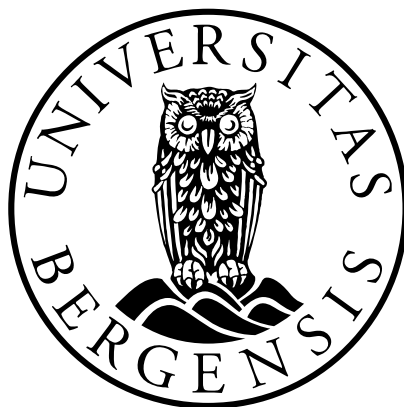


Vilkår for bruk av tvang etter pbrl.§4A-3

Utfordringar med praktisering av helsehjelpande tiltak etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A

Kandidatnummer: 7

Antall ord: 14535



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsliste

| | |
|--|----|
| 1.0 Innleiing | 3 |
| 1.1 Tema | 3 |
| 1.2 Problemstilling og avgrensingar | 4 |
| 1.3 Pasient- og brukarrettslova kapittel 4A | 4 |
| 1.4 Evaluering av pasient- og brukarrettslova kapittel 4A | 5 |
| 1.5 Rettskjelder og juridisk metode | 6 |
| 2.0 Lovkravet | 8 |
| 2.1 Strengare lovkrav ved meir inngripande tiltak | 10 |
| 3.0 Kort om retten til privatliv | 11 |
| 3.1 Vilkår i artikkel 8(2) | 12 |
| 3.1.1 Oversikt | 12 |
| 3.1.2 Krav om at inngrepet er nødvendig og proporsjonalt | 13 |
| 4.0 Tvangsomgrepet | 15 |
| 4.1 Oversikt - tvangsomgrepet | 15 |
| 4.2 Tvangsomgrepet etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A | 16 |
| 5.0 Vilkår for tvang etter pbrl.§4A-3 | 17 |
| 5.1 Samtykkekompetanse | 17 |
| 5.1.1 Utdrøningar knytt til samtykkekompetansevurderingane | 18 |
| 5.1.2 Tilretteleggingsplikt for samtykkekompetanse | 19 |
| 5.1.3 Årsakskravet i pbrl.§4-3(2) | 20 |
| 5.1.4 Formkrav for samtykket | 21 |
| 5.1.5 Kravet om individuelle og konkrete vurderingar | 21 |
| 5.1.6 Manglande kunnskap om vurdering av samtykkekompetanse | 24 |
| 5.2 Krav til motstand for å yte tvungen helsehjelp | 26 |
| 5.2.1 Motstandssituasjonar i praksis | 28 |
| 5.3 Krav om tillitsskapande tiltak | 29 |
| 5.3.1 Tillitsskapande tiltak som juridisk vilkår | 29 |
| 5.3.2 Forholdet til helsepersonellet si tilretteleggingsplikt | 30 |
| 5.3.3 Utdrøningar ved praktisering av tillitsskapande tiltak | 31 |
| 5.4 Proporsjonalitet- og heilskapsvurdering | 32 |
| 5.4.1 Kravet om vesentleg helseskade | 32 |
| 5.4.2 Krav om nødvendig helsehjelp | 33 |
| 5.4.3 Proporsjonalitets- og heilskapsvurdering | 34 |

| | |
|---|----|
| 5.4.4 Utfordringar med proporsjonalitets- og heilskapsvurderingar i praksis | 35 |
| 6.0 Rettsverknad av tvang etter pbrl.§4A-3 | 36 |
| 7.0 Pasient- og brukarrettslova kapittel 4A i lys av EMK artikkel 8 | 37 |
| 8.0 Avsluttande refleksjonar..... | 38 |
| 8.1 Plikt til forsvarleg organisering av helsetenesta | 39 |
| 8.2 Behovet for utdanning og opplæring i helsetenesta..... | 40 |
| 8.3 Ressursknappheit | 41 |
| 9.0 Litteraturliste | 43 |
| 9.1 Litteratur | 43 |
| 9.2 Lover..... | 43 |
| 9.3 Konvensjonar | 43 |
| 9.4 Lovførearbeid | 43 |
| 9.5 Domsavgjerder..... | 44 |
| 9.5.1 Avgjerder frå EMD | 44 |
| 9.5.2 Avgjerder frå Høgsterett | 44 |
| 9.6 Offentlege dokument | 44 |
| 9.6.1 Rundskriv | 44 |
| 9.6.2 NOU | 44 |
| 9.6.3 Rapportar..... | 44 |
| 9.7 Internettartiklar | 45 |

1.0 Innleiing

1.1 Tema

Vern om liv og helse er viktige verdier som rettsstaten vernar om. Desse verdiane er verna gjennom nasjonal lovgjeving innan velferdsretten, samt internasjonalt gjennom menneskerettar. På den andre sida er vern om individ sin autonomi og integritet tilsvarande verna gjennom rettsleg regulering, til dømes ved at samtykke er hovudregelen for at ein kan gje helsehjelp etter pbrl.§4-1. Som ein vil sjå i denne avhandlinga oppstår det tilfelle der helsehjelpande tiltak vil ha føremål knytt til vern om liv og helse, men samstundes bryte med individet sin autonomi og integritet. Dette «spenningsforholdet» mellom desse ulike verdiane opnar for interessante rettslege problemstillingar knytt til kva verdier som skal få gjennomslag i dei enkelte tilfella. Dette forholdet vil bli vidare framstilt med utgangspunkt i helsehjelpande tiltak i form av tvang etter pasient- og brukarrettslova.

Pasient- og brukarrettslova gjev borgarane visse rettar som går fram av lova. Desse rettane medfører at staten på den andre sida har ei plikt til å sikre borgarane denne velferda. Eit hovudføremål med innføringa av pasient- og brukarrettslova kapittel 4A er å sikre nødvendig helsehjelp til pasientar som manglar samtykkekompetanse, og dermed hindre vesentleg helseskade. Dette må sjåast i samspel med at enkelte pasientar utan samtykkekompetanse vil nekte å ta i mot helsehjelp utan å forstå rekkjevidda av deira eige behov for hjelp, som kan medføre fare for deira eige liv og helse¹.

Det er vidare etiske aspekt som kan tale mot å gje helsehjelp til personar som motset seg denne hjelpa, ut frå omsyn til blant anna sjølvråderetten til vedkommande. Dilemmaet er jamvel at pasienten ofte ikkje forstår konsekvensane av å motsetje seg helsehjelpa, og at manglande helsehjelp vil kunne medføre omsorgssvikt ovanfor pasienten.² I tilfella der ein nyttar tvang ovanfor pasientar for å verne helsa deira, står ein i risiko for å bryte med den enkelte sin sjølvråderett. I visse tilfelle kan jamvel slik bruk av tvang vere nødvendig for å verne individet sin rett til forsvarleg og nødvendig helsehjelp i situasjonar der vedkommande ikkje er i stand til å vurdere om han/ho ynskjer å ta i mot helsehjelpa.³

¹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.18

² Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.20

³ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.20

Desse rettslege problemstillingane knytt til balansering av føremålet om å verne nødvendig helsehjelp for individet, sett mot vedkommande sin sjølvråderett, gjer at spørsmålet om inngrep ved tvang alltid vil ha rettsleg aktualitet. Det blir dermed eit spørsmål om i kva tilfelle det kan rettferdiggjeras å utføre slike inngrep på tross av sjølvråderetten til individa, med føremål om å verne individet si eiga helse.

1.2 Problemstilling og avgrensingar

Oppgåva skal drøfte forholdet mellom pasientane sin rett til helsehjelp og helsepersonellet plikt til å yte denne hjelpa etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Målet er å ta føre seg utfordringar med praktiseringa av helsehjelpande tiltak etter kapittel 4A. Dette inneber ei nærare vurderinga av vilkåra for tvang med fokus på pbrl.§4A-3. Her vil det vere interessant å vurdere korleis dei enkelte vilkåra i heimelen kan by på utfordringar for helsepersonellet ved dagleg praktisering.

1.3 Pasient- og brukarrettslova kapittel 4A

Pasient- og brukarrettslova sitt overordna føremål er etter pbrl.§1-1 knytt til å sikre befolkninga lik tilgang på tenester av god kvalitet ved å gje pasientar og brukarar rettar overfor helse- og omsorgstenesta. Dette indikerer at lova er ei rettighetslov, som medfører at borgarane har rett på vern etter lova. Førearbeidet trekk fram at lova i stor grad byggjer på prinsippet om at pasienten er utgangspunktet og kjernen for all helsehjelp som blir tilbode. Helsepersonell må dermed setje pasienten si helse, sin integritet, og sitt menneskeverd først ved handheving av reglane.⁴ Vidare vil oppgåva ha primært fokus på pasientane og brukarane sine rettar i lys av lova sitt kapittel 4A, som tek føre seg helsehjelp til pasientar utan samtykkekompetanse som motset seg helsehjelpa.

Pasient- og brukarrettslova kapittel 4A har tittelen «Helsehjelp til pasienter utan samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen mv.». Det er altså helsehjelp som står i fokus. Føremålet til kapitlet er å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentleg helseskade til pasientar, samt å førebyggje og redusere bruk av tvang jf. pbrl.§4A-1. Vidare er det

⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.125

presisert at helsehjelpa skal leggjast til rette med respekt for den enkelte sin fysiske og psykiske integritet, så langt som mogleg ut frå pasienten sin samtykkekompetanse.⁵

Vurderinga av kva som er «nødvendig helsehjelp» står sentralt for vurdering av inngrep etter dette kapitlet. I tilfella der omstenda tilseier at visse tiltak er nødvendige for å sikre pasienten retten til «nødvendig helsehjelp» vil dette typisk vere eit argument for å kunne gripe inn med bruk av tvang. Målet om å sikre helsa til pasienten står dermed i ein slags kontrast til vedkommande sin sjølvråderett, og kan tale for tvangsinngrep. Kva som nærare ligg i vilkåret «nødvendig helsehjelp» må avgjerast ut frå ei konkret fagleg vurdering av det helsemessige behovet til pasienten.⁶ Det er etter dette klart at tvangsbruk ikkje er ønskjeleg, men kan jamvel nyttast der det er nødvendig for å sikre vern av føremål knytt til å yte nødvendig helsehjelp for å hindre vesentleg helseskade.

1.4 Evaluering av pasient- og brukarrettslova kapittel 4A

Utvalet i NOU 2019:14 blei oppnemnt i 2016 for å ta føre seg ein samla gjennomgang, samt utgreiing av behov for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren. Utvalet skulle etter dette leggje fram forslag til nødvendige lovendringar for å møte framtidige behov i helse- og omsorgstenestene.⁷ Med dette bakteppet tek utvalet i kapittel 6 føre seg erfaring med regelsetta som omfattar slik tvang i helse- og omsorgssektoren. Eit av desse regelsetta er pasient- og brukarrettslova kapittel 4A.

I NOU 2019:14 vart det gjort ei vurdering av positive og uheldige sider ved den tidlegare sosialtenestelova kapittel 4A, som i dag er erstatta av pasient- og brukarrettslova. Ved denne evalueringa av sosialtenestelova gav det dåverande sosial- og helsedirektoratet Nordlandsforskning i oppdrag å evaluere lova sitt kapittel 4A. Føremålet med dette oppdraget var å undersøkje i kva grad regelverket førebygde og avgrensa bruk av tvang og makt. Evalueringa til Nordlandsforskning vart designa rundt tre kartleggingsstudie, ei kvalitativ intervjustudie og bearbeiding og analyse av eksisterande data.⁸ Etter denne evalueringa trekk Nordlandsforskning fram at sosialtenestelova kapittel 4A hadde medført auka fokus på

⁵ NOU 2019:14 s.114

⁶ NOU 2019:14 s.115

⁷ NOU 2019:14 s.31

⁸ NOU 2019:14 s.147

førebygging mot tvang, og avgrensa bruk av tvang og makt. På det andre sida trakk undersøkinga fram uheldige sider ved kapittel 4A knytt til stigmatisering ved auka fokus på diagnose, samt særlovgeving som dels opna for tvang og makt ovanfor ei utviklingshemma som ei enkelt gruppe.⁹

Hausten 2013 fekk Oxford Research vidare eit oppdrag frå Helsedirektoratet knytt til evaluering av regelverket i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, som erstatta den tidlegare sosialtenestelova kapittel 4A. Oppdraget skulle skildre tvangsvedtak, bruk av kapittel 4A og uklåre eller vanskelege delar av regelverket knytt til praktiseringa av dette. Hovudproblema som blei fanga opp av Oxford Research etter denne evalueringa var relatert til helsepersonellet sine utfordringar med å forstå innhaldet i omgrepa «motstand», «samtykkekompetanse», «vesentlig helseskade», «tillitsskapende tiltak» og heilskapsvurderingar.¹⁰ Vidare avdekkja fylkesmenn sine undersøkingar avvik frå regelverket i 89 kommunar, knytt til spørsmålet om pasientar som manglar samtykkekompetanse og motsette seg helsehjelp, fekk nødvendig og forsvarleg helsehjelp. Det blei her avdekkja utstrekt bruk av tvang i strid med regelverket, som viste problem med regelverket i praksis.¹¹ Dette indikerer at pasient- og brukarrettslova til dels har vore utfordrande å ta i bruk i praksis, særleg knytt til manglande kunnskap om innhaldet i sentrale omgrep i lova. Forståinga av desse omgrepa og utfordringa med praktiseringa av desse vil stå sentralt vidare i avhandlinga.

1.5 Rettskjelder og juridisk metode

Denne oppgåva er basert på tolking og bruk av pasient- og brukarrettslova. På lovregulert område er lova primær rettsheimel for løysing av rettsspørsmål. Tolkinga av spørsmåla er knytt til forståing av vilkårsordlyden som følgjer av lovteksten.¹² Dette inneber at ei tolking av grunnlaget for å nytte tvang etter kapittel 4A i stor grad er knytt til forståing av vilkåra som følgjer av ordlyden i lovteksten.

Lovførearbeid står sentralt for tolking av lovteksten, særleg i tilfella der ordlyd og kontekst ikkje gjev klåre svar. Dette lovførearbeidet ligg som bakgrunn for den vedtekne lova, og desse

⁹ NOU 2019:14 s.148

¹⁰ NOU 2019:14 s.150

¹¹ NOU 2019:14 s.151

¹² Nygaard, 2017, s.177

tekstane kan gje viktige bidrag til forklaring av innhaldet i lovteksten. Lovførearbeidet kan dermed innehalde synsmåtar om korleis lova skal forståast.¹³ I denne oppgåva står lovtolking sentralt ved gjennomgangen av materielle reglar i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Førearbeidet til lova blir dermed ei viktig rettskjelde for å klarleggje det rettslege innhaldet i lovteksten. Utarbeidinga av lovforslaget om ei ny tvangsavgrensingslov i NOU 2019:14 vil stå sentralt som lovførearbeid, idet dette dokumentet tek føre seg vurderingar av dagens tvangsregulering, som omfattar pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Dette inneber at dokumentet fangar opp positive og negative sider ved dagens tvangslovgjeving, og gjev ei god oversikt over moglege problem ved praktisering av regelverket.

Vidare vil saker frå høgsterett ha relevans for tolking av innhaldet i ein lovregel i høve til rettsspørsmålet dommen gjeld, ettersom ein slik dom normalt vil ha høg prejudikatsverdi for tilsvarende tilfelle¹⁴. Dette inneber at høgsterettspraksis er relevant for forståinga av innhaldet i rettsgrunnlaga. I denne avhandlinga nyttast rettspraksis særleg knytt til avklaring av lovkravet. Ettersom problemstillinga er retta mot utfordringar med praktisering av tvangsregelverket har saksomfanget knytt seg primært til helsetilsynet sine rapportar.

1.5.1 Tilsynssaker som kjelde

Ved vurdering av problematikken rundt praktiseringa av regelverket, er det relevant å sjå til korleis regelverket synast å fungere i dei enkelte kommunane. Kommunar er underlagt statleg kontroll. Slik statleg kontroll med kommunane føreset heimel i lov, jf. kommunelova §2-1(3) andre punktum. Det er normalt statsforvaltaren som utøver denne kontrollen, som klage- og tilsynsinstans.¹⁵ Ettersom statsforvaltaren har denne rolla ovanfor kommunane, samlar det seg opp ei rekkje saker gjennom klagesakshandsaming og tilsynsarbeid her. Desse sakene vil kunne vere med å illustrere problem som oppstår ved praktisering av tvangsregelverket. Det er difor tilsynssakene får særleg relevans i denne avhandlinga, ved at dei kan bidra til å skape eit bilete over kva problem som oppstår i praksis. Materialet blir dermed ikkje nytta som tunge rettskjelder for å avklare rettslege innhald i enkelte vilkår, men bidreg til å skape ei forståing av kva utfordringar som ligg i praktisering av dei ulike vilkåra.

¹³ Nygaard, 2017, s.196-197

¹⁴ Nygaard, 2017, s.205

¹⁵ Engelsrud, Jahren og Sletnes, 2020, s.397

Helsetilsynet driv overordna fagleg tilsyn ovanfor blant anna helse- og omsorgstenester. Dette tilsynet omfattar blant anna klagesakshandsaming og handtering av enkeltsaker om alvorleg svikt. Staten sitt helsetilsyn er vidare fagleg overordna statsforvaltarane, idet dei sit på den faglege styringa. Tilsynet har følgjeleg oppgåver knytt til fastsetting av mål og krav innanfor rammene departementet set.¹⁶ Dette inneber at helsetilsynet kan drive tilsyn innanfor spesielle områder ut frå måla som ligg føre. For denne oppgåva vil tilsynsarbeidet i 2020 vere særleg relevant, idet målet var å drive tilsyn med bruk av tvungen somatisk helsehjelp.

Statsforvaltaren og helsetilsynet står følgjeleg med ei særleg viktig rolle for å drive kontroll med praktiseringa av tvangsregelverket i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Dette omfattar både klagesakshandsaming ved situasjonar som oppstår, samt meir generelt tilsyn ut frå mål som departementet set. Desse sakene vil ikkje ha rettsleg legitimitet i den forstand at dei er handsama i rettsvesenet. Vedtak frå helsetilsynet og statsforvaltaren er jamvel gjenstand for klage og omgjering etter forvaltningslova kapittel 6, jf. fvl.§28(1) som enkeltvedtak for dei som er part i saka, eller på anna måte har rettsleg klageinteresse. Dette sikrar i stor grad den rettslege legitimiteten til vedkommande som vedtaket rettar seg mot, idet borgaren er sikra rettsleg vern gjennom klagehandsaminga i forvaltningslova. Sakene kan vidare overførast til domstolen dersom partane er misnøgde med utfallet av forvaltningsklaga, så sant vilkår i tvl.§1-3 er oppfylt. Sjølv om helsetilsynet sine avgjerder ikkje har rettskraft slik som domstolen, vil saker og tilsynsarbeida jamvel i stor grad kunne bidra til å skissere problem som oppstår i enkelte situasjonar og kommunar omkring. Dette gjer at tilsynsarbeidet vil vere ei svært relevant informasjonskjelde, idet oppgåva tek føre seg moglege problem ved praktisering av pasient- og brukarrettslova kapittel 4 og 4A.

2.0 Lovkravet

Kravet om heimel i lov for inngrep ovanfor borgar går vidare fram av Grl.§113. Det går her fram at offentleg mynde sine inngrep ovanfor borgar krev «grunnlag i lov». Dette inneber at heimel i formell lov er ei føresetnad for forvaltningsrettslege inngrep ovanfor borgarar, herunder brukarar etter pasient- og brukarrettslova. Dette lovkravet har vekt på føresjåelegheit

¹⁶ Helsetilsynet, 2021

ved inngrep, samt omsyn som maktfordeling og demokrati. Dette kjem til uttrykk ved at Stortinget som ei folkevald forsamling fastset dei enkelte lovheimlane, og styrer på denne måten kva inngrep som kan gjerast med heimel i lov. Vidare har domstolen mulegheit til å kontrollere om vilkåra for inngrep ligg føre i lys av Grl.§113.¹⁷ Lovkravet står dermed sentralt som bakgrunn for pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, ved at det i dette kapittelet gjevast heimelsgrunnlag for inngrep i form av tvang ovanfor individ. Dette aktualiserer spørsmål knytt til om inngrepa er i samsvar med gjeldande heimelsgrunnlag, men òg om gjeldande heimelsgrunnlag er tilstrekkeleg ut frå rammene i Grl.§113 og EMK artikkel 8(2).

Kravet om lovheimel gjeld ikkje berre for inngrep i form av vedtak, men òg faktiske handlingar som har karakter av inngrep.¹⁸ Her visast vidare til Sårstell-dommen der Høgsterett legg til grunn at det i norsk rett gjeld eit allment krav om rettsgrunnlag ikkje berre for vedtak, «men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner...Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet».¹⁹ Førearbeidet med visning til Sårstell-dommen slår fast at kravet om heimel i lov gjeld for vedtak ovanfor borgar, men òg eit vidt omfang av faktiske handlingar, i den grad desse er inngripande ovanfor enkeltpersonar. Denne vide forståinga av lovkravet i norsk rett inneber at det vil liggje føre krav om heimel i lov i ei rekkje tilfelle innan helse- og omsorgssektoren, som til dømes ved stell og vask av pasientar, medisinerer, og stell av sår som i Sårstell-dommen.

Det allmenne kravet om heimel eller rettsgrunnlag for vedtak og faktiske handlingar som verkar inngripande for enkeltpersonar, som framhevast i Sårstell-dommen, heng tett saman med vurderingar knytt vernet av privatlivet og individ sin fysiske integritet. Sårstell-dommen viser på dette punkt til dom frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i saka *Pretty mot Storbritannia*. Saka tok føre seg spørsmålet om individet sin rett til å utføre assistert sjølv-mord, samt staten si plikt til å hindre «umenneskelig eller nedverdige behandling» etter EMK artikkel 3. I spørsmålet om vern av privatlivet, med fokus på fysisk integritet, vurdererte EMD om det låg føre brot på EMK artikkel 8. Her legg EMD til grunn «...the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a person's physical integrity in a manner capable of engaging the rights

¹⁷ Aall, 2018 s.115

¹⁸ Dok.16(2011-2012) s.247 og s.249

¹⁹ Rt.2010 s.612 avsn.27

protected under Article 8 §1 of the Convention”²⁰. Høgsterett tolkar denne uttala frå EMD i Sårstell-dommen avsnitt 28 og legg til grunn at for at eit inngrep retta mot pasienten utan samtykke frå vedkommande skal vere i tråd med konvensjonen, må det liggje føre lovheimel for slikt pålegg i tråd med EMK art.8(2). Tiltaket må vidare vere nødvendig av omsyn til nærare angjevne mål, og ikkje uforholdsmessig.

Sårstell-dommen er sett på som noko kontroversiell, idet vilkårslæra blir nytta som heimel for tvang ved at sjukeheimen kunne stille vilkår ovanfor pasienten for å utføre dei helsehjelpande tenestetilboda. Desse vilkåra var i det konkrete tilfellet å skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skift av bandasje mot pasienten si vilje. Til tross for at fleirtalet meinte at det var grunnlag for tvang ved desse vilkåra, legg mindretalet særleg vekt på at tvang mot personar i institusjonar må byggje på «et tilstrekkelig klart hjemmelsgrunnlag», noko mindretalet ikkje meinte låg føre.²¹ Til tross for at dommen er kontroversiell på dette punkt, trekk den fram ei viktig uttale relatert til at lovkravet omfattar òg dei faktiske handlingar, og ikkje berre inngrep i form av vedtak.

2.1 Strengare lovkrav ved meir inngripande tiltak

Alvorsgrada i inngrep ovanfor borgaren kan variere i stor grad. Dette opnar for spørsmålet om det ligg føre eit strengare lovkrav for dei meir inngripande tilfella. Inngrep i personleg fridom ligg i kjerneområdet til legalitetsprinsippet, og inngrep i privatlivet er vidare sett på som store inngrep.²² Etersom desse område ligg i «kjernen» til legalitetsprinsippet, er det grunn til å tru at det stillast strenge krav til at det ligg føre rettsleg heimel for å gjennomføre inngrep på desse områda. Dette inneber at til dømes tvangsinngrep etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A vil krevje ei streng tolking av lovkravet, ettersom slike inngrep typisk råkar med individet sitt privatliv og sin personlege fridom.

I Rt.1995 s.530 var det spørsmål om ei fryseordning for laks for å oppretthalde balansen mellom tilbod og etterspurnad i marknaden kom utanfor reguleringskompetansen i dåverande råfiskeloven §2 og avgiftsheimelen i §7a. Ved handsaming av spørsmålet om det krevjast klår

²⁰ Pretty mot Storbritannia avsnitt 63

²¹ Rt.2010 s.612, avsnitt 55

²² Aall, 2018, s.121

og uomtvisteleg heimel i lov for avgiftsvedtaka legg Høgsterett her til grunn at det ikkje «på dette området generelt gjelder et krav om «klar og uomtvistelig» lovhjemmel», slik som etablert i Rt.1954 s.96, grunna ulikskap i sakene. Vidare uttalast det 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». ²³ Her opnar Høgsterett for å leggje vekt på andre rettskjeldefaktorar enn lova sjølv, og legg til rette for ei meir samansett vurdering av heimelsspørsmålet i den konkrete saka. Denne saka er neppe meint som eit fråvik frå tidlegare praksis, men indikerer at heimelskontroll vil variere ut frå styrka på inngrepet. ²⁴ Inngrep i form av tvang i helsesektoren er svært inngripande ovanfor individet, idet det bryt med sjølvavgjerdsla og den personlege autonomien til vedkommande. Slike inngrep vil dermed kunne vere tyngande ovanfor den som rammast. Desse omstende taler i lys av dommen for at ei nyansering av lovkravet må medføre ei streng tolking av innhaldet i lova.

3.0 Kort om retten til privatliv

Retten til respekt for privatliv og vern om den personlege integriteten kjem til uttrykk i Grl.§102. Retten gjeld for «alle» og gjev uttrykk for ein generell rett til privatliv.

Retten til privatliv kjem vidare til uttrykk i EMK artikkel 8. EMK artikkel 1 slår fast at partane i konvensjonen skal sikre «enhver» innan sitt myndeområde dei «rettigheter og friheter» som går fram av konvensjonen. Konvensjonen er etter dette bindande for norsk rett, og set rammer for rettsleg handleevne. I lys av denne ramma er særleg EMK artikkel 8 relevant knytt til bruk av tvang ovanfor borgarar.

EMK artikkel 8(1) legg til grunn at «enhver» har rett til «respekt for sitt privatliv». Ordlyden «enhver» tilseier at retten gjeld for alle. Vidare indikerer ordlyden «respekt for sitt privatliv» eit vidt sett av rettar. Det er på det reine at mange handlingar vil omfatte sfæren til «privatliv». Aall omtalar vernet av privatlivet som ein sfære der individet kan motsette seg at andre, offentleg eller privat mynde, grip inn utan samtykke. ²⁵ I lys av temaet til avhandlinga vil fysiske inngrep ovanfor borgarar av ulik art gjere seg gjeldande. Desse inngrepa vil etter

²³ Rt.1995 s.530

²⁴ Aall, 2018, s.118

²⁵ Aall, 2018, s.215

ordlyden «privatliv» vere omfatta av EMK artikkel 8(1), idet slike inngrep grip inn i den enkelte borgaren sin private sfære. Helsehjelp som ikkje er basert på gyldig samtykke vil etter dette i utgangspunktet stride mot EMK artikkel 8(1).

I *Storck mot Tyskland* vurderte EMD staten sitt ansvar til å sikre retten til borgarane sin fysiske integritet. I den konkrete saka var spørsmålet relatert til staten sitt ansvar til å halde kontroll med private institusjonar. EMD slår jamvel fast at staten har plikt til å sikre borgarane rett til «physical integrity» jf. artikkel 8.²⁶ Det er etter dette på det rene at inngrep i borgaren sin fysiske integritet vil vere omfatta av vernet i artikkel 8(1), og rettsmessigheita av eventuelle inngrep må vurderast ut frå artikkel 8(2).

3.1 Vilkår i artikkel 8(2)

3.1.1 Oversikt

EMK artikkel 8(2) opnar vidare for inngrep i retten til privatliv i visse tilfelle. Her går det fram at inngrep av offentleg mynde kan skje der er i «samsvar med loven» «og» er «nødvendig i et demokratisk samfunn [...] for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter». Ordlyden «samsvar med loven» viser til legalitetsprinsippet, og føreset heimel i lov for rettsleg inngrep ovanfor borgar, sjå pkt.2.0 og 2.1. Vidare må inngrepet også vere sett som «nødvendig» for å verne «helse eller moral». Kravet til nødvendighet heng saman med ei proporsjonalitetsvurdering av inngrepet, sjå pkt. 3.1.2 nedanfor. Aall trekk fram at essensen i krav om nødvendighet og forholdsmessighet er ei avveging mellom individet og samfunnet sine interesser i den konkrete situasjon.²⁷ I relasjon til inngrep i individet si helse, vil særleg omsynet til helse og moral stå sterkt jf. ordlyden i EMK artikkel 8(2).

Eit kvart inngrep knytt til helsehjelp må etter dette vere retta mot å verne pasienten si eiga helse, eller ta føre seg viktige moralspørsmål. Ordlyden «beskytte andres rettigheter» viser at omsynet til andre individ enn den inngrepet er retta mot, er relevant ved vurderinga av om det er grunnlag for det offentlege til å gjere inngrep. Slike situasjonar der inngrepet sitt mål er å verne andre enn pasienten sjølv, er jamvel ikkje i fokus i denne avhandlinga. Inngrep etter

²⁶ *Storck mot Tyskland*, avsnitt 178

²⁷ Aall, 2018, s.151

EMK artikkel 8(2) føreset etter dette som utgangspunkt heimel i lov, samt at inngrep er nødvendig og proporsjonalt.

3.1.2 Krav om at inngrepet er nødvendig og proporsjonalt

Kravet om at inngrepet er nødvendig går altså fram av ordlyden «nødvendig i et demokratisk samfunn» i EMK artikkel 8(2), og er eit ledd i vurderinga av om det kan gjerast inngrep i retten til privatliv. Aall legg til grunn at forståinga av kva som er nødvendig i eit demokratisk samfunn ligg ein stad mellom ytterpunktene av at inngrepet er «uomgjengeleg» og «ynskjeleg» eller «nyttig», og viser til Handyside, paragraf 48-49.²⁸ I denne dommen legg EMD til grunn at staten har ein skjønnsmargin ved vurderinga av om inngrepet er nødvendig. Denne skjønnsmarginen er jamvel ikkje uavgrensa.²⁹ Skjønnsmarginen til staten ovanfor EMD vil variere ut frå kva rettsområde ein er på. I Handyside-dommen går det fram at prøvingsintensiteten til EMD er større ved ytringsfridom enn ved eigedomsrett. I Golder-dommen går det vidare fram at EMK art.6 om rettferdig rettargang har ein særskilt plass i konvensjonen som inneber skjerpa domstolsprøving. Vidare har EMK art.8 ein karakter som tilseier at EMD kan ha ei inngåande prøving ovanfor staten.³⁰ Nødvendigheitskravet har ut frå EMD si uttale ein skjønnsmargin knytt til seg, som tilseier at nødvendigheita av inngrepet må vurderast konkret ut frå den enkelte situasjon.

At eit inngrep må vere «nødvendig» tilseier at inngrepet må byggje på tilstrekkeleg tungtvegande grunnar. EMD uttalar i Olsson-dommen at vurderinga av «necessary» føreset at det ligg føre «a pressing social need».³¹ Dette tilseier at vurderinga av kva inngrep som er «nødvendig» må vurderast ut frå om inngrepet avhjelper eit pressande behov. Det at dommen legg vekt på at behovet for hjelp må vere «pressing», eller påtrengande, indikerer ein høg terskel for rettslege inngrep. Her vil særleg omsynet til pasienten sine behov vere avgjerande ut frå pbrl.§4A-3.

Det går vidare fram i Olsson-dommen at tiltaket må vere «proportionate to the legitimate aim pursued».³² Det er altså krav om at det er påtrengande behov for tiltak, og at tiltaket er

²⁸ Aall, 2018, s.153

²⁹ Handyside mot Storbritannia, avsnitt 49

³⁰ Aall, 2018, s.112

³¹ Olsson mot Sverige, avsnitt 67

³² Olsson mot Sverige, avsnitt 67

proporsjonalt ut frå midlar ein nyttar for målet ein søker å oppnå. Denne siste uttala til EMD føreset at det gjerast ei proporsjonalitetsvurdering i relasjon til nødvendigheitskravet. EMD legg vidare til grunn i dommen at det er nærliggjande å vurdere forholdet mellom målet ein søker å realisere ved inngrepet, sett mot midla ein nyttar for denne realiseringa. Dette viser at vurderinga av om inngrepet er nødvendig, og vurderinga av om det er proporsjonalt, er samanfallande. Dette opnar for at ein i den konkrete situasjon kan stille spørsmålet om det ut frå omstenda var nødvendig å gå fram på ein så inngripande måte som tiltaket la til grunn.³³

Det er etter kravet til nødvendigheit ikkje tilstrekkeleg at eit tiltak er ønskjeleg, men samstundes ingen krav om at tiltaket uomgjengeleg.³⁴ Kravet om nødvendigheit føreset at det gjerast konkrete vurderingar av det enkelte inngrep. At inngrepet skal vere nødvendig i «et demokratisk samfunn» indikerer jamvel at øvrige verdier i samfunnet er relevant for nødvendigheitsvurderinga. Denne konkrete interesseavveginga baserast på at inngrepet ikkje må vere uforholdsmessig i seg sjølv, samt vere eigna til å realisere eit føremål som er tilstrekkeleg tungtvegande.³⁵ Dette føreset eit samanliknande perspektiv der ein på eine sida vurderer inngrepet si styrke ovanfor den som er ramma, og på den andre sida dei samfunnsmessige eller individuelle interesser som tilseier at det skal gjerast inngrep.³⁶

I relasjon til oppgåva sin tematikk knytt til inngrep i form av tvang etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, vil dette leggje opp til ei vurdering av inngrepet si styrke ovanfor individet, sett mot behovet for å verne individet si helse. Dette kjem blant anna til uttrykk i pbrl.§4A-3(3) som føreset at den «klart beste løysningen for pasienten» skal vere styrande for helsehjelp. Til tross for at det blir gjort inngrep i det enkelte individ si helse vil desse tiltaka ofte vere underbygd av eit mål om å verne helsa til pasienten, sjølv om særtilfelle som Sårstell-dommen viser at det òg kan vere andre omsyn som ligg bak.

Nødvendigheit- og proporsjonalitetsvurderinga inneheld fleire moment som vil gjere seg gjeldande med varierende styrke i den enkelte sak. Ei grovskildring av tilfella kan vise at inngrepet er konvensjonsstridig dersom det uansett ikkje er tilgang til å gjennomføre tiltaket,

³³ Aall, 2018, s.153

³⁴ Aall, 2015, s.81

³⁵ Aall, 2015, s.81

³⁶ Aall, 2018, s.153

som til dømes ved bruk av tortur, som er konvensjonsstridig. Vidare vil det kunne oppstå brot med EMK artikkel 8(2) der inngrepet ikkje er eigna til å realisere føremålet, ved at omsynet med inngrepet ikkje er tilstrekkeleg tungtvegande, eller ved at føremålet kan oppnåast ved lempelegare midlar.³⁷ Dette viser eit strengt krav knytt til føremålet med inngrepet. Ved bruk av tvang i helseretten vil særleg målet om å verne individet si helse stå sterkt, og kan etter ei konkret vurdering opne for inngrep i retten til privatliv.

4.0 Tvangsomgrepet

4.1 Oversikt - tvangsomgrepet

Omgrepet «tvang» er gjerne tett assosiert med ulike former for maktbruk ovanfor individ.

Grensene for dette omgrepet, samt rekkjevidda, varierer innanfor ulik norsk lovgjeving og rettsområde.³⁸ Felles for omgrepa er at det er tale om eit inngrep i borgaren si rettssfære.

Ordlyden «tvang» eller «utan eget samtykke» er særleg gjort til vilkår som er vidare kopla til materielle, prosessuelle eller personelle reglar. Tiltak som karakteriserast som «tvang» vil vere ein inngang til ytterlegare reglar, og utløyse ytterlegare rettsvern for vedkommande.³⁹

Reglar som legg til rette for eit vidt tvangsomgrep vil følgeleg sikre borgarane rettstryggleiksgarantiar. Kva som blir definert som tvang skil seg jamvel innanfor ulike rettsområder, der hovudtilfella for tvang er knytt til fråvær av samtykke jf. psykisk helsevernloven §1-2 mfl. og uttalt motstand, jf. smittevernloven.⁴⁰ Det strafferettslege tvangsomgrepet har historisk sett vore sentralt innan helseretten. I dag går dette vernet mot tvang fram av strl.§251(1) og rammar den som gjennom «rettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe». Det sentrale med dette strafferettslege tvangsomgrepet er at det må vere tale om overvinning av motstand med verkemiddel som opplevast sterkt ubehageleg for offeret. Det strafferettslege tvangsomgrepet har dermed ein høg terskel, som må sjåast i lys av at overskriding kan utløyse straffeansvar etter straffelova.⁴¹ Koplinga mellom helseretten og strafferetten har i dei seinare åra blitt svekka. Det er følgeleg behov for å klarleggje kva som ligg i tvangsomgrepet innanfor pasient- og brukarrettslova.

³⁷ Aall, 2018, s.153

³⁸ Søvig, 2018, s.35

³⁹ Søvig, 2018, s.35

⁴⁰ Søvig, 2018, s.53

⁴¹ NOU 2019:14 s.365

4.2 Tvangsomgrepet etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A

Utgangspunktet etter pbrl.§4A-2 er at kapittel 4A om helsehjelp til pasientar utan samtykkekompetanse kjem til bruk der helsepersonell yter helsehjelp til pasient over 16 år som «mangler samtykkekompetanse» og som «motsetter seg helsehjelpen».

Lovteksten set her opp to kumulative vilkår som må liggje føre før ein yter tvang etter kapittel 4A. Tvangsbruk etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A føreset altså at pasienten manglar samtykkekompetanse, men det er vidare sentralt at pasienten motset seg inngrepet.

Tvangsomgrepet i kapittel 4A er dermed definert som overvinning av motstand. Dette tvangsomgrepet rettar fokuset mot personen si subjektive haldning til tiltaket som blir retta mot vedkommande, med føresetnad om at det er tale om fråvær av gyldig samtykke.⁴²

Motstandsvilkåret i pasient- og brukarrettslova har likskapstrekk til det strafferettslege tvangsomgrepet som òg føreset overvinning av motstand. Det strafferettslege tvangsomgrepet føreset jamvel vidare at det ligg føre tvang, trussel eller urettmessig åtferd som grunnlag for å overvinne motstand. Denne formuleringa ser ein ikkje att i pasient- og brukarrettslova, og tilseier at det skal mindre til før ein overvinn motstand etter pasient- og brukarrettslova enn etter straffelova. Dette inneber at fleire tilfelle vil kunne bli definert som overvinning av motstand etter pasient- og brukarrettslova enn etter det strafferettslege tvangsomgrepet med sin høge terskel. Sjå vidare om motstandsvilkåret i pkt.5.2.

For at det skal vere aktuelt å nytte tvang etter kapittel 4A, er det ein føresetnad at individet manglar samtykkekompetanse. I tilfella der vedkommande er definert som samtykkeinkompetent, vil tvangsvurderinga i praksis vere knytt til ei tolking av motstandssituasjonen ovanfor den som tiltaket rettar seg mot. Forståinga av kva som utgjør motstand er dermed sentralt for å definere rekkjevidda av tvangsomgrepet i lova. Dette vurderingstemaet står sentralt for tvangsbruk i praktiske tilfelle i helsetenesta, idet motstandssituasjonen må oppfatast i kvar enkelt situasjon. Innhaldet i motstandskravet og problem i praksis blir vidare gjort greie for i pkt. 5.2 knytt til vilkåra for tvang etter pbrl.§4A-3, og vil ha relevans for rekkjevidda av tvangsomgrepet som er omtalt her.

⁴² NOU 2019:14 s.365

5.0 Vilkår for tvang etter pbrl.§4A-3

For at pasient- og brukarrettslova kapittel 4A skal komme i bruk er det ein føresetnad at pasienten er over 16 år, at det ligg føre manglande samtykkekompetanse hos individet, samt at vedkommande motset seg det aktuelle inngrepet, jf. pbrl.§4A-2. Utover desse inngangsvilkåra, føreset pbrl.§4A-3(1) at det må nyttast «tillitsskapende tiltak». Andre og tredje ledd føreset vidare at inngrepet er nødvendig, proporsjonalt, og til det beste for pasienten ut frå ei heilskapsvurdering. Desse vilkåra står sentralt for den vidare framstillinga.

5.1 Samtykkekompetanse

Manglande samtykkekompetanse er ein føresetnad for bruk av tvang etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Hovudregelen om at det gjeld eit samtykkekrav går fram av pbrl.§4-1(1) som slår fast at helsehjelp kan «bare gis med pasientens samtykke», med mindre det ligg føre «lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag» for å gje helsehjelp utan samtykke. Ettersom all helsehjelp føreset samtykke, gjev pbrl.§4-1 ei negativ avgrensing for tvangsbruk ved å krevje særleg rettsgrunnlag for å utføre helsehjelp utan samtykke.

Reguleringa av kven som er samtykkekompetente går vidare fram av pbrl.§4-3.

Utgangspunktet er etter §4-3(1) a og b) at personar over 16 år har samtykkekompetanse med mindre anna følgjer av pbrl.§4-7 eller «annen særleg lovbestemmelse». Pbrl.§4-3(2) trekk vidare fram eit heimelsgrunnlag for unnatak frå hovudregelen om samtykkekrav etter pbrl.§4-1(1). Det går her fram av pbrl.§4-3(2) at samtykkekompetansen kan falle vekk «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». Spørsmålet om samtykkekompetanse er følgeleg knytt til personen si evne til å forstå innhaldet i ei handling, typisk i form av helsefaglege inngrep. Konsekvensen av feilvurderingar på dette område vil dermed medføre brot på kapittel 4A, i tilfelle der ein nyttar tvang ovanfor ein som viser seg å vere samtykkekompetent.

Ordlyden «åpenbart» indikerer ein høg terskel for å ta samtykkekompetansen frå eit individ på dette området. Det går fram av førearbeidet til lova at det skal ein del til før pasienten blir

fråteken samtykkekompetanse.⁴³ Dersom helsepersonellet er i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlinga, og likeeins rett til å nekte å ta i mot behandling. Dette vurderingsmomentet angående pasienten sin samtykkekompetanse, føreset at det gjerast løypande konkrete vurderingar av pasientar sin samtykkekompetanse etter pbrl.§4-3. Dette kan by på utfordrande vurderingar for helsepersonellet, som må gå inn i slike vurderingar av samtykkekompetanse i dei enkelte helsehjelp-situasjonane.

Felles for persongruppene som omfattast av tvang etter kapittel 4A er at «personene stort sett, riktignok på forskjellig grunnlag, har en redusert evne til å oppfatte aspekter ved sin livssituasjon, herunder å overskue konsekvensene av ulike handlingsvalg. De personlige forutsetningene for å foreta ‘frie valg’ eller å avgi et ‘informert samtykke’ er redusert».⁴⁴ Førearbeidet slår her fast som felles for tvangstilfella at vedkommande pasientar ikkje er i full stand til å oppfatte realiteten rundt sin eigen livssituasjon, samt eventuelle helsehjelpande tiltak. Dette vil typisk vere personar med svekka kognitiv evne. Det kan jamvel merkast eit krav etter pbrl.§4-3(3) om at helsepersonellet etter forholda skal leggje «best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke», jf. pbrl.§3-5 om tilpassing av informasjon ovanfor pasient.

5.1.1 Utfordringar knytt til samtykkekompetansevurderingane

Det er klart at det er viktig å ha oversikt av om det ligg føre samtykkekompetanse for pasientar og brukarar som fell inn under lova si regulering, ettersom dette er eit inngangsvilkår for bruk av tvang etter pbrl.§4A-3 jf.§4A-1. Praktiseringa av samtykkekompetansevurderingane etter lova viser seg jamvel i praksis å kunne by på utfordringar. For stor forsiktigheit med bruk av tvang kan vidare medføre brot på kapittel 4A i tilfelle der det er nødvendig med helsehjelp, og unnlating av hjelp kan medføre vesentleg helseskade for pasienten. Dette problemet vil kunne vise seg i tilfelle der det ikkje er gjort vurdering av pasient eller brukar sin samtykkekompetanse, og der det viser seg at vedkommande ikkje er samtykkekompetent. I ein slik situasjon vil pasienten kunne motsetje seg helsetiltak som er til klår gunst, utan ei eigentleg oppfatning av eigne behov eller innhaldet det helsehjelpande tiltak. Slike situasjonar vil vere uheldige, ettersom avgjerda til pasienten vil kunne ha alvorlege konsekvensar for pasienten si helse.

⁴³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.133

⁴⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.84

5.1.2 Tilretteleggingsplikt for samtykkekompetanse

Det går fram av pbrl.§4-3(3) at den som yter helsehjelp skal leggje «forholdene best mulig til rette» for at pasienten sjølv kan samtykke til helsehjelp, sjå òg pbrl.§3-5. Denne tilpassinga går i lys av pbrl.§3-5 ut på å tilpasse informasjon til pasienten ut frå hans/hennar individuelle føresetnadar til å ta i mot informasjon. Her vektleggjast forhold som alder, modning, erfaring, og kultur- og språkbakgrunn. Konkrete enkeltavgjerder for undersøking, behandling, pleie og omsorg for myndige personar med nedsett samtykkekompetanse, skal i «så stor utstrekning som mulig tas av pasienten selv». ⁴⁵ Førearbeidet underbyggjer på dette punkt det som kan lesast ut av pbrl.§4-3(3) gjennom naturleg språkleg forståing, og inneber ei vid tilretteleggingsplikt for dei tilsette. Tilretteleggingsplikta inneber at helsepersonellet må strekke seg langt for å legge til rette for at pasienten i størst mogleg grad evnar å samtykke til det aktuelle inngrepet.

Tilretteleggingsplikta kan blant anna sjåast i lys av pasientar som er i ei form for forvirringstilstand rundt oppfatning av eiga helse. Ein slik tilstand vil særleg innebere at vedkommande har vanskeleg for å forstå konsekvensane av helsehjelpa, og problem med å ta gode avgjerder for å ta vare på omsynet til eiga helse. Ei typisk pasientgruppe som kan falle inn under denne kategorien, er demente. Alzheimer utgjer den vanligaste årsaka til demens. Denne sjukdommen utviklar seg over mange år, og medfører ein stor skilnad i den ulike grada pasientane er ramma av sjukdommen. Tidlege symptom er som regel vage, og inneber til dømes endring i hukommelsen, særleg evna til å hugse nylege hendingar. På eit alvorleg stadium fører sjukdommen jamvel til at dei fleste treng tilsyn heile døgnet. På dette stadiet vil evna til å uttrykke seg fornuftig og ta omsynsmessige avgjerder vanlegvis vere vekke. Dette medfører at det er vanskeleg for vedkommande å føre samtalar og samarbeid, og det er vanleg med auke i hallusinasjon og vrangførestillingar. ⁴⁶

Sjukdomsløpet til Alzheimers inneber at dei kognitive evnene til individ som er ramma av sjukdommen vil variere i stor grad ut frå kvar i sjukdomsløpet ein er. Eit slikt sjukdomsløp kan på god måte illustrere viktigheita av at helsepersonellet sikrar tilretteleggingsplikta etter

⁴⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.133

⁴⁶ Nasjonalforeningen, 2021

pbrl.§4-3(3) jf.§3-5. Pasientar som er tidleg i sjukdomsløpet vil gjerne fungere godt, og evne å ta egne val ved god tilrettelegging av informasjon. Dersom ein strekkjer seg så langt som mulig for å sikre denne tilrettelegginga, i tråd med presiseringa i Ot.prp.nr.12 s.133, er det nærliggjande at denne pasientgruppa vil kunne samtykke heilt eller delvis til behandling i større delar av sjukdomsløpet. Dess meir alvorlege symptom den ramma har, dess større grad av tilrettelegging vil det vere behov for. Det er etter dette på det reine oppfyljing av tilretteleggingsplikta vil kunne vere tids- og ressurskrevjande, idet enkelte pasientar vil ha vanskeleg for å forstå innhaldet i samtykket. Målet med å sikre denne tilretteleggingsplikta er jamvel knytt til at pasientar i best mogleg grad skal forstå innhaldet i inngrepet, jf. pbrl.§4-2. Sikrar ein denne plikta på ein god måte, vil det kunne bidra til å redusere bruk av tvang, idet helsehjelpa baserast på samtykke frå pasienten. Det må jamvel merkast at gyldig samtykke ikkje ligg føre i tilfella der det er openbart at pasienten, til tross for tilretteleggingsplikta, ikkje forstår kva samtykket gjeld.

5.1.3 Årsakskravet i pbrl.§4-3(2)

Ordlyden «på grunn av» i §4-3(2) indikerer vidare eit krav til årsakssamanheng mellom pasienten sin tilstand og manglande samtykkekompetanse. Dette går uttrykkeleg klårt fram av førearbeidet der det er presisert at «det er bare dersom pasienten på grunn av sin sinnslidelse, fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming ikke er i stand til å forstå begrunnelsen, at samtykkekompetansen bortfaller».⁴⁷ Pbrl.§4-3(2) indikerer altså eit sjukdomskrav ved at det må liggje føre ein tilstand før ein kan rekne samtykkekompetansen som manglande. Høgsterett går òg inn på dette i HR-2018-2204-A. Her gjev Høgsterett uttrykk for at pbrl.§4-3 andre ledd føreset at personen har ein «sykdom eller mental svekkelse som påvirker de kognitive evnene». Denne uttala frå Høgsterett taler for at det må liggje føre anten fysiske plager eller ei mental svekking, som vidare verkar inn på personen sine kognitive evner. Vidare presiserer Høgsterett at det gjeld eit sjukdomsvilkår for pasienten sin tilstand, eit krav om årsakssamanheng mellom tilstand og manglande kompetanse, og eit krav om manglande forståingsevne over eigen situasjon.⁴⁸ Denne presiseringa frå Høgsterett taler for at ordlyden «på grunn av» i pbrl.§4-3(2) skal tolkast som eit årsakskrav. Dette årsakskravet vil særleg vere relevant ved vurderinga av om pasienten er samtykkekompetent, idet kravet føreset at tilstanden til individet står sentralt i vurderinga.

⁴⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.133

⁴⁸ HR-2018-2204-A, avsnitt 38-39

Årsakskravet vil ikkje ha noko direkte betydning for vurderingane i denne avhandlinga knytt til pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, men vil vere relevant ved vurdering av samtykkekompetanse som er sentralt som inngangsvilkår til dette kapittelet, sjå pkt.5.1.

5.1.4 Formkrav for samtykket

Pbrl.§4-2 går vidare inn på formkrav for samtykket, ved at samtykket kan gjevast «uttrykkelig eller stilltiende». I tilfelle av stilltiende samtykke må dette sjåast å liggje føre der det ut frå pasienten sin «handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen». Ordlyden «omstendighetene for øvrig» peikar på at det må gjerast konkrete vurderingar av helsepersonellet knytt til om det er sannsynleg at pasienten godtek helsehjelpa. Sondringa mellom munnleg og stilltiende samtykke blir vurdert i lova sitt førearbeid. Her blir det slått fast at dess meir inngripande karakter det er på tiltaket, dess strengare krav må det stillast til sannsynet for at pasienten har samtykka til tiltaket. Vidare presiserast det at det må hentast inn særleg samtykke for konsekvensar som det ikkje er pårekeleg at pasienten har sett føre seg, som til dømes eit særleg smertefult eller risikabelt tiltak.⁴⁹ Førearbeidet gjev her uttrykk for eit krav om uttrykkeleg samtykke både rundt tiltaket isolert, samt konsekvensane av at det blir gjennomført. Dette inneber at eit stilltiende samtykke ikkje vil vere tilstrekkeleg. Stilltiende samtykke kan nyttast ved lite inngripande og/eller rutineprega helsehjelp, idet kravet til samtykke blir strengare ut frå alvorsgrada til inngrepet.⁵⁰ Dette inneber at tiltak av meir alvorleg karakter skal baserast på uttrykkeleg samtykke, til dømes ved skriftleg eller munnleg formulering. Helsepersonellet si evne til å vurdere om det i dei enkelte situasjonane ligg føre gyldig samtykke er heilt sentralt for praktisering av pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Feilvurderingar på dette punkt vil fort kunne resultere i mangelfull helsehjelp eller rettsstridig tvangsbruk, sjå pkt.5.1.

5.1.5 Kravet om individuelle og konkrete vurderingar

Vurdering av samtykkekompetansen til pasientane er altså sentralt for å unngå at det oppstår rettsstridig bruk av tvang. I kravet om samtykkekompetanse ligg det her ein føresetnad om at det gjerast konkrete individuelle vurderingar av om den enkelte pasient er samtykkekompetent. Utan slik konkret individuell vurdering vil det vere vanskeleg å ta

⁴⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.132-133

⁵⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.132

stilling til om kravet til at pasienten «åpenbart» ikkje er i stand til å forstå kva samtykket omfattar i pbrl.§4-3(2) er oppfylt.

Problemet knytt til mangel av slike konkrete og individuelle vurderingar fangast opp i tilsynsarbeid som vart utført i Øystre Slidre i 2019. I dette tilsynsarbeidet vart det mellom anna undersøkt om samtykkekompetansen vart grunngeven og journalført i tråd med pbrl.§4-3. Av tilsynsarbeidet går det fram at dei tilsette i kommunen var opplært i vurdering av samtykkekompetanse, men at leiinga ikkje alltid sørgja for at vurderinga av samtykkekompetanse vart gjort konkret og individuelt i dei enkelte saker. Tilsynsrapporten presiserer ikkje ytterlegare om dette inneber at samtykkekompetansevurderingane ikkje blir utført i det heile tatt, eller om dei byggjer desse vurderingane på utanforliggjande omsyn, som til dømes ved å generalisere pasienten ut frå ein gjeven diagnose. Dei samtykkekompetansevurderingane som blei gjort var vidare ikkje dokumentert tilstrekkeleg i journalsystemet til kommunen. Det helsetilsynet trekk ut av desse funna var at ikkje alle tilsette hadde oversikt over kven som var samtykkekompetente eller ikkje. Dette medførte fare for at det ville bli nytta tvungen somatisk helsehjelp ovanfor personar med samtykkekompetanse, og tilfellet vart registrert som brot på pasient- og brukarrettslova kapittel 4A.⁵¹

Manglande oversikt over kompetansevurderingane blant helsepersonellet kan vidare tale for at det ligg føre ein risiko for at pasientar utan samtykkekompetanse ikkje får tilstrekkeleg helsehjelp. Dette gjeld særleg pasientar som skulle ha vore fråteke samtykkekompetansen, utan at helsepersonellet fangar opp at vedkommande manglar evna til forstå kva samtykket omfattar. Pasientar som er i denne situasjonen vil potensielt kunne avslå tilbod om helsehjelp som er nødvendige for å sikre deira eiga helse, utan at dei er i stand til å forstå kva tilbod dei avslår.

Det er etter pbrl.§4-3 ein høg terskel for å bli fråteken samtykkekompetanse. Ved tvilstilfelle av om pasienten «åpenbart» er i stand til å forstå kva samtykke inneber, skal la pasienten ha samtykkekompetansen intakt.⁵² Denne vurderinga av pasienten si evne til å forstå kva

⁵¹ Helsetilsynet, 2020

⁵² Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.133

behandlinga inneber, føreset at det gjerast løypande vurderingar av om vedkommande forstår kva behandlinga inneber. Dette inneber sjølvstendig ikkje at ein treng å vurdere pasienten sin samtykkekompetanse ved kvart morgonstell, for så å vurdere denne kompetansen på nytt ved kveldsstellet. Kravet til løypande konkret vurdering inneber jamvel at ein regelmessig fører kontroll med om pasientane er samtykkekompetente i relasjon til aktuelle tiltak. Vidare føreset dette kravet at ein har gode system som gjer at tilsette kan halde oversikt over samtykkekompetansevurderingane som er gjort. Dette vil særleg føresetje gode journalsystem. Ein ser i tilsynssaka frå Øystre Slidre brot på kravet om konkrete vurderingar, samt journalføring, var tilstrekkeleg til å medføre brot på pasient- og brukarrettslova kapittel 4A.

Helsetilsynet sin rapport etter tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i Tingvoll kommune i 2020, fangar òg opp problematikk relatert til samtykkekompetanse etter pbrl.§4-3. Undersøkinga var retta mot å sikre at kommunen utførte helseteneste til pasientar på sjukeheim i samsvar med aktuelle lovkrav. Tilsynet legg vekt på samtykkekompetansevurderinga etter pbrl.§4-3 ettersom manglande samtykkekompetanse er eit premiss for bruk av tvang etter kapittel 4A. Det er dermed heilt sentralt at kompetansevurderinga blir gjort forsvarleg.

Ved gjennomgang av kommunen si rutine, går det fram at vurdering av samtykkekompetansen til pasientane skal godkjennast av tilsynslege dersom den ikkje er utarbeida av legen. Vidare gjekk det fram av intervjuet med dei tilsette at det låg føre noko ulik forståing av omgrepet «samtykkekompetanse». Det mest sentrale etter tilsynet i Tingvoll kommune var at samtykkekompetansevurderingane ikkje var tilstrekkeleg grunngeve i samsvar med rutine i kommunen.⁵³ Det går fram av pbrl.§4-3(4) at samtykkekompetansevurderinga skal vere skriftleg og grunngeven. Det er vidare ein høg terskel for bortfall av samtykkekompetanse. Det at kommunen ikkje i tilstrekkeleg grad legg ved grunngeving for bortfall av samtykkekompetanse er dermed problematisk av omsyn til pasienten sin rettstryggleik, idet det ligg føre ein særleg risiko for at pasientar blir feilaktig fråteken samtykkekompetansen i tilfelle der grunngeving for tiltaka manglar.

⁵³ Helsetilsynet, 2020

Tilsynet i Tingvoll kommune medførte brot på pasient- og brukarrettslova kapittel 4 og 4A. Brotet knytast særleg opp mot kravet om individuelle vurderingar og grunngjevingar bak bortfall av samtykkekompetanse. I den grad det eventuelt er gjort tilstrekkeleg grundige vurderingar for bortfall av samtykkekompetanse, vil det vere vanskeleg å etterprøve desse vurderingane grunna mangelfull journalføring og svake skriftlege grunngjevingar av dei enkelte tilfella, sjå pbrl.§4-3(4). Denne mangelen på konkrete vurderingar av samtykkekompetanse, eller manglande dokumentasjon til å etterprøve slike tiltak, er klårt i strid med pasientar sin rett til konkret og individuell vurdering etter pbrl.§4-3(2), samt retten til skriftleg grunngjeving etter §4-3(4). Tilsynsarbeidet avdekk eit problem ved praktisering av samtykkekompetanevurderingar på dette punkt.

5.1.6 Manglande kunnskap om vurdering av samtykkekompetanse

Kunnskap blant helsepersonellet knytt til vurdering av pasientar sin samtykkekompetanse står heilt sentralt for å overhalde regelverket i pasient- og brukarrettslova kapittel 4 og 4A. Dette kan sjåast i lys av dei faglege kunnskapskrava som ligg bak kompetansevurderingane, samt kravet til individuelle og konkrete vurderingar som går fram av pbrl.§4-3. Dette føreset at helsepersonellet held seg oppdatert på korleis faglege vurderingar av samtykkekompetanse skal gå føre seg, og likeeins at nye tilsette får nødvendig opplæring knytt til desse vurderingane.

Helsetilsynet fanga opp problematikken knytt til manglande kunnskap ved samtykkekompetansevurderingar ved tilsynsarbeid i Sokndal kommune i 2020. Målet med tilsynet var knytt til å avdekkje om helseteneste med tvang til personar utan samtykkekompetanse vart utført i samsvar med lovkrav. Intervjua under tilsynsarbeida avdekkja at nye tilsette får opplæringsvakter der dei får følgje av ein fast tilsett dei første dagane, men ingen systematisk opplæring knytt til reglane om samtykkekompetanse eller tvungen helsehjelp. Reglar for samtykkekompetanse gjekk heller ikkje fram av opplæringshefte til nye tilsette. Vidare avdekkja intervjua på ein generell basis blant dei tilsette at det var lågt kunnskapsnivå om reglane om tvungen helsehjelp i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A og samtykkekompetansevurderingane, og at det ikkje er gjeve opplæring rundt dette temaet. Leiinga har jamvel sendt ut informasjon om rutinar og retningslinjer angående tvangsbruk til dei tilsette, utan at leiinga følgjer opp at desse blir lest og implementert i praksis. Sjølv om det låg føre rutinar for at samtykkekompetanse skulle

vrderast ved ny pasient, undervegs knytt til konkret helsehjelp og i tilknytning til årskontroll, var ikkje desse rutinane kjend for dei tilsette.

Statsforvaltaren vurderte at kunnskapsnivået i Sokndal kommune angående tvungen helsehjelp var lågt i alle delar av organisasjonane, og at dette medførte ein risiko for at kommunen ikkje gav nødvendige og forsvarlege helseteneste til personar som mangla samtykkekompetanse og motsette seg helsehjelpa. Dette uttrykket for manglande kunnskapsnivå blant helsepersonellet medførte etter statsforvaltaren sitt syn risikoar knytt til manglande vurderingar av vilkåra i pbrl.§4A-3, blant anna vurderingar av samtykkekompetansen etter pbrl.§4-3. I kommunen var det særleg eit problem at personalet hadde avgrensa kjennskap til innhaldet i kravet til samtykkekompetanse etter pbrl.§4-3. Vidare var det usikkerheit knytt til kva tid og korleis denne vurderinga skulle gjerast. Dette uttrykket for manglande kompetanse om samtykkekompetansevurderingane var særleg problematisk ettersom det medførte ein risiko for at personar som mangla samtykkekompetanse ikkje fekk den helsehjelpa som var nødvendig og som pasienten hadde krav på. Denne risikoen var vidare knytt til at dei tilsette i lita grad hadde kjennskap til moglegheita for tvangsvedtak etter pbrl.§4A-3(2).⁵⁴ Reglane i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A har som føremål å sikre nødvendig helsehjelp, sjølv om det også er ønskjeleg å førebyggje og avgrense bruk av tvang, jf. pbrl.§4A-1. Det er dermed sentralt å ha med seg at omsynet med kapittelet er knytt til å verne helsa til pasientar som ikkje klarer å vurdere konsekvensane av det helsehjelpande tiltak, jf. pbrl.§4-3(2). Dette kan i visse tilfelle skape behov for at det blir nytta tvang etter kapittel 4A for å sikre at pasienten får oppfylt sin rett til helsehjelp. Dette behovet for slik tvangsbruk i visse tilfelle føreset at tilsette har god kjennskap til vurderingane av vilkåra for tvang, slik at dei er i stand til å vurdere kva tilfelle som krev tvangsbruk og tvangsvedtak etter pbrl.§4A-3. I slike tilfelle står vurderinga av pasienten sin samtykkekompetanse sentralt, saman med øvrige vilkår i §4A-3.

Problematikken rundt manglande kunnskap om vilkåra for bruk av tvang kan altså gje ulike utslag. Det kan vere tale om problemstillingar knytt til mangel av helsehjelpande tiltak, der dette er nødvendig for å sikre helsa til pasienten. På andre sida kan manglande kunnskap om bruk av tvang medføre for hyppig eller feilaktig bruk av tvang i lys av vilkåra, der ein ikkje

⁵⁴ Helsetilsynet, 2020

tek omsyn til motstandsvilkåret og kravet til tillitsskapande tiltak, sjå pkt.5.2 og 5.3. Dette vil kunne vise seg ved at det utførast tvang utan at det er gjort individuelle konkrete vurderingar av samtykkekompetansen til pasienten etter pbrl.§4-3.

5.2 Krav til motstand for å yte tvungen helsehjelp

Det andre inngangsvilkåret for å nytte pasient- og brukarrettslova kapittel 4A er at pasienten «motsetter seg helsehjelpen», jf. pbrl.§4A-2. Kravet til motstand står sentralt for fastsetjing av rekkjevidda til tvangsomgrepet, idet tvangsomgrepet etter kapittel 4A byggjer på at det ligg føre motstand. Omgrepet «motstand» tilseier at pasienten må gje eit uttrykk for at han ikkje ønskjer helsehjelpa. Dette går departementet vidare inn på knytt til pbrl.§4-6a i Prop.90 L(2012-2013) s.33, med visning vidare til Ot.prp.nr.64 (2005-2006). Pasienten kan uttrykke motstand fysisk eller verbalt. Uttrykksforma er ikkje avgjerande, og det er i praksis krav til ei tolking av reaksjonane til pasienten, som kan krevje god kjennskap til vedkommande. Motstand frå pasienten er vedkommande sin reaksjon for å avstå frå eit helsehjelpande tiltak. I lys av dette vil vurderinga av om det ligg føre motstand i stor grad vere knytt til tolking av pasientane sine reaksjonar på helsepersonellet sine helsehjelpande handlingar. Det er klart at god kjennskap til pasienten, og måten vedkommande reagerer på, vil kunne styrke vurderingane av innhaldet i reaksjonane til pasienten. Evna til å forstå kva pasienten søker å uttrykke er altså svært sentralt for riktig handsaming av motstandsomgrepet.

Vidare fangar førearbeida opp problematikken knytt til motstand for pasientar med kognitiv svikt, ettersom denne pasientgruppa ofte vil ha vanskeleg for å gje uttrykk for eigenvilje, samt vere konsistent i det dei uttrykk. Om pasienten viser motstand må dermed «baseres på et konkret skjønn» der helsepersonell i tvilstilfelle må «legge[s] til grunn at pasienten motsetter seg tiltaket».⁵⁵ Det kan jamvel merkjast at der det er tale om augneblinkeleg hjelp, har helsepersonellet uansett plikt til å setje i verk behandling, jf.hpl.§7. Ettersom kravet til motstand er eitt av to inngangsvilkår for bruk av kapittel 4A, er vilkåret ein føresetnad for å utløyse rettstryggleiksgarantiane som følgjer ved bruk av kapittel 4A. Ved å leggje til grunn at det ligg føre motstand i tvilstilfella bidreg lova til å sikre pasienten desse rettstryggleiksgarantiane, mellom anna med omsyn til å verne individet sin autonomi og sjølvavgjerdsrett.

⁵⁵ Prop.90 L(2012-2013) s.33

I helsedirektoratet sitt rundskrivet går det fram at utgangspunktet for kapittel 4A er at pasientar i størst muleg grad får den helsehjelpa som dei truleg ville ha takka ja til dersom dei var samtykkekompetente. Det peikast her på at pasientar utan samtykkekompetanse kan ha rasjonelle grunnar for å motsetje seg visse helsehjelpande tiltak.⁵⁶ Det er på det reine at det i praksis vil kunne oppstå vanskelege vurderingar for helsepersonellet på dette punkt, ettersom det konkrete helsefaglege skjønns står sentralt i desse vurderingane. Eit praktisk tilfelle på dette området, kan knytast til bruk av smertestillande medisiner. Ein pasient kan heile livet ha avverja seg frå bruk av slike medisinar, grunna ein generell skepsis til bruk smertestillande medisin. Ved slike høve er det viktig å ha kjennskap til bakgrunnen til pasienten. Dersom helsepersonellet kjenner til at vedkommande alltid har vist motstand mot å ta smertestillande medisin, vil dei betre kunne forstå at det ikkje er pasienten sin manglande samtykkekompetanse som er årsaka til motstand av medisiner. Ettersom føremålet med kapittel 4A er knytt til å gje pasientar den helsehjelpa dei truleg ville ha takka ja til dersom dei var samtykkekompetente, vil slike individuelle omstende kunne spele inn på vurderinga av om ein skal gjennomføre helsehjelpande tiltak. I det tenkte tilfellet vil pasienten sine individuelle omstende tale mot å nytte smertestillande medisin med mindre det er heilt nødvendig, ettersom vedkommande truleg ville ha avstått frå medisinen om han hadde samtykkekompetansen intakt.

Det er klårt at dei skjønnsvurderingane til helsepersonellet kan vere svært vanskelege i praksis, og legg eit stort press på helsepersonellet som stadig må utføre desse konkrete vurderingane. Desse vurderingane føreset både god helsefagleg kunnskap, men òg god kjennskap til den enkelte pasienten og generell forståing av åtferda til pasientar. Desse momenta tilseier at det vil kunne oppstå utfordringar der helsepersonell ikkje får utvikla kjennskap til dei enkelte pasientane, ved at det til dømes er stor variasjon i kven som går til den enkelte pasient, mangel på tid til å bli kjend med dei enkelte pasientane, og vidare. I tilfella der helsepersonellet har god kjennskap til pasienten kan jamvel desse skjønnsvurderingane vere med å sikre at pasienten sine ønskjer blir tekne vare på.

⁵⁶ IS-10/2008 s.28

5.2.1 Motstandssituasjonar i praksis

Under tilsyn i Øystre Slidre kommune dreiv helsetilsynet undersøking knytt til blant anna oppfølginga av tvungen helsehjelp etter pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Knytt til motstandsomgrepet var dette tilsynet retta mot ei vurdering av om kommunen sikra at motstand hos pasientar vart identifisert, samt at slike motstandssituasjonar vart følgd opp med tillitsskapande tiltak, sjå pkt.5.3. Tilsynet skulle vidare sikre at det vart gjort helsefaglege vurderingar av om helsehjelpa kunne gjennomførast med tvang.⁵⁷

Tilsynet hadde primært fokus på å undersøkje om motstandssituasjonar blir fanga opp. Denne vinklinga av tilsynet illustrerer problematikken knytt til å fange opp kva som er «motstand» etter pbrl.§4A-3(1) i dei praktiske situasjonane, idet slik motstand som nemnt kan komme til uttrykk på ulike måtar. Denne vinklinga av tilsynsarbeidet er særleg relevant sett mot forståinga av motstandsomgrepet. Det er på det reine at motstandssituasjonar kan vere vanskeleg å fange opp. Nokre pasientar vil gjerne uttrykke motstand gjennom nølende lydar, tilbakehaldande kroppsspråk og liknande. At desse ulike motstandssituasjonane blir fanga opp er jamvel avgjerande for å sikre etterfølgjande tiltak. Under tilsynet kjem det fram at kommunen ikkje i tilstrekkeleg grad sikrar ei felles oppfatning av kva som reknast som motstand mot helsehjelp. Dette var òg i samanheng med at det ikkje blei gjennomført faste møter med rettleiing rundt reglane i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, etter den første opplæringa av reglane i lova. Manglande felles forståing av motstandsomgrepet er problematisk ved bruk av regelverket i kapittel 4A, idet det medfører ulik forståing av innhaldet i eine inngangsvilkåret til regelverket. Det er dermed viktig at leiinga i den enkelte kommune sikrar at helsepersonellet er oppdatert på innhaldet i vilkåret. Gjennom felles møter, føredrag og liknande, vil leiinga kunne sikre at dei tilsette får ei felles forståing av omgrepet, som burde bidra til å sikre ei felles forståing av situasjonane i praksis.

Resultatet av tilsynet rundt motstandssituasjonane var etter dette at ikkje alle pasientane som gjorde motstand blei følgd opp i tråd med regelverket, samt at det dukka opp tilfelle av tvungen somatisk helsehjelp utan vedtak etter pbrl.§4A-3(2).⁵⁸ Tilsynet går ikkje nærare inn på desse konkrete tilfella. Der er openbart at det er problematisk med tilfelle av tvang utan at desse vilkåra etter pbrl.§4A-3 ligg føre. Det knyt seg vidare ein risiko for brot med kapittel

⁵⁷ Helsetilsynet, 2020

⁵⁸ Helsetilsynet, 2020

4A rundt tilfella der ein ikkje følgde opp motstandssituasjonar som dukka opp. Dette vil bli ytterlegare presisert ved dei resterande vilkåra av pbrl.§4A-3. Det sentrale er jamvel at i dei tilfella kravet til manglande samtykkekompetanse etter pbrl.§4-3 ligg føre og pasienten uttrykk motstand til helsehjelp, er helsepersonellet pliktige til å forsøkje tillitsskapande tiltak samt gjennomføre ei heilskapsvurdering av pasienten sine behov jf. pbrl.§4A-3(1) og (3). For pasientar med manglande samtykkekompetanse er motstand mot helsehjelp det andre inngangsvilkåret etter pbrl.§4A-2. Der begge vilkåra er innfridd slår rettstryggleiksgarantiane etter kapittel 4A inn for pasienten, og helsepersonellet er underlagt visse krav før det kan vere tale om å nytte tvang etter pbrl.§4A-3.

Praksis viser at det kan vere vanskeleg å fange opp tilfelle av motstand i praksis. Dette er problematisk ettersom tilfella der pasienten utøver motstand som overvinnast av helsepersonellet, medfører at det ligg det føre tvang. Det er dermed særst viktig at helsepersonellet er observante på å fange opp desse motstandssituasjonane, og har ei felles forståing av motstandsomgrepet i tråd med pasient- og brukarrettslova.

5.3 Krav om tillitsskapande tiltak

5.3.1 Tillitsskapande tiltak som juridisk vilkår

Det går fram av pbrl.§4A-3(1) at før det kan ytast helsehjelp som pasienten motset seg, må det ha vore forsøkt «tillitsskapande tiltak» med mindre det er «åpenbart formålsløst» å prøve dette. Ordlyden «tillitsskapande tiltak» tilseier at ein må forsøkje andre tiltak som kan skape kontakt med pasienten før ein kan vurdere tvangsbruk for å oppnå helsehjelpa. At tilfellet må vere «åpenbart formålsløst» for at kravet om slike tiltak fell bort, tilseier at det er ein høg terskel for å sjå vekk frå kravet om tillitsskapande tiltak. Dette vil typisk vere tilfelle der einaste moglegheita for å utføre det helsehjelpande tiltaket ovanfor pasienten er ved å overvinne vedkommande sin motstand.

I førearbeidet til pbrl.§4A-3 går det fram at føremålet med tillitsskapande tiltak er å førebyggje og avgrense bruk av tvang for å gje helsehjelp.⁵⁹ Kravet til tillitsskapande tiltak går òg fram av psykisk helsevernlova og helse- og omsorgstenestelova. Førearbeida til psykisk helsevernlova trekk fram at kravet til «åpenbart formålsløst» vil vere knytt til tilfelle

⁵⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.36

der det er umulig å oppnå frivillighet. Dette vil vere i tilfelle der pasienten er heilt ute av stand til å gje samtykke til psykisk helsehjelp.⁶⁰ Denne tolkinga i førearbeidet til psykisk helsevernlova tilseier at det òg i dei situasjonar vi her har for auget er heilt unnataksvis at det vil vere mogleg å sjå vekk frå kravet om tillitsskapande tiltak. Førearbeida til helse- og omsorgstenestelova §9-5 viser vidare til at tvang og makt skal vere siste utveg for å oppnå helsehjelpa, og det er ein føresetnad at alle tilgjengelege og forsvarlege tilnærmingar utnyttast for å unngå bruk av tvang.⁶¹

Det er klart at kravet om tillitsskapande tiltak etter dette må forståast som strengt, med få moglegheiter til å vike frå. Dette slår Helsedirektoratet fast i rundskriv til pasient- og brukarrettslova der det går fram at kravet er eit strengt vilkår, og det skal mykje til for at helsepersonellet ikkje skal forsøkje tillitsskapande tiltak før tvungen helsehjelp. Vidare trekk direktoratet fram døme på bruk av slike tiltak som kan nyttast i konkrete motstandssituasjonar, samt tiltak som kan nyttast på lenger sikt for å oppnå generell tillit hos pasienten som kan bidra til at pasienten ikkje motset seg tilbod om helsehjelp. Her trekk direktoratet til dømes fram viktigheita av kjennskap til pasienten, å gje informasjon til pasienten om kvifor helsehjelpa er nødvendig og om konsekvensane av å unnlate gjennomføring av tiltaket, samarbeid med pårørande for å setje i verk tiltak, og gradvis tilvenning til helsehjelpa.⁶²

5.3.2 Forholdet til helsepersonellet si tilretteleggingsplikt

Kravet om tillitsskapande tiltak har vidare eit nært forhold til helsepersonellet si tilretteleggingsplikt, sjå pkt.5.1.2. I relasjon til kravet til tillitsskapande tiltak uttalar departementet at tilretteleggingsplikta inneber at ein skal legge helsehjelpa til rette ut frå behovet til den enkelte, utan å nytte tvang. Dette inneber at ein legg forholde best mogleg til rette for at pasienten kan samtykke til helsehjelpa.⁶³

Sjølv om kravet til tillitsskapande tiltak og tilretteleggingsplikta overlappar noko, er det jamvel visse skilnadar. Det er særleg viktig å merke seg at tilretteleggingsplikta i pbrl.§4-3(3)

⁶⁰ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) kap.14

⁶¹ Ot.prp.nr.55 (2002-2003) kap.11

⁶² IS-8/2015 s.116-117

⁶³ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.36

er ein del av vurderinga av om pasienten er samtykkekompetent. Oppfylging av tilretteleggingsplikta kan etter dette medføre at pasienten er i stand til å samtykke til helsehjelpa. Dersom ein oppnår dette vil lova sitt kapittel 4A vere irrelevant, idet bruk av dette føreset at manglande samtykkekompetanse ligg føre. Vidare kan ein tolke prinsipielle skilnadar ut frå formuleringa «tillitsskapende tiltak» og innhaldet i tilretteleggingsplikta. Dette er særleg ved at tilretteleggingsplikta søker nettopp å leggje forholda til rette for at pasienten skal vere i stand til å forstå innhaldet i helsehjelpa, og dermed ha samtykkekompetansen intakt. Tillitsskapende tiltak går på den andre sida noko lenger ved å søkje å overtale pasienten til å godta eit helsehjelpande tiltak, i ein situasjon der vedkommande allereie er samtykkeinkompetent. Desse tillitsskapende tiltaka har jamvel likskapstrekk til tilretteleggingsplikta ved at ein ideelt ønskjer at pasienten gjennom desse tiltaka frivillig samtykkjer til helsehjelpa, sjølv om ein ikkje nødvendigvis får vedkommande til å forstå det konkrete behovet for hjelpa, som primært er målet for tilretteleggingsplikta i pbrl.§4-3(3).

5.3.3 Utdrøingar ved praktisering av tillitsskapende tiltak

Kjernen i problematikken knytt til motstandsomgrepet er relatert til helsepersonellet si forståing av kvar grensene for kva som er «motstand» går. Dette inneber utfordringar knytt til forståing av kva tiltak som er definert som tvang. Det kan tenkjast at tillitsskapende tiltak i form av til dømes overtaling vil kunne grense mot tvang ved at tiltaka går nær motstanden til pasienten. Ved praktiseringa av tillitsskapende tiltak er det dermed viktig at ein ikkje går så langt at ein i realiteten utfører tvang. Målet med tillitsskapende tiltak er å motivere og overtale pasienten til å ynskje å ta i mot det helsehjelpande tiltak. Dersom dette lukkast vil det ikkje vere behov for å overvinne individet sin motstand. Føremålet er som lagt til grunn å unngå bruk av tvang ved helsehjelpa.

I praksis ser ein jamvel døme på tilfelle der det verkar relativt tydeleg at det ligg føre «motstand», og der helsepersonellet vidare utfører ei form for tvang utan at det er forsøkt tilstrekkeleg tillitsskapende tiltak. I sak frå 20.02.2017 i helsetilsynet blei det til dømes slått fast ulovleg tvangsbruk ved halding av armar ved stell av ein dement pasient, der det var tydeleg at pasienten viste motstand. Det var i denne saka klårt at det låg føre motstand og at det dermed var tale om tvangsbruk. Helsetilsynet vurderte primært om tvangsbruken medførte

brot på helsepersonellova §4 og kravet til fagleg forsvarleg og omsorgsfull hjelp.⁶⁴ Det går jamvel ikkje fram av saka at det vart nytta noko form for tillitsskapande tiltak før det blei nytta tvang stellet. Saka kan nyttast til å illustrere handteringa av helsehjelp-situasjonen i lys av kravet til tillitsskapande tiltak i pbrl.§4A-3. Det går ikkje fram av saka om pasienten var samtykkekompetent eller ikkje. Det er jamvel presisert at det var tale om ein dement pasient med kjent, sterk uro, og lita forståing for kvifor hjelp blei gjeven. I lys av dette faktagrunnlaget er det nærliggjande å gå ut frå at pasienten heilt eller delvis var fråteken samtykkekompetanse etter pbrl.§4-3. Lagt til grunn at pasienten mangla samtykkekompetanse og uttrykk motstand, er inngangsvilkåra for bruk av kapittel 4A innfridd, jf. pbrl.§4A-3. Forholda ligg då til rette for at helsepersonellet er underlagt plikt til å gjennomføre tillitsskapande tiltak før eventuell bruk av tvang. Slike tiltak vil til dømes kunne vere å søkje å gje informasjon til pasienten om kvifor helsehjelpa er nødvendig, samarbeide med pårørande for å få pasienten til å godta hjelpa, og tolmodigheit ved gradvis tilvenning av helsehjelpa i form av stell, sjå pkt.5.3.1. Det er klårt at dette ikkje blei gjort frå helsepersonellet i den gjeldande saka, der tvangsbruken verkar å vere ein reaksjon basert på pasienten sin utagerande åtfærd. Desse omstenda tilseier at det òg ligg føre brot mot kravet til tillitsskapande tiltak.

Gjennomføring av tillitsskapande tiltak må dermed forsøkjast før ein kan nytte tvang etter pbrl.§4A-3. I praksis vil det dermed særleg vere viktig at helsepersonellet er gode på å fange opp motstandssituasjonar frå pasientar. Deretter er målet at helsepersonellet skal evne å motivere pasienten til å ta i mot helsehjelp utan at tvang er nødvendig. At dette praktiserast på ein god måte i tråd med pbrl.§4A-3 vil dermed bidra til å redusere bruk av tvang, som medfører at pasientar i større grad har rettstryggleiksomsyn knytt til sjølvavgjerdsrett og autonomi intakt.

5.4 Proporsjonalitet- og heilskapsvurdering

5.4.1 Kravet om vesentleg helseskade

Etter pbrl.§4A-3(2) kan det treffast «vedtak om helsehjelp» dersom vilkåra i bokstav a-c er oppfylt. Det går fram av pbrl.§4A-3(2) bokstav a) at det er eit krav om at ei unnlating av å gje helsehjelp «kan» føre til «vesentlig helseskade». Ordlyden «kan» tilseier at det ikkje er eit krav om at unnlating nødvendigvis må medføre vesentleg helseskade. Dette taler for at det er

⁶⁴ Helsetilsynet, 2017

tilstrekkeleg at det er ein viss risiko for at unnlating av helsehjelp vil medføre vesentleg helseskade, og føreset at det gjerast ei vurdering av konsekvensane av at helsehjelpa uteblir. At helseskada er «vesentlig» vil vidare seie at den har eit betydeleg omfang og/eller vil innebere alvorlege konsekvensar.⁶⁵ Kravet til «vesentlig helseskade» set dermed ein relativt høg terskel for tvangsvedtak, idet berre tilfelle som medfører alvorlege konsekvensar for helsa til pasienten kan vurderast for slikt tvangsvedtak. Denne høge terskelen samsvarar godt med pbrl.§4A-1 og føremålet om å avgrense bruk av tvang.

5.4.2 Krav om nødvendig helsehjelp

Etter pbrl.§4A-3(2) bokstav b) er det vidare krav om at helsehjelpa er sett som «nødvendig» for at det skal kunne vere tale om å gripe inn med tvang. Ordlyden tilseier det må liggje føre eit klårt behov for helsehjelp, som forsvarar at det gjerast inngrep i form av tvang.

Førearbeidet legg til grunn at vurderinga av om inngrepet er «nødvendig» må baserast på eit medisinsk fagleg skjønn. Som utgangspunkt legg ein her til grunn at det krevjast mindre enn det som er tilfellet for akutthjelp, der kravet etter hpl.§7 er at hjelpa er «påtrengende nødvendig». Kva som definerast som «nødvendig» må vidare sjåast som helsehjelp som er nødvendig for å hindre «vesentlig helseskade» etter bokstav a).⁶⁶ Førearbeidet si uttale om å vurdere nødvendighet i lys av målet om å unngå vesentleg helseskade, tilseier at ulike tiltak/inngrep kan forsvarast i den grad dei er eigna til å verne pasienten mot vesentleg helseskade. Dette synet støttast vidare av NOU 2019:14. Her går det fram at nødvendighetskravet er retta mot kva som skal til for å hindre eller avgrense skade. Vidare går det her fram at vurderinga av «nødvendighet» først og fremst er knytt til om tiltaket er eigna til å oppnå sitt føremål, altså å hindre vesentleg helseskade jf. bokstav a). I tilfella der det ikkje er eigna, kan ikkje tiltaket vere nødvendig.⁶⁷ Vidare inneber dette at det minst inngripande effektive tiltak skal nyttast. På dette punkt trekk førearbeidet fram handteringa av slike situasjonar i praksis. Her leggjast det til grunn at ein kan prøve ut tiltak som er lite inngripande for å søkje å oppnå føremålet, og deretter eventuelt ta i bruk meir inngripande tiltak i den grad ein ikkje oppnår dette føremålet. Det peikast vidare på problem knytt til tidsfaktorar her, ved at det kan oppstå skade for pasienten dersom ein ikkje lukkast på første hjelpeforsøket.

⁶⁵ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.86

⁶⁶ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.86

⁶⁷ NOU 2019:14 s.306

5.4.3 Proporsjonalitets- og heilskapsvurdering

Det stillast så opp vilkår for tvangsvedtak i pbrl.§4A-3(2) bokstav c) ved at tiltaket må stå i «forhold til behovet for helsehjelpen». Ordlyden peikar her på ei proporsjonalitetsvurdering av inngrepet si styrke sett mot behovet for helsehjelp. Det er krav om at tiltaket må vere klårt meir positivt enn dei negative konsekvensane av å nytte tvang.⁶⁸ Vurderinga blir dermed knytt til ei balansering av målet ein ønskjer å oppnå, sett mot midlar ein nyttar for å oppnå det. Dette heng saman med kravet om nødvendighet, ved at inngrep ikkje skal vere meir inngripande enn nødvendig. Dette heng vidare saman med proporsjonalitetsvurderinga etter EMK art.8(2), sjå pkt.3.1.2.

Sjølv om alle vilkåra i pbrl.§4A-3(1) og (2) bokstav a-c) er oppfylt, er det etter pbrl.§4A-3(3) krav om at helsehjelp berre kan gjevast der det etter ei heilskapsvurdering er den «klart beste løsningen for pasienten». Vidare skal det leggjast vekt på blant anna grad av motstand pasienten uttrykker, og om ein i nær framtid kan forvente at vedkommande får tilbake samtykkekompetansen. Førearbeidet til lova peikar på at det kan vere vanskeleg å sjå skilnadar mellom denne vurderinga i tredje ledd, og proporsjonalitetsvurderinga etter andre ledd bokstav c).⁶⁹ Ein mogleg skilnad som trekkjast fram her er at andre ledd bokstav c) gjev uttrykk for vurderingar av fordelar og ulemper ved inngrepet, jf. ordlyden «står i forhold», medan tredje ledd tek føre seg terskelspørsmålet og kravet til interesseovervekta jf. ordlyden «klar beste løsningen». Desse uttalene tilseier jamvel at dei to vurderingane glir noko over i kvarandre. I den grad tredje ledd tek føre seg vurderinga av terskelen for inngrepet går det fram av førearbeidet at ein må vege dei motstridande omsyna mot kvarandre, med utgangspunkt i behova til pasienten.⁷⁰ Terskelvurderinga må dermed sjåast i lys av proporsjonalitetsvurderinga etter andre ledd bokstav c) ettersom vurderinga i all hovudsak er knytt til ei avveging av pasienten sitt behov for helsehjelp, sett mot ulempa det er for pasienten å bli utsett for eit tvangsinngrep.

⁶⁸ Ot.prp.nr.64(2005-2006) s.86

⁶⁹ NOU 2019:14s.306

⁷⁰ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.86

5.4.4 Utfordringar med proporsjonalitets- og heilskapsvurderingar i praksis

Vurderingane i pbrl.§4A-3 andre og tredje ledd er basert på vurderingar av hjelpebehovet til pasienten i lys av inngrepet si styrke, og føreset helsefagleg skjønn. Dette kan i seg sjølv by på utfordringar ved praktisering av regelverket, idet det stiller store krav til vurderingane til helsepersonellet. Til tross for at dette personellet er trena til å handtere denne typen situasjonar er det lett tenkjeleg at det kan oppstå feilvurderingar, ulik forståing av kvar grensa for nødvendigheit og forsvarleg helsehjelp går, eller ulikt syn knytt til om inngrepet er proporsjonalt ut frå pasienten sitt behov for helsehjelp. Dette set strenge krav til kommunen ved at det må vere tydeleg kven som har ansvar for å vurdere om det skal gjerast tvangsinngrep, og at vedkommande er kjend med og har erfaring med desse skjønnsmessige avvegningane som må gjerast i lys av pbrl.§4A-3. Tilsynet i Sokndal kommune fanga opp delar av denne problematikken. Her var ikkje personellet kjend med rolla til tilsynslege og fastlege i vurderinga av tvungen helsehjelp, til tross for at tilsynslege var ført som fagleg ansvarleg i lovverk og i kommunen si rutine. Tilsynet avdekkja her at dei som var ansvarlege for å fatte tvangsvedtak etter pbrl.§4A-3, ikkje var kjend med vilkåra for å nytte tvang. Fylkesmannen vurderte etter dette at kunnskapsnivået om regelverket var lågt i alle delar av organisasjonen. Denne låge kunnskapen bidrog til at det blei stadfesta brot på pbrl.§4A-3, saman med problematikk knytt til praktisering av motstandsvilkåret og samtykkekompetansevurderingane, sjå pkt. 5.1.1 og 5.2.1.⁷¹ Dette tilsynet viser behovet for klare arbeidsforhold for kven som er ansvarleg for å gjere vurderingar knytt til tvangsvedtak, og viser vidare viktigheita av god kjennskap til tvangsreguleringa i kapittel 4A, idet manglande kunnskap medfører risiko for at kommunen ikkje sikrar nødvendig og forsvarleg helseteneste for ei utsett gruppe.

I sak frå 27.01.2020 i helsetilsynet kjem omsynet til pasienten sitt beste fram som argument ved stell ovanfor pasient i kommunal omsorg. Det var ikkje aktuelt med tvangsbruk ovanfor pasienten, men behov for god tid, vegleiing og merksemd på pasienten. Helsefagarbeidar nytta her jamvel fysisk makt for å ta av pasienten støttestrømper og gjennomførte vask og skifte av klede. Helsefagarbeidaren slo vidare pasienten på låret og trua med å slå pasienten, dersom pasienten slo ville helsefagarbeidaren slå tilbake.⁷² Det er utvilsamt at tvangsbruken var unødvendig og ikkje til pasienten sitt beste i dette tilfellet. Helsetilsynet presiserer særleg

⁷¹ Helsetilsynet, 2020

⁷² Helsetilsynet, 2020

at helsefagarbeidaren ikkje sette pasienten sitt behov først, blant anna behovet til tryggleik og sikkerheit.

Saka ovanfor handlar ikkje direkte om heilskapsvurdering etter pbrl.§4A-3(3), men viser føresetnaden om at ein skal legge vekt på pasienten sitt beste til ei kvar tid. I tilfelle som nemnt ovanfor er det klart at pasienten sitt beste ikkje ligg som utgangspunkt for helsehjelp-situasjonen. Det at denne heilskapsvurderinga ikkje er gjort, utgjer i seg sjølv eit brot etter §4A-3(3).

6.0 Rettsverknad av tvang etter pbrl.§4A-3

Dersom alle vilkåra i pbrl.§4A-3 er innfridd, «kan» helsehjelp gjennomførast med «tvang eller andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten». Ordlyden «kan» tilseier at helsepersonellet ikkje er låst til å omgå motstand hos pasienten, men har moglegheit til dette. Ordlyden «omgå motstand» taler vidare for at tiltaket har som mål å gje helsehjelp til individet, på tross av at vedkommande ikkje ynskjer helsehjelp. Ei naturleg forståing av «omgå» kan tale for at ein forsøker å unngå at pasienten i det heile tatt oppfattar motstandssituasjonen. Dette ville i tilfelle innebere tiltak som pasienten ikkje oppfattar, slik som til dømes å skjule medisin og liknande. Det er vidare på det reine at det òg kan nyttast tvang, som inneber overvinning av motstand, sjå pkt.4.2 og 5.2. Førearbeida trekk fram at «andre tiltak» til dømes kan innebere bruk av narkose for å unngå at pasienten motset seg nødvendig tannbehandling. Vidare peikar førearbeidet på at helsepersonellova §4 om at helsepersonell pliktar å utøve fagleg forsvarleg verksemd, set grenser for kva tiltak som kan nyttast for å gjennomføre helsehjelpa. Bruk av tvang i gjennomføring av helsehjelp set krav til at tiltaka er fagleg forsvarlege, altså allment kjende i fagmiljøet, men innhaldet kan variere over tid ettersom «forsvarlig» er ein rettsleg standard.⁷³ Desse presiseringane i førearbeidet viser at faglege vurderingar står sentralt ved den faktiske gjennomføringa av tvangstiltaket, eller andre tiltak for å omgå motstand.

Pbrl.§4A-4(2) trekk vidare fram at pasientar kan leggjast inn på helseinstitusjon og haldast tilbake, der det er «nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen». Vidare går det fram av

⁷³ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.86

pbrl.§4A-4(3) at dersom lova sine vilkår er oppfylt, kan vidare varslings- og lokaliseringssystem med tekniske innretningar og rørslehindrande tiltak som belte nyttast. Slike tiltak etter andre og tredje ledd er rekna for å vere så inngripande at dei krev særskilt heimel.⁷⁴ Vidare er det presisert i pbrl.§4A-4(4) at helsehjelpa skal vurderast fortløypande og avbrytast straks lova sine vilkår ikkje er til stades. Her skal det vidare leggjast vekt på om helsehjelpa ikkje viser seg å ha ynskja verknad, eller har negative verknadar. Ved desse vurderingane skal helsepersonellet fortløypande vurdere om tvang kan unngåast ved bruk av tillitsskapande tiltak.⁷⁵

7.0 Pasient- og brukarrettslova kapittel 4A i lys av EMK artikkel 8

Det går fram av Grl.§92 at dei statlege styresmaktene skal respektere og tryggje menneskerettane slik dei er fastset i grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg. Dette presiserast vidare i mrl.§1 der det går fram at lova sitt føremål er å styrke menneskerettar si stilling i norsk rett. EMK art.1 skår vidare fast at dei kontraherande partar skal sikre «enhver» dei rettar og fridomar som går fram av konvensjonen, «innen sitt myndighetsområde». Myndeområde til Noreg gjeld for heile landet, sjå Grl.§1. Ordlyden «enhver» tilseier at alle individ skal ha rett til vern etter konvensjonen. Det er ein føresetnad etter Grunnlova, menneskerettslova samt EMK at rettane etter konvensjonen skal sikrast i norsk rett, slik at alle har rett til vern etter konvensjonen. Konvensjonen gjeld dermed for alle inngrep i privat- og familieliv etter EMK art.8 ovanfor fysiske personar, og EMD har til og med slått fast ei vid tolking av bruksområdet til artikkelen i saka Colas EST SA.⁷⁶ Dette inneber at EMK art.8 har eit sterkt vern gjennom nasjonal og internasjonal lovgjeving.

EMK artikkel 8(2) set grenser for kva som skal til for å rettferdiggjere eit offentleg inngrep i retten til privatliv, sjå pkt.3.1. Dette aktualiserer spørsmålet av om tvangsreguleringa i kapittel 4A er i samsvar med denne standarden til EMK. Helsehjelpande tiltak etter pbrl.§4A-3 vil gripe inn i privatlivet til individ og vere omfatta av EMK art.8(1). Lovkravet som er skissert gjennom Grl.§113 og EMK artikkel 8, opnar for spørsmålet av om pbrl.§4A-3 er presis nok til å gje borgaren eit godt nok vern.

⁷⁴ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.86

⁷⁵ NOU 2019:14 s.115

⁷⁶ Aall, 2018, s.57-58

Det er på det reine at pbrl.§4A-3 gjev eit rettsleg grunnlag for inngrep. Inngrep i tråd med pbrl.§4A-3 vil følgeleg møte kravet til at inngrep er i «samsvar med loven» jf. EMK art.8(2). Vidare må inngrep vere nødvendig for å verne helse eller moral, som føreset ei vurdering av om inngrepet er nødvendig og proporsjonalt ut frå målet ein søker å oppnå i lys av midlar ein nyttar, sjå pkt.3.1.2. Pbrl.§4A-1 set som nemnt overordna føremål for kapittelet knytt til å yte «nødvendig helsehjelp» for å «hindre vesentlig helseskade» og «forebygge og begrense bruk av tvang». Føremålet som er sett opp her, er klårt i tråd med omsynet i EMK art.8(2) om å verne helse eller moral. Vidare sikrast dette omsynet etter pbrl.§4A-1 ytterlegare gjennom §4A-3 ved krav om tillitsskapande tiltak. Særleg relevant for vurderinga av om pasient- og brukarrettslova samsvarar til EMK artikkel 8(2) sin standard for inngrep i helse, er kravet i pbrl.§4A-3 andre og tredje ledd knytt til nødvendighets- og proporsjonalitetsvurdering. Kravet om at inngrepet er nødvendig er klårt fremja i pbrl.§4A-3(2) bokstav b), og proporsjonalitetskravet går vidare fram av pbrl.§4A-3 (2) bokstav c) samt pbrl.§4A-3(3), sjå pkt. 5.4. Vilkåra for tvang etter pbrl.§4A-3 fangar dermed opp same vurderingar som EMK artikkel 8(2) ved krav om at inngrep er nødvendig og proporsjonalt ut frå omsyn til pasienten. Dette tilseier at tvangsinngrep utført i samsvar med pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, òg vil samsvare med krava som følgjer av EMK artikkel 8.

8.0 Avsluttande refleksjonar

Etter gjennomgangen av vilkåra for tvang etter pbrl.§4A-3, med fokus på problem knytt til praktisering av dette regelverket, er det visse omsyn som er verdt å nemne avslutningsvis. Problematikken som er dratt fram i NOU 2019:14 knyt seg primært til at enkelte vilkår for bruk av tvang etter pbrl.§4A-3 er oppfatta som uklære for dei tilsette. Dette inneber i praksis at helsepersonellet til dels har manglande kunnskap om regelverket.⁷⁷ Dette momentet stemmer godt overeins med utfordringane som er trekt fram i tilsynsrapportane. To andre punkt som kan by på utfordringar for praktiseringa av regelverket er knytt til organiseringa av helsetenesta, samt manglande arbeidsressursar.

⁷⁷ NOU 2019:14 s.150

8.1 Plikt til forsvarleg organisering av helsetenesta

I tilsynsrapportane som er gjennomgått i denne oppgåva har det dukka opp ein problematikk knytt til kommunane si organisering av eige helseteneste, ved til dømes manglande rutine og fellesmøter. Dette kan vidare sjåast i lys av kravet til forsvarleg helseteneste. Det går fram av helse- og omsorgstenestelova (hol.) §4-1(1) at helse og omsorgsteneste etter lova skal vere «forsvarlige». Kravet om at helsetenesta er forsvarleg er ein rettsleg standard, som inneber at innhaldet delvis setjast fast av normer utanfor lova, altså helsefaglege normer. Kravet viser vidare til ein standard for tenesta sin kvalitet, der tenesta blir ytt i tide og i tilstrekkeleg omfang. Vidare føreset plikta til forsvarleg teneste at verksemda planlegg og sett i verk nødvendige tiltak for å sikre at tenesta er forsvarleg.⁷⁸ Kravet om planlegging og nødvendige tiltak tilseier at det ligg eit organisatorisk krav på kommunen for å sikre at tenesta er forsvarleg.

Det går vidare fram av hol.§4-1(1) a) kommunen skal leggje til rette tenesta slik at den enkelte pasient får eit heilskapleg og koordinert helse- og omsorgstilbod. Dette kravet føreset i stor grad god organisering av helsetenesta, idet det føreset at dei ulike helsetilboda er koordinert slik at føremåla med tenesta kan bli oppnådd.⁷⁹

Vidare er det etter hol.§4-1(1) c) krav om at kommunen legg til rette helsetenesta slik at personell som utførar tenesta blir i stand til å overhalde sine lovpålagde plikter. Dette inneber at kommunen skal organisere helsehjelpa på ein slik måte at personellet er i stand til å utføre tenesta utan å bryte med lovpålagte plikter. I tilsynsrapporten frå Øystre Slidre blei det slått fast brot med hol.§4-1(1) c). Grunngevinga i dette regelbrotet var knytt til at kommunen ikkje la til rette for rettleiing og møtepunkt med fokus på reglane i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A, og sørgja ikkje for at dei tilsette hadde oversikt over kvar samtykkekompetansevurderinga skulle dokumenterast. Dette resulterte i at leiinga ikkje hadde lagt til rette for at dei tilsette hadde ei felles oppfatning av kva som var definert som motstand etter lova, og dette medførte eit brot på kommunen si plikt for å leggje til rette helsetenesta etter hol.§4-1(1) c).⁸⁰ Liknande vart det i Grong kommune slått fast brot på hol.§4-1 ettersom

⁷⁸ Prop.91 L(2010-2011) s.494

⁷⁹ Prop.91 L(2010-2011) s.494

⁸⁰ Helsetilsynet, 2020

det ikkje vart satt inn tilstrekkelege tiltak for å redusere risikoen for brot med reglane i pasient- og brukarrettslova kapittel 4A.⁸¹

Desse tilsynsrapportane viser kor viktig det er med god organisering av helsetenesta. Det er i rapporten frå Øystre Slidre trekt fram at dei tilsetje er flinke til å gjere helsefaglege vurderingar og å nytte til dømes tillitsskapande tiltak. Grunna organisatoriske problem som nemnt ovanfor og manglande oppfølging frå leiinga blei det jamvel slått fast brot med helse- og omsorgstenestelova, samt pasient- og brukarrettslova kapittel 4A. Dette tilseier at det er viktig at kommunane sørgjer for at dei tilsette er oppdatert om gjeldande regelverk innanfor helseretten, til dømes gjennom å halde felles møter med gjennomgang av dette.

8.2 Behovet for utdanning og opplæring i helsetenesta

Utfordringar knytt til manglande kunnskap om tvangsregelverket i pasient- og brukarrettslova og konkrete ferdigheitar ved utøving av dette blei trekt fram som ei sentralt utfordring i NOU 2019:14.⁸² Sakene knytt til kommunen si plikt for å sikre forsvarleg helseteneste etter hol.§4-1 ovanfor aktualiserer viktigheita av opplæring og utdanning for helsepersonellet i helsetenesta. Det er på det reine at kunnskap om regelverket er sentralt for å sikre at det ikkje oppstår brot på dei lovpålagte pliktene til helsetenesta, jf. hol.§4-1(1) c).

Tilsynsrapporten frå Øystre Slidre kan nyttast som døme for å illustrere problematikk knytt til opplæring i helsetenesta, her med fokus på tvangsregelverket. Denne rapporten viste at tilsette hadde fått opplæring, men det var ikkje lagt vidare til rette for rettleiing og faste møtepunkt med fokus på reglane i kapittel 4A. Dette innebar at leiinga ikkje hadde sikra at det låg føre ei felles forståing av kva som var definert som motstand mot helsehjelp, og følgjeleg kva som skulle oppfattast som tvangssituasjonar etter kapittel 4A. Konsekvensen var at pasientar som viste motstand ikkje alltid blei følgt opp i tråd med regelverket.⁸³

Kunnskap om tvangsregelverket, samt opplæring av dei tilsette vart òg trekt fram som vurderingsmoment i tilsynsrapporten i Grong kommune. Her trekkjast det fram som positivt at

⁸¹ Helsetilsynet, 2020

⁸² NOU 2019:14 s.150

⁸³ Helsetilsynet, 2020

dei tilsette har gått gjennom kurs om tvang, men kunnskapsnivået om vurdering av samtykkekompetanse er for svakt. Slik manglande kunnskap medfører auka risiko for brot på gjeldande regelverk. Statsforvaltaren peikar vidare på at refleksjon blant dei tilsette om bruk av tvang og grensene for denne vil bidra til redusering av tvang, og ser det som ei ulempe at slike refleksjonar ikkje er sett i system.⁸⁴

Desse to sakene er trekt fram som døme på at opplæring i form av kurs og refleksjonar er vesentleg for å unngå strid med regelverket. Dette er naturleg ettersom kunnskap om regelverket vil vere ein føresetnad for å overhalde det i praksis. Dersom helsepersonellet byggjer på ulik oppfatning av kva som er definert som «motstand» etter kapittel 4A, vil dette vere problematisk ettersom pasientar som uttrykk slik motstand har visse rettstryggleiksgarantiar etter lova sitt kapittel 4A som må følgjast. I tilfelle der motstandssituasjonar ikkje blir oppfatta vil det oppstå risiko for at gjennomførte tiltak vil vere i strid med kapittel 4A, til dømes ved at det ikkje blir utført tillitsskapande tiltak. Det er jamvel klart at det vil vere vanskeleg å oppnå ein situasjon der alle tilsette har felles forståing av kva som ligg i «motstand». Dermed vil det vere viktig at andre omsyn som til dømes kva som er til pasienten sitt beste, kva som er det minst inngripande tiltaket i tråd med proporsjonalitetskravet, og vidare, er innarbeida blant dei tilsette.

Helsesektoren har vidare utstrekt bruk av ekstravakter, sommarvikarar, og andre som gjerne ikkje har noko bakgrunn i helsefagleg utdanning. For at praktiseringa av helsetenesta skal fungere i lys av lovrettslege krav, er det dermed ein føresetnad at det ligg føre gode rammer for opplæring og fokus på organisatoriske krav. Kravet om forsvarleg helseteneste etter hol.§4-1(1) c) føreset dermed i praksis at det er gode rutinar på opplæring for dei tilsette for å unngå strid med lovpålagte plikter. Dette er eit leiaransvar av stor betydning for kvaliteten på den helsehjelp som ystast.

8.3 Ressursknappheit

Manglande arbeidsressursar kan tenkjast å vere ei nærliggjande årsak til at det vil vere risiko for at det oppstår feilaktig bruk av tvang. Ulike rapportar viser at praktisering med å låse dører

⁸⁴ Helsetilsynet, 2020

for å beskytte pasientar på eit generelt grunnlag, framleis ikkje er uvanleg.⁸⁵ Her viser førearbeidet vidare til Helsetilsynet sitt tilsyn frå 2010/2011 der det blei avslørt at hovuddøra til avdelinga mange stadar blei låst mesteparten av døgnet utan at det låg føre vedtak for nokre av pasientane. Det er klårt at å låse dører slik som dette er eit tvangsinngrep i seg sjølv. Dette vil kunne vere problematisk ut frå omsyn til vern om eige privatliv og sjølvråderett.

Som eit praktisk døme kan ein sjå føre seg ein situasjon der helsepersonell stengjer avdelingsdøra slik at pasientane på avdelinga ikkje er i stand til å gå ut. Omsynet med å halde døra stengt kan til dømes tenkjast å vere knytt til at helsepersonellet ikkje hadde ressursar tilgjengelege for å passe på døra, og dermed låste den for å sikre at pasientar ikkje gjekk ut og vart utsett for skade. Vedkommande pasientar ynskjer jamvel å gå ut for å lufte seg, men kjem seg ikkje fysisk ut frå avdelinga. I eit slikt tenkt tilfelle vil det fort oppstå tvang i strid med lova, ved at tiltaket om å låse døra er i strid med pbrl.§4A-3. Det er på det reine at dette ikkje kan forsvarast ut frå ein argumentasjon om manglande ressursar på arbeidsplassen, men manglande ressursar kan jamvel tenkjast å vere ein forklaringsfaktor på kvifor slike tilfelle oppstår. Helsepersonellet har òg ei plikt til å sjå til at pasientane ikkje blir skada, ved å til dømes bevege seg ut i trafikken. Dette inneber at enkelte pasientar vil ha behov for ekstra ressursar dersom ein skal unngå slike «enkle» løysingar som å låse døra til avdelinga.

Fleire av krava som er stilt opp etter pasient- og brukarrettslova, som til dømes tilretteleggingsplikta, kravet om å prøve tillitsskapande tiltak, gjennomføringar av dei individuelle og konkrete vurderingane for helsehjelpa til pasienten, føreset alle at dei tilsette har tidsressursar å nytte til den enkelte pasient. Det er på det reine at problem med til dømes gjennomføring av tillitsskapande tiltak, kan ha bakgrunn i at ein har mangel på tid til den enkelte pasient, idet ein gjerne skal vidare til fleire pasientar i ettertid. Dette tilseier at auka arbeidsressurs i helseinstitusjonar i visse tilfelle vil kunne vere nødvendig for å møte krava i pbrl.§4A-3, særleg der pasientgruppa er «krevjande» ved at dei vil ha behov for ekstra ressursar for å gjennomføre daglege tiltak.

⁸⁵ NOU 2019:14 s.154

9.0 Litteraturliste

9.1 Litteratur

- Aall, J (2015) Forholdsmessighet som vilkår for inngrep, i Karl Harald Søvig (red.) *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*. Bergen: Fagbokforlaget, s.77-110
- Aall, J (2018) *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Engelsrud, G, Jahren, G og Sletnes, I (2020) *Kommunalrett Oppgaver, organisering og kontroll*. Oslo: Cappelen Damm AS.
- Nygaard, N (2017) *Rettsgrunnlag og standpunkt*. Oslo: Universitetsforlaget AS
- Søvig, K.H (2018) Ulike tvangsbegrep i norsk velferdsrett, i Henriette Sinding Aasen (red.) *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*. Bergen: Fagbokforlaget, s.35-57

9.2 Lover

- Lov 17.mai 1814 om Kongeriket Noregs grunnlov
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåtar i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- Lov 5.august 1994 nr.55 om vern mot smittsame sjukdomar (smittevernloven)
- Lov 21.mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 2.juli 1999 nr.62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
- Lov 2.juli 1999 nr.63 om pasient- og brukarrettar (pasient- og brukarrettighetsloven)
- Lov 2. juli 1999 nr.64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)
- Lov 24.juni 2011 nr.30 om kommunale helse- og omsorgstenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

9.3 Konvensjonar

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen)

9.4 Lovførearbeid

- Ot.prp.nr.12 (1998-1999)
- Ot.prp.nr.55 (2002-2003)
- Ot.prp.nr.64 (2005-2006)

- Prop.91 L(2010-2011)
- Dok.16(2011-2012)
- Prop.90 L(2012-2013)

9.5 Domsavgjerder

9.5.1 Avgjerder frå EMD

- Handyside-dommen: EMDs dom 7. desember 1976, *Handyside mot Storbritannia*, avsnitt 49.
- Olsson-dommen: EMDs dom 24.mars 1988, *Olsson mot Sverige avsnitt 67*
- Pretty-dommen: EMDs dom 29.april 2002, *Pretty mot Storbritannia*, avsnitt 63.
- Storck-dommen: EMDs 19.juli 2018, *Storck mot Tyskland*, avsnitt 178.

9.5.2 Avgjerder frå Høgsterett

- Rt.1995 s.530
- Rt.2010 s.612
- HR-2018-2204-A

9.6 Offentlege dokument

9.6.1 Rundskriv

- IS-10/2008 s.28, Helsedirektoratet sitt rundskriv til lov om pasientrettigheter kapittel 4A, IS-10/2008, *Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen.*
- IS-8/2015, Helsedirektoratet sitt rundskriv til pasient- og brukerrettslova, *Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer.*

9.6.2 NOU

- NOU 2019:14

9.6.3 Rapportar

- Helsetilsynet (2017) *Holding av armer ved stell av dement pasient – sykepleier brukte ulovlig tvang.* Tilgjengeleg frå: <https://www.helsetilsynet.no/tilsyn/tilsynssaker/holding-av-armer-ved-stell-av-dement-pasient--sykepleier-brukte-ulovlig-tvang/>(Henta: 05.06.2021)

- Helsetilsynet (2020) *Rapport fra landsomfattende tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Grong kommune*. Tilgjengeleg frå: [Rapport fra landsomfattende tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Grong kommune 2020 | Helsetilsynet](#) (Henta: 05.06.2021)
- Helsetilsynet (2020) *Rapport fra tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Sokndal kommune*. Tilgjengeleg frå: [Rapport fra tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Sokndal kommune 2020 | Helsetilsynet](#) (Henta: 05.06.2021)
- Helsetilsynet (2020) *Rapport frå tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Tingvoll kommune*. Tilgjengeleg frå: [Rapport fra tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester i Tingvoll kommune 20202020 | Helsetilsynet](#) (Henta: 05.06.2021)
- Helsetilsynet (2020) *Rapport frå tilsyn med tvungen somatisk helsehjelp til pasientar som ikkje har samtykkekompetanse og som motseg seg helsehjelp ved Øystre Slidre sjukeheim*. Tilgjengeleg frå: [Rapport frå tilsyn med tvungen helsehjelp til pasientar som ikkje har samtykkekompetanse og som motset seg helsehjelp ved Øystre Slidre sjukeheim | Helsetilsynet](#) (Henta: 05.06.2021)
- Helsetilsynet (2020) *Slag og trussel mot pasient under stell – advarsel til helsefagarbeider*. Tilgjengeleg frå: [Slag og trussel mot pasient under stell – advarsel til helsefagarbeider | Helsetilsynet](#)(Henta: 05.06.2021)

9.7 Internettartiklar

- Helsetilsynet (2021) *Oppgåver og organisering – Statens helsetilsyn*. Tilgjengeleg frå: [Oppgåver og organisering – Statens helsetilsyn | Helsetilsynet](#) (Henta: 05.06.2021)
- Nasjonalforeningen, (2021) *Alzheimers sykdom*. Tilgjengeleg frå: [Alzheimers sykdom \(nasjonalforeningen.no\)](#) (Henta: 05.06.2021)