-3

¹⁹¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 49.

¹⁹² Jf. phvl. §§ 3-2 fyrste ledd fyrste punktum og 3-3 fyrste ledd fyrste punktum.

andre ledd. Fyrst ut er årsakskravet, som krev at samtykkekompetansen er bortfalt «på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Deretter går eg inn på kva som ligg i at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis». I kap. 7.5 vil eg knytte nokre kommentarar til kva tidsramme som skal leggjast til grunn for kompetansevurderinga. Gjennomgangen vil danne eit viktig bakteppe når eg seinare kjem inn på kravet til manglande forståingsevne og kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd.

7.2 Nærare om grensene for kompetansevilkåret

Vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å underleggjast tvang, omfattar ikkje situasjonar der pasienten er til «nærleggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. Ordlyden tilseier at det ikkje er eit krav at personen manglar samtykkekompetanse der det er stort sannsyn for at vedkommande tek sitt eige liv, eventuelt set nokon andre sitt liv eller helse i fare. Ordlyden «nærleggende og alvorlig fare» etablerer ein høg terskel for inngrep.

Bakgrunnen for avgrensinga er ifølgje departementet at det vil vere etisk uhaldbart å respektere pasienten si avgjerd om å nekte å motta helsehjelp ved risiko for sjølv mord, eller i tilfelle der personen utgjer ein nærleggende og alvorleg fare for andre sitt liv eller helse. I tilfelle der pasienten utgjer ein fare for andre, måtte omsynet til samfunnsvernet vere styrande. Det vart vist til helsepersonellova § 7 som gir helsepersonell plikt til å gi helsehjelp «når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig». Ifølgje departementet tilseier føremålet bak føresegna at det bør gjelde visse unntak når det kjem til å respektere pasienten si avgjerd om å nekte helsehjelp. Helsepersonellova § 7 gir likevel ikkje nokon vidare åtgang til bruk av tvang ovanfor personar med psykiske lidingar enn det som går fram av psykisk helsevernlova.¹⁹³

Den nærare avgrensinga av kompetansevilkåret er uklar, men har langt på veg same rekkjevidde som farevilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b. Rettskjelder av betydning for farevilkåret vil slik vere av interesse for å utpensle den nærare avgrensinga av kompetansevilkåret. Her må ein likevel merke seg at farevilkåret også opnar for tvangsinngrep der nokon er til fare for eiga helse.¹⁹⁴

¹⁹³ Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

¹⁹⁴ Kap. 6.3.

I førearbeida til farevilkåret heiter det at ordlyden «alvorlig fare» omfattar tilfelle av vesentleg fare. Det er ikkje tilstrekkeleg at personen utgjer «... en viss fare».¹⁹⁵ Rettspraksis tilknytta farevilkåret slår fast at ordet «nærliggende» krev at faren må framstå som reell og kvalifisert på det tidspunktet ein skal treffe ei avgjerd om tvunge psykisk helsevern. Dersom faren er langt framme i tid, reknar ein det som mindre sannsynleg at faren vil oppstå.¹⁹⁶

Der det er fare for ei kroppskrenking mot nokon «andre», må det ifølgje dei same førearbeida vere ei kroppskrenking «... som overstiger det rent bagatellmessige og som får mer håndgripelige følger». Samstundes kan det vere tale om fare for både fysisk og psykisk helse.¹⁹⁷

I samband med lovendinga uttrykte fleire høyringsinstansar bekymring for at farevilkåret i aukande grad vil nyttast som heimel for tvang dersom det vart innført eit vilkår om at personar som skal underleggjast tvang i psykisk helsevern må mangle samtykkekompetanse. Både Paulsrud-utvalet og departementet er likevel samde om at ei viss auking i bruk av farevilkåret vil vere legitimt der det er tale om pasientar som allereie oppfyller vilkåret, men der den fagleg ansvarlege har valt å bruke behandlingvilkåret ut frå ein tanke om at dette er mindre stigmatiserande.¹⁹⁸

7.3 Krav om årsakssamanheng mellom kompetansesvikt og sjukdom

7.3.1 Generelt

Ifølgje pbrl. § 4-3 andre ledd må pasienten sin samtykkekompetanse vere bortfalt «på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Ordlyden «på grunn av» syner at det er eit krav om årsakssamanheng mellom tilstanden og den bortfalte samtykkekompetansen.¹⁹⁹ Som vi ser, etablerer ordlyden også eit sjukdomskrav; eit krav om diagnose eller tilstand som må vere til stades før samtykkekompetansen kan reknast å vere bortfalt. I dette kapittelet ynskjer eg å gjere nærare greie for innhaldet i årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd. I kap. 7.3.2 ynskjer eg å sjå på korleis sjukdomskravet skal tolkast i relasjon til tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 81.

¹⁹⁶ Rt. 2001 s. 1481 på s. 1487.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) s. 81.

¹⁹⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 25 og NOU 2011:9 s. 155.

¹⁹⁹ Dette går føresetnadsvi fram av Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133, men vert også lagt til grunn i HR-2018-2204-A avsnitt 39.

Førearbeida til pasient- og brukarrettslova er knappe kring det nærare innhaldet i årsakskravet. I relasjon til sjukdomskravet vert det likevel peikt på at eit viktig grunntrekk ved dei opprekna persongruppene er at «... disse personene stort sett, riktignok på forskjellig grunnlag, har en redusert evne til å oppfatte aspekter ved sin livssituasjon, herunder å kunne overskue konsekvensene av ulike handlingsvalg. De personlige forutsetningene for å foreta 'frie valg' eller å avgi et 'informert samtykke' er redusert.»²⁰⁰ Ein har såleis forsøkt å fange inn persongrupper som ofte har ei svekka kognitiv evne.

Ordlyden «psykiske forstyrrelser» famnar vidt og stiller ikkje krav til at personen har ei psykisk lidning. Ordet «senil demens» omfattar sjukdommar i hjernen som er kjenneteikna av kognitiv svikt, svikt i emosjonell kontroll og svikt i evne til å greie seg sjølv i det daglege.²⁰¹ I den norske utgåva av ICD-10 utarbeidd av Verdsorganisasjonen for helse (WHO) vert demens definert som «et syndrom som skyldes sykdom i hjernen, vanligvis kronisk eller progressivt, der flere høyere kortikale funksjoner blir forstyrret, herunder hukommelse, tankeevne, orienteringsevne, forståelse, regneferdighet, læringskapasitet, språk og dømmekraft».²⁰² Diagnosen «psykisk utviklingshemming» vert i ICD-10 definert som ein «[t]ilstand av forsinket eller mangelfull utvikling av evner og funksjonsnivå, som spesielt er kjennetegnet ved hemming av ferdigheter som manifesterer seg i utviklingsperioden, ferdigheter som bidrar til det generelle intelligensnivået, f eks kognitive, språklige, motoriske og sosiale».²⁰³

Ordlyden «fysiske ... forstyrrelser» byr på større tolkingstvil, men ei alminneleg forståing av omgrepet tilseier at det kan vere tale om ei rekkje fysiske plager. Det er vanskeleg å gi ei uttømmande liste av kva som kan omfattast, men ein må gjerne forutsette at det kan vere tale om alt frå fysiske smerter til utmatting og dehydrering. Henriette Sinding Aasen har reist spørsmål ved om ei fysisk forstyring i seg sjølv er tilstrekkeleg til å oppfylle vilkåret, eller om det er eit krav at den fysiske forstyringa også verkar inn på den kognitive evna til vedkommande.²⁰⁴ Spørsmålet er særleg interessant i relasjon til dette alternativet, fordi eksistensen av «fysiske ... forstyrrelser» i seg sjølv, ikkje har den same koplinga til den mentale fungeringa som dei andre sjukdommane som er opplista. Ordlyden i pbrl. § 4-3 andre ledd stiller

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 84.

²⁰¹ Knut Engedal, «Alzheimers sykdom og andre demenstilstander», *Eldreårenes psykologi*, Gudbrand Fossan og Kjell Raaheim (red.), Fagbokforlaget 2001 s. 101–122, på s.101.

²⁰² International Classification of Diseases (ICD) 2018, kode F00-F09. ICD vart innført som offisiell norsk klassifikasjon av somatiske lidingar i 1999.

²⁰³ ICD 2018, kode F70-F79.

²⁰⁴ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 359.

likevel krav til årsakssamanheng mellom kompetansesvikten og den fysiske forstyrringa. Dette trekk klart i retning av at det må vere tale om ei fysisk forstyrring som også verkar inn på den kognitive evna til vedkommande. Høgsterett har ikkje vurdert spørsmålet uttrykkeleg, men gir i HR-2018-2204-A uttrykk for at det sentrale i relasjon til sjukdomskravet i § 4-3 andre ledd er at personen har «... en sykdom eller mental svekkelse som påvirker de kognitive evnene...». Dette tilseier at det må vere tale om fysiske plager som verkar inn på den kognitive evna til personen. Aasen konkluderer også med at ein fysisk skade ikkje i seg sjølv kan vere nok til å fråkjenne nokon samtykkekompetansen, så lenge vedkommande er i stand til å ta stilling til inngrepet.²⁰⁵

Ordlyden i sjukdomskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd stiller ikkje krav til graden av personen si svekka kognitive evne, til dømes grad av psykisk utviklingshemming eller grad av psykiske forstyrringar. I førearbeida er det likevel lagt til grunn at «[e]n mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder en lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig.»²⁰⁶ Det kan spørjast kva for rekkjevidde utsegnen har. Eit alternativ er å sjå det slik at førearbeida her forutsetter at psykisk utviklingshemma og demente vil omfattast i det dei vert diagnostiserte, men at det stillast eit minstekrav til personen sin psykiske reduksjon i relasjon til alternativa «fysiske eller psykiske forstyrrelser».

På ei anna side såg vi at lovgjevar har valt å opprekne desse fire sjukdommane i føresegna på bakgrunn av at desse persongruppene i regelen også har redusert evne til å treffe val.²⁰⁷ Føremålet bak sjukdomskravet må difor tilseie at ingen av dei alternative vilkåra kan reknast å vere oppfylte før personen også har redusert evne til å treffe val. Ei slik tolking underbyggjast av samanhengen i føresegna. Det må vere «åpenbart [at personen] ikke forstår hva samtykket omfatter».

7.3.2 Innhaldet i sjukdomskravet etter psykisk helsevernlova

I samband med lovendingane konkluderte departementet med at vurderinga av om pasientane hadde samtykkekompetanse inntil vidare skulle byggje på gjeldande reglar i pbrl. § 4-3 andre ledd.²⁰⁸ Når føresegna ikkje er skreddarsydd for psykisk helsevern, er det grunn til å problematisere kva innhald sjukdomskravet skal ha i tilknytning til psykisk helsevernlova. Av

²⁰⁵ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 359.

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 84.

²⁰⁸ Prop. 147 L (2015–2016) s. 26.

alternativa i pbrl. § 4-3 andre ledd vil «psykiske forstyrrelser» kunne tenkast å vere mest aktuelt. Dersom det ikkje er eit krav at personen har «psykiske forstyrrelser», vil personar med kompetansesvikt grunna i fysiske forstyringar, demens eller psykisk utviklingshemming lettare kunne underleggjast tvang i psykisk helsevern. På bakgrunn av dette må det spørjast om heile menyen av årsaksfaktorar kan gjere seg gjeldande, også i relasjon til tvang i psykisk helsevern.

Ut frå ordlyden i phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd skulle ein tru at tvang i psykisk helsevern ikkje er avgrensa til personar med «psykiske forstyrrelser». Føresegnene legg berre til grunn at personen må «[m]angle samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3». Vidare listar pbrl. § 4-3 andre ledd opp ei rekkje moglege årsaksfaktorar som kan ligge til grunn for manglande samtykkekompetanse. Førearbeida synast ikkje å gå inn på spørsmålet.

Verkeområdet til psykisk helsevernlova kan likevel tenkast å innebere ei avgrensing på dette punkt. Ifølgje phvl. § 1-1 a gjeld psykisk helsevernlova «det psykiske helsevernet» I phvl. § 1-2 fyrste ledd vert psykisk helsevern definert som «undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse».

Ei mogleg avgrensing ligg også i at phvl. §§ 3-3 nr. 3 og 4-4 stiller krav om at pasienten har ein «alvorlig sinnslidelse» for å underleggjast tvang. Føresegna i phvl. § 3-2 nr. 4 krev at det er «overveiende sannsynlig» at personen har ein «alvorlig sinnslidelse» etter § 3-3 nr. 3, før vedkommande kan underleggjast tvungen observasjon. Slik tvangsheimlane i psykisk helsevernlova er utforma i dag, vil ikkje tvunge psykisk helsevern såleis ikkje kome på tale ovanfor personar utan ein «alvorlig sinnslidelse». Dette kan vere eit argument for at det berre er alternativet «psykiske forstyrrelser» som gjer seg gjeldande i relasjon til tvang i psykisk helsevern. På ei anna side gir ikkje ordlyden i pbrl. § 4-3 andre ledd høve til å stille krav om at samtykkekompetansen skal vere bortfalt som følgje av ei alvorleg sinnsliding.

Ifølgje Helsedirektoratet vil alternativet «psykiske forstyrrelser» «... ofte være det aktuelle» ved «... behandling av psykiske lidelser ...».²⁰⁹ Uttalelsen kan tolkast slik at det i regelen er alternativet «psykiske forstyrrelser» som er aktuelt i relasjon til psykisk helsevernlova. Samstundes kan ikkje Helsedirektoratet seiast å utelukke at dei andre årsaksfaktorane kan vere aktuelle der det er spørsmål om behandling av personar med fysiske forstyringar, demens eller psykisk utviklingshemming som svekkar den kognitive evna til vedkommande.

²⁰⁹ IS-1/17 s. 15.

Høgsterettsdommen i HR-2018-2204-A kan trekke i retning av at samtlige årsaksfaktorar kan nyttast i relasjon til psykisk helsevernlova. I utgreinga av vilkåret i pbl. § 3-3 nr. 4 siterer retten heile ordlyden i § 4-3 andre ledd, med alle dei fire årsaksfaktorane. Vidare uttalar retten at det sentrale i relasjon til § 4-3 andre ledd er at personen har «... en sykdom eller mental svekkelse som påvirker de kognitive evnene ...».²¹⁰ Høgsterett si skildring er treffande for alle årsaksfaktorane i § 4-3 andre ledd. Høgsterett gjorde likevel ikkje nokon uttrykkeleg vurdering av spørsmålet, og la utan vidare til grunn at sjukdomsvilkåret var oppfylt i den konkrete saka. Uttalelsane frå Høgsterett er såleis ikkje klare nok til å treffe ei sikker slutning.

Spørsmålet er heller ikkje drøfta i lagmannsrettspraksis etter 1. september 2017. I LG-2018-35336 trekk lagmannsretten berre ut alternativet «psykiske forstyrrelser» når dei siterer lovteksten i pbl. § 4-3 andre ledd. Dette kan vere ein indikasjon på at det berre er dette alternativet som utgjer ein relevant årsaksfaktor når det er spørsmål om tvang i psykisk helsevern. Det er likevel ikkje tale om nokon rådande tendens på dette punkt. I andre saker vert lovteksten sitert i sin heilskap, og utan at domstolane gjer særskilde merknadar til årsakskravet.²¹¹ Ei mellomløysing finn ein i LB-2018-163098 og LE-2017-157101 der lagmannsrettenane skriv at samtykkekompetansen kan bortfalle «... blant annet ...» på bakgrunn av «psykiske forstyrrelser». Dei synast difor ikkje utelukke at nokre av dei andre tilstandane som er opprekna i pbl. § 4-3 andre ledd kan danne grunnlag for å fråkjenne samtykkekompetanse etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Så langt, gir lagmannsrettspraksis difor lite rettleiing.

Derimot finnast fleire døme frå lagmannsrettane på at domstolane slår fast at pasienten sin manglande samtykkekompetanse er forankra i den psykiske lidinga. I LB-2018-90933 gjer lagmannsretten ei kortfatta vurdering av om pasienten mangla samtykkekompetanse. I tillegg til å syne til at pasienten mangla sjukdomsinnsikt vart det lagt til grunn at «[m]ed den lidelsen lagmannsretten har funnet at hun har, har hun heller ikke samtykkekompetanse.» Tilsvarande la lagmannsretten til grunn i LB-2017-186895 at pasienten mangla innsikt i eigen psykiske sjukdom, og at «... denne manglende innsikten er forankret i hans psykiske sykdom». Liknande formuleringar finn ein i LG-2018-64339. Dommane kan takast til inntekt for at dei øvrige alternativa i pbl. § 4-3 andre ledd er utelukka i spørsmålet om samtykkekompetanse etter psykisk helsevernlova, og at det såleis berre er alternativet «psykiske forstyrrelser» som gjer

²¹⁰ HR-2018-2204-A avsnitt 38.

²¹¹ Sjø til dømes LB-2018-32742, LG-2018-64339 og LH-2019-22061.

seg gjeldande. Når lagmannsrettane ikkje gjer særskilde merknadar til årsakskravet, kan utsegna likevel også sjåast som reine konstateringar av at årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd er oppfylt, nettopp fordi dei aktuelle pasientane hadde psykiske lidingar.

Praktiske omsyn kan tilseie at kompetansevilkåret i psykisk helsevernlova ikkje bør avgrensast til å gjelde personar med «psykiske forstyrrelser». Mange kan til dømes vere diagnostiserte med somatiske lidingar og samstundes ha ei psykisk liding som gjer det aktuelt med behandling i psykisk helsevern. I slike tilfelle kan ein likevel argumentere for at alternativet «psykiske forstyrrelser» kan nyttast for å heimle manglande samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd.

I forlenginga av dette kan ein spørje om det vil vere heimel for tvang etter psykisk helsevernlova der ein alvorleg sinnslidande manglar samtykkekompetanse som følgje av fysiske forstyringar, demens eller psykisk utviklingshemming. Som nemnt kom både Paulsrudutvalet og departementet til at eksistensten av ein «alvorlig sinnslidelse» ikkje lengre skulle vere tilstrekkeleg for å legitimere tvang.²¹² I lys av lovføremålet kan det såleis vere problematisk at personar med ein «alvorlig sinnslidelse» som manglar samtykkekompetanse av andre grunnar (enn sinnslidinga) skal kunne underleggjast tvang etter psykisk helsevernlova. På ei anna side gir ikkje førearbeida grunn til å avgrense til tilfelle der kompetansesvikten grunnar i den psykiske lidinga. Departementet skriv at hovudvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» tidlegare har vore rekna som tilstrekkeleg til å legitimere inngrep fordi vilkåret forutsetter ein kompetansesvikt som gjer at pasienten ikkje kan ta vare på seg sjølv. Ifølgje departementet slår ikkje dette inn der pasienten er samtykkekompetent.²¹³ Dette gir grunn til å tru at det vil vere legitimt å nytte tvang også ovanfor personar som manglar samtykkekompetanse av andre grunnar enn sinnslidinga, fordi desse har manglande evne til å ta vare på seg sjølv. Slik lova er utforma i dag, må uansett heile menyen av årsaksfaktorar kunne gjere seg gjeldande, også ved spørsmål om tvang i psykisk helsevern.

Oppsummert er det mykje som peikar i retning av at personen må ha ein «psykisk forstyrrelse» for å omfattast av vilkåret i phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. Slik lovteksten er formulert i dag, er det likevel svakt juridisk grunnlag for å gjere noko avgrensing i høve til kva

²¹² NOU 2011: 9 s. 156 og Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

²¹³ Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

type årsaksfaktorar som kan gi heimel for å fråkjenne samtykkekompetansen etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.

7.4 Samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis»

At samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis» inneberer at samtykkekompetansen må vurderast konkret. Førearbeida slår fast at ordlyden medfører at samtykkekompetansen kan bortfalle på enkelte område, men ikkje automatisk for alle område.²¹⁴ Med andre ord kan ein pasient som til dømes manglar samtykkekompetanse i relasjon til etablering av døgnopphald i institusjon, likevel vere samtykkekompetent ved spørsmål om legemiddelbehandling.²¹⁵

Innsikta til ein pasient varierer likevel ikkje berre etter type spørsmål og behandlingstype, men også med svingingar på det personlege plan. Kompetansen til éin og same pasient kan såleis variere i løpet av kort tid som følgje av endringar i den underliggjande sjukdomstilstanden.²¹⁶ I førearbeida til lovendinga syner departementet til korleis tvunge vern ofte startar med døgnopphald, før pasienten vert teken under tvunge vern utan døgnopphald for vedlikehaldsbehandling når den akutte psykosen eller manien er over. På bakgrunn av dette la departementet til grunn at overgangen til ein kompetansebasert modell truleg vil vere særleg aktuell for pasientar under tvunge vern utan døgnopphald, og at modellen kan redusere tvangsbruken for denne gruppa. Ifølgje departementet vil dette også vere dei tilfella der tvang er vanskelegast å forsvare etisk.²¹⁷

I HR-2018-2204-A vart denne uttalelsen satt på spissen, då pasienten hadde gjort gjeldande at ein person som berre får vedlikehaldsbehandling utan vidare må skrivast ut av tvunge vern. I tråd med prinsippet om at samtykkekompetansen må vurderast konkret, uttalte Høgsterett at det avgjerande heile tida måtte vere om pasienten har oppnådd nokon grad av sjukdomsinnsikt.²¹⁸

7.5 Tidsramma for kompetansevurderinga

I forlenginga av dette kan det problematiserast kva for tidsramme som skal leggjast til grunn for vurderinga av om ein person er samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§

²¹⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

²¹⁵ Rundskriv IS-1/2017 s. 17. At samtykkekompetansen skal vurderast konkret for den helsehjelpa som skal gis, vert også understreka av Helsedirektoratet i «Informasjon om ny dom fra Høyesterett om tvungent psykisk helsevern» (06.12.18), s. 2.

²¹⁶ Østemstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 311 peikar på at dette problemet kan vere større for personar med psykiske lidingar enn for personar med demens og psykisk utviklingshemming.

²¹⁷ Prop.147 L (2015–2016) s. 25.

²¹⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 60 og 63.

3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. I utgangspunktet skal det gjerast ei notidsvurdering av om vilkåra for tvunge psykisk helsevern er oppfylt.²¹⁹ Spørsmålet er kor lang tidsflate ein kan tillate seg der det er usikkert om personen er kompetent eller ikkje.

Lovteksten gir ikkje rettleiing, og førearbeida til pasient- og brukarrettslova er tause om spørsmålet. I førearbeida til lovendingane i psykisk helsevernlova vert det likevel vist til eit rundskriv frå Helsedirektoratet der det heiter at kompetansevurderinga «... krever tid og rom for refleksjon og diskusjon, blant annet for å unngå vilkårlige variasjoner i skjønnsutøvelsen og for å begrense tvangsbruk».²²⁰ Det kan spørjast om denne oppmodinga frå departementet gjer at kompetansevurderinga kan strekkast noko ut i tid.

I HR-2018-2204-A synte Høgsterett til forhold som låg noko tilbake i tid i vurderinga av om pasienten var samtykkekompetent.²²¹ Dette kunne vore ein indikasjon på at kompetansevurderinga kan strekkast noko ut i tid. Det er derimot vanskeleg å treffe nokon sikre slutningar frå dette. Som nemnt i kap. **Feil! Fant ikke referanse kilden.** medfører reglane om middelbar bevisføring at underrettane vil ha betre føresetnadar for å vurdere spørsmålet om pasienten sin samtykkekompetanse. Avgjerande i HR-2018-2204-A vart difor at det ikkje var kome fram noko for Høgsterett som gjorde at dei hadde grunnlag for å konkludere på noko anna måte.²²² Høgsterettsdommen vil såleis ikkje vere sentral for løysinga av dette spørsmålet.

Heller ikkje lagmannsrettpraksis synast gi rettleiing for dette spørsmålet. Også her vert det teke utgangspunkt i at det skal gjerast ei notidsvurdering av pasienten, i tråd med det som er fastslått som utgangspunkt i Høgsterettspraksis.²²³

I rundskrivet frå 2017 skriv Helsedirektoratet at beslutninga om ein person sin samtykkekompetanse med fordel kan kvalitetssikrast i ein tverrfagleg vurdering i team som representerer eit breidt kunnskapsgrunnlag.²²⁴ For kontrollorgan og domstolar sin del kan dette tilseie at det må gjerast ei vurdering av pasienten som strekk seg lengre ut i tid.

²¹⁹ Rt. 2001 s. 752 på s. 756, seinast fulgt opp i HR-2018-2204-A avsnitt 31.

²²⁰ Prop.147 L (2015–2016) s. 19 med tilvising til rundskriv IS-9/2012 «Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen med kommentarer».

²²¹ HR-2018-2204-A avsnitt 67–70.

²²² HR-2018-2204-A avsnitt 71.

²²³ I LG-2018-35336 vart det avgjerande at «... samtykkekompetansen [var] gjenvunnet på tidspunktet for ankeforhandlingen». Tilsvarende i LE-2017-157101 der lagmannsretten la til grunn at pasienten «... også på domstidspunktet, i stor grad preges av manglende evne til å ta til seg informasjon». For fleire døme, sjå LG-2018-35336, LF-2018-45574, LF-2018-47287 og LB-2018-190339.

²²⁴ IS-1/2017 s. 19.

Ved spørsmålet om når det føreligg eit gyldig *samtykke* til helsehjelp, har Aasen argumentert for at ein må utsetje avgjerda der det er mogleg for å unngå å byggje helsehjelpen på eit samtykke av tvilsam kvalitet.²²⁵ Østenstad peikar på at Aasen sin argumentasjon må ha aktualitet ved innføringa av ein kompetansebasert modell i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Han syner til at personar med psykiske lidingar som reknast for å mangle samtykkekompetansen ofte kan «snu» og at den manglande samtykkekompetansen såleis berre er forbigåande. På bakgrunn av dette meiner Østenstad at det kan vere grunn til å krevje at ein, der det er fagleg og etisk forsvarleg, avventar situasjonen noko for å sjå om pasienten «klarnar opp» av seg sjølv i tilstrekkeleg grad til å ha kompetansen intakt.²²⁶ Med ei slik tilnærming sikrar ein også at pasientar som har samtykkekompetansen intakt får høve til å utøve sin sjølvbestemingsrett, i tråd med føremålet bak lovendingane.²²⁷

Ei anna problemstilling som er aktuell der pasienten nektar helsehjelp, er om det er høve til å avvente kompetansevurderinga for å sjå kor lenge kompetansen held. Det kan spørjast om synspunktet til Helsedirektoratet gjer seg gjeldande også her, slik at det også i desse tilfella må gis tid og rom for refleksjon og diskusjon ved avgjerda om samtykkekompetanse. Som nemnt synast det sentrale å vere at ein tek seg tid for å «... unngå vilkårlige variasjoner i skjønnsutøvelsen og for å begrense tvangsbruk».²²⁸ Det er likevel usikkert kva som ligg i dette.

For å nå målsettinga om å avgrense mengda tvangsbruk, kan det hevdast at helsepersonellet ikkje kan halde tilbake pasienten for å sjå om kompetansen fell bort. Som nemnt gjeld ikkje vilkåret om at personen må mangle samtykkekompetanse, i tilfelle der personen er til «nærleggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse», jf. §§ 3-2 nr. 2, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd. Der behandling ikkje er naudsynt for å verne om personen sitt eige liv eller andre sitt liv eller helse, kan det såleis argumenterast for at omsynet til individet sin sjølvbestemingsrett må bli avgjerande og at helsepersonellet må late vedkommande gå. Vidare slår pbrl. § 4-3 tredje ledd fast at helsepersonellet skal «legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp». Føresegna gir større oppfordring til å sikre pasienten sin sjølvbestemingsrett ved spørsmålet om helsehjelp, og kan slik tilseie at

²²⁵ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 358–361.

²²⁶ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 318.

²²⁷ Kap. 2.

²²⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 19 med tilvising til IS-9/2012.

helsepersonellet ikkje kan vente og sjå kor lenge kompetansen held. Omsynet til pasienten sin sjølvbestemingsrett synast vidare å stå i ei enno sterkare stilling etter lovendingane.²²⁹

På ei anna side avgrensar ikkje departementet tilrådinga om å bruke tid på kompetansevurderinga, til tilfelle der det er spørsmål om pasienten «klarnar opp» av seg sjølv. Og for å nå siktemålet om å «...unngå vilkårlige variasjoner i skjønnsutøvelsen...», kan det vere grunn til å utsetje avgjerda om samtykkekompetanse noko, også der personen framstår som kompetent ved første augekast. Ein kan sjå føre seg ein situasjon der pasienten skjular symptoma sine, til dømes ved at vedkommande utviser verbal styrke. Her kan det argumenterast for at det vil vere legitimt å utsetje avgjerda om samtykkekompetanse noko for å sjå om det er høve til å gi helsehjelp.

Som nemnt i kap. 2 er Paulsrudutvalet og departementet samde om at konsekvensane av manglande behandling for personar med alvorlege psykiske lidingar kan få store konsekvensar. På bakgrunn av dette skulle det vere heimel for tvang ovanfor personar utan samtykkekompetanse.²³⁰ Konsekvensane av at ein person som reint faktisk manglar samtykkekompetanse ikkje får helsehjelp, tilseier at det må brukast tid på kompetansevurderinga også i desse tilfella. Berre da kan ein vere sikker på at det vert høve til å hjelpe dei personane som reint faktisk manglar samtykkekompetanse, i tråd med føremålet bak lovendingane. I lys av lovføremålet, kan det dessutan argumenterast for at departementet neppe kan ha meint at ein skal måtte «...begrense tvangsbruk» på ein slik måte at personar utan samtykkekompetanse ikkje får helsehjelp.

Vidare må det minnast om at det må godtgjerast at det er «åpenbart» at pasienten ikkje er i stand til å forstå kva samtykket omfattar, før det er grunnlag for å nytte tvang. Slik kan det argumenterast for at sjølvbestemingsretten til pasienten vil vere tilstrekkeleg ivaretatt. Då synast det ikkje å vere gode grunnar for at avgjerda om samtykkekompetanse ikkje skal kunne utsetjast noko, også der personen framstår som samtykkekompetent med første augekast.

Det er såleis gode grunnar for at kompetansevurderinga skal kunne strekkast noko ut i tid, for å sikre at ein gjer riktigast mogleg bruk av tvang. Dette vil vere i tråd med lovgjevar si oppmoding om å gi «...tid og rom for refleksjon og diskusjon, blant annet for å unngå vilkårlige

²²⁹ NOU 2011: 9 s. 19 og Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

²³⁰ NOU 2011: 9 s. 19 og Prop.147 L (2015–2016) s. 25.

variasjoner i skjønnsutøvelsen og for å begrense tvangsbruk».²³¹ Kor lang tidsflate ein kan tillate seg for kompetansevurderinga, er derimot usikkert. I denne samanheng må det minnast om prinsippet om at helsehjelpen skal vurderast konkret.²³² Vidare var eit av hovudføremåla bak lovendingane i psykisk helsevernlova, at pasientar som under behandling får tilbake samtykkekompetansen, skal få høve til å nekte helsehjelp.²³³ Dette må medføre at tidsflata for kompetansevurderinga ikkje kan strekke seg for langt frå utgangspunktet om at det skal gjerast ei notidsvurdering av pasienten.

²³¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 19 med tilvising til rundskriv IS-9/2012.

²³² Jf. pbrl. § 4-3 andre ledd som slår fast at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis».

²³³ Prop.147.L (2015–2016) s. 49.

8. Kravet om manglande forståingsevne

8.1 Overordna

Det sentrale materielle vilkåret i pbrl. § 4-3 andre ledd er om pasienten «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Ordlyden tilseier at pasienten må mangle evne til å resonnerer rundt konsekvensane av å samtykke til (eller eventuelt nekte) helsehjelp.

I førearbeida til pasient- og brukarrettslova heiter det at ordlyden «samtykket omfatter» siktar til «... tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen».²³⁴ Førearbeida til lovendingane i psykisk helsevernlova gir også noko rettleiing til innhaldet i forståvilkåret. Her vert det vist til rundskriv frå Helsedirektoratet frå 2015 og 2012 som rettleiande for korleis vurderinga av pasienten si forståingsevne skal gjerast. I begge rundskriv er det innteke moment som skal vere rettleiande for kompetansevurderinga. Momenta vert ofte omtalt som FARV-kriteria. Departementet forutsetter at desse skal inngå i kompetansevurderinga etter phvl. §§ 3-2, 3-3 og 4-4. Dei aktuelle momenta går på:

- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp
- evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingalternativene
- evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingalternativene
- evnen til å uttrykke et valg²³⁵

FARV-kriteria er også innteke i rundskriv IS-1/2017 frå Helsedirektoratet, som er utarbeidd i samband med lovendingane i psykisk helsevernlova.²³⁶ Rundskrivet frå 2017 gir nokre fleire føringar for vurderinga av personen si forståingsevne. Då rundskrivet kom etter lovendingane i psykisk helsevernlova, er dei ikkje vist til i førearbeida. Som nemnt, forutsetter likevel Høgsterett i HR-2018-2204-A at det skal takast utgangspunkt i rundskrivet frå 2017 i utgreiinga av kompetansevilkåret.²³⁷

²³⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

²³⁵ Prop.147 L (2015–2016) s. 19 med tilvising til rundskriv IS-8/2015 (Pasient og brukarrettighetsloven med kommentarer) s. 86 og IS-9/2012 (Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer), s. 23.

²³⁶ IS-1/2017 s. 17.

²³⁷ Meir om rettskjeldesituasjonen i kap. 3.4.

Høgsterett peikar mellom anna på at ein person kan ha samtykkekompetanse sjølv om vedkommande har ei alvorleg sinnsliding og helsepersonellet meiner vedkommande treng behandling. Vidare at ein person kan vere samtykkekompetent sjølv om vedkommande har redusert evne til å forstå kva helsehjelpen omfattar. Førstvoterande konkluderer med at det må krevjast «et visst nivå av konsekvensinnsikt» for å vere samtykkekompetent, og at vedkommande «forstår nødvendigheten av helsehjelpen».²³⁸ Kva som ligg i dette, vil eg gjere greie for i kap. 8.2 og 8.3.

8.2 Presisering av vurderingstemaet

Som nemnt medfører vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å underleggjast tvang i psykisk helsevern, ein nektingsrett for personar med samtykkekompetansen intakt. Ei utfordring i denne samanheng er at pbrl. § 4-3 andre ledd fokuserer på kva som skal til for at ein person manglar kompetanse til å *samtykke* til helsehjelp. Før eg går vidare til å greie ut om forstå-vilkåret, må det såleis spørjast om det er særtrekk ved kompetansevurderinga der pasienten ynskjer å motsette seg helsehjelp.²³⁹

I norsk helselovgjeving har omgrepet «samtykkekompetanse» tradisjonelt vore nytta som eit overomgrep som også dekkjer spørsmålet om pasienten har rett til å nekte behandling.²⁴⁰ Lovgjevinga synast også forutsette at krava til ei gyldig nekting er dei same som krava til eit gyldig samtykke. Dette kjem mellom anna til syne når pbrl. § 4A-2 fyrste ledd slår fast at reglane i pbrl. kap. 4 om samtykke til helsehjelp også gjeld ved spørsmålet om somatisk helsehjelp til pasientar som «...motsetter seg helsehjelpen». Føresegna byggjer såleis på ein føresetnad om at dei krava som gjeld til eit gyldig samtykke, også gjer seg gjeldande i vurderinga av kva som utgjer ei gyldig nekting.

Føresegna i pbrl. § 4-9 gir grunn til å reise spørsmål ved dette utgangspunktet. Føresegna regulerer ein pasient sin rett til å nekte blodoverføring, avbryting av svoltestreik og livsforlengande behandling. Ifølgje pbrl. § 4-9 tredje ledd er føresetnaden for å nekte at pasienten er gitt tilfredsstillande informasjon og «har forstått konsekvensene

²³⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 48–50 med vidare referanse til IS-1/2017 s. 15.

²³⁹ Problemstillinga er lite drøfta i norsk og nordisk juridisk litteratur. Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 314–320 tek opp problemstillinga i samband med lovendingane i psykisk helsevernlova. Østenstad, *Heimelspørsmål*, kap. 5.3.4.9.2.5 drøftar også spørsmålet i relasjon til dei somatiske lidingane. Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse, s. 563 og Lucy Smith og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utg., Gyldendal 2006, s. 123 reiser problemstillinga i relasjon til barnerettslege problemstillingar. Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, s. 203 nemner problemstillinga.

²⁴⁰ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9, s. 293–294.

for egen helse ved *behandlingsnektelsen*» (mi utheving). Slik kan det spørjast om lovgjevinga forutsetter at det er visse nyansar for kompetansevurderinga alt etter om pasienten samtykkar til eller nektar helsehjelp.

At krava til ei gyldig nektning er dei same som for eit gyldig samtykke, synast også å ha vore forutsatt i juridisk teori.²⁴¹ Eit slikt standpunkt er ikkje unaturleg, då det i begge høve er eit spørsmål om pasienten får høve til å utøve sin sjølvbestemmingsrett.

I samband med lovendringane, ynskja Paulsрудutvalet å byte ut «samtykkekompetanse» med «beslutningskompetanse» for å synleggjere at pasienten også har rett til å nekte behandling.²⁴² I forlenginga peika Paulsрудutvalet på at det ikkje er opplagt at det skal gjelde dei same krava til ei gyldig nektning som til eit gyldig samtykke. Ifølgje utvalet ville det å leggje til grunn dei same krava, i realiteten innebere at pasienten må ha oversikt over alle valalternativ i den aktuelle situasjonen. Utfordringa med ein slik rettstilstand, var ifølgje utvalet at dette kunne medføre at det vert stilt for strenge krav til den kognitive fungeringa for å ha samtykkekompetanse. Meir konkret peika utvalet på at eit einskapleg kompetanseomgrep gir for lite rom for å kunne kompensere for svekka kognitive evner gjennom erfaringsbasert innsikt.²⁴³

Forslaget om at det skal gjelde andre krav til ei gyldig nektning enn for eit gyldig samtykke vart derimot avvist av departementet. Som nemnt kom departementet til at spørsmålet om samtykkekompetanse inntil vidare skal byggje på gjeldande reglar i pasient- og brukarrettslova. Det vart argumentert for at dersom ein skulle gjere endringar på kven som har samtykkekompetanse i relasjon til psykisk helsevernlova, måtte ein også vurdere å gjere endringar i anna helselovgjeving. På bakgrunn av dette vart det oppnemnt eit nytt lovutval for å sjå nærare på problemstillinga.²⁴⁴

At krava til ei gyldig nektning er dei same som til eit gyldig samtykke vert også understreka i rundskrivet frå Helsedirektoratet frå 2017: «Det er de samme krav til personlige forutsetninger ved å samtykke til helsehjelp som ved å nekte helsehjelp. Det sentrale er hvorvidt pasienten klarer å ta en beslutning som ikke i for stor grad er påvirket av den psykiske lidelsen.»²⁴⁵

²⁴¹ Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse, s. 43, forutsetter at samtykke og nektning er det same når ho skriv at «[f]orutsetningen for at medisinske tiltak skal oppfattes som et gode av *pasienten*, er imidlertid at hun selv ønsker, eller i hvertfall *aksepterer*, iverksettelse av den aktuelle undersøkelse eller behandling» (Aasen sine uthevingar). Karl Harald Søvig, *Tvang overfor rusmiddelavhengige*, Fagbokforlaget 2007, s. 382–383 kommenterer ikkje problemstillinga.

²⁴² NOU 2011: 9 s. 18.

²⁴³ NOU 2011: 9 s. 150–151.

²⁴⁴ Prop.147 L (2015-2016) s. 26. Tvangslovutvalet, med Bjørn Henning Østenstad som leiar, leverte forslag til ei ny tvangslov 18. juni 2019 i NOU 2019: 14.

²⁴⁵ IS-1/2017 s. 15.

Utgangspunktet må difor vere at det gjeld dei same rettslege krava til ei gyldig nekting som til eit gyldig samtykke *de lege lata*. Rettspraksis etter lovendingane i psykisk helsevernlova gir likevel grunn til å problematisere om det kan finnast nyansforskjellar for kompetansevurderinga der pasienten nektar helsehjelp.

I tråd med utgangspunkta ovanfor, legg Høgsterett i HR-2018-2204-A til grunn at kva grad av forståingsevne som krevst for å ha samtykkekompetanse, må sjåast i samanheng med krava som stillast til eit gyldig samtykke. Det vert i denne samanheng vist til føresegna i pbrl. § 4-1 som stiller krav til at pasienten har «fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» for å kunne gi eit gyldig samtykke.²⁴⁶

Ordlyden «nødvendig informasjon» tilseier at det må bli gitt tilstrekkeleg informasjon til at pasienten kan treffe ei sjølvstendig avgjerd om helsehjelp. I førearbeida til pbrl. § 4-1 vert det presisert at kravet om «nødvendig informasjon» inneber at pasienten må ha fått «fyllestgjørende underretning om formål, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket». I alt skal det gis slik informasjon som skal til for at pasienten har eit «forsvarlig beslutningsgrunnlag». Utanfor dei akutte tilfella, skal det dessutan gis informasjon som tilfredsstillar krava i pbrl. § 3-2 om pasienten sin rett til informasjon.²⁴⁷ Etter § 3-2 fyrste ledd skal ikkje pasienten berre få informasjon om helsetilstand og innhaldet i helsehjelpa, men også «om mulige risikoer og bivirkningar». Høgsterett forklarar at tanken er at pasienten skal kunne treffe eit informert val, og at pasienten difor må vere i stand til å forstå informasjonen som vert gitt.²⁴⁸

Oppsummert må ein i kompetansevurderinga vurdere om pasienten mellom anna er innforstått med tiltaka sitt føremål, metodar, fordelar og moglege farer som risiko og biverknader. I alt krevjast det at pasienten har eit forsvarleg grunnlag for å treffe eit val om helsehjelp.

Det er likevel ikkje openlyst korleis krava til eit gyldig samtykke skal nyttast ved spørsmålet om pasienten har avgitt ei gyldig nekting. I utgangspunktet vil krava til eit gyldig samtykke og ei gyldig nekting måtte tilpassast dei faktiske tilhøva i situasjonen.²⁴⁹ Eit alminneleg prinsipp er at krava til eit gyldig *samtykke* vert strengare til meir inngripande tiltak det er tale om.²⁵⁰

²⁴⁶ HR-2018-2204-A avsnitt 61.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 132.

²⁴⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 61.

²⁴⁹ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 272.

²⁵⁰ Sjø mellom anna Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 272–275. Tilsvarende er blitt lagt til grunn i strafferetten der Kjell Andorsen, «Strafferettslig samtykke», *TfR* 1992, s. 305–476, på s. 444 hevdar at

Prinsippet kan sjåast som eit utslag av forholdsmessigprinsippet i forvaltningsretten, som går ut på at det må vere balanse mellom vedtaket sine gode og vonde verknadar.²⁵¹ Aasen forklarar at bakgrunnen for det relative samtykkekravet, er at omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett gjer seg gjeldande med ulik styrke i ulike tilfelle: «Behovet for å få klar beskjed fra pasienten er ... større jo alvorligere inngrep det er snakk om, fordi det gjør seg gjeldende en stigende formodning om at pasienten kan ha motforestillinger mot inngrepet.»²⁵²

Balanseringa mellom velferdsomsyn og omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett, gjer at det er utfordrande å seie korleis dette prinsippet skal brukast der pasienten nektar helsehjelp. Det må vere klart at prinsippet ikkje kan nyttast direkte i nektingstilfella, på ein slik måte at ein stiller strengare krav til nektinga etter kvart som inngrepet vert meir omfattande. Dette ville medført at ein stilte strengare krav til pasienten som ynskja å nekte helsehjelp til større inngrep det er tale om. Ein slik rettstilstand ville medført at velferdsomsyna fekk for stor plass i kompetansevurderinga samanlikna med omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett.

På bakgrunn av dette kan det spørjast om det relative samtykkekravet medfører at ein må stille mindre krav til pasienten som nektar til helsehjelp etter kvart som inngrepet vert større. Antydningar i denne retning kan ein finne i juridisk teori.²⁵³ Ein kan sjå føre seg at ein pasient som ynskjer å samtykke til eit sær s inngripande vedtak må ha innsikt i nærast alle sider ved inngrepet. Sjølvbestemmingsretten tilseier at det ikkje kan stillast dei same krava til pasienten som motset seg det same inngrepet. Ved dei mest alvorlege inngrepa er det kanskje grunnlag for å stille minimale krav til pasienten som nektar.

Østenstad er kritisk til sistnemnte løysing. Han forklarar at situasjonen er ein annan der pasienten motset seg helsehjelp. I samtykketilfella får helsepersonellet høve til å gi den hjelpa dei meiner er naudsynt, samstundes som pasienten får utøve sin sjølvbestemmingsrett. Østenstad meiner biletet er meir komplisert der det føreligg ei gyldig nekting. Bakgrunnen er

samfunnsmessige omsyn må reknast å ha stor betydning for kor strenge krav ein kan oppstille til eit samtykke i konkrete situasjonar, «bedømt etter hvor fornuftig eller etisk akseptabelt det er å samtykke til en bestemt atferd eller et bestemt inngrep – med straffrihetsvirkning for gjerningspersonen som konsekvens».

²⁵¹ Rasmussen, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *LoR* 1995, s. 307–322, på s. 310–311.

²⁵² Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 274–275.

²⁵³ I relasjon til barnerettslege problemstillingar synast Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 563 å bygge på ein føresetnad om at det må stillast mindre krav til barnet som motset seg behandling. Smith og Lødrup ser ut til å slutte seg til dette i *Barn og foreldre*, s. 123, når dei seier seg samde i at «... barnet må ha større rett til å motsette seg behandling enn å samtykke». Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, s. 203 synast forutsette at det på eit meir generelt grunnlag kan gjelde mindre krav til pasienten i nektingstilfella.

at nektinga blir avgjerande for samfunnet sin moglegheit til å gjennomføre tiltaka. Då vil det å stille minimale krav til pasienten som nektar medføre at det oppstår «... ei uakseptabel verdimelessig slagside i favør av sjølvbestemmingsrettsposisjonen ved at blir teke for lite omsyn til dei velferdsmessige konsekvensane» av nektinga. Av denne grunn meiner Østenstad at ein må gå for ei mellømløysing i nektingstilfella, der variasjonane i dei krava som vert stilt blir mindre uttalte enn for samtykkespørsmålet.²⁵⁴

I HR-2018-2204-A synast Høgsterett å gå for ei slik mellømløysing. Førstvoterande stilte opp følgjande vurderingstema for kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova:

«Det å nekte å motta behandling kan få store helsemessige konsekvenser – ikke minst for personer med alvorlig sinnslidelse. Det avgjørende må derfor være i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse.»²⁵⁵

Høgsterett synast byggje på ein føresetnad om at situasjonen er ein annan der pasienten nektar helsehjelp, og at dette får konsekvensar for kompetansevurderinga. I motsetning til situasjonen der pasienten samtykkar til helsehjelp, synast det her ikkje å vere relevant å vurdere om pasienten forstår mogleg risiko og farer ved helsehjelpa. Som nemnt varierer likevel dei krava som stillast til pasienten etter dei faktiske forholda i situasjonen, herunder inngrepet sin alvorsgrad. Det kan difor spørjast om vurderingstemaet Høgsterett stilte opp har overføringsverdi til andre saker om tvunge psykisk helsevern.

Også lagmannsrettspraksis ser likevel ut til å byggje på ein føresetnad om at andre moment gjer seg gjeldande i kompetansevurderinga der pasienten nektar. Som døme kan det visast til LG-2018-35336 der lagmannsretten kom til at pasienten hadde samtykkekompetansen intakt. Det vart vist til at pasienten hadde evne til å «... resonnerer i tilknytning til ... hvilke konsekvenser det kan få om han nå velger bort fortsatt helsehjelp». Lagmannsretten peikte også på at pasienten si nekting ikkje skuldast «... at han ikke føler behov for slik hjelp». Avgjerande for lagmannsretten verka difor å vere at pasienten forstod kva følgjer det kunne ha å nekte fortsatt behandling. Tilsvarande kjem til uttrykk i LH-2017-179830. På bakgrunn av at det var «...

²⁵⁴ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 314–315.

²⁵⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 63.

åpenbart at [pasienten] ikke [forstod] hva nekting av behandling omfatter», kom retten til at pasienten ikkje kunne reknast for å ha samtykkekompetanse.²⁵⁶ Heller ikkje i desse sakene vert det drøfta om pasientane var innforstått med mogleg risiko ved fortsatt behandling.

Sjølv om utgangspunktet er at det gjeld dei same rettslege krava til eit gyldig samtykke og ei gyldig nekting, ser det difor ut til at *andre moment* står sentrale i kompetansevurderinga der etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Kva moment dette er, vil vere tema i fortsettinga.

8.3 Momenta som står sentralt i kompetansevurderinga etter psykisk helsevernlova

8.3.1 Overordna

Momenta som vert fremja av departementet som rettleiande for kompetansevurderinga, er dei same momenta som har vore sentrale i samtykkekompetansevurderinga etter pbrl. § 4-3 andre ledd før innføringa av det kompetansebaserte systemet i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.²⁵⁷ Spørsmålet er kva moment som har stått sentralt i kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.

I rundskrivet frå 2017 peikte Helsedirektoratet på at redusert sjukdomsinnsikt ofte kan vere ei følgje av ei alvorleg sinnsliding. På bakgrunn av det meinte dei at det i kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova måtte vere sentralt å vurdere om pasienten klarar å treffe ei avgjerd som ikkje i for stor grad er påverka av den psykiske lidinga.²⁵⁸ I tråd med dette, peika Høgsterett i HR-2018-2204-A på at det i kompetansevurderingar var sentralt å sjå på kor vidt pasienten har evne til å føreta ei realistisk vurdering av eigen situasjon og psykiske liding.²⁵⁹ Pasienten sin grad av sjukdomsinnsikt har også stått sentralt i ei rekkje saker frå lagmannsrettane.²⁶⁰

²⁵⁶ Sjå også LF-2017-39507 der retten uttalte at pasienten mangla evne til å forstå «... konsekvensene av et manglende samtykke til fortsatt tvungent psykisk helsevern». Tilsvarande formuleringar i LB-2018-32742, LB-2019-2163 og LE-2017-157101.

²⁵⁷ IS-8/2015 (Kommentarar til pasient- og brukarrettslova) s. 86 fremjer dei same momenta for samtykkekompetansevurderinga.

²⁵⁸ IS-1/2017 s. 15 og 20.

²⁵⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 50 og 53.

²⁶⁰ I LF-2017-39507 la lagmannsretten til grunn at pasienten «... mangle[t] evne til å motta, forstå og bearbeide informasjon om sin sykdom og sin situasjon». I LB-2017-183734 vart det avgjerande at pasienten «totalt mangle[t] innsikt i egen psykiske sykdom». For tilsvarande vurderingar sjå til dømes LH-2017-179830, LF-2018-45574 og LE-2017-157101.

Eit anna sentralt moment som har vore framme i rettspraksis, er om pasienten har nokon grad av innsikt i kvifor helsehjelpa er naudsynt og såleis også moglege konsekvensar av å motsette seg behandling. I HR-2018-2204-A la Høgsterett til grunn at det avgjerande i kompetansevurderinga måtte vere i kva grad sjukdommen påverka pasienten si evne «... til å foreta en vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget».²⁶¹ Dette går også att i saker frå lagmannsrettane.²⁶²

Kor vidt pasientane har evne til å gi uttrykk for val, har ikkje vore eit tema i rettspraksis etter 1. september 2017. I nokre saker vert momentet nemnt, men då som uttrykk for at pasienten ikkje har tilstrekkeleg innsikt til å treffe eit val for seg sjølv.²⁶³ Det er grunn til å tru at momentet kjem meir på spissen i relasjon til personar med somatiske lidingar.

Dei sentrale momenta i kompetansevurderinga etter psykisk helsevernlova synast såleis å vere om pasienten har sjukdomsinnsikt og om vedkommande forstår føremålet med behandlinga, og såleis konsekvensane av å motsette seg behandling. Om pasienten forstår moglege biverknadar og farer ved behandlinga synast med andre ord ikkje å vere relevant her. Som vist i kap. 8.2, representerer dette ein nyanse samanlikna med situasjonen der pasienten gir eit positivt samtykke til helsehjelp.

I det vidare vil eg gjere nærare greie for desse momenta. Vurderinga av om pasienten har sjukdoms- og behandlingssinnsikt, har nær samanheng. Som vi skal sjå, vil sjukdomsinnsikt i regelen vere ein føresetnad for at pasienten også vurderer eit behov for behandling. Av praktiske omsyn, har eg likevel valt å gjere greie for momenta separat.

8.3.2 Nærare om kva grad av sjukdomsinnsikt som krevst

I rundskrivet frå 2017 vert det lagt til grunn at ein pasient som ikkje har nokon grad av sjukdomsinnsikt, sjeldan vil vurderast å ha samtykkekompetanse. Samstundes vert det understreka at pasienten kan vere samtykkekompetent sjølv med redusert sjukdomsinnsikt.²⁶⁴ I dette kapittelet ynskjer eg å gjere greie for dei nærare grensene for kva grad av sjukdomsinnsikt som krevst for å kunne reknast som samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3 andre ledd, jf. phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd.

²⁶¹ HR-2018-2204-A avsnitt 63.

²⁶² Sjå til dømes LG-2018-35336 og LH-2017-179830.

²⁶³ Sjå til dømes LB-2018-32742 og LF-2017-39507.

²⁶⁴ IS-1/2017 s. 20.

I nokre tilfelle er det ikkje tvilsamt at pasienten manglar sjukdomsinnsikt. I HR-2018-2204-A syne Høgsterett til at pasienten stod fast ved si oppfatning om at ho ikkje hadde ei alvorleg sinnsliding.²⁶⁵ Som eit ytterlegare døme kan det visast til LG-2018-101451 der pasienten ikkje anerkjente den psykiske lidinga, men normaliserte symptoma sine.

Meir tvilsamt er tilfelle der pasienten berer på ein sjukdomsfølelse, men det er uklart om vedkommande erkjenner den psykiske lidinga. Helsedirektoratet til grunn at pasienten ikkje kan reknast som samtykkekompetent med omsyn til behandling av den psykiske lidinga dersom pasienten berer på ein meir generell sjukdomsfølelse.²⁶⁶ Grensa mot sjukdomsfølelse har vore tema i nokre saker for lagmannsrettane. Som illustrasjon kan det visast til LG-2018-35336 der lagmannsretten kom til at pasienten hadde samtykkekompetansen intakt. Pasienten hadde tidlegare ikkje anerkjent den psykiske lidinga, men gitt uttrykk for at han berre ynskja behandling for somatiske plager. I vurderinga til lagmannsretten var det difor sentralt å syne til at pasienten sitt tidlegare fokus på somatiske plager ikkje lengre var til stades.²⁶⁷ Det ser difor ut som at det ikkje er tilstrekkeleg for samtykkekompetanse at pasienten berer på ein sjukdomsfølelse knytt til *andre plager* og av denne grunn ynskjer behandling.

Det kan spørjast kva som vert utfallet der pasienten har ei *alternativ sjukdomsforståing*. Pasienten kan til dømes ynskje psykisk helsevern, ikkje for behandling av ei psykisk lidning, men fordi vedkommande innbillar seg at han eller ho er forfulgt og slik kjenner seg tryggare i institusjon. Helsedirektoratet forklarar at ein person oftast vil reknast som samtykkekompetent der vedkommande sjølv forstår at noko er unormalt og ber om helsehjelp.²⁶⁸ Då det likevel ikkje er tilstrekkeleg med ein meir generell sjukdomsfølelse, kan det argumenterast for at personen i nokon grad må anerkjenne den psykiske lidinga for å kunne reknast som samtykkekompetent.

Der pasienten avviser symptoma på den psykiske lidinga heilt, kan det argumenterast for at vedkommande manglar samtykkekompetanse. Dette kan likevel vere utfordrande der pasienten meiner at dei reint faktisk har forfølgjarar eller stemmer i hovudet. I nokre tilfelle, er det dette enkelt å avsløre, som i LH-2017-179830. Her hadde pasienten høyrselshallusinasjonar og vrangførestillingar om å ha ein data-chip implantert i hovudet. Pasienten meinte at plagene ikkje knytta seg til ei psykisk lidning. Lagmannsretten synte til rundskrivet frå 2017 og understreka at

²⁶⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 68.

²⁶⁶ IS-1/2017 s. 17.

²⁶⁷ Også i LF-2018-45574 understreka lagmannsretten at det ikkje var tilstrekkeleg med ein generell sjukdomsfølelse for å reknast som samtykkekompetent.

²⁶⁸ IS-1/2017 s. 20.

pasienten kunne vere samtykkekompetent sjølv om vedkommande hadde mangelfull sjukdomsinnsikt. Pasienten sine symptom hadde avbleika noko som følgje av medisiner, men han var framleis fast i si oppfatning om at han var psykisk frisk. Pasienten hadde såleis ikkje sjukdomsinnsikt.

I andre tilfelle er det vanskelegare å vurdere om pasienten sine påstandar er reelle. Som døme kan det visast til LB-2018-90933. Pasienten budde i eigen leilegheit med sonen, og hevda at naboane der ho budde gjekk aktivt inn for å forfølgje og trakkasere ho. Sameiget og naboar hadde kome med fleire bekymringsmeldingar om kvinna sin åtferd. Kvinna hevda at desse var oppdikta og skreiv seg frå at styreleiaren i sameiget var rasistisk. Lagmannsretten fann ikkje grunn til å vurdere om samtykkekompetansevilkåret var oppfylt, men påstandane til kvinna vart eit viktig punkt i vurderinga av om hovudvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» var oppfylt. Avgjerande i saka vart ei rein bevisvurdering. Det vart lagt vekt på at politiet i fleire samanhengar hadde vore tilkalt, utan at dei fann grunn til å gjere vidare etterforsking. Overlegen hadde også tilbydd seg å vere med pasienten heim for å undersøke, men dette hadde ho motsett seg. Lagmannsretten kom til at det truleg hadde vore støy frå leilegheitane, men fann ikkje tilstrekkeleg bevis for at det var tale om eit slikt omfang, og slike målretta handlingar som pasienten skildra. Ho vart såleis rekna for å ha ein «alvorlig sinnslidelse». Sjølv om spørsmålet ikkje knytte seg direkte til kompetansevilkåret, er dommen eigna til å illustrere at det i somme tilfelle må gjerast ei rein bevisvurdering av pasientar sine påstandar.

8.3.3 Nærare om kva grad av behandlingssinnsikt som krevst

I kap. 8.2 såg vi at det sentrale vurderingstema i rettspraksis har vore om pasienten forstår konsekvensane av å avslutte behandling. For at pasienten skal kunne seiast å ha innsikt i konsekvensane av å nekte helsehjelp, må pasienten ha ein viss grad av innsikt i kva behandlinga omfattar. Kva grad av behandlingssinnsikt som krevst, vert tema i det følgjande.

I HR-2018-2204-A syner Høgsterett til rundskrivet når dei gjer greie for kva behandlingssinnsikt pasienten må ha etter forstå-vilkåret. Førstvoterande innleiar med å syne til at ein person kan vere samtykkekompetent sjølv med redusert evne til å forstå kva helsehjelpen omfattar, før ho siterer følgjande frå rundskrivet frå 2017:

«Det sentrale er hvorvidt pasienten klarer å ta en beslutning som ikke i for stor grad er påvirket av den psykiske lidelsen. Både for å samtykke og for å nekte kreves det et visst nivå av konsekvensinnsikt. Det er tilstrekkelig med såkalt alminnelig forståelse, det vil si at det ikke kan stilles spesielle eller strenge krav til forståelsen.

Pasienten kan ha samtykkekompetanse selv om vedkommende ikke forstår medisinske prosedyrer eller årsakssammenhenger. For å vurderes som samtykkekompetent kan det være tilstrekkelig at pasienten forstår nødvendigheten av helsehjelpen.»²⁶⁹

Høgsterett syner også til denne uttalelsen frå rundskrivet:

«Dersom pasienten ikke erkjenner lidelsen og at vedkommende har det vanskelig, og ikke vurderer eller føler det er behov for hjelp, vil informasjonen ofte ikke kunne sies å være anerkjent i den aktuelle situasjonen.»²⁷⁰

På bakgrunn av uttalelsane konkluderer Høgsterett med at «[d]et kreves altså ‘et visst nivå av konsekvensinnsikt for å være samtykkekompetent’, og at vedkommende ‘forstår nødvendigheten av helsehjelpen’. Uten en slik innsikt vil det være vanskelig for pasienten å vurdere hva som kan bli følgene av å nekte behandling.» Etter dette kan det sjå ut til at minimumskravet for å reknast for samtykkekompetent er at pasienten har konsekvensinnsikt og forstår at helsehjelpa er naudsynt. Dette synast også å ha vore ein føresetnad i praksis frå lagmannsrettane etter lovendring.²⁷¹

Utfordringa med eit slikt minimumskrav er likevel risikoen for at at nokre kan bli rekna for å mangle samtykkekompetanse fordi dei ikkje er samd med helsepersonellet om kva behandling som krevst. Nokre ynskjer kanskje ikkje behandling i det heile tatt, fordi biverknadane av behandlinga vert opplevd som verre enn sinnslidinga i seg sjølv.²⁷² I rundskrivet frå 2017 understrekar Helsedirektoratet at ein person kan vere samtykkekompetent sjølv om vedkommande ynskjer ein annan type bistand eller hjelp enn det helsepersonellet primært tilrår,²⁷³ og sjølv om pasienten ikkje følgjer legen sitt råd.²⁷⁴ Helsedirektoratet skriv også at ein må ha respekt for at pasienten sine «... verdier og beslutninger kan stride mot helsepersonellens

²⁶⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 49 med tilvising til IS-1/2017 s. 15.

²⁷⁰ HR-2018-2204-A avsnitt 50 med tilvising til IS-1/2017 s. 17.

²⁷¹ Sjå LF-2017-39507 der retten peika på at pasienten mangla evne til å forstå «... konsekvensene av et manglende samtykke til fortsatt tvungent psykisk helsevern». Tilsvarande i LG-2018-64339, LE-2017-157101, LH-2017-179830 og LB-2018-168570.

²⁷² Mette Hartlev, «Frivillighet eller tvang? Autonomiprincippet i psykiatriretten», *Festskrift til Jørn Vestergaard*, Trine Baumbach, Henrik Dam og Gorm Toftegaard Nielsen (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 227–239 (s. 238) skriv at den store utfordringa i psykiatrien er å vere open for og anerkjenne at pasienten kan ha rasjonelle motiv for å føretreke å leve med sinnslidinga framfor dei biverknadane som følgjer med den medisinske behandlinga. Østenstad, *Heimelspørsmål*, s. 744 meiner at rettsvitenskapen også må på bana her for å bygge rettslege strukturar som sikrar at pasientane får ein effektiv nektingsrett.

²⁷³ IS-1/2017 s. 20.

²⁷⁴ IS-1/17 s. 18.

oppfatning av hva som er ‘til det beste for pasienten’». ²⁷⁵ Problemstillinga er komen opp i nokre saker for lagmannsrettane etter lovendring.

Eit interessant tilfelle finn ein i LG-2017-164120 der lagmannsretten kom til at pasienten mangla samtykkekompetanse. Pasienten hadde gitt klart uttrykk for at ho «selvsagt» ikkje ville halde fram med medisinar dersom ho ikkje lengre var underlagt tvang. Lagmannsretten knyt ingen merknadar til pasienten sitt utsegn direkte. Lagmannsretten viste derimot til at «[t]il tross for at A beskrev perioden i 2016 som er ‘stort smertehelvete’ og at hun opplevde ‘en enorm kroppslig smerte’, forklarte hun at hun unnlot å kontakte noen for hjelp fordi hun verken har tillit til helsepersonellet eller at de kan hjelpe henne.» Det er såleis nærliggande å tolke lagmannsretten slik at pasienten vart rekna for å mangle samtykkekompetanse fordi ho mangla innsikt i kva konsekvensar det kunne ha at ho avslutta behandlinga.

I LG-2018-35336 kom lagmannsretten til at pasienten hadde samtykkekompetansen intakt. I grunngevinga fann retten det sentralt å peike på at pasienten forstod fordelane med helsehjelpa og konsekvensane av å nekte. Det vart vist til at pasienten viste evne til å «resonnere i tilknytning til ... hvilke konsekvenser det kan få om han nå velger bort fortsatt helsehjelp». Retten understreka også at pasienten si nekting ikkje skuldast «... at han ikke føler behov for slik hjelp». Pasienten hadde forklart at medikamentell behandling hadde vore til hjelp i periodar når han var psykotisk, men at han likevel ikkje ynskja fortsatt behandling grunna biverknadar. Også i LG-2018-64339 ynskja pasienten å avslutte medisineringsa. Til forskjell frå dommen i LG-2018-35336, vart det avgjerande at pasienten «... ikke [var] i stand til å resonnerer rundt hvilke konsekvenser dette vil ha for han».

På bakgrunn av rettspraksis ser det difor ut til at det avgjerande er om pasienten har evne til å resonnerer rundt konsekvensane av manglande behandling. I praksis kan det likevel vere særskilt vanskeleg å skilje mellom tilfelle der pasienten manglar kompetanse og tilfelle der ein kompetent person ikkje ynskjer den tilrådde behandlinga. Dette fordrar at både helsepersonell og juristar er bevisst på denne sontringa. I rundskrivet frå 2017 skriv Helsedirektoratet at ein i kompetansevurderinga bør spørje pasienten kva som er viktig for dei ved vurderinga om helsehjelp, og korleis dei vurderer fordelane opp mot ulempene ved behandling. Dette for å kunne vurdere om pasienten har evne til å resonnerer på ein måte som er konsistent med fakta

²⁷⁵ IS-1/17 s. 17.

og pasienten sine egne verdier.²⁷⁶ Ved å stille pasienten slike spørsmål kan ein såleis få nærare innsikt i om pasienten er innforstått med konsekvensane av å motsette seg fortsatt helsehjelp. Samstundes kan det bidra til at pasienten sine ynskjer vert respektert.

Ikkje overraskande, syner rettspraksis at manglande behandlingssinnsikt ofte skuldast redusert sjukdomsinnsikt. I denne samanheng kan det visast LG-2017-164120. Her vart det lagt vekt på at overlegen hadde uttrykt at «... A er uenig i diagnosen Schizofren paranoid, og ... anerkjenner [ikke] at hun har en sykdom som hun trenger behandling for». Tilsvarende kjem til uttrykk i LG-2018-145309. Dommane illustrerer at ein person vanskeleg kan vurderast å forstå konsekvensane av manglande behandling utan å samstundes ha innsikt i at dei har ei psykisk lidning som det trengs behandling for.

8.4 FARV-kriteria har fått høg rettsleg status i rettspraksis

Som nemnt fremja departementet fire moment som står sentrale for kompetansevurderinga etter psyksik helsevernlova. Ifølgje Helsedirektoratet sjølve er ikkje dei såkalla FARV-kriteria utvikla for å gi eit eksakt svar på om pasienten er samtykkekompetent, men snarare «verktøy» som vil vere «et supplement til en helhetsvurdering» av pasienten.²⁷⁷ Departementet legg på si side til grunn at momenta frå rundskriva «bør inngå» i kompetansevurderinga.²⁷⁸ Som nemnt tidlegare tilseier denne oppmoding frå departementet at momenta i regelen må trekkast inn i heilskapsvurderinga av pasienten sin tilstand. I rettspraksis ser det likevel ut til at momenta somme gonger får ein enno høgare rettsleg status.

I HR-2018-2204-A syner Høgsterett til førearbeida og legg til grunn at momenta er «...retningslinje[r] for å avgjøre om en person er samtykkekompetent med rett til å nekte behandling».²⁷⁹ Dette utgangspunktet ser ein også i eit fleirtal av saker frå lagmannsrettane etter lovendringa.²⁸⁰ Til tross for dette kan det sjå ut til at domstolane i eit stort tal saker ser ut til å leggje stor vekt på momenta frå rundskrivet i den konkrete vurderinga av pasientane. Medan lagmannsretten i LG-2018-35336 la til grunn at momenta frå rundskrivet skal inngå i ei heilskapsvurdering, såg det ut til at momenta vart gitt langt større vekt i den konkrete vurderinga av pasienten:

²⁷⁶ IS-1/2017 s. 18.

²⁷⁷ IS-1/2017 s. 17.

²⁷⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 26.

²⁷⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 45.

²⁸⁰ Sjå til dømes LG-2018-35336, LB-2018-32742, LG-2018-64339 og LH-2017-179830.

«Lagmannsretten finner – og det er heller ikke anført annet frå Statens side – at A både evner å forstå informasjon som er relevant for å kunne nekte samtykke til helsehjelp og evner å gi uttrykk for et valg. Det sentrale spørsmålet i denne saken er om han evner å anerkjenne og resonnerer med relevant informasjon om egen lidelse og mulige konsekvenser av ulike behandlingsoalternativer, herunder konsekvensene av å velge vekk den helsehjelp han tilbys.»

Lagmannsretten forutsetter her at pasienten kan reknast for å mangle samtykkekompetanse dersom han oppfyller eitt eller to av momenta frå rundskrivet. Problemformuleringa indikerer difor at lagmannsretten reknar momenta for å vere alternative vilkår for når pasienten kan reknast å mangle samtykkekompetanse.

Liknande kan ein sjå i LG-2018-64339 der lagmannsretten i utgangspunktet la til grunn at momenta frå rundskrivet var «... retningslinjer for vurderingen av samtykkekompetanse ...». Etter å ha gjort greie for at pasienten nekta for å vere psykisk sjuk og at han ynskja å avslutte all medisineriing, ser det ut til å vere avgjerande for lagmannsretten at tilstanden til pasienten gjorde at han ikkje oppfylte nokre av FARV-kriteria:

«A benekter at han er psykisk syk og mangler således innsikt i sin egen sykdomssituasjon. Han utviser et ønske om å avslutte all medisineriing, men er ikke i stand til å resonnerer rundt hvilke konsekvenser dette vil ha for han. *Disse forhold tilsier at han både mangler evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutning om helsehjelp, at han ikke har evne til å anerkjenne informasjon om egen situasjon og ulike behandlingsoalternativ, og at han heller ikke har evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av ulike behandlingsoalternativ.* Vilkåret etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 er således oppfylt» (mi utheving).

Når det avgjerande for lagmannsretten er at pasienten tilfredsstillar dei retningslinjene Helsedirektoratet har satt opp, kan det også i denne saka sjå ut til at momenta vert rekna for å ha ein meir bindande karakter. At momenta frå rundskrivet vert gitt større vekt enn det Helsedirektoratet forutsatte, finn ein ei rekkje døme på i lagmannsrettspraksis etter 1. september 2017.²⁸¹

Biletet er likevel ikkje eintydig. I enkelte saker kan det sjå ut til at momenta frå rundskrivet vert nytta som ein del av ei heilskapsvurdering der også andre moment vert gitt vekt i vurderinga. Som døme kan det visast til LB-2017-186895. Lagmannsretten tok i likskap med dei andre sakene utgangspunkt i vurderingsmomenta frå rundskrivet, men trakk også inn andre moment. Eit anna døme finn ein i LA-2018-137956. Rettspraksis komen etter Høgsterettsdommen i HR-

²⁸¹ Sjå til dømes LF-2018-45574 og LB-2018-90933.

2018-2204-A synast generelt vere mindre bundne av momenta frå rundskriva. I LA-2018-137956 går lagmannsretten langt i å syne til Høgsterett i si utgreiing av kompetansevilkåret. Det same ser ein i LH-2019-22061.

Då den rådande tendensen i rettspraksis etter 1. september 2017 er at momenta frå rundskrivet vert gitt mykje vekt i samtykkekompetansevurderinga, er det likevel grunn til å problematisere om lovteksten bør innehalde fleire retningsliner for vurderinga. Dette vil eg kome tilbake til i kap. 10.2.

8.5 Tilhøvet til vilkåret om «alvorlig sinnslidelse»

Som nemnt er vilkåret om at pasienten må ha ein «alvorlig sinnslidelse» nært knytt til spørsmål om pasienten har ein diagnose.²⁸² Spørsmålet om pasienten sin samtykkekompetanse berer på si side på ei vurdering av korleis den psykiske lidinga får utslag i forståingsevna til vedkommande. Vurderinga av om ein pasient har ein «alvorlig sinnslidelse» og vurderinga av om pasienten «mangler samtykkekompetanse» må likevel ventast å ha likskapstrekk. Samstundes som at det å ha ei alvorleg sinnsliding ikkje er samanfallande med å oppleve kognitiv funksjonssvikt, er det mykje som tyder på at alvorlege sinnslidingar medfører ein risiko for manglande innsikt.²⁸³ I dette kapittelet skal eg sjå nærare på tilhøvet mellom dei to vilkåra, og drøfte kva for sjølvstendig betyding kompetansevilkåret har.

Koplinga mellom dei to vilkåra kjem mellom anna til uttrykk ved at ein i vurderinga av om pasienten har ein «alvorlig sinnslidelse», kan måtte sjå til kva utslag sjukdommen gir. Sjølv om hovudregelen er at vilkåret berre er oppfylt i psykosetilfella, hugsar vi at vilkåret også kan vere oppfylt ovanfor personar med store karakteravvik, der lidinga medfører tap av meistrings- og realitetsvurderingsevna.²⁸⁴ Kor vidt pasienten kan gjere ei realistisk vurdering av eigen situasjon, er som nemnt også relevant i vurderinga av om pasienten har samtykkekompetanse. I HR-2018-2204-A syner Høgsterett til Rt. 2015 s. 913 i utgreiinga av forstå-vilkåret i pbrl. § 4-3 andre ledd.²⁸⁵ Rt. 2015 s. 913 gjaldt spørsmål om anoreksi kunne reknast som ein «alvorlig sinnslidelse». Høgsterett svarte bekreftande på spørsmålet, då pasienten «... på grunn av sin

²⁸² Sjå kap. 6.3.

²⁸³ Helsedirektoratet, IS-1/2017 s. 20 legg til grunn at redusert sjukdomsinnsikt kan vere ein konsekvens av ei alvorleg sinnsliding. Sjå også David Okai m.fl. «Mental capacity in psychiatric patients», *British Journal of Psychiatry*, Issue 4 2007, s. 291–297, på s. 295 som uttalar at «The clinical and legal variables associated with mental incapacity in the psychiatric groups should come as no surprise – psychosis, illness severity, involuntary admission and treatment refusal are all consistently reported as risk factors».

²⁸⁴ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 28, 29 og 53 og Ot.prp. nr.11 (1998-1999) s. 154–155.

²⁸⁵ Også departementet trekk fram koplinga til dommen i Rt. 2015 s. 913 i Prop.147 L (2015–2016) s. 27.

sykdom har en alvorlig svikt i *evnen til å foreta en realistisk vurdering* av egen kropps utseende, vekt og fungering og av de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn hun trenger» (mi utheving). I HR-2018-2204-A la Høgsterett til grunn at uttalelsen om kor vidt pasienten har «...evne til å foreta en realistisk vurdering...» av eigen situasjon måtte ha ein viss overføringsverdi for vurderinga av om pasienten manglar samtykkekompetanse. Dette til tross for at dommen frå 2015 ikkje gjaldt spørsmålet om samtykkekompetanse, og sjølv om det i dette tilfellet var fare for liv og helse.²⁸⁶

At det er likskapstrekk mellom dei to vilkåra, kjem også til uttrykk i praksis frå lagmannsrettane. Eit interessant døme finn ein i LB-2018-32742. Grunna manglande sjukdomsinnsikt, kom lagmannsretten til at pasienten mangla samtykkekompetanse. Då det førelåg noko tvil knytt til om pasienten var paranoid schizofren, måtte lagmannsretten gjere ei sjølvstendige vurdering av pasienten for å vurdere om pasienten hadde ein «alvorlig sinnslidelse». Også her vart det vist til pasienten sin manglande evne til å gjere ei realistisk vurdering av eigen situasjon. Lagmannsretten peika mellom anna på at pasienten meinte han ikkje var sjuk og at han insisterte på at stemmene han hadde i hovudet var ekte.

Det kan spørjast om rettspraksis gir uttrykk for at det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse ikkje har fått stor praktisk betydning. Men då det må ventast at sakene som kjem opp for domstolane i regelen vil ta føre seg tilfelle der pasientane både har ein diagnose og klare symptom, kan det tenkjast å vere større distinksjon mellom dei to vilkåra i andre tilfelle der symptoma på ei psykisk lidning er mindre synlege.

I kap. 6.3 såg vi at rettspraksis har lagt til grunn at symptomfrie pasientar kan reknast for å ha ei alvorleg sinnsliding der manglande symptom skuldast inntak av psykofarmaka. I Rt. 1993 s. 249 godtok Høgsterett at ein pasient med ein schizofrendiagnose falt inn under vilkåret, sjølv i ein heilt symptomfri periode. Avgjerande for Høgsterett var at mangel på symptom hang saman med inntak av antipsykotisk medikasjon, og at grunnlidinga såleis heile tida var til stades.²⁸⁷ Standpunktet er oppretthaldt i rettspraksis etter psykisk helsevernlova 1999 tredje i kraft.²⁸⁸

Som nemnt er standpunktet frå Høgsterett kritisert. Ørnulf Rasmussen peikar på at rettstilstanden medfører at pasienten i praksis får bevisbyrda for at manglande symptom

²⁸⁶ HR-2018-2204-A avsnitt 52–53.

²⁸⁷ Rt. 1993 s. 249 på s. 253.

²⁸⁸ Rt. 2001 s. 1481 på s. 1485–1486.

skuldast at vedkommande er blitt frisk. Han forklarar samstundes at det vil vere vanskeleg for pasienten å bevise dette, så lenge det er medisineringa som har gjort vedkommande frisk.²⁸⁹ Østenstad peikar på at rettstilstanden inneber ei problematisk forskyving av grunngevinga for tvang, frå funksjonsevne til pasienten sin diagnose.²⁹⁰

Etter innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, ser det ut til at denne rettspraksisen har missa noko av sin praktiske betyding. I samband med lovendingane antyda departementet at det nye vilkåret truleg ville medføre mindre tvangsbruk ovanfor pasientar som er blitt symptomfrie og berre får vedlikehaldsbehandling. Som nemnt meinte departementet dette var tilfelle der tvangen vanskelegast lot seg forsvare etisk.²⁹¹ I rundskrivet frå 2017 er Helsedirektoratet tydelege på at tvunge psykisk helsevern no ikkje vil kome på tale etter kvart som pasienten gjennom behandling får tilbake samtykkekompetansen.²⁹²

I HR-2018-2204-A kjem Høgsterett med nokre kommentarar kring den sjølvstendige betydinga av vilkåret i phvl. § 3-3 nr. 4. Då pasienten på det aktuelle tidspunktet berre var underlagt vedlikehaldsbehandling, gjorde ho gjeldande at ho måtte reknast for å ha samtykkekompetansen intakt. Høgsterett uttalte at førearbeida måtte tolkast slik at utskrivning var aktuelt for pasientar som har oppnådd ein viss sjukdomsinnsikt. Avgjerande måtte såleis vere om pasienten var i stand til å «forstå hva samtykket omfatter» etter pbrl. § 4-3 andre ledd. Høgsterett presiserte at dette måtte gjelde «... uavhengig av om vedkommende er i en aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner».²⁹³ Høgsterett understreka samstundes at personar som har nokon grad av innsikt skal ha rett til å sjølv avgjere behovet for helsehjelp, sjølv om det er langvarig medisinerung som har gitt vedkommande forståelsesevna tilbake. Høgsterett uttalte deretter at «[i] motsetning til tidligere vil altså disse personene kunne velge å avslutte behandlingen, selv om helsepersonellet vurderer dette som uheldig».²⁹⁴

I HR-2018-2204-A trekk Høgsterett inn medisinske tilrådingar om kor lenge pasienten bør stå på vedlikehaldsbehandling i utgreiinga av det nye vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse.²⁹⁵ Som

²⁸⁹ Rasmussen, «Psykisk helsevern» s. 424–425.

²⁹⁰ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 302 er også kritisk til dommen og meiner Høgsterett gløymer bakgrunnen for dei særlege tvangsheimlane i lovgjevinga. Sjå også Høyer sin kritikk i «Tilbakeslag for psykiatriske pasienters autonomi og rettssikkerhet», *LoR* 1995, s. 151–167.

²⁹¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 25.

²⁹² IS-1/2017 s. 31.

²⁹³ HR-2018-2204-A avsnitt 60–63.

²⁹⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 64.

²⁹⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 54–55.

vist i kap. 8.2 vil dei faktiske tilhøva i situasjonen i stor grad styre kva krav som stillast til pasienten i kompetansevurderinga. Bakgrunnen for at Høgsterett trekk inn tilrådingane kan såleis vere for å seie noko om kva terskel som skulle ligge til grunn for å fråkjenne samtykkekompetansen til pasienten i den konkrete saka. Uttalelsane kjem likevel i utgreiinga av innhaldet i vilkåret generelt, og ikkje i relasjon til pasienten sin samtykkekompetanse i saka. Dette gir grunn til å spørje om Høgsterett legg til rette for ein rettstilstand der pasientar som ikkje «åpenbart» manglar evne til å forstå kva samtykket omfattar, kan vere underlagt vedlikehaldsbehandling over fleire år. Dette må heilt klart reknast å vere i strid med lovgjevarviljen. Som nemnt understrekar Høgsterett likevel at pasientar som har oppnådd ein viss grad av sjukdomsinnsikt no ikkje kan vere underlagt tvang.

Den praktiske betydinga av det nye vilkåret kjem mellom anna til syne i LG-2018-35336. Sjølv om pasienten hadde ei alvorleg sinnsliding, kom lagmannsretten til at «... behandlingen av ham – blant annet med antipsykotika – har hatt så god virkning på symptomene hans, at samtykkekompetansen er gjenvunnet på tidspunktet for ankeforhandlingen».

Oppsummert ser vi at det nye vilkåret ikkje får stor praktisk betyding for pasientar med ei alvorleg sinnsliding som også har klare symptom som gir utslag i den kognitive evna. Lovendringa synast å ha fått størst betyding for pasientar som har fått redusert symptoma sine og fått *nokon grad av realistisk innsikt i eigen situasjon*. Desse kan ikkje lengre underleggjast tvang i psykisk helsevern.

9. Kravet om «åpenbart»

9.1 Berre eit beviskrav?

Ifølgje pbrl. § 4-3 andre ledd må det vere «åpenbart» at pasienten ikkje er i stand til å forstå kva samtykket omfattar. I samband med lovendingane i psykisk helsevernlova, er kravet om «åpenbart» blitt omtalt som eit beviskrav. Før den tid, synast det å ha vore tvil knytt til kor vidt kravet om «åpenbart» er eit beviskrav eller ei materiell skranke for å fråkjenne samtykkekompetanse. Før eg går vidare til å drøfte kva terskel «åpenbart» etablerer, må det difor spørjast kva som ligg i kravet om «åpenbart».

Betydinga av om kravet om «åpenbart» er eit beviskrav eller ei materiell skranke, ligg i kva beviskrav som skal leggjast til grunn i vurderinga av om nokon manglar samtykkekompetanse. Bakgrunnen er at dei to forståingane av kravet gir to ulike *bevistema* ved spørsmålet om samtykkekompetanse. Tolkar ein kravet om «åpenbart» som ei materiell skranke, kan det tenkast at det vil vere tilstrekkeleg at det er bevist som mest sannsynleg at pasienten «åpenbart ikkje er i stand til å forstå kva samtykket omfattar». ²⁹⁶ Er «åpenbart» eit beviskrav, må det derimot bevisast som «åpenbart» at personen «ikke forstår kva samtykket omfattar».

I førearbeida til lovendingane i psykisk helsevernlova 1. september 2017 vert det forutsatt at kravet om «åpenbart» er eit beviskrav. ²⁹⁷ Dette vart deretter lagt til grunn i rundskrivet frå Helsedirektoratet frå 2017, ²⁹⁸ og etter kvart også av Høgsterett i HR-2018-2204-A. ²⁹⁹ Rettskjeldene frå før lovendingane i psykisk helsevernlova, gir ikkje grunnlag for ei like klar slutning.

²⁹⁶ Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *TjR* 2004, s. 465–498, på s. 479 legg til grunn at utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er eit krav om alminneleg sannsynsovervekt.

²⁹⁷ Sjå prop.147 L (2015–2016) s. 20 der departementet skriv om Paulsrudutvalet sitt forslag om å endre «[b]eviskravet...» i pbrl. § 4-3 andre ledd. I NOU 2011: 9 s. 155 skriv Paulsrudutvalet at konsekvensane av å innføre eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, berer på «... terskelen for at beviskravet [‘åpenbart’] er oppfylt».

²⁹⁸ Sjå IS-1/2017 s. 15 der Helsedirektoratet uttalar at «[s]iden beviskravet (‘åpenbart’) er så høyt, vil mange med redusert evne til å forstå kva helsehjelpen omfattar, vurderes som samtykkekompetente». Rundskrivet knytt til pasient- og brukarrettslova i IS-8/2015 er oppdatert i 2018, og gir difor ikkje rettleiing om Helsedirektoratet sitt standpunkt før lovendingane i psykisk helsevernlova 1. september 2017.

²⁹⁹ Sjå HR-2018-2204-A avsnitt 65 der Høgsterett uttalar at «[h]vorvidt dette beviskravet [‘åpenbart’] er oppfylt, må vurderes ut fra hvordan den enkelte personen fremstår og hva vedkommende gir uttrykk for». Også i lagmannsrettspraksis synast det å ha bli forutsatt at kravet om «åpenbart» er eit beviskrav. Sjå til dømes LG-2018-35336 der lagmannsretten uttalar at «[b]egrepet ‘åpenbart’, viser at loven oppstiller et strengt beviskrav ved vurderingen av samtykkekompetanse ...». Dommen vart avsagt før Høgsterettsdommen.

Ordet «åpenbart» gir lite rettleiing, og kan tolkast både som ei materiell skranke og som eit beviskrav. Etter ei alminneleg språkforståing kan det argumenterast for at kravet er ei materiell skranke, som etablerer ein *terskel* som må overstigast før nokon kan reknast for å mangle samtykkekompetanse. I juridisk kontekst er det derimot ein kjent sak at uttrykk som «åpenbart» ofte vert brukt i lovtekst for å markere at det er noko som må bevisast.³⁰⁰

I førearbeida til pbrl. § 4-3 andre ledd heiter det at ordlyden «åpenbart» syner at «[d]et skal ... en del til ...» å fråkjenne samtykkekompetansen til pasienten. Det heiter vidare at dersom «... helsepersonellet [er] i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt til å nekte å motta behandling.»³⁰¹ På ei side ser det ut til at departementet forutsetter at «åpenbart» er ei materiell skranke som fastset ein høg terskel for å fråkjenne samtykkekompetansen til ein pasienten. Samstundes kan uttalelsen om at pasienten skal ha rett til å samtykke dersom helsepersonellet er i tvil, tolkast slik departementet forutsetter at det må bevisast som «åpenbart» at pasienten manglar samtykkekompetanse. Dette vert likevel ikkje uttrykkeleg uttalt. Kva lovgjevar har meint, er såleis noko uklart.

Sjølv om Høgsterett i HR-2018-2204-A legg til grunn at «åpenbart» er eit beviskrav, kan ei nærare analyse av dommen gi grunn til å problematisere om «åpenbart» også vert brukt som materiell skranke. Interessant er at Høgsterett syner til at ein kan vere samtykkekompetent «... selv om man har en *reduisert* evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter» (mi utheving).³⁰² Utsegnet vert ikkje nemnd i relasjon til utgreiinga av beviskravet.³⁰³ Samstundes må utsegnet knyte seg til lovteksten sitt krav om «åpenbart», ved at Høgsterett peikar på kva terskel som må leggjast til grunn for vurderinga.

Juridisk teori gir ikkje noko klart svar. Syse ser ikkje ut til å ta opp spørsmålet, og legg berre til grunn at «[d]et kreves altså at pasienten 'åpenbart' ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva et samtykke vil omfatte ...». Vidare at «[d]ette er strenge krav».³⁰⁴

³⁰⁰ Sjå til dømes Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærers forutsetninger* (heretter forkorta *Beviskrav i sivile saker*), Fagbokforlaget 2012, s. 337–338 som nemner «åpenbart» som eitt av fleire stikkord som vert brukt for å skildre beviskrav i norsk rett.

³⁰¹ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

³⁰² HR-2018-2204-A avsnitt 49.

³⁰³ HR-2018-2204-A avsnitt 65.

³⁰⁴ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgåve, Gyldendal 2015, s. 410.

Aasen kan oppfattast slik at ho meiner kravet om «åpenbart» berre er ei materiell skranke, når ho skriv at ordet «åpenbart» tilseier «... at det skal ganske mye til før samtykkekompetansen kan bortfalle». Vidare skriv ho, med tilvising til førearbeida, at «... en mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, ikke er tilstrekkelig». På ei anna side skriv Aasen, også her med tilvising til førearbeida, at «... dersom helsepersonellet er i tvil, skal pasienten ikke fratras retten til å utøve sin samtykkekompetanse, eventuelt sin rett til å motsette seg behandling.³⁰⁵ Som nemnt er det nærliggande å tolke denne førearbeidsuttalelsen slik at det vert eit spørsmål om det føreligg tilstrekkeleg med bevis for å fråkjenne samtykkekompetansen. Det er difor noko usikkert kva tolking Aasen legg til grunn.

Østenstad synast legge til grunn at kravet om «åpenbart» berre er eit beviskrav, når han skriv at ordlyden «åpenbart» må oppfattast slik at «... det krevst kvalifisert overvekt av prov».³⁰⁶ Østenstad kommenterer ikkje om kravet om «åpenbart» også er ei materiell skranke.

Karl Harald Søvig argumenterer for at kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd både bør sjåast som eit beviskrav og som eit krav til «... styrken av mangel på samtykkeevne ...» ved spørsmål om ein rusmisbrukar kan haldast tilbake i institusjon etter den tidlegare heimelen i sosialtenestelova § 6-3.³⁰⁷ I fotnote knytt til dette poenget hevdar han dessutan at kravet om «åpenbart» på generelt grunnlag har vore oppfatta både som eit beviskrav og som ei materiell skranke i relasjon til pbrl. § 4-3 andre ledd. I denne samanheng syner han til førearbeida og til Syse og Aasen sine omtalar av kravet. Søvig skriv at «[s]amtlig krever at tilstanden må være av kvalifisert art, i tillegg til å sette opp en bevisregel, slik at dersom helsepersonell er i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen.»³⁰⁸ Som nemnt legg ikkje desse kjeldene uttrykkeleg til grunn at kravet om «åpenbart» er eit beviskrav.³⁰⁹ Slik eg forstår Søvig i det siterte, tolkar han førearbeidsuttalelsen om at pasienten skal ha rett til å samtykke dersom helsepersonellet er i tvil, slik at det også må *bevisast* som «åpenbart» at pasienten manglar samtykkekompetanse.

³⁰⁵ Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 359 med tilvising til Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

³⁰⁶ Østenstad, *Heimelsspørsmål*, s. 740.

³⁰⁷ Søvig, *Tvang overfor rusmiddelavhengige*, s. 382.

³⁰⁸ Søvig, *Tvang overfor rusmiddelavhengige*, s. 382, fotnote 61 med tilvising til Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133, Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse*, s. 359 og Syse, *Pasientrettighetsloven*, 2. utgåve, Oslo 2004 s. 273.

³⁰⁹ Heller ikkje i dei eldre utgåvene av boka omtalar Syse kravet om «åpenbart» som eit beviskrav. Sjå *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utgåve, Gyldendal 2009, s. 312 og *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2. utgåve, Gyldendal 2004, s. 260 der Syse omtalar kravet om «åpenbart» på same måte som i 4. utgåve frå 2015. Eg kan ikkje sjå at Syse omtalar kravet «åpenbart» på s. 273 i 2. utgåva slik Søvig skriv.

Sidan rettskjeldene knytt til pbrl. § 4-3 andre ledd er sprikande, kan det vere nyttig å sjå til bevisteorien for å løyse spørsmålet. Magne Strandberg definerer eit beviskrav som «... en betingelse for at en faktumpåstand skal legges til grunn som faktum i en dom». Eg les Strandberg slik at det er to sentrale komponentar som må vere til stades for å tale om eit beviskrav. Kravet må for det fyrste knyte seg opp til eit materielt rettsvilkår. Vidare må det vere eit krav som sørgjer for at rettsverknaden berre inntreir dersom faktumpåstanden reknast for å vere tilstrekkeleg bevist.³¹⁰ Desse komponentane synast å vere til stades for kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd. For det fyrste knyt kravet om «åpenbart» seg til spørsmålet om personen «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Vidare passar føresegna inn i «enten-eller-modellen», ved at det ikkje vil vere grunnlag for å fråkjenne samtykkekompetansen til ein person dersom det ikkje er «åpenbart» at pasienten ikkje har denne forståingsevna. Som nemnt, legg førearbeida til grunn at pasienten skal ha rett til å samtykke eller nekte dersom helsepersonellet er i tvil.³¹¹ Dette tilseier at kravet om «åpenbart» er eit beviskrav.

I ein artikkel frå 2013 skriv Strandberg at kravet om «åpenbart» i alkoholova § 8-11 ikkje kan sjåast som eit beviskrav. Føresegna slår fast at ein bevillingshavar kan misse bevillinga om han sjenkar nokon som er «åpenbart påvirket av rusmidler». Strandberg skriv at dette klart nok ikkje er eit beviskrav, men eit bevistema.³¹² Det kan spørjast om dette medfører at kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd heller ikkje er eit beviskrav. Då føresegnene har to vidt ulike funksjonar, er det likevel vanskeleg å leggje Strandberg sin argumentasjon til grunn i vår samanheng.

Eg kan likevel ikkje sjå at dette er til hinder for at kravet om «åpenbart» også er ei materiell skranke. I lys av Høgsterett si utgreiing av pbrl. § 4-3 andre ledd i HR-2018-2204-A synast det å vere for snevert å leggje til grunn at «åpenbart» berre er eit beviskrav. Dette tilseier at kravet om «åpenbart» også inneheld ei materiell skranke for tvang som seier noko om graden av manglande forståingsevne, i tråd med Søvig sin argumentasjon. Utfordringa med eit slikt resultat er likevel at det må bevisast som «åpenbart» at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter».

Oppsummert er det difor usikkert om kravet «åpenbart» er meint å vere eit beviskrav, eit materielt krav eller begge deler. Etter Høgsterettsdommen i HR-2018-2204-A er spørsmålet

³¹⁰ Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, s. 17–19.

³¹¹ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

³¹² Strandberg, «Beviskrav ved inndragning av skjenkebellingsjus», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2013, s. 15–37, på s. 17–18.

likevel avklart de lege lata, jf. Grunnlova § 88 fyrste ledd. I tråd med Høgsterettsdommen må det difor bevisast som «åpenbart» at personen «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», før vedkommande kan reknast for å mangle samtykkekompetanse. Samstundes syner dommen i HR-2018-2204-A at kravet om «åpenbart» også stiller krav til *graden* av manglande forståingsevne hos pasienten. Slik vert kravet om «åpenbart» også ei materiell skranke.

9.2 Nærare om kravet

Spørsmålet som skal behandlast i dette kapittelet er kva krav «åpenbart» oppstiller, både som beviskrav og som materiell skranke. Medan det fyrste knyt seg til i kva grad det må *bevisast* at pasienten manglar samtykkekompetanse, vert det siste eit spørsmål om kva krav som stillast til *graden* av pasienten si manglande forståingsevne.

Ordlyden «åpenbart» etablerer i seg sjølv eit strengt krav for å fråta nokon samtykkekompetansen. Førearbeida til pasient- og brukarrettslova gir noko meir rettleiing. Her heiter det at «åpenbart» syner at «[d]et skal ... en del til...», før ein kan fråkjenne samtykkekompetansen. Dersom helsepersonellet er i tvil, skal pasienten i følgje førearbeida ha rett til å samtykke, eventuelt nekte å motta behandling.³¹³ Førearbeida understrekar vidare at «[s]elv om pasienten generelt sett har manglende evne til å forstå informasjon og til å sette seg inn i premissene for å avgi samtykke, kan det tenkes at vedkommende på enkelte områder har god nok forståelse til å avgi gyldig samtykke.»³¹⁴ I Rt. 2010 s. 612 (Sårstell) uttalte Høgsterett at spørsmål om bortfall av samtykkekompetanse var aktuelt i «... mer ekstreme tilfeller ...».³¹⁵ Førearbeida til lovendinga i psykisk helsevernlova gir lite rettleiing om kravet, og stadfestar berre den høge terskelen for å fråkjenne samtykkekompetansen.³¹⁶

Helsedirektoratet legg til grunn at «[s]iden beviskravet («åpenbart») er så høyt, vil mange med redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter, vurderes som samtykkekompetente.»³¹⁷ Kor vidt beviskravet «åpenbart» er oppfylt, må ifølgje Høgsterett bere på korleis den enkelte personen framstår og kva vedkommande gir uttrykk for.³¹⁸ I teorien legg Østenstad til grunn at kravet «åpenbart» må oppfattast slik at «... det krevst kvalifisert overvekt av prov».³¹⁹

³¹³ Ot.prp. nr.12 (1998–1999) s. 133.

³¹⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 84.

³¹⁵ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 30.

³¹⁶ Prop.147 L (2015–2016) s. 19.

³¹⁷ IS-1/2017 s. 15. Tilsvarande vert lagt til grunn i IS-8/2015 s. 85.

³¹⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 65.

³¹⁹ Østenstad, *Heimelsspørsmål*, s. 740.

Når det kjem til kva *grad* av manglande forståingsevne som krevst, gir rundskrivet frå 2017 noko rettleiing. Ifølgje Helsedirektoratet krevst det både for å samtykke og nekte, eit visst nivå av konsekvensinnsikt. Det er likevel tilstrekkeleg med ein alminneleg forståelse. Helsedirektoratet forklarar at det «[f]or å vurderes som samtykkekompetent kan [...] være tilstrekkelig at pasienten forstår nødvendigheten av helsehjelpen. På samme måte trenger ikke pasienten fullt ut forstå alle konsekvenser av å nekte behandling.»³²⁰ Høgsterett syner til samtlege av desse uttalelsane i HR-2018-2204-A, noko som gir dei opphøga rettskjeldevekt.³²¹

9.3 Handteringa av kravet i rettspraksis

I rettspraksis etter 1. september 2017 kan det sjå ut til at terskelen for manglande samtykkekompetanse vert lagt noko ulikt. I HR-2018-2204-A støtta Høgsterett seg som nemnt til tingretten og lagmannsretten sine vurderingar og la til grunn at det var «åpenbart» at pasienten mangla samtykkekompetanse.³²² Kravet er praktisert på same måte i ei rekkje saker for lagmannsrettane.³²³

I ei nokre saker er det likevel usikkert om domstolane handterer beviskravet korrekt. Det finnst mellom anna fleire døme på at domstolane ikkje nyttar uttrykksmåten «åpenbart» når dei fastslår manglande samtykkekompetanse. Som døme kan det visast til LG-2018-64339 og LB-2017-186895 der lagmannsrettane la til grunn at dei fann det «klart» at samtykkekompetansen til pasienten var bortfalt. Tilsvarande formulering finn ein også i andre saker.³²⁴ Det kan argumenterast for at formuleringa «klart» er uttrykk for eit mindre strengt beviskrav enn formuleringa «åpenbart» i juridisk kontekst.³²⁵ Dette kunne i sin tur gitt grunnlag for å problematisere om domstolane legg terskelen for lågt i høve til beviskravet «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd. Det er likevel vanskeleg å leggje til grunn at domstolane ikkje handterer beviskravet strengt nok berre basert på uttrykksmåten. Formuleringa kan grunne i ei oppfatning om at «klart» etablerer ein like høg terskel som «åpenbart».

³²⁰ IS-1/2017 s. 15. Tilsvarande vert lagt til grunn i IS-8/2015 s. 85.

³²¹ HR-2018-2204-A avsnitt 48–50.

³²² HR-2018-2204-A avsnitt 70.

³²³ Sjå til dømes LH-2017-179830 der retten la til grunn at det var «åpenbart» at pasienten ikkje forstod konsekvensane av å nekte behandling. Sjå også LG-2018-35336 der lagmannsretten peika på at det førelåg «klare holdepunkter for at [pasienten] har redusert samtykkekompetanse», men at det på tidspunktet for ankeforhandlinga ikkje lengre var «åpenbart» at han mangla kompetanse.

³²⁴ Sjå LB-2018-183734, LB-2018-130721 og LG-2017-164120.

³²⁵ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 318 skriv at formuleringar som «klart» legg beviskravet for lågt slik lovteksten i pbrl. § 4-3 andre ledd er formulert.

I enkelte saker, synast det likevel å vere usikkert om det reint faktisk var «åpenbart» at pasienten mangla samtykkekompetanse. I denne samanheng kan det visast til LA-2018-137956. Lagmannsretten vurderte ikkje uttrykkeleg om det var «åpenbart» at pasienten mangla samtykkekompetanse, men synte mellom anna til at det var «...høyst usikkert hvor langt As sykdomsinnsikt rekker» (mi utheving). Departementet er som nemnt klare på korleis det strenge beviskravet medfører at pasienten skal ha rett til å samtykke eller nekte helsehjelp ved tvil.³²⁶ Det må difor spørjast om lagmannsretten her burde kome til at pasienten var samtykkekompetent. Lagmannsretten vise også til at pasienten som følgje av sjukdommen «... forstår ikke ... nødvendigheten av helsehjelpen og følgene av å motsette seg behandling». Slik sett kan lagmannsretten ha lagt terskelen høgt nok. Det er likevel uheldig at grunngevinga til lagmannsretten ikkje i tilstrekkeleg grad byggjer opp under at kompetansesvikten var «åpenbar».

I LF-2018-45574 kom lagmannsretten til at vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse var oppfylt. I vurderinga la lagmannsretten vekt at pasienten ifølgje innkomstjournalen framstod med « redusert sykdoms- og behandlingssinnsikt » og at ho no «later til» å vere i ein dårlegare periode. Det kan spørjast om det er tilstrekkeleg i høve til beviskravet «åpenbart» at kvinna framstod med « redusert sykdoms- og behandlingssinnsikt ». Som nemnt understrekar både førearbeida og rundskrivet frå 2017 at pasienten kan vere samtykkekompetent sjølv om vedkommande har manglande evne til å forstå kva samtykket omfattar.³²⁷ Avgjerande for retten er som nemnt at pasienten no «later til» å vere ein ein dårlegare periode. Dette må tolkast slik at retten fann sjukdoms- og behandlingssinnsikten til pasienten enno meir redusert. Då manglande forståingsevne må bevisast som «åpenbart», kan det likevel problematiserast om det er tilstrekkeleg at ho berre «lata til» å vere i ein dårlegare periode.

Dommane kan vere eit uttrykk for at domstolane har utfordringar med å handtere kravet om «åpenbart» i praksis. Dette tvingar fram eit spørsmål om terskelen for tvang er blitt for høg etter lovendinga. Dette vil eg drøfte nærare i kap. 10.4.

³²⁶ Ot.prp. nr.12 (1998–1999) s. 133.

³²⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 84, IS-1/2017 s. 15.

10. Utvalde problemstillingar

10.1 Innleiing

Paulsrudutvalet fekk eitt år til å gjere ei omfattande gjennomgang av etiske, faglege og rettslege sider av alle delar av psykisk helsevernlova.³²⁸ Til tross for særst liten tid, kom utvalet med ei rekkje forslag for å optimalisere lovgjevinga. Då det var usikkert korleis alle endringane ville stå seg ovanfor anna helselovgjeving, valte departementet å berre gjennomføre delar av forslaga. Resultatet vart ei mellomløyning. Departementet innførte vilkåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse for å underleggjast tvang i psykisk helsevern, men nytta allereie eksisterande lovføresegner i pbrl. § 4-3 for å regulere kompetansespørsmålet.³²⁹ Reglane er ikkje skreddarsydde for tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, noko som har vist seg å by på utfordringar når kompetansespørsmålet skal vurderast i praksis.

I dette kapittelet ynskjer eg å kaste lys over nokre av dei utfordringane som har oppstått etter lovendinga. I denne samanheng ynskjer eg å drøfte om lovgjevinga bør innehalde andre eller klarare retningslinjer for kompetansevurderinga. Tanken er ikkje å gi klare føringar eller svar på korleis lovgjevinga bør vere, men snarare å presentere nokre synspunkt i lovgjevingsdebatten basert på dei observasjonane eg har gjort i avhandlingsarbeidet. Mi inngang til problemstillingane er særleg basert på rettspraksis etter lovendinga.

Som nemnt, oppnemna departementet eit nytt lovutval i samband med lovendingane i psykisk helsevernlova.³³⁰ No føreligg det eit rykande ferskt forslag til ny tvangslov. Tvangslovutvalet, med Bjørn Henning Østenstad som leiar, leverte 18. juni 2019 forslag til ei ny og felles tvangslov i NOU 2019: 14 «Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep utan samtykke i helse- og omsorgstjenesten». Då forslaget kom 18. juni 2019 har eg ikkje hatt moglegheit til å gjere nokon inngåande analyse av forslaget. I drøftingane nedanfor vil eg likevel trekke fram hovudsynspunkta til utvalet knytt til dei problemstillingane eg tek opp.

³²⁸ NOU 2011: 9 s. 11–12.

³²⁹ Prop.147 L (2015–2016) s. 25–26.

³³⁰ Prop.147 L (2015–2016) s. 26.

10.2 Bør pbrl. § 4-3 andre ledd innehalde fleire vurderingskriteria?

I samband med lovendringane i psykisk helsevernlova, føreslo Paulsrudutvalet å endre føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd. Utvalet peikte på at det auka fokuset på kompetansespørsmålet ved innføring av ein nektingsrett i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, gjorde det teneleg med ei meir presis regulering av vurderingstemaet i pbrl. § 4-3 andre ledd.³³¹ Utvalet føreslo også å ta inn fleire kriteria i lovteksten. Desse minnar mykje om momenta eller FARV-kriteria frå Helsedirektoratet sitt rundskriv. Som nemnt går FARV-kriteria på om pasienten har:

- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp
- evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsoalternativene
- evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsoalternativene
- evnen til å uttrykke et valg³³²

Etter forslaget til Paulsrudutvalet «kan» ein person sin «beslutningskompetanse» bortfalle i relasjon til «den konkrete helsehjelpen» dersom det er «overveiende sannsynlighet for at vedkommende ikke er i stand til å 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) resonnerer 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»³³³

³³¹ Sjø NOU 2011: 9 s. 235.

³³² Prop.147 L (2015–2016) s. 19 med tilvising til rundskriva IS-8/2015 s. 86 og IS-9/2012 s. 23.

³³³ NOU 2011: 9 s. 224.

Som nemnt, ynskja ikkje departemetet å gjere endringar i pbrl. § 4-3 andre ledd. Det vart argumentert for at dersom ein skulle gjere endringar på kven som har samtykkekompetanse i relasjon til psykisk helsevernlova, måtte ein også sjå på tilhøvet til helselovgjevinga elles.³³⁴

Som antyda av Paulsrudutvalet, har det kome ei rekkje saker om tvang i psykisk helsevern for domstale etter 1. september 2017. Pasientar i psykisk helsevern har vist seg å ha lettare for å sjølve påklage vedtak om tvang enn det pasientar med til dømes demens og psykisk utviklingshemming har. Behovet for klare føringar for kompetansevurderinga har også vore til stades, noko som kjem til syne når momenta frå rundskriva har fått mykje vekt i kompetansevurderinga i rettspraksis etter lovendringa.³³⁵

Ordlyden i pbrl. § 4-3 andre ledd er nokså vag når det kjem til korleis kompetansevurderinga skal gjerast. Ordlyden «forstå hva samtykket omfatter» må fyrst og fremst seiast å legge opp til ei vurdering av om personen evnar å resonnerer kring betydinga av å samtykke eller nekte til helsehjelpa.³³⁶ Dei føreslåtte kriteria og momenta frå rundskrivet utfyller og presiserer dette, ved å mellom anna peike på betydinga av at personen forstår informasjon knytt til eiga liding og at vedkommande har evne til å gi uttrykk for val. Når FARV-kriteria vert gitt så mykje vekt i rettspraksis, kan det spørjast om klårleikskravet etter legalitetsprinsippet fordrar at dei aktuelle momenta vert teke inn i lovteksten.

Spørsmålet er om det er tilstrekkeleg med avklaring andre stader. Som nemnt har rundskriv ei viktig praktisk betyding for å utfylle lovreguleringa, og knyte sterkare band mellom juss og helsepersonell. Dette vil vere viktig når legen i stor utstrekning har rolla som rettsbrukar når avgjerda om tvang blir tatt.³³⁷ Det kan såleis argumenterast for at rettleiing i rundskriva i seg sjølv bidreg til å styrke rettstryggleiken til pasientane, i tråd med dei omsyna som ligg bak legalitetsprinsippet.

Bakgrunnen for at FARV-kriteria vert gitt høg rettsleg status i rettpraksis, heng truleg saman med at det i rettskjeldene elles har vore lite rettleiing for korleis kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova skal gjerast. Som vist kan det sjå ut som domstolane legg mindre vekt på FARV-kriteria etter Høgsterettsdommen i HR-2018-2204-A.³³⁸

³³⁴ Prop.147 L (2015-2016) s. 26.

³³⁵ Kap. 8.4.

³³⁶ Kap. 8.1.

³³⁷ Aasen og Magnussen, «Prioriteringsveiledere som styringsverktøy i skjæringspunktet mellom rett og medisin», s. 24.Sjå meir om rundskriva si rolle i kap. 3.4.

³³⁸ Sjå til dømes LA-2018-137956 og LB-2018-163098.

Avklaringane frå Høgsterett bøter såleis på nokre av dei utfordringane ein fyrst såg i rettspraksis etter lovendringa.

Ei utfordring ligg likevel i at lovgjevar ikkje sjølv har utforma kriteria for når pasienten kan sjåast å mangle samtykkekompetanse. Når lovgjevar berre syner til at FARV-kriteria «bør» inngå i kompetansevurderinga,³³⁹ oppstår det ein fare for vilkårlege vurderingar av samtykkekompetansespørsmålet. Dette kan ein også sjå konturar av i rettspraksis etter lovendringa. Sjølv om hovudbiletet er at FARV-kriteria vert gitt høg rettsleg status i rettspraksis, finn ein som nemnt også døme på at desse får ei meir underordna betyding i kompetansevurderinga.³⁴⁰ Dersom FARV-kriteria vert handtert ulikt alt etter korleis rettsbrukaren tolkar departementet sin uttalelse, kan det føre til at det i nokre saker vert stilt strengare krav til pasienten sin kompetanse utan at inngrepet sin styrkegrad tilseier at det er grunn til det. Omsynet til likskap for lova kan såleis utfordrast dersom lovgjevar sjølv ikkje gjer ei avklaring i høve til kva rettsleg status momenta frå rundskrivet skal ha.

Ei innvending her er at kompetansevurderinga må sjåast i samanheng med pasient- og brukarrettslova sine krav til eit gyldig samtykke til helsehjelp.³⁴¹ Føresegna i pbrl. § 4-1 fyrste ledd andre punktum slår fast at pasienten må ha «...fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» for at samtykket skal vere gyldig. Samanhengen mellom pbrl. § 4-3 andre ledd og pbrl. § 4-1 medfører at pasienten må vere i stand til å forstå informasjon om eigen helsetilstand og innhaldet i helsehjelpa for å kunne reknast som samtykkekompetent. Som vist i kap. 8.3 er dette dei same momenta som har stått sentralt i rettspraksis etter lovendring.

Samstundes er det ikkje sjølvstykke ut frå ordlyden i lova at kompetansevurderinga skal knyttast opp mot krava i pbrl. § 4-1. Føresegna regulerer i fyrste rekkje kva informasjon pasienten har rett på å få frå helsepersonellet, ikkje kva informasjon pasienten må forstå. Psykisk helsevernlova kan heller ikkje seiast å regulere dette på ein særleg klar måte, når det i phvl. §§ 3-2 nr. 3, 3-3 nr. 4 og 4-4 fyrste ledd berre vert vist til pbrl. § 4-3 for avgjerda om pasienten sin samtykkekompetanse. Også lovførearbeida nøyer seg med å syne til pbrl. § 4-3 på dette punkt.³⁴² At momenta frå rundskrivet er gitt høg rettsleg status i mykje av lagmannsrettspraksis

³³⁹ Prop.147.L (2015–2016) s. 26.

³⁴⁰ Sjå mellom anna LB-2017-186895 og LA-2018-137956.

³⁴¹ HR-2018-2204-A avsnitt 61.

³⁴² Prop.147 L (2015–2016) s. 49.

etter lovendring, må også underbygge at lovgjevinga ikkje gir tilstrekkeleg rettleiing for spørsmålet om samtykkekompetanse. Ei løysing kan vere ei klarare tilvising til pbrl. § 4-1. Ei anna løysing, som kanskje bidreg til ein enno meir føreseieleg rettstilstand, er å ta dei aktuelle momenta inn i lovteksten.

Å innføre fleire kriteria for manglande samtykkekompetanse i føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd, kjem likevel ikkje utan utfordringar. Sjølv om legalitetsprinsippet må reknast å gjere seg gjeldande med stor styrke ved spørsmål om tvang i psykisk helsevern, såg vi at rettspraksis på helseretten sitt område syner at det også er stort behov for å gjere individuelle vurderingar.³⁴³ Kor vidt det er ei god løysing å innføre fleire vilkår i pbrl. § 4-3 andre ledd, må såleis bere på ei avveging mellom desse omsyna.

Behovet for å gjere individuelle vurderingar ved spørsmålet om tvang, gjer at heilt klart vil føre for langt dersom alle momenta frå rundskrivet vert innteke som kumulative vilkår for å fråkjenne samtykkekompetanse. Då kunne ein risikert at mange pasientar som etter dagens ordning vert rekna for å mangle samtykkekompetanse, falt utanfor føresegna sitt verkeområde. Når momenta frå rundskriva ikkje alltid er gitt høg rettsleg status i alle saker for domstolane etter lovendring, kan det indikere at det somme gonger er behov for å gjere ei heilskapsvurdering av pasienten som er mindre bunden opp til FARV-kriteria. Vidare må det takast høgde for at føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd regulerer kompetansespørsmålet for andre pasientgrupper. Ein må difor finne ei løysing som opnar for større grad av skjønnsbruk.

Som det går fram av det siterte ovanfor, er kriteria i forslaget til Paulsrudutvalet gjort alternative. Som vist i kap. 8.4 samsvarar dette langt på veg med måten FARV-kriteria er blitt handsama i rettspraksis, der kriteria har blitt gitt mykje vekt. Som døme kan det visast til LG-2018-35336 der lagmannsretten forutsatte at pasienten kunne reknast for å mangle samtykkekompetanse dersom han ikkje hadde kompetanse som svarte til eitt eller to av kriteria frå rundskriva:

«Lagmannsretten finner – og det er heller ikke anført annet frå Statens side – at A både evner å forstå informasjon som er relevant for å kunne nekte samtykke til helsehjelp og evner å gi uttrykk for et valg. Det sentrale spørsmålet i denne saken er om han evner å anerkjenne og resonnerer med relevant informasjon om egen lidelse og mulige konsekvenser av ulike behandlingsalternativer, herunder konsekvensene av å velje vekk den helsehjelp han tilbys.»

³⁴³ Kap. 3.2.

Rettspraksis kan slik takast til inntekt for at kriteria kan takast inn i lovteksten som alternative vilkår. Ved å ta dei inn som alternative vilkår, opnar ein også opp for at det kan nyttast større grad av skjønn i kompetansevurderinga etter pbrl. § 4-3 andre ledd.

Når det er sagt, er det usikkert korleis ei slik løysing vil stå seg ovanfor helsetenestene elles. På ei side kan det argumenterast for at FARV-kriteria vil kunne nyttast som alternative vilkår i pbrl. § 4-3 andre ledd også utanfor tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Som vist, er desse kriteria også blitt fremja som sentrale ved spørsmålet om samtykkekompetanse før innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.³⁴⁴

På ei anna side kan det spørjast om det å innføre alternative vilkår i pbrl. § 4-3 andre ledd gir nok rom til å gjere individuelle vurderingar ved *ulike typar inngrep*. Som nemnt er utgangspunktet at krava til pasienten må variere etter dei faktiske tilhøva i situasjonen, og inngrepet sin alvorsgrad.³⁴⁵ Dersom ein innfører FARV-kriteria som vilkår, kan ein risikere at det vert oppfatta som eit signal om at det skal stillast dei same krava til pasienten uansett inngrep. På bakgrunn av dette synast Tvangslovutvalet å vere skeptiske til å følgje opp forslaget til Paulsrudutvalet om å ta inn fleire kriteria i pbrl. § 4-3 andre ledd. Ifølgje Tvangslovutvalet kan det å ta inn fleire kriteria i føresegna sende eit signal om at det skal gjelde dei same krava til pasienten også ved dei aller minste inngrepa, som til dømes i ein daglegdags stellsituasjon på sjukeheim.³⁴⁶

Paulsrudutvalet synast likevel ta høgde for behovet for å gjere individuelle vurderingar, når dei i lovforslaget vidarefører at samtykkekompetansen «kan» bortfalle dersom eitt av kriteria er oppfylt. Slik opnar lovteksten for at det kan gjerast ei konkret vurdering av pasienten etter eit forvaltningsskjønn. Medan lovteksten i dag legg til grunn at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis», meinte utvalet dessutan at ordlyden burde endrast til at samtykkekompetansen kunne bortfalle i relasjon til «den konkrete helsehjelpen». Dette for å understreke at spørsmålet om pasienten manglar samtykkekompetanse må vurderast konkret.³⁴⁷

For å nyansere kompetansevurderinga ytterlegare, føreslo også Paulsrudutvalet å innføre eit nytt tredje ledd i pbrl. § 4-3 der det skulle heite at «[s]elv om pasientens kognitive eller psykiske fungering er sterkt redusert, utelukker dette ikke at beslutningskompetanse likevel kan

³⁴⁴ Kap. 8.3.

³⁴⁵ Sjå kap. 8.2.

³⁴⁶ NOU 2019: 14 s. 443.

³⁴⁷ NOU 2011: 9 s. 234.

foreligge. Det skal i vurderingen legges særlig vekt på om vedkommende har tidligere erfaring med den aktuelle typen helsehjelp». Føresegna gir slik rom for å kompensere for manglande forståingsevne med erfaringsbasert innsikt.

Når det er sagt, er det viktig å vere bevisst på at vi står ovanfor ein situasjon der legen i stor grad har rolla som rettsbrukar. Dette kan gi grunn til å vere pragmatisk med omsyn til korleis lovgjevinga vil bli oppfatta og nytta i praksis. Sett i samanheng med at behovet for avklaring også synast å vere mindre etter Høgsterettsdommen i HR-2018-2204-A, kan det argumenterast for at ein i alle fall bør avvente med å ta inn fleire kriteria for kompetansespørsmålet i lova.

Sjølv om ein ikkje innfører *fleire* kriteria i pbrl. § 4-3 andre ledd, kan ein likevel argumentere for at det bør gjerast andre tilpassingar føresegn, i tråd med forslaget til Paulsrudutvalet.³⁴⁸ Det auka fokuset på pasienten sin rett til å nekte behandling i tida etter 1. september 2017, kan tilseie at føresegna bør gjerast meir nøytral og i større grad synleggjere at pasienten har rett til å nekte helsehjelp. Dette synast også å ha støtte av Tvangslovutvalet.³⁴⁹

10.3 Bør årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd fjernast?

Eit av siktemåla bak innføringa av det kompetansebaserte systemet i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, var å endre fokus frå pasienten sin diagnose til pasienten sitt faktiske funksjonsnivå ved spørsmålet om tvang.³⁵⁰ Tanken var at dette kunne bidra til å hindre diskriminering på bakgrunn av nedsett funksjonsevne, i tråd med hovudføremålet til FN-konvensjonen CRPD.³⁵¹ Lovgjevar sitt ynskje om å gå over frå fokus på diagnose til personen sitt faktiske funksjonsnivå, gjer det problematisk at årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd stiller krav om at pasienten må ha ein diagnose eller ein tilstand (ei nedsett funksjonsevne) før vedkommande kan reknast for å mangle samtykkekompetanse. Som nemnt krev pbrl. § 4-3 andre ledd at samtykkekompetansen er bortfalt «på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming».

Rettspraksis etter lovendringa 1. september 2017 syner at konflikten mellom årsakskravet og føremålet om ikkje-diskriminering medfører ei utfordring når helsepersonell og juristar i

³⁴⁸ NOU 2011: 9 s. 18.

³⁴⁹ NOU 2019: 14 s. 313.

³⁵⁰ Sjå kap. 2.

³⁵¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 24. FN-konvensjonen vart omtalt i kap. 5.3.

klageorgan og domstolar skal avgjere spørsmålet om samtykkekompetanse etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.

I LG-2018-35336 kom lagmannsretten til at pasienten hadde samtykkekompetansen intakt. I utgreiinga av vilkåret i § 3-3 nr. 4 gjekk lagmannsretten grundig gjennom omsyna bak regelendringa, herunder den tilsikta overgangen frå fokus på diagnose til funksjonsnivå. Lagmannsretten gjorde ei omfattande vurdering av pasienten sin samtykkekompetanse. Her peika retten mellom anna på at den behandlande legen i for stor grad hadde fokusert på diagnosen til pasienten ved spørsmålet om samtykkekompetansen, enn det føremålet bak innføringa av føresegna i phvl. § 3-3 nr. 4 tilsa at det var rom for. Overlegen hadde gitt uttrykk for at manglande sjukdomsinnsikt var grunnleggjande knytt til sjølve lidinga til pasienten, og at det var ein del av pasienten sitt sjukdomsbilete at han ikkje klarte treffe val. Lagmannsretten uttalte at «[h]ovedinntrykket lagmannsretten sitter igjen med, er at diagnosen paranoid schizofreni ... har blitt tillagt større vekt for [overlegen] sin vurdering av samtykkekompetansen, enn det formålet bak innføringa av bestemmelsen i § 3-3 nr. 4 forutsetter.»

I andre saker synast domstolane sjølve å knyte manglande kompetanse til pasienten sin diagnose. I LB-2018-90933 gjer lagmannsretten ei kortfatta vurdering av om pasienten manglar samtykkekompetanse. Lagmannsretten uttalte at «[m]ed den lidelsen lagmannsretten har funnet at hun har, har hun heller ikke samtykkekompetanse». Liknande formuleringar finn ein i LB-2017-186895 og LG-2018-64339. Uttalelsane er heilt klart i strid med det føremålet som ligg til grunn for innføringa av vilkåret om manglande samtykkekompetanse. Samstundes er psykiske lidingar omfatta av ordlyden «psykiske forstyrrelser» i pbrl. § 4-3 andre ledd. Argumentasjonen er såleis i tråd med lova si utforming.

Slik føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd er utforma i dag, kan ein såleis risikere at kompetansevurderingane kan slå ut på ulikt vis alt etter korleis helsepersonell og juristar i kontrollorgan og domstolar vektlegg føremålet om ikkje-diskriminering.

I samband med lovendingane i psykisk helsevernlova fremja Paulsrudutvalet forslag om å fjerne årsakskravet, nettopp fordi vilkåret vart rekna som problematisk ut frå eit diskrimineringsperspektiv. Alternativet skulle, som vist i kap. 10.2, vere ei diagnosenøytral

føresegn, der det vart innteke fem vurderingskriteria i staden for sjukdommar. Utvalet hevda at det sentrale for kompetansevurderinga bør vere funksjonstapet, og ikkje diagnosen.³⁵²

Departementet kom som nemnt til at kompetansevurderingane etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova inntil vidare skulle byggje på reglane i pbrl. § 4-3. Departementet la mellom anna vekt på at det ville vere ein fordel om psykiske lidingar vart handsama etter dei same reglane som dei somatiske lidingane. Departementet ser ikkje ut til å avvise forslaget til Paulsrudutvalet, men la til grunn at følgjene for anna helselovgjeving tilsa ei nærare utredning av eit nytt lovutval.³⁵³ Dette gir grunn til å sjå nærare på om årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd kan og bør fjernast.

Årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd er grunna i at tvangsinngrep berre har vore rekna som legitimt der ein sjukdom eller ei mental svekking verkar inn på den kognitive evna til vedkommande.³⁵⁴ Vilkåret kan slik seiast å ha vore innteke for å verne om sjølvbestemmingsretten, ved å setje opp ei grense for når styresmaktene kan fråta nokon retten til å treffe eit val for seg sjølv. Også FN-konvensjonen har ei grunnleggjande målsetting om å auka sjølvbestemmingsretten. Konvensjonen kastar samstundes lys over ein diskrimineringsproblematikk og eit synspunkt om at menneske med nedsett funksjonsevne ikkje har fått moglegheit til å utøve menneskerettane sine på lik linje med andre.

I lys av omsynet bak årsakskravet, kan det spørjast om det å fjerne kravet medfører at ein missar ein viktig rettstryggleiksgaranti. Som nemnt i kap. 7.3.1 har tanken bak årsakskravet i pbrl. § 4-3 vore å fange inn persongrupper som «... stort sett, riktignok på forskjellig grunnlag, har en redusert evne til å oppfatte aspekter ved sin livssituasjon, herunder å kunne overskue konsekvensene av ulike handlingsvalg».³⁵⁵ Å fjerne årsakskravet vil såleis kunne medføre at ein etablerer ein vid og generell tvangsheimel som gjeld for alle. Ei mogleg fare er at språkbarrierar kan medføre at fleire vert rekna for å mangle samtykkekompetanse enn etter dagens rettstilstand. Slik kan føresegna kome i konflikt med legalitetsprinsippet sitt krav til klårleik.

På ei anna side såg vi at det sentrale i vurderinga av om årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd er oppfylt, er om pasienten også har ei svikt i den kognitive evna. Slik får sjukdommen eller

³⁵² NOU 2011: 9 s. 234.

³⁵³ Prop.147 L (2015–2016) s. 26.

³⁵⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 133.

³⁵⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) s. 84.

tilstanden i seg sjølv, mindre betydning ved spørsmålet om samtykkekompetansen. Då det å fjerne årsakskravet kan medføre at ein etablerer ein for vid tvangsheimel, kan det likevel vere grunn til å avgrense føresegna sitt verkeområde noko.

Som vist i kap. 10.2 kan det argumenterast for at ein kan ta inn fleire kriteria i pbrl. § 4-3 andre ledd, i tråd med forslaget frå Paulsrudutvalet. Desse kan på lik line med dagens årsakskrav vere eigna til å setje opp skranker for når det vil vere legitimt å bruke tvang. I tillegg fokuserer kriteria på personen sitt faktiske funksjonsnivå i staden for personen sin diagnose, i tråd med FN-konvensjonen CRPD.³⁵⁶

For å oppnå føremålet om ikkje-diskriminering, har det likevel gode grunnar for seg at psykiske lidingar handsamast likt med somatiske lidingar, i tråd med departementet sin argumentasjon. Dette tilseier at ein ikkje kan endre reguleringa av kompetansespørsmålet berre for psykisk helsevernlova. FN-konvensjonen CRPD har likevel eit vidare nedslagsfelt. Som nemnt er føremålet med konvensjonen å styrke sjølvbestemmingsretten til menneske med nedsett funksjonsevne generelt. På bakgrunn av dette kan det hevdast at det å erstatte årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd med kriteria som knyt seg til ein person sitt faktiske funksjonsnivå, også vil vere tenleg i relasjon til anna helselovgjeving. Samstundes såg vi at ei slik løysing kan gi for lite rom for å gjere individuelle vurderingar ved spørsmålet om tvang.

Ifølgje Tvangslovutvalet vil ein kunne fjerne årsakskravet utan å ta inn fleire kriteria i lovteksten. Dei argumenterer for at dagens lovgjeving allereie går langt i å understreke at helsepersonellet skal tilpasse informasjonen slik at pasienten sjølv kan samtykke til helsehjelp, og at dette vil gi eit godt nok vern for pasienten.³⁵⁷

Det er såleis mykje som tyder på at sjukdomskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd bør fjernast for å unngå motstrid mellom lovføremål og lovtekst. Løysinga vil bidra til at pasienten sin sjukdom i mindre grad nyttast for å legitimere tvangsbruk, i tråd med føremålet til FN-konvensjonen CRPD. For å unngå å etablere ein vid tvangsheimel som gjeld for alle, må ein samstundes sørgje for at lovgjevinga ivaretar rettstryggleiken til pasientane på andre måtar.

³⁵⁶ Sjå kap. 5.3.

³⁵⁷ NOU 2019: 14 s. 448.

Tvangsheimlane i psykisk helsevernlova inneheld også eit anna diagnosenært kriterium, herunder grunnvilkåret om at pasienten må ha ein «alvorlig sinnslidelse». Spørsmålet om kor vidt dette vilkåret kan eller bør erstattast, må bli gjenstand for seinare undersøkingar.

10.4 Er terskelen for tvang blitt for høg etter lovendring?

Føremålet med innføringa av det kompetansebaserte systemet i psykisk helsevernlova har som kjent vore å auka sjølvbestemingsretten til pasientane.³⁵⁸ Gjennomgangen av rettspraksis etter lovendring kan likevel vitne om at domstolane i nokon grad har utfordringar med å leggje til grunn ein så høg terskel for tvang som det ordlyden i lova gir uttrykk for.³⁵⁹ Praksisen kan medføre at fleire pasientar vert underlagt tvang enn det som har vore lovgjevar sin intensjon. Dette tvingar fram eit spørsmål om terskelen for tvang er blitt for høg etter lovendringa.

Ved ei eventuell innføring av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, ynskja fleirtalet i Paulsrudutvalet å senke beviskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd til «overveiende sannsynlig». Ifølgje utvalet er ikkje kravet om «åpenbart» dimensjonert for tilfelle der pasienten nektar. Utvalet meinte det framleis skulle gjelde ein presumsjon for at pasientane har beslutningskompetanse, men at «overveiende sannsynlig» ville representere ein meir balansert standard med tanke på å både sikre pasientane sin sjølvbestemingsrett og dei velferdsmessige følgjene av å innføre eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova.³⁶⁰ Som nemnt, kom departementet til at konsekvensane for tvangslovgjevinga elles tilsa at det i tida ikkje kunne gjerast endringar i pbrl. § 4-3 andre ledd.³⁶¹

Argumentasjonen til Paulsrudutvalet gir grunn til å reise spørsmål ved om det er innføringa av ein *nektingsrett* i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, som skapar dei utfordringane vi ser i rettspraksis i dag.

Eit av argumenta for å senke beviskravet, var eit synspunkt om at det kan vere lettare å oppnå nektingskompetanse enn samtykkekompetanse.³⁶² Av denne grunn meinte utvalet at kravet om «åpenbart» kunne signalisere ei for sterk nedprioritering av velferdsomsyn i konkurranse med pasienten sin sjølvbestemingsrett i nektingstilfella.³⁶³

³⁵⁸ Prop.147 L (2015–2016) s. 23.

³⁵⁹ Kap. 9.3.

³⁶⁰ NOU 2011: 9 s. 156.

³⁶¹ Prop.147 L (2015–2016) s. 25–26.

³⁶² NOU 2011: 9 s. 151.

³⁶³ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 314–315.

Gjennomgangen av rettspraksis i kap. 8 synte at *andre moment* vil gjere seg gjeldande i kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Kor vidt det vert stilt *mindre* krav i kompetansevurderinga her enn der pasienten samtykkar til helsehjelp, er derimot noko usikkert.

Som nemnt legg Høgsterett i HR-2018-2204-A til grunn at vurderinga av om pasienten er samtykkekompetent, må sjåast i samanheng med krava til eit gyldig samtykke i pbrl. § 4-1. Det er noko uklart kva som ligg i dette. I kap. 8.2 såg vi at dette som ytterste konsekvens kan innebere at ein i kompetansevurderinga må vurdere om pasienten er innforstått med tiltaka sitt føremål, metodar, fordelar og moglege farer som risiko og biverknader. I alt krevjast det at pasienten har eit forsvarleg grunnlag for å treffe eit val om helsehjelp.

I tråd med pbrl. § 4-1 uttalte Høgsterett at det avgjerande i kompetansevurderinga måtte vere «... i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget».³⁶⁴ I motsetning til situasjonen der pasienten samtykkar til behandling, ser det ikkje ut til å bli stilt krav om at pasienten også må kjenne til tiltaka sin risiko og moglege biverknadar. Dette gir grunn til å tru at krava til pasienten som nektar er mindre enn krava til pasienten som samtykkar.

Når det er sagt, kan det vere meir enn nektingsdimensjonen som medfører at Høgsterett oppstiller andre og kanskje mindre krav til pasienten i kompetansevurderinga i HR-2018-2204-A. Som antyda i kap. 8.3 vil andre problemstillingar kunne melde seg der ein står ovanfor personar med psykiske lidingar, enn der ein står ovanfor personar med somatiske lidingar. Vi såg til dømes at personar med psykiske lidingar ofte vil ha enklare for å gi uttrykk for val enn det som kan vere tilfelle der personen har ei somatisk lidning. Når Høgsterett formulerte sitt vurderingstema for kompetansevurderinga presiserte dei dessutan pasienten si nekting kan få «... store helsemessige konsekvenser – *ikke minst for personer med alvorlig sinnslidelse*» (mi utheving).³⁶⁵

Dersom det også er pasientane sin sjukdom som gjer at *andre moment* står sentrale i kompetansevurderinga, er det ikkje like god grunn til å senke beviskravet i pbrl. § 4-3 *andre*

³⁶⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 63.

³⁶⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 63.

ledd. Bakgrunnen er at føresegna også regulerer spørsmålet om samtykkekompetanse for andre pasientgrupper.

Den største utfordringa med kravet om «åpenbart» synast ligge i dei konsekvensane nektinga til pasienten får. Dersom pasienten samtykker til helsehjelp, får helsepersonellet høve til å gjennomføre den hjelpa dei meiner er naudsynt for pasienten. Og der pasienten sitt samtykke ikkje er gyldig, finnast det heimel for å gjennomføre helsehjelpa likevel. Dersom det fyrst føreligg ei gyldig nekting til helsehjelp, får ikkje helsepersonell høve til å hjelpe den sjuke.³⁶⁶

På eit meir abstrakt plan ser ein at velferdsomsyn og omsynet til pasienten sin sjølvbestemingsrett spelar på lag der pasienten samtykkar til helsehjelp. Pasienten får høve til å bestemme sjølv, samstundes som helsepersonell får gjennomføre den helsehjelpen dei meiner er naudsynt. I samtykketilfella, er det såleis ikkje problematisk å operere med kravet om «åpenbart». Situasjonen blir ein anna når pasienten nektar. Når helsepersonell ikkje får høve til å gjennomføre helsehjelpa med mindre det er «åpenbart» at pasienten manglar slik kompetanse, får velferdsomsyna langt mindre plass her enn i samtykketilfella.³⁶⁷ Dette kan vere bakgrunnen for at det i rettspraksis har vore utfordringar med å slå fast at det er «åpenbart» at pasientane manglar samtykkekompetanse.

Spørsmålet er såleis kva betyding velferdsomsyn skal ha i kompetansevurderinga i tilfelle der pasienten nektar helsehjelp. Som nemnt i kap. 4 vil avveginga mellom velferdsomsyn og sjølvbestemingsretten gjere seg ulikt gjeldande alt etter kva verdiar og omsyn som ligg bak tvangsinngrepet. Ein viktig tanke bak lovendingane var å trekkje eit klarare skilje mellom tvang grunna i behandlingssyn og tvang grunna i samfunnsomsyn. Vilåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse gjeld såleis berre i tilfelle der tvangen legitimerast av eit ynskje om å fremje den sjuke sin livskvalitet. Då må velferdsomsyna i større grad vike tilbake for omsynet til pasienten sin sjølvbestemingsrett no enn tidlegare, noko Høgsterett også var tydelege på i HR-2018-2204-A.³⁶⁸

Østenstad gir uttrykk for at beviskravet «åpenbart» er problematisk «... om vi skal sikre at grunnleggjande psykisk helsehjelp blir ytt til personar som ikkje er i stand til å ta vare på seg sjølve».³⁶⁹ Når det ikkje er eit vilkår at pasienten manglar samtykkekompetanse i dei mest

³⁶⁶ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 315.

³⁶⁷ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 314–319.

³⁶⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 58.

³⁶⁹ Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011:9 s. 319.

akutte tilfella, er dette standpunktet problematiserast. I kap. 8.3.3 såg vi betydinga av å ivareta pasienten sin sjølvbestemmingsrett, også der pasienten ikkje ynskjer den behandlinga som vert tilrådd. Fleire kan til dømes ynskje å leve med sinnslidinga, då dei opplev dette som betre enn biverknadane av medisinane.³⁷⁰ Østenstad er også oppteken av dette, og tek til orde for at rettsvitskapen må byggje rettslege strukturar som sikrar pasientane ein effektiv nektingsrett.³⁷¹

På ei anna side vil innføringa av det kompetansebaserte systemet i seg sjølv styrke sjølvbestemmingsretten til pasientane i det psykiske helsevernet. Dette kan tilseie at omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett ikkje åleine kan bli avgjerande ved spørsmålet om kva terskel som skal leggjast til grunn for vurderinga av om pasienten *manglar* samtykkekompetanse.

I denne samanheng kan det også peikast på at kravet om «overveiende sannsynlig» byggjer på ein presumsjon om at pasienten er kompetent til å treffe eit val for seg sjølv. Dette betyr at omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett framleis vil gjennomførast med stor styrke, i tråd med føremåla bak innføringa av det kompetansebaserte systemet i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Beviskravet vil også bidra til ei meir balansert avveging mellom velferdsomsyn og omsynet til pasienten sin sjølvbestemmingsrett i nektingstilfella.³⁷²

I denne samanheng er det likevel grunn til å minne om FN-konvensjonen CRPD som gir uttrykk for ei internasjonal utvikling med auka fokus på sjølvbestemmingsrett for menneske med nedsett funksjonsevne. Som nemnt var departementet tydelege på betydinga av å gjere endringar i psykisk helsevernlova som følgjer den internasjonale utviklinga CRPD representerer.³⁷³ Dette gir større oppfordring til å ta omsyn til pasientane sin sjølvbestemmingsrett, også i diskusjonen om det *framtidige* vernet mot tvang i psykisk helsevern. Dette gir grunn til å vere skeptisk mot å senke kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd.

Ein mogleg fare med å senke kravet, er også at ein kan risikere å misse ein praktisk viktig rettstryggleiksgaranti for pasientane. Som nemnt er det ein risiko for at pasienten kan bli rekna for å mangle samtykkekompetanse dersom dei ikkje er samd med helsepersonellet i kva behandling som krevst, eventuelt om behandling krevst i det heile. Med den maktulikskapen

³⁷⁰ Hartlev, «Frivillighed eller tvang? Autonomiprincippet i psykiatriretten», s. 238.

³⁷¹ Østenstad, *Heimelsspørsmål*, s. 744.

³⁷² Østenstad, Vedlegg 3 i NOU 2011: 9 s. 315.

³⁷³ Prop.147 L (2015–2016) s. 24.

som føreligg mellom helsepersonell og pasient, kan det såleis vere viktig å oppretthalde eit strengt krav for å unngå at det blir for enkelt å omgå kompetansevilkåret. Det er allereie mykje fagleg skjønn involvert i spørsmålet om pasienten sin samtykkekompetanse. Å oppretthalde eit strengt krav, kan såleis vere ein god måte å sikre ein effektiv nektingsrett for pasientane. Dette aspektet synast vere avgjerande for at Tvangslovutvalet ikkje ynskjer å senke kravet til «overveiende sannsynlig» i tråd med Paulsrudutvalet sitt forslag. I NOU 2019: 14 skriv utvalet at forslaget om å senke kravet har mange gode grunnar for seg, men at det strenge kravet, i møtet med den verkelege verda, fungerer som «... en kraftig motvekt mot utgliding».³⁷⁴

I kap. 7.5 argumenterte eg også for at kompetansevurderinga må kunne strekkast noko ut i tid sjølv om pasienten framstår som kompetent ved første augekast. I slike tilfelle kan kravet om «åpenbart» utgjere ein viktig rettstryggleiksgaranti for pasientane. Dersom ein i tillegg skal fjerne årsakskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd, slik eg argumenterte for i kap. 10.3, oppstår det ein risiko for at ein etablerer ein vid tvangsheimel som gjeld for alle. Ved å oppretthalde kravet om «åpenbart» kan ein sende eit signal om at det skal svært mykje til før samtykkekompetansen kan bortfalle. Også dette tilseier at kravet om «åpenbart» bør oppretthaldast.

Det er difor usikkert om det er teneleg å senke kravet om «åpenbart» i pbrl. § 4-3 andre ledd. Gjennomgangen syner at kravet om «åpenbart» kan vere ubalansert der pasienten nektar helsehjelp. Samstundes kan det å fjerne kravet medføre at vilkåret om manglande samtykkekompetanse vert for enkelt å omgå i praksis.

³⁷⁴ NOU 2019: 14 s. 449.

11. Avslutning

Føremålet med avhandlinga har i fyrste rekkje vore å gjere greie for gjeldande rett etter innføringa av det kompetansebaserte systemet tvangsheimlane i psykisk helsevernlova §§ 3-2, 3-3 og 4-4. I denne samanheng har eg nytta rettspraksis som illustrasjon på kva tolkingsspørsmål som kan oppstå i praksis etter lovendringa. Ved hjelp av rettskjeldematerialet elles har det vore mogleg å gi nokre føringar for korleis vurderinga av pasienten sin samtykkekompetanse skal gjerast.

Eit sentralt spørsmål i avhandlinga er korleis føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd skal knyttast opp mot det psykiske helsevernet. Som vist gir innføringa av eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, ein nektingsrett for pasientar med samtykkekompetanse. Tradisjonelt har fokuset i norsk helserett vore retta mot pasienten sin rett til å gi eit positivt samtykke. Også føresegna i pbrl. § 4-3 andre ledd fokuserer på kva som skal til for at pasienten er kompetent til å samtykke til helsehjelp. Det er difor uavklart kva for moment som står sentralt i kompetansevurderinga der pasienten nektar. Ei viss avklaring har vi fått i rettspraksis etter lovendring. Her går det fram at det mest sentrale i kompetansevurderinga etter tvangsheimlane i psykisk helsevernlova, er om pasienten forstår konsekvensane av å motsette seg helsehjelp. Dette representerer ein nyanse i kompetansevurderinga samanlikna med situasjonen der pasienten samtykkar til helsehjelp.

Eit anna hovudtema i avhandlinga er korleis tvangsheimlane i psykisk helsevernlova står seg ovanfor FN-konvensjonen CRPD. Avhandlinga syner at det kompetansebaserte systemet som tvangsheimlane i psykisk helsevernlova byggjer i dag kan vere i konvensjonsstridig. I alle fall om vi skal følgje CRPD-komiteen sine uttalelsar. Då innhaldet i konvensjonspliktene enno framstår uklare, synast norsk lovgjevar likevel å vere lite villige til å endre rettstilstanden. Samstundes såg vi at lovgjevar ynskjer å gi konvensjonen betyding på eit meir overordna plan. Dette medfører at det framover kan bli vanskelegare å oppretthalde særreglar om tvang for menneske med nedsett funksjonsevne. Som vist kan konvensjonen mellom anna kan gjere det naudsynt å fjerne sjukdomskravet i pbrl. § 4-3 andre ledd, då kravet kjem i konflikt med føremålet om ikkje-diskriminering. Dersom sjukdomskravet vert fjerna, kan det spørjast om pbrl. § 4-3 andre ledd bør innehalde andre, diagnosenoøytrale kriteria for å fråkjenne samtykkekompetanse. Det er likevel usikkert kor god ei slik løysing vil vere i høve til andre delar av helsetenesta.

Avhandlinga synleggjer også den praktiske betydinga av å innføre eit kompetansebasert system i tvangsheimlane i psykisk helsevernlova. Lovendringane synast å få størst betyding for pasientar som har vore underlagt behandling i ei tid, og der symptoma på ei psykisk liding er avdempa. Samstundes må pasientane ha nokon grad av realistisk innsikt i eigen situasjon for å kunne nekte helsehjelp.

Tvangsdiskusjonen pågår enno, og synast i dag å vere enno meir i vinden enn før. Som nemnt leverte Tvangslovutvalet forslag til felles tvangslov 18. juni 2019. Det attstår å sjå kva betyding lovforslaget får for moglegheita til å nytte tvang ovanfor psykisk sjuke.

Kjelder

Litteratur

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

Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget 2000.

Aasen, Henriette Sinding, Anne-Mette Magnussen, «Prioriteringsveiledere som styringsverktøy i skjæringspunktet mellom rett og medisin», *Retfærd*, nr. 2, 2016, s. 19–31.

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg., M.H. Andenæs 2009.

Andersen, Kjell, «Strafferettslig samtykke», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1992, s. 305–476.

Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), Fagbokforlaget 2013, s. 15–25.

Bernt, Jan Fridthjof, «Tvangsbruk i sosialtjenesten», *Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesteloven*, Asbjørn Kjønstad m.fl., 2. utg., Fagbokforlaget 2000, s. 227–302.

Blaker Strand, Vibeke: «Norway's Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Highlighting Current Discourses in the Field of Human Rights in Norway», *Nordic Journal of Human Rights*, vol 32 no. 1 2014, s. 75–83.

Burt, Robert A., «The Suppressed Legacy of Nuremberg», *Hastings Center Report*, 1996, s. 30–34.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget 2018.

Engedal, Knut: «Alzheimers sykdom og andre demenstilstander», *Eldreårenes psykologi*, Gudbrand Fossan og Kjell Raaheim (red.), Fagbokforlaget 2001, s. 101–122.

Graver, Hans Petter, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, s. 465–498.

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, vol. 121, 2008, s. 149–178.

Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011, s. 230–249.

Halvorsen, Marit, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Fagbokforlaget 1998.

Halvorsen, Marit, «Pasienter som nekter behandling», *Rett og urett: Tidsskrift for Den norske legeforening*, 3. utg., 2002, s. 323–324.

Hartlev, Mette, «Frivillighet eller tvang? Autonomiprincippet i psykiatiretten», *Festskrift til Jørn Vestergaard*, Trine Baumbach, Henrik Dam og Gorm Toftegaard Nielsen (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008, s. 227–239.

Høyser, Georg: «Tilbakeslag for psykiatriske pasienters autonomi og rettssikkerhet», *Lov og rett*, 1995, s. 151–167.

Kjellebold, Alice og Henriette Sinding Aasen, «Huleboer-dommen og bruk av tvang i sykehjem: Rt-2010-612», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett*, s. 50–68.

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 5. utg., Gyldendal 2014.

Malterud, Nina, «Er pasienten en sykdom eller et menneske?», *Pasientrettigheter – hva nå? Skriftserie om forbrukerspørsmål*, Forbrukerrådet 1985, s. 173–180.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm AS 2012.

Monsen, Erik, «Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt-2010-612», *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), Fagbokforlaget 2013, s. 419–429.

Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004 vol. 39, s. 329–342.

Okai, David m.fl., «Mental capacity in psychiatric patients», *British Journal of Psychiatry*, Issue 4 2007, s. 291–297.

Pedersen, Reidar, Per Nordtvedt, «Når kan pasienten nekte helsehjelp?», *Kritisk Juss*, nr. 3 2006, s. s. 229–253.

Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og rett*, 1995, s. 307–322.

Rasmussen, Ørnulf: «Jus og psykiatri – før og nå», *Nybrott og odling: Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), Fagbokforlaget 2002, s. 605–624.

Rasmussen, Ørnulf, «Psykisk helsevern», *Sosialrett*, 6. utg, Kristian Andenæs m.fl., Universitetsforlaget 2003, s. 394–444.

Sandgren, Claes, «Om teoribildning och Rättsvetenskap», *Juridisk Tidskrift*, 2004-05, s. 297–333.

Smith, Lucy, Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utg., Gyldendal 2006.

Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, Universitetet i Tromsø, 2017.

Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Fagbokforlaget 2012.

Strandberg, Magne, «Beviskrav ved inndragning av skjenkebelling», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2013, s. 15–37.

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal 2004.

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

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

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal 2015.

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

Søvig, Karl Harald, *Tvang overfor rusmiddelavhengige*, Fagbokforlaget 2007.

Tranøy, Knut Erik, *Medisinsk etikk i vår tid*, 4. utg., Fagbokforlaget 2005.

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

Østenstad, Bjørn Henning, «Fråvær av avgjerdskompetanse som mogeleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.», vedlegg 3 i NOU 2011: 9.

Østenstad, Bjørn Henning, «Sårstelldommen (Rt-2010-612) – prejudikat for kva?», *Lov og Rett*, 2014, s. 484–501.

Østenstad, Bjørn Henning: «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bjørn Henning Østenstad m.fl. (red.), Fagbokforlaget 2018, s. 11–34.

Lover og forskrifter

Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova), 17. mai 1814.

Lov om Sindsykes Behandling og Forpleining, 1848 (oppheva).

Lov om psykisk helsevern (psykisk helsevernlova frå 1961), 28. april 1961 nr. 2 (oppheva).

Lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettslova), 21. mai 1999 nr. 30.

Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetenestelova), 2. juli 1999 nr. 61.

Lov om gjennomføring og etablering av psykisk helsevern (psykisk helsevernlova), 2. juli 1999 nr. 62.

Lov om pasientrettar (pasient- og brukarrettslova), 2. juli 1999 nr. 63.

Lov om mekling og rettargang i sivile saker (tvistelova), 17. juni 2005 nr. 90.

Lov om vergemål (vergemålslova), 26. mars 2010 nr. 9.

Lov om kommunale helse- og omsorgstenester m.m. (helse- og omsorgstenestelova), 24. juni 2011 nr. 30.

Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskrifta), 01. januar 2012.

Førearbeid

Innst.O.nr. 14 (1992–1993) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), m.v., 23. oktober 1992.

Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven), 13. november 1998.

Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven), 13. november 1998.

Ot.prp. nr. 65 (2005–2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven mv., 7. april 2006.

Prop.91 L (2010–2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven), 8. april 2011.

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern, 17. juni 2011.

Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 19. desember 2011.

Prop. 106 S (2011–2012) «Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne», 11. mai 2012.

Prop.147. L (2015–2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet), 17. juni 2016.

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten, 18. juni 2019.

Rundskriv og andre offentlige dokument

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-9/2012 «Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer», 2012.

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-8/ 2015: «Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer», 2015.

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-1/2017: «Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer», 2017.

Helsedirektoratet, «Informasjon om ny dom fra Høyesterett om tvungent psykisk helsevern», 6. desember 2018.

Konvensjonar

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), 1950.

Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettår (ØSK), 1966.

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettår (SP), 1966.

FN-konvensjonen om rettane til menneske med nedsett funksjonsevne (CRPD), 2006.

Internasjonale dokument

FN-komiteen for sivile og politiske rettår: General Comment No. 7 – Article 7: «Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment», 1982.

FN-komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettår, General Comment No. 14: «The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)», 2000.

FN-komiteen for rettane til menneske med nedsett funksjonsevne, General Comment No. 1: «Equal recognition before the law (Art. 12)», 2014.

FN-komiteen for rettane til menneske med nedsett funksjonsevne, «Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», 2015.

FN-komiteen for rettane til menneske med nedsett funksjonsevne, General Comment No. 6 on equality and non-discrimination, 2018.

FN-komiteen for rettane til menneske med nedsett funksjonsevne, General Comment No. 7 on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention, 2018.

Verdsorganisasjonen for helse (WHO), International Classification of Diseases, 2018.

Kjelder frå internett

Røssberg, Jan Ivar, «Psykose», Store medisinske leksikon, <https://sml.snl.no/psykose>. (Sist besøkt 19. juni 2019).

Syse, Aslak, Norsk lovkommentar: Psykisk helsevernloven, 2018, note * (fyrste note), <https://www.rechtsdata.no/> (Sist besøkt 17. juni 2019).

Vegheim, Berit, «Myten om Norge som foregangsland på menneskerettigheter», Dagbladet, 7. oktober 2016. Henta frå: <https://www.dagbladet.no/kultur/myten-om-norge-som-foregangsland-pa-menneskerettigheter/63949573>. (Sist besøkt 17. juni 2019).

Høgsterettspraksis

Rt. 1987 s. 1495

Rt. 2010 s. 858

Rt. 1993 s. 249

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 1995 s. 530 (Fjordlaks)

Rt. 2014 s. 801

Rt. 2000 s. 23

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2015 s. 913

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2015 s. 1388

Rt. 2001 s. 1481

HR-2016-1286-A

Rt. 2009 s. 1261

HR-2016-2591-A

Rt. 2010 s. 612 (Sårstell)

HR-2018-2204-A

Lagmannsrettspraksis

LF-2017-39507

LF-2018-101451

LE-2017-157101

LG-2018-85750

LG-2017-164120

LB-2018-163098

LB-2017-183734

LG-2018-145309

LH-2017-179830

LA-2018-137956

LB-2017-186895

LB-2018-168570

LB-2018-34851

LB-2018-130721

LB-2018-32742

LB-2018-190339

LG-2018-35336

LB-2019-2163

LF-2018-45574

LG-2018-178964

LG-2018-64339

LB-2018-156413

LG-2018-25533

LH-2018-176325

LF-2018-47287

LH-2019-22061

LB-2018-90933

Praksis frå EMD

Winterwerp v. Nederland, dom 27.
november 1981, klagesak 6301/73.

Herczegfalvy v. Austerrike, dom 24.
september 1992, klagesak 10533/83.

Bozano v. Frankrike, dom 2. desember
1987, klagesak 9990/82.

Storck v. Tyskland, dom 16. juni 2005,
klagesak 61603/00.

Kudla v. Polen, dom frå storkammer 26. oktober 2000, klagesak 30210/96.

Pretty v. Storbritannia, dom 29. april 2002, klagesak 2346/02.

H.M. v. Sveits, dom 24. mai 2002, klagesak 39187/98.

H.L. v. Storbritannia, dom 5. oktober 2004, klagesak 45508/99.

Nevmerzhitsky v. Ukraina, dom 5. april 2005, klagesak 54825/00.

Kommisjonspraksis

Hellas-saka, 5. november 1969, klagesak nr. 3321-3323/67, 3344/67.

Gäfgen v. Tyskland, dom frå storkammer 1. juni 2010, klagesak 22978/05.

Jehovas Vitner m.fl v. Russland, dom 10. juni 2010, klagesak 302/02.

Koch v. Tyskland, dom 19. juli 2012, klagesak 497/09.

Plesó v. Ungarn, dom 2. oktober 2012, klagesak 41242/08.

M.S. v. Kroatia (nr. 2), dom 19. februar 2015, klagesak 75450/12.