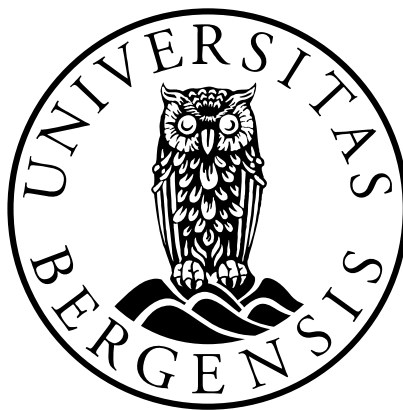


Vergens og pårørendes rettigheter etter helselovgivningen ved avgjørelser som gjelder personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse

Kandidatnummer: 97

Antall ord: 13716



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning	3
1.1 Introduksjon av emne.....	3
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Avgrensning.....	6
1.4 Rettskilder og metode	6
1.5 Fremstillingen videre	7
2 Vergemålsinstitusjonen.....	9
2.1 Formålet og grunnleggende hensyn	9
2.2 Vergemålsordningene	10
2.3 Vergens kompetanse	11
3 Begrepsavklaring	14
3.1 Samtykke og samtykkekompetanse	14
3.1.1 Samtykke.....	14
3.1.2 Samtykkekompetanse	15
3.2 Hvem har rettigheter som «nærmeste pårørende» - forholdet til vergen	17
4 Nærmere om ulike rettigheter til pårørende og verge etter helselovgivningen	19
4.1 Rett til informasjon og medvirkning.....	19
4.1.1 Pårørende	19
4.1.2 Verge.....	20
4.2 Klagerett.....	21
4.2.1 Introduksjon	21
4.2.2 Pårørende	22
4.2.3 Verge.....	24
4.3 Andre rettigheter etter helse- og omsorgstjenesteloven.....	26

4.4	Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7	27
5	Rettspolitiske vurderinger med avsluttende bemerkninger.....	31
5.1	Hensiktsmessighetsvurdering av gjeldende rett.....	31
5.2	Bør pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 oppheves?	32
5.2.1	Dobbel representasjonsrett.....	32
5.2.2	Svakheter ved dagens lovgivning	33
5.3	Bør vergen rykke frem i køen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b?37	
5.3.1	Sivilombudsmannens vurdering av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b	37
5.3.2	Kritikk til Sivilombudsmannens vurdering.....	38
5.3.3	Burde verge og pårørende likestilles i helselovgivningen?	40
5.4	Avsluttende bemerkninger	42
	Litteraturliste.....	45

1 Innledning

1.1 Introduksjon av emne

Psykisk utviklingshemming, om enn en noe upresis betegnelse¹, er en «samlebetegnelse for en rekke ulike tilstander som medfører en intellektuell funksjonsnedsettelse».² Selv om personer med utviklingshemming ikke er en ensartet gruppe på lik linje som funksjonsfriske ikke er en ensartet gruppe, vil den intellektuelle funksjonsnedsettelsen medføre noen særlige behov. På generelt grunnlag vil personer med nedsatt funksjonsevne være en mer sårbar gruppe sammenlignet med befolkningen for øvrig.

FN har i sin konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 16 nr. 2 pålagt partene i avtalen å «take all appropriate measures to prevent all forms of exploitation, violence and abuse by ensuring, inter alia, appropriate forms of gender- and age-sensitive assistance and support for persons with disabilities». Når FN har pålagt medlemsstatene å treffe disse tiltakene for personer med nedsatt funksjonsevne så er det fordi FN anerkjenner at gruppen i sin helhet blir mer utsatt for slike hendelser. Nasjonale og internasjonale undersøkelser viser at de personene med psykisk utviklingshemming som blir utsatt for vold og overgrep har gjerningspersoner som offeret kjenner godt.³

Mange med utviklingshemming har somatiske lidelser på lik linje som resten av befolkningen. De er også ekstra sårbare fordi årsaken til den psykiske utviklingshemmingen, for eksempel en kromosomfeil, kan medføre andre somatiske lidelser. Det har også vist seg at det blant personer med psykisk utviklingshemming er høyere risiko for livsstilsrelaterte sykdommer, samt større risiko for psykisk sykdom.⁴

Vergemålslovgivningen er et resultat av de «hensiktsmessige tiltakene» som kreves fra FN. En verge kan ha vergeoppdrag som favner utover vergemålsloven. Blant annet kan vergen ha mandat i personlige forhold som omhandler helselovgivningen. Vergen skal fungere som en

¹ Aslak Syse, *Norsk Lovkommentar: Steriliseringsloven*, note 3, Rettsdata.no (lest 15. november 2020).

² NOU 2016: 17 s. 27 På lik linje, grunnleggende rettigheter for utviklingshemmede

³ Ibid. s. 174 som henviser til Furey, Niensen & Jill. J (1994). «Sexual abuse of adults with Mental Retardation.» I *Sexuality and disability*. Årgang 12.4 s. 285-295

⁴ Ibid. s. 98

støttefunksjon for vergehaver, og være dobbel representasjon der det er tale om bruk av tvang og makt.

Sammenlignet med pårørende har vergen en mindre fremtredende rolle direkte i lovteksten. Vergen er på selvstendig grunnlag nevnt i lovgivningen i pasient- og brukerrettighetsloven og i helse- og omsorgstjenesteloven, men da med en klar overvekt i sistnevnte lov.

1.2 Aktualitet

Personer med psykisk utviklingshemming vil ofte ha pårørende eller verge som står de nær. Pårørende anses som en stor ressurs for brukergruppen⁵, spesielt dersom personen med psykisk utviklingshemming ikke har samtykkekompetanse etter helselovgivningen. Da er pårørende ansett både som en ressurs for pasienten og brukeren og for helsepersonellet, og pårørende får da automatisk enkelte rettigheter. Grovt sett kan man si at de pårørende er i samme stilling som brukeren eller pasienten. Også vergen kan ha noen rettigheter etter helselovgivningen.

Temaet for denne oppgaven er å redegjøre for og sammenligne rettighetene til vergen med pårørendes rettigheter etter helselovgivningen. Spørsmålet blir videre om vergen og de nærmeste pårørende kan ha rettigheter parallelt, også der det ikke kommer frem av lovgivningen. Det legges til grunn for oppgaven at pasient eller bruker er personer med psykisk utviklingshemming som ikke har samtykkekompetanse.

En personlig verge med mandat innenfor helsespørsmål vil kunne anses som den nærmeste pårørende dersom pasient eller bruker ikke har oppgitt andre som sin pårørende. I Aslak Syse sin lovkommentar til pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, fremkommer det at det er «uavklarte gråsoner mellom prosessuelle rettigheter tildelt nærmeste pårørende og pasientens verge» og at dette kommer klart frem når pasient eller bruker ikke kan komme med egne synspunkter på slike kompetansetvister.⁶ Syse setter med dette på spissen problemstillingen for denne oppgaven: Hva gjelder når vergen har kompetanse på

⁵ Helsedirektoratet, Veileder om pårørende i helse- og omsorgstjenesten IS-2587 s. 2

⁶ Aslak Syse, *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, note 8, Rettsdata.no (lest 6. oktober 2020)

helserettslige spørsmål, men det finnes andre personer som er ansett som nærmeste pårørende?

Norge er et rettighetssamfunn der veldig mange av våre rettigheter som borgere er lovfestet. Dette gjelder også for pårørendes rettigheter etter helselovgivningen. Rettighetene til de pårørende etter helselovgivningen er omfattende og involverer alt fra rett til å medvirke med pasienten, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 (3), til å uttale seg der ansatte ved en omsorgsbolig ønsker å bruke epilepsialarm, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 a. I hvilken grad vergen har rettigheter i slike tilfeller er i liten grad regulert. Det finnes heller ikke særlig mye litteratur eller praksis på området.

En verge kan bli oppnevnt når en person ikke lenger evner å ta vare på seg selv eller sine egne interesser, jf. vergemålsloven § 20. Vergens overordnede ansvar er da å ivareta disse interessene, og interessene kan være både økonomiske og personlige.

De ulike rettighetene og interessene til en vergehaver kan komme i konflikt med andres interesser på vegne av vergehaver. For eksempel kan vergen ønske på vegne av vergehaver å fortsette livsforlengende behandling, mens pårørende mener vergehaver ønsker å avslutte livsforlengende behandling. Dersom vergehaver da ikke har mulighet til å bestemme selv, er interessene i konflikt.

Når man havner i slike situasjoner der vergen og de nærmeste pårørende er uenige om hva som er pasient eller brukers ønske, hva skjer da? Til slutt er det helsepersonellet som bestemmer hva behandlingen skal bestå av, og om behandling skal gjennomføres, men også helsepersonellet skal legge pasient eller brukers ønske til grunn. Da kan man havne i en situasjon der helsepersonellet mener én ting er best for pasient og bruker, mens pårørende hevder ønsket til pasienten eller brukeren er noe helt annet. Vergen på sin side kan ha en helt annen mening om hva pasient eller brukers ønske er, eller vergen kan mene pasient eller bruker ønsker det samme som helsepersonellet. Da er det plutselig tre personer som er i konflikt med hverandre, og vi har en pasient eller bruker som ikke har mulighet til å ytre hva hen selv mener.

I lovgivningen er rettighetene til de pårørende relativt omfattende, mens rettighetene til vergen er relativt knappe. Har det vært intensjonen til lovgiver å begrense vergens rettigheter? Kan vergens rettigheter stille parallelt med de pårørende sine selv om det ikke står i

lovteksten? Burde vergen og pårørendes rettigheter stå likt? Dette er blant de spørsmål jeg skal søke å svare på i denne oppgaven.

1.3 Avgrensning

Både vergelovgivningen og pårørendes rettigheter deles i to – barn under 18 år og personer over 18 år. Den helserettslige myndighetsalder er derimot 16 år, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 (1). Oppgaven avgrenses til personer som er myndige, slik at ulik regulering av myndighetsalder i lovgivningen ikke er sentralt for denne redegjørelsen. Dette fordi det for barn under 18 år på generelt grunnlag hører foreldrerollen til å utøve denne myndigheten.

Brukergruppen som vil bli redegjort for er personer med psykisk utviklingshemming som ikke har samtykkekompetanse. Videre begrenser oppgaven seg til helselovgivningen i helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven.

Oppgaven i sin helhet avgrenses mot fremtidsfullmakter og verger som kun er oppnevnt i økonomiske forhold. Temaet for oppgaven er dermed verger med mandat som omfatter det personlige området.

1.4 Rettskilder og metode

Vergens rettigheter etter helselovgivningen kommer frem av pasient- og brukerrettighetsloven samt helse- og omsorgstjenesteloven. Vergemålsloven er mindre tydelig på hva vergen sin funksjon er i helsesaker. Likevel må en se til vergemålsloven for å finne hvilke rettigheter og enkelte plikter vergen har, som kan medføre ytterligere rettigheter etter helselovgivningen. Helselovgivningen gir kun noen utgangspunkt for vergens rettigheter, og mange av spørsmålene er uavklart. Pårørendes rettigheter derimot, fremkommer klart av lovgivningen.

Vergemålslovgivningen er et resultat av FN-konvensjonen 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, som har stilt krav til intern lovgivning og praksis i medlemslandene.⁷ Formålet til CRPD er «to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and

⁷ Karin M. Bruzelius, *Norsk Lovkommentar: Vergemålsloven*, note *, Rettsdata.no (lest 15. september 2020)

to promote and respect for their inherent dignity».⁸ Norge er bundet av CRPD, men den er ikke implementert til norsk lov. Det ligger likevel til grunn at norsk lov skal tolkes i samsvar med CRPD for å unngå motstrid så langt det er mulig.

Vergemålsloven, lov 26. mars 2010 nr. 9 lov om vergemål, bygger på konvensjonens grunnleggende prinsipper – funksjonshemmedes menneskerettigheter og verdighet, og bør således ligge til grunn ved tolkningen av den.

Pasient- og brukerrettighetsloven, lov 2. juli 1999 nr. 63 lov om pasient- og brukerrettigheter, er en egen pasientrettighetslov med forarbeider, praksis og en del juridisk litteratur. Det samme gjelder for helse- og omsorgstjenesteloven, lov 24. juni 2011 nr. 30 lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Forholdet mellom vergemålsloven og helselovgivningen er omtalt i NOU 2019: 14 og vil bli redegjort for underveis i oppgaven.

Generelt er rettskildebildet for vergens rettigheter minimalt. Det finnes lite til ingen rettspraksis som kaster lys over problemstillingen. Forarbeider svarer på noe, men langt fra alt. Det finnes flere veiledere og rundskriv som derimot *kan* si noe om temaet, men det er lite berørt. Også juridisk teori har omgått temaet i stor grad.

1.5 Fremstillingen videre

Denne redegjørelsen av vergen og pårørendes rettigheter etter helselovgivningen er delt inn i fem deler, hvorav del én utgjør denne innledningen.

I fremstillingens del to tar jeg for meg vergemålsinstitusjonen slik den fremstår i dag. Vergemålsloven er en relativt ny lov som kom i 2010 og trådte i kraft i 2013. Da den nye vergemålsloven ble vedtatt, var det for å tilpasse seg ny konvensjon fra FN. Da var målet at vergemålet i større grad skulle være individtilpasset. Ord og uttrykk ble endret; man er ikke lenger umyndig, man har mistet sin rettslige handleevne. Avslutningsvis ser jeg på vergens rolle etter lovgivningen.

⁸ UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 1 Purpose

I del tre fortsetter jeg med noe begrepsavklaring. Dette fordi det er grunnleggende å forstå viktigheten av både samtykke og samtykkekompetanse for den personlige autonomien. Innenfor helseretten skal det i utgangspunktet alltid ligge til grunn et samtykke. Det finnes dog flere eksempler på at det ikke alltid kan gis et samtykke. Det kan blant annet være på grunn av at vedkommende pasient eller bruker ikke har samtykkekompetanse, eller fordi vedkommende var bevisstløs da helsehjelpen ble gitt.

Det er også for fremstillingen viktig å se på hvem pårørende er etter helselovgivningen. Både pasient- og brukerrettighetsloven og helse- og omsorgstjenesteloven legger pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b til grunn for denne vurderingen.

Del fire er hoveddelen. Den redegjør for forskjellene og likhetene mellom pårørende og vergen etter helselovgivningen. Oppstillingen er systematisk slik at man ser på pårørendes rettigheter først, og vergens rettigheter til det samme etterpå.

Avslutningsvis i del fire blir det sett på pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7. Det er en bestemmelse som gir vergen en selvstendig rettighet som pårørende ikke har. Den gir vergen rett til å samtykke på vegne av en pasient eller bruker som har mistet sin rettslige handleevne etter vergemålsloven § 22 (3). I NOU 2019: 14 foreslås bestemmelsen opphevet.

Del fem er avslutningen. Her blir det sett på problemstillinger som ble reist innledningsvis. Avslutningen er rettspolitisk og det blir foretatt en hensiktsmessighetsvurdering av gjeldende rett. Videre ytres det kritikk til nevnte NOU 2019: 14 sitt forslag om å oppheve pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7.

Deretter blir det gjort en vurdering av om pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b bør endres for å gi vergen en bedre mulighet for å gi vergehaver den støtten hen har krav på.

Helt til slutt stilles det noen kritiske spørsmål til verge og pårørendes roller og om de burde ha rettigheter parallelt, og om vergens syn egentlig er objektivt – som argumentert for i samme del.

2 Vergemålsinstitusjonen

2.1 Formålet og grunnleggende hensyn

Vergemålsloven fra 2010 avløste umyndiggjørelsesloven av 1898 og den gamle vergemålsloven (lov om vergemål for umyndige) av 1927. Ved innføringen av den nye vergemålsloven ble det lokale ansvaret for vergetrengende overført fra kommunen til staten, der Fylkesmannen skal føre tilsyn med vergene, mens Statens sivilrettsforvaltning fører tilsyn med Fylkesmannen.

Formålet med den nye loven var å tilpasse vergemålslovgivningen til FN-konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Følgelig ble det innført et «individtilpasset vergemål»⁹. Formålet med vergemålsloven, i tillegg til å ivareta rettighetene fra CRPD, er å «oppstille regler til vern for personer som på ulike måter – og i ulik grad – ikke er i stand til alene sørge for sine interesser på det økonomiske og/eller personlige området».¹⁰

En verge vil ofte være fra vergehavers familie eller noen som står vergehaver nært på andre måter. Dersom vergehaver ikke har noen nærstående som egner seg etter mandatet, kan Fylkesmannen, eller fra nyttår *Statsforvalteren*¹¹, oppnevne en av sine faste verger, en såkalt offentlig oppnevnt verge. Et vergemålsmandat vil kunne omfatte personlige gjøremål eller økonomiske forhold, men vil også kunne omfatte begge deler.

Av 43 600 verger var cirka 37 700 verge for bare én person.¹² Det legges til grunn at det ofte vil være de som kun er verge for én person, også er å anse som nær familie. Følgelig vil disse også anses som nærmeste pårørende, se punkt 3.2.

Det fremkommer av lovteksten at «den som har fylt 18 år, og som på grunn av sinnslidelse (...) ikke er i stand til å ivareta sine interesser» kan settes under vergemål, jf. vergemålsloven § 20. En av vergens mest vesentlige oppgaver er å sørge for at vergehavers interesser blir vektlagt, spesielt der vergehaver ikke har mulighet til å uttrykke meningen sin selv. Derimot

⁹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) s. 41

¹⁰ NOU 2004: 16 Vergemål s. 33

¹¹ Hallvard Norum, «Fylkesmannen skal heretter hete statsforvalter», NRK nett, 26. oktober 2020 https://www.nrk.no/norge/fylkesmannen-skal-heretter-hete-statsforvalter_-1.15215233 (lest 26. oktober 2020)

¹² Prop. 1 S (2020-2021) Statsbudsjettet, Justis- og beredskapsdepartementet s. 149

sier vergemålsloven eller forarbeidene lite om den personlige vergen sin stilling etter helselovgivningen.

Et vergemål på det personlige området omfatter «andre former for representasjon og ivaretagelse av rettigheter utover det økonomiske området».¹³ Når vergemålsloven sier at vergemålet kan være «personlig» i § 21 andre avsnitt, omfatter det vanligvis «representasjon og ivaretagelse av rettigheter utover det rent økonomiske»¹⁴. Det gir ikke vergen rett til «å stemme ved valg, inngå ekteskap, erkjenne farskap, samtykke til donasjon av organer, opprette eller tilbakekalle testament, samtykke til tvang eller kompetanse i andre særlige personlige forhold, uten særskilt hjemmel i lov» jf. vergemålsloven § 21 fjerde avsnitt. Hva som er «andre særlige personlige forhold» vil «varierte fra person til person» og det kan ikke angis konkret hvor den nedre grensen skal trekkes.¹⁵

Vergens oppgaver på det personlige området vil ofte være å sørge for at vergehaver får de støttetiltak hen har krav på og annen bistand. Verger for pasienter eller brukere med psykisk utviklingshemming kan også ha mandat innenfor helse, blant annet der det skal brukes tvang (helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9), og samtykke til helsehjelp for pasienter som har mistet sin rettslige handleevne (pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7). Problemet er imidlertid hva som gjelder utenfor disse klart lovregulerte områdene.

2.2 Vergemålsordningene

Det finnes to typer vergemål – ordinært vergemål og vergemål med fratakelse av rettslig handleevne. Den vanligste formen er ordinært vergemål, slik den fremkommer av vergemålsloven § 20, som vil si at vergemålet baseres på frivillighet. Det forutsetter at den hjelpetrengende samtykker dersom vedkommende er i stand til det. Den hjelpetrengende trenger derimot ikke å samtykke dersom vedkommende «ikke er i stand til å forstå hva et samtykke innebærer». Dersom det er mulig skal den hjelpetrengende bli hørt før vedkommende blir satt under vergemål, slik at selvbestemmelsesretten blir i sterkest mulig

¹³ Statens sivilrettsforvaltning «Min rolle som verge», Vergemålsportalen www.vergemal.no/?cat=447450 (lest 15. november 2020)

¹⁴ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge, Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017 s. 218

¹⁵ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) s. 180

grad ivaretatt.¹⁶ En annen forutsetning for ordinært vergemål er at det må være behov for å ha verge.

Vedtak om vergemål med fratakelse av rettslig handleevne er mye mer inngripende sammenlignet med et vedtak om ordinært vergemål. Den hjelpetrengende har da blitt fratatt sin evne til å binde seg rettslig i de forhold som ligger til grunn for mandatet. Av 64 000 vergeforhold per 20. august 2020 var det kun 260 personer som var fratatt sin rettslige handleevne¹⁷, noe som vil si at terskelen er meget høy for et så inngripende vedtak. Ved fratakelse av sin rettslige handleevne skal den hjelpetrengende bli hørt før vedkommende blir satt under vergemål. Videre skal ikke mandatet her heller gå lenger enn nødvendig. Forutsetningen for å bli fratatt sin rettslige handleevne i personlige forhold er at det må være en «betydelig fare for at han eller hun vil handle på en måte som i vesentlig grad vil være egnet til å skade hans eller hennes interesser» jf. vergemålsloven § 22 (3).

Før en kan frata noen sin rettslige handleevne er det et krav om at man må ha forsøkt mindre inngripende tiltak, og ansett disse som ikke tilstrekkelig til å ivareta hjelpe- og beskyttelsesbehovet til den enkelte. Dette fremkommer av minste middelsprinsippet i § 21 tredje avsnitt andre setning, og også her skal vergemålet være individtilpasset.¹⁸ For ordinært vergemål opprettes vergemålet av Fylkesmannen. Dersom man skal frata noen sin rettslige handleevne på ett eller flere områder, er det ansett som så inngripende at det er domstolen som blir avgjørelsesmyndighet.

2.3 Vergens kompetanse

En verge blir oppnevnt av Fylkesmannen, og en verge kan, enten ved ordinært vergemål eller vergemål med fratakelse av rettslig handleevne, kun foreta handlinger og beslutninger innenfor sitt mandat. Vergens mandat blir utformet ved opprettelsen av vergemålet. Det er klart at mandatet ikke skal gå lenger enn nødvendig. Vergen skal alltid handle i tråd med personen sine ønsker, om personen ikke kan ytre sine ønsker må man handle slik det er mest nærliggende å tro at personen ville ønsket.¹⁹ Har vedkommende mistet sin rettslige

¹⁶ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) s. 52

¹⁷ Prop. 1 S (2020-2021) Statsbudsjettet, Justis- og beredskapsdepartementet s. 149

¹⁸ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge, Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017 s. 244

¹⁹ Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål (vergemålsloven) s. 93, jf. Europarådets rekommendasjon 12 (99) 4 om prinsipper vedrørende den rettslige beskyttelse av inkapable voksne

handleevne på området eller ikke er i stand til å forstå, har vergen større spillerom og vergehavers vilje trenger ikke tillegges like stor vekt. Vergehaver skal likevel som sagt alltid høres.

Det er i praksis og i juridisk teori noe usikkert om vergemålet kan omfatte interesser innenfor helseområdet, og i så fall i hvor stor utstrekning mandatet rekker. Dersom vedkommende pasient eller bruker ikke har samtykkekompetanse *kan* vergen samtykke. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 kan vergen samtykke på vegne av pasienten der hvor pasienten har mistet sin rettslige handleevne. Da trer vergen inn med «full kompetanse»²⁰. Vergen går foran eventuelle personer som ellers vil kunne anses som nærmeste pårørende i medhold av oppregningen og rekkefølgen nevnt i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Dette er uomtvistelig etter gjeldende rett.

Det er der det foreligger et ordinært vergemål der vedkommende ikke er samtykkekompetent, men heller ikke har mistet sin rettslige handleevne, det oppstår noe tvil. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 skal helsepersonellet høre på pasientens pårørende når helsehjelp skal gis. Det fremgår av § 1-3 bokstav b at verge med mandat på det personlige området kan anses som nærmeste pårørende. Dersom vergen ikke er nærstående, og pasient eller bruker har andre som vil anses som nærstående, blir dette kun aktuelt dersom vedkommende peker ut vergen som sin nærmeste pårørende.

Det aktualiseres en problemstilling der det er konflikter i familien, og den som anses som nærmeste pårørende ikke handler i samsvar med pasientens interesser. Der det er strid mellom de nærstående vil det kunne være av stor betydning for helsepersonellet hvem som anses som nærmeste pårørende. På grunn av de rettighetene nærmeste pårørende har, er det svært viktig å få avklart hvem som er pasient eller brukers nærmeste pårørende²¹. I rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven IS-8/2015 side 8 og 9 åpnes det for at vergen kan være nærmeste pårørende dersom de nærstående handler i strid med pasientens interesser.

Videre kan det være problematisk når vergen også er den hjelpetrequende sin nærmeste pårørende. Da kan rollene raskt kunne gli over i hverandre. Det kan da være vanskelig å ha

²⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter s. 135

²¹ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge, Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017 s. 221

kontroll på om det foreligger motstridende interesser, og om det er pasient eller bruker sine ønsker som blir vektlagt, og ikke den nærmeste pårørende sine.

Problemstillingen i denne oppgaven blir knyttet til de omtrent 6000 som trolig har verger som ikke er nærmeste pårørende med rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

3 Begrepsavklaring

3.1 Samtykke og samtykkekompetanse

Hovedregelen er at alle og enhver har selvbestemmelsesrett over egen kropp, og den personlige autonomi står sterkt i norsk helsevesen. Det betyr at man har frihet til å gjøre valg av betydning for eget liv og helse. Det etablerte er at folk selv bestemmer over egen kropp og helse, og pårørende eller verge kommer inn først der disse evnene er redusert.

Denne oppgaven omhandler personer som ikke har samtykkekompetanse. Det er derfor viktig å få en avklaring av hva samtykke og samtykkekompetanse betyr for den som trenger helsehjelp.

3.1.1 Samtykke

Når man skal yte helsehjelp er hovedregelen at det foreligger et samtykke slik det fremkommer av pasient- og brukerrettighetslovens kapittel 4 om samtykke til helsehjelp. Samtykke er ansett som et alminnelig rettsgrunnlag for å yte helsehjelp. Paragraf 4-1 første avsnitt er et uttrykk for selvbestemmelsesretten som bygger på autonomiprinsippet.

Det finnes flere unntak fra hovedregelen. Et av disse er regelen om øyeblikkelig hjelp i helsepersonelloven § 7. Et samtykke trenger ikke være skriftlig, men kan være «uttrykkelig eller stilltiende», jf. § 4-2. For eksempel det at en pasient oppsøker en helseinstitusjon eller ikke protesterer når helsehjelp gis, kan etter omstendighetene være en form for stilltiende samtykke.²² Det er videre klart at et samtykke kan trekkes tilbake når som helst.

En viktig og relevant dom når det kommer til samtykke er den såkalte Sårstelldommen (Rt. 2010 s. 612) – en noe omtvistet rettsavgjørelse, avsagt under dissens. Her ble spørsmålet om samtykke og hva man samtykker til satt på spissen. Sakens kjerne var; dersom pasienten hadde takket ja til en sykehjemsplass på et kommunalt sykehjem, hadde pasienten da samtykket til at personalet på sykehjemmet kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte sårbandasjer på pasienten mot hans vilje? Pasienten hadde infiserte sår og en personlig hygiene som ble uutholdelig for de ansatte på sykehjemmet. Dette medførte at

²² Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm akademisk 2017 s. 87

hovedverneombudet avgjorde at hans rom på sykehjemmet måtte stenges for vasking og desinfisering. I samme anledning tok helsepersonellet av bandasjene på pasientens sår, før han ble senket ned i et badekar og vasket.

I avsnitt 27 stadfester flertallet at det i norsk rett er krav om hjemmel eller annet rettsgrunnlag også for «faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp», og at det springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet. De henviser videre til EMK artikkel 8 om beskyttelse av privatlivet og følgende den fysiske integritet. I neste avsnitt blir det sagt at dersom et pålegg skal foretas uten et samtykke og likevel være konvensjonsmessig, må det foreligge hjemmel. Videre: «[pasientens] samtykke ved medisinsk behandling, pleie og omsorg er altså helt sentralt – dels slik at samtykke etter forholdene ofte vil være eneste aktuelle hjemmel, og dels slik at samtykke etter forholdene også vil kunne hjemle meget vidtrekkende fysiske inngrep».²³ Dette hjemmelskravet kommer også til uttrykk i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

En del av flertallets begrunnelse var at hensynet til pasientens autonomi veide mindre «der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter».²⁴ Videre hadde pasienten ved aksept av sykehjemsplass en begrenset reell valgfrihet, og måtte godta forskrift for sykehjem²⁵ der beboerne må akseptere enkelte begrensninger som følger av hensynet til «medisinsk behandling, drift av boformen og hensynet til andre beboere», jf. § 4-4 i forskriften.

3.1.2 Samtykkekompetanse

I Sårstelldommen var pasienten samtykkekompetent, dette bestrides ikke av noen av partene. Begrunnelsen, men ikke resultatet, kunne stilt seg annerledes dersom han ikke var samtykkekompetent. Dersom vedkommende ikke hadde hatt samtykkekompetanse, ville trolig pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A vært brukt som hjemmel, altså ved tvang.

Ved avgjørelse av hvem som er samtykkekompetent må dette vurderes konkret etter hva tiltaket gjelder.²⁶ Den helserettslige myndighetsalderen er 16 år, men det finnes lovbestemte vilkår når man er mellom 12 og 18 år. Pasienten må også «være kompetent og ha forstått

²³ Rt. 2010 s. 612 A avsnitt 30

²⁴ Ibid.

²⁵ Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932

²⁶ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm akademisk 2017 s. 87

informasjonen, og på dette informasjonsgrunnlaget ønsket behandling»²⁷, og ikke minst vise vilje til å la seg behandle.

Dersom en pasient eller bruker er over 18 (16) år, men ikke har kompetanse til å forstå hva en samtykker til, og kanskje heller ikke har mulighet til å uttrykke sitt samtykke mer eller mindre hensiktsmessig, vil ikke vedkommende ha samtykkekompetanse eller være helserettslig kompetent. Årsaken til at pasienten ikke forstår kan skyldes «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming», jf. § 4-3 (2). Det viktigste er likevel at vedkommende «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter».

Det er helsepersonellet som yter helsehjelpen som avgjør om pasienten mangler kompetanse til å samtykke, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 (3).

Helsepersonell er pålagt å informere pasienten om det som er «nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 (1). Selv om det vil variere hva som er «nødvendig» ut fra diagnose og helsehjelp, vil opplysningene pasienten har krav på være å få informasjon om sin egen helsetilstand, helsehjelpen hen har krav på og risiko for bivirkninger, skader eller alvorlige komplikasjoner ved helsehjelpen, samt tjenestetilbudet for å ivareta egne rettigheter etter helselovgivningen.²⁸

Samtykkekompetanse må ikke forveksles med rettslig handleevne slik som man forstår det på bakgrunn av vergemålsloven § 22. I helselovgivningen er det forsøkt å tilrettelegge for at alle skal kunne samtykke, og dette gjelder også personer uten rettslig handleevne, se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7.

Dersom en pasient eller bruker er over 18 (16) år, men ikke har kompetanse til å forstå hva en samtykker til, og kanskje heller ikke har mulighet til å uttrykke sitt samtykke, vil ikke vedkommende ha samtykkekompetanse eller være helserettslig kompetent. Årsaken til at pasienten ikke forstår kan skyldes «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming», jf. § 4-3 (2). Det viktigste for om vedkommende skal anses som samtykkekompetent eller ikke er om vedkommende «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter».

²⁷ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm akademisk 2017 s. 87

²⁸ *Ibid.* s. 89

3.2 Hvem har rettigheter som «nærmeste pårørende» - forholdet til vergen

Ved spørsmål om hvilke rettigheter pårørende har etter helselovgivningen er det hensiktsmessig å se på hvem som er pårørende. «Nærmeste pårørende» defineres i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Kort fortalt er det den som pasienten eller brukeren oppgir som pårørende eller nærmeste pårørende. Når vedkommende ikke er i stand til å fortelle hvem sine nærmeste pårørende er, defineres det som «den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren», men det skal likevel tas utgangspunkt i en bestemt rekkefølge, som i de fleste tilfeller ikke byr på problemer.

I fremste rekke kommer partner, enten i form av ekteskap, registrert partner eller samboer. I andre rekke er det barn over 18 år, foreldre eller andre med foreldreansvar, søsken over 18 år, besteforeldre, andre familiemedlemmer som er nær vedkommende. Til slutt i rekkefølgen er det verge eller en fremtidsfullmektig med mandatet som dekker området, som vil være vedkommende sin nærmeste pårørende etter bestemmelsen.

Som nevnt innledningsvis kan det likevel bli problematisk dersom nærmeste pårørende etter bestemmelsen ikke gjør en tilstrekkelig jobb som nærmeste pårørende. Dette kommer frem av en uttalelse fra Sivilombudsmannen²⁹. Ombudsmannen sier at det ikke er «holdepunkter i pasient- og brukerrettighetsloven eller forarbeidene til loven for at det kan gjøres unntak fra lovens definisjon av nærmeste pårørende». Dette begrunnes blant annet med at «[bestemmelsen] inneholder en klar definisjon, og lovens system er at den som er definert som nærmeste pårørende får denne rollen uavhengig av personens egenskaper eller om relasjonen sett utenfra fremstår som god». Det var her tale om at pasienten ikke var i stand til å utpeke sine nærmeste pårørende. Sivilombudsmannen mener det ikke er grunnlag for å vektlegge at den som blir valgt som nærmeste pårørende vurderes som uegnet for oppgaven. Dette til tross for at rundskrivet³⁰ sier at der nærmeste pårørende ikke ivaretar interessene til pasient eller bruker, skal ikke de nærmeste pårørende inneha disse rettighetene.

Saken som uttalelsen bygger på omhandlet en gutt med psykisk utviklingshemming med adoptivforeldre, som etter rekkefølgen i § 1-3 bokstav b ville gå foran vergen. Guttens verge hadde mandat i både personlige og økonomiske forhold, og hadde blant annet «fullmakt til å

²⁹ SOM-2019-1273

³⁰ Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven IS-8/2015 s. 8 og 9

søke offentlige myndigheter om ulike stønader og tjenester og til å ivareta pasientens interesser i saker etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9». Kommunen vedtok at vergen også skulle regnes som «nærmeste pårørende» etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

Kommunen og Fylkesmannen vurderte i sitt vedtak at foreldrene «ikke [var] egnet til å inneha rollen som nærmeste pårørende for pasienten «på grunn av handlinger som klart er i strid med brukers interesser, og i verste fall representerer en skaderisiko for bruker»».

Uttalelsen forklares med at årsaken til at pårørende har fått selvstendige rettigheter, er fordi de har en sentral rolle i pasientens kontakt med helsevesenet. Det henvises blant annet til Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) side 35 der det står at «[pårørende] vil (...) på selvstendig grunnlag ha behov for å utøve enkelte av de rettigheter som følger av pasientrettighetsloven, eller de vil kunne tre inn i pasientens sted dersom hun eller han ikke er i stand til å ivareta sine rettigheter».

Uavhengig av hvem som anses som pårørende etter pasient og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, er det slik at pårørende har omfattende rettigheter etter både helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven.

4 Nærmere om ulike rettigheter til pårørende og verge etter helselovgivningen

4.1 Rett til informasjon og medvirkning

4.1.1 Pårørende

Utgangspunktet er at en pasient eller bruker har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 (1), men dersom pasienten eller brukeren ikke har samtykkekompetanse «har pasientens nærmeste pårørende rett til å medvirke sammen med pasienten» jf. § 3-1 (3).

For at pårørende skal ha anledning til å medvirke, må pårørende ha tilgang til informasjon om pasient eller brukers helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Dersom pasient eller bruker har samtykkekompetanse vil pårørendes behov for informasjon veie mindre enn pasient eller bruker sin rett til konfidensialitet. Dermed er det da «pasientens samtykke som utgjør det rettslige grunnlaget for å informere pasientens pårørende».³¹

Dersom det mangler samtykkekompetanse hos pasient eller bruker, kan helsepersonellet legge til grunn at en pasient normalt ønsker at informasjon blir videreformidlet til de nærmeste pårørende. Dette hjemles i «når forholdene tilsier det» i § 3-3 (1). Man sier da at helsepersonellet legger til grunn et antatt samtykke³².

Lovgiver har sidestilt retten til informasjon mellom pasient og dens nærmeste pårørende. Dette fordi «de pårørende skal kunne ivareta pasientens rettigheter mht samtykke til helsehjelp», da må pårørende ha «tilfredsstillende informasjon»³³. Dette begrunnes igjen med at pasienten ikke har mulighet til å ivareta sine egne interesser.

Pårørende har også en lovfestet rett til innsyn i journalen til en avdød pasient eller bruker, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 (5). Dette gjelder ikke dersom det foreligger «særlige

³¹ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2015 s. 344

³² Ibid. s. 345

³³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter s. 130

grunner». Disse særlige grunnene kan være hvis pasient eller bruker har gitt uttrykk for at en ikke ønsker at pårørende skal ha tilgang til hele eller deler av journalen, eller at man kunne anta at pasienten eller brukeren ikke ønsker at pårørende skulle få kjennskap til journalopplysninger fordi de kan virke støtende.³⁴ Dersom innsyn i journalen blir nektet vil pårørende ha en selvstendig klagerett til Fylkesmannen, som vil bli nærmere redegjort for i 4.2.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 4-2a sier at kommunen har ansvar for at pasient, bruker og pårørende får den informasjonen som de har krav på etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2, jf. § 3-3. Videre har pårørende rettigheter etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, og da spesielt etter § 9-3 der pårørende har rett til å bli hørt, og på den måten ha medvirkning og få informasjon om tvangsvedtak.

4.1.2 Verge

Vergen har ingen selvstendige rettigheter i pasient- og brukerrettighetsloven, bortsett fra etter § 4-7, mer om det i punkt 4.4. Sett bort fra den bestemmelsen, vil vergen kun ha rettigheter dersom den er ansett som «nærmeste pårørende» etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

Kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven omhandler rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Etter § 9-3 har bruker, pasient og pårørende rett til medvirkning og informasjon, og dette gjelder også for verge. En person med psykisk utviklingshemming kan gjerne ha vanskelig for å selv ivareta sine egne interesser, og det er derfor nærliggende å hevde at det i norsk helse- og sosialrett er et grunnprinsipp om at man har en rett på en representant når man selv ikke er i stand til å ivareta sine egne interesser.³⁵

I helse- og omsorgstjenesteloven er det likevel tale om en dobbel representasjon, der både pårørende og verge står likt. Dette uttrykkes ved at det *skal* oppnevnes verge dersom «kommunen anser det aktuelt å fatte vedtak om bruk av tvang og makt», jf. § 9-3. Dette må anses som en ekstra rettssikkerhetsfaktor, da bruken av tvang og makt anses som et veldig

³⁴ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2015 s. 519

³⁵ Alice Kjellevold, Karl Harald Søvig og Bjørn Henning Østenstad, *Helse – og omsorgstjenesteloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget 2016 s. 139

inngripende vedtak og tiltak. Vergen skal oppnevnes uavhengig av om det er behov etter vergemålsloven kapittel 4. Vergen må være oppnevnt før tvangsvedtaket er ferdigstilt, da vergen skal være deltakende i prosessen underveis. Det er i teorien ikke tilstrekkelig at det er behov for strakstiltak rundt bruker eller pasient, selv om det da i praksis blir «handtert som bokstav a-tiltak (nødinggrep) etter § 9-5 tredje ledd, i strid med lova sitt system».³⁶

I tillegg til beslutningen om tvangstiltak og informasjon om innholdet i vedtaket har verge og pårørende rett til informasjon og de har klageadgang, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-7 første avsnitt siste setning, jf. § 9-8 andre avsnitt.

4.2 Klagerett

4.2.1 Introduksjon

En avgjørelse om en pasient eller bruker sin helse kan være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven (lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker, lov 10. februar 1967) § 2 bokstav b, jf. bokstav a. Etter forvaltningsloven kan den som er part eller har rettslig klageinteresse klage på enkeltvedtak, jf. § 28 første avsnitt. Det vil derimot være flere tilfeller der avgjørelser ikke er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, slik som for eksempel om det er gitt tilstrekkelig informasjon eller om det foreligger et gyldig samtykke. Derfor er det i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7 gitt en større mulighet for pasienter og brukere å klage på avgjørelser som ikke er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det er en viktig rettssikkerhetsgaranti at man har effektive klageordninger.³⁷

Enkeltvedtaksbegrepet har tradisjonelt i liten grad blitt brukt om avgjørelser som gjelder tildeling av helsetjenester. Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7 at forvaltningsloven ikke gjelder for avgjørelser etter pasient- og brukerrettighetsloven. Det er imidlertid gjort unntak for «vedtak som treffes etter § 2-6 a» som gjelder tilbakekreving etter feilaktig utbetaling.

³⁶ Alice Kjellevoid, Karl Harald Søvig og Bjørn Henning Østenstad, *Helse – og omsorgstjenesteloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget 2016 s. 139

³⁷ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2015 s. 551

Klagerettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 7 har fått en stor selvstendig betydning i loven, da for eksempel en tildeling av operasjon ikke er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, men en avgjørelse etter pasient- og brukerrettighetsloven.

4.2.2 Pårørende

Etter forvaltningsloven har den som er part eller har rettslig klageinteresse i saken, klagerett. Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 (1) har pasientens eller brukerens «representant» også fått klagerett. I utgangspunktet krever pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 (6) at representanten til pasienten eller brukeren har fullmakt til å klage på vegne av vedkommende. Dette gjelder ikke dersom klager ikke har samtykkekompetanse. Det fremkommer likevel ikke av bestemmelsen hvem som har representasjonsrett.

Aslak Syse sier i sin lovkommentar³⁸ at det finnes de som er «naturlige representanter», som da vil være de som har fått «samtykkekompetanse på pasientens vegne». Han antar også at «nærmeste pårørende til myndige pasienter som ikke kan ivareta sine egne interesser (...) også [har] klagerett på vegne av pasient eller bruker som ikke kan ivareta egne interesser gjennom klagereglene». Han følger opp med å si at det vil være «unødig og byrdefullt å måtte oppnevne verge for vedkommende, så lenge nærmeste pårørende synes å opptre i pasient eller brukers beste interesser».

Statens helsetilsyn har i sin veileder³⁹ gjort en vurdering av hvem som har klagerett etter pasient- og brukerrettighetsloven. På side 28 fremkommer det:

«I tillegg til pasienten/bruker selv er det andre «som har samtykkekompetanse etter kapittel 4», jf. pasrl. § 7-2, som kan klage. Utover foreldre vedr. mindreårige barn, er det bare helsepersonell som er gitt samtykkekompetanse etter disse regler. Tidligere kunne § 4-6 forstås slik at nærmeste pårørende hadde representert samtykke for myndige personer uten samtykkekompetanse. Men gjennom en lovendring i 2008 ble det klargjort at det er helsepersonellet som skal beslutte om helsehjelpen skal gis, jf. pasrl. § 4-6 og kap. 4A. Disse regler om antatt samtykke og representativt samtykke til helsehjelpen, tilsier at det eventuelt bare er helsepersonellet som uten skriftlig fullmakt

³⁸ Aslak Syse, *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, note 224, Rettsdata.no (lest 3. desember 2020)

³⁹ Statens helsetilsyn, *Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven*, Internserien 7/2012

kan klage på vegne av pasienter. Det er imidlertid ikke noe sted angitt hvorvidt det er tenkt at helsepersonellet i disse situasjoner skal være de eneste som er gitt selvstendig klagerett og kan klage på vegne av pasienten. Det er lite sannsynlig at det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen, også på vegne av pasienten vil fremme en klage på mangler ved den helsehjelp som vedkommende selv har besluttet. Det kan derfor stilles spørsmål om ikke nærmeste pårørende også i noen tilfeller kan anses å ha en antatt (presumert) fullmakt fra pasienten/bruker uten skriftlig fullmakt eller bli oppnevnt som hjelpeverge.»

Etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 kan helsepersonellet som yter helsehjelpen «ta avgjørelser om helsehjelp». Det vil, som veilederen sier, være rart dersom helsepersonellet som yter helsehjelpen også er den som klager på at helsehjelpen ikke var tilstrekkelig. Det blir derfor en begrunnelse for at nærmeste pårørende *ikke* trenger fullmakt for å klage på vegne av pasienten fordi en antar at det foreligger en presumert fullmakt.

Helse- og omsorgsdepartementet har i brev til Helsedirektoratet⁴⁰ svart på Helsedirektoratets synspunkt om at «rettssikkerheten til myndig pasient uten samtykkekompetanse i mange tilfelle ville være sterkere ved at også pårørende har rett til å anmode om oppfyllelse av rettigheter og klage på manglende oppfyllelse». Departementet svarer med at de også legger til grunn at «pårørende er en viktig ressurs og støtte for myndige pasienter uten samtykkekompetanse», men at dette «ikke alltid [er] tilfelle». Departementet påpeker at det også forekommer situasjoner der pårørende setter egne interesser foran pasientens, og at det derfor er behov for en ekstra sikkerhet for ivaretagelse av pasientens interesser.

Statens helsetilsyn har lagt til grunn at det som hovedregel er krav til skriftlig fullmakt eller verge, men gjentar i sin veileder at det åpnes for at Fylkesmennene «legger til grunn antatt (presumert) fullmakt fra pasient/bruker også der pårørende ikke har fått skriftlig fullmakt eller er oppnevnt som hjelpeverge». Det forutsettes da at det ikke foreligger «holdepunkter eller tvil om noe motsetningsforhold eller interessenmotsetning mellom pårørende og pasient/bruker. Ved minste tvil om dette må det kreves at vedkommende får hjelpevergemandat før vedkommende kan fremsette gyldig klage».

⁴⁰ Brev til Helsedirektoratet av 22. desember 2011 fra Helse- og omsorgsdepartementet *Pasientrettighetsloven-lovtolkningsspørsmål*

I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven⁴¹ har det daværende sosial- og helsedepartementet «vurdert om retten til å klage skal begrenses til pasienten eller dennes representant, eller om pårørende skal gis selvstendig klagerett». De konkluderer med at pårørende får selvstendig klagerett der de har egne interesser, men at også i «mange tilfeller vil pårørende være pasientens representant eller fullmektig, og vil dermed ha klagerett i den utstrekning representasjons- eller fullmektigforholdet tillater det».

Der hvor nærmeste pårørende har fått egne rettigheter i kraft av å være pårørende, har pårørende fått selvstendig klagerett, altså en klagerett uavhengig av pasienten eller brukeren. Dette gjelder i tilfeller der pårørende opplever at de ikke har fått tilstrekkelig informasjon, dersom pasienten ikke kan ivareta sine egne interesser, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 3-3. Det kan også være om de ikke har fått innsyn i pasientjournalen etter en pasients død, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 5-1 (5).

Pårørende har klagerett også etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-7.

Etter helse- og omsorgslovgivningen har pårørende klagerett dersom noen har brukt tvang eller makt som et skadeavvergende tiltak i nødssituasjoner, jf. § 9-11 (1). Etter annet ledd har pårørende klagerett dersom tvangsvedtak blir truffet og som allerede er overprøvd av Fylkesmannen. Pårørende har også klagerett dersom Fylkesmannen «har nektet å godkjenne kommunens vedtak, forutsatt at kommunen ønsker å gjennomføre tiltaket».

4.2.3 Verge

I pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 siste avsnitt fremkommer det at «[pasientens] eller brukerens representant etter første og annet ledd er den som har fullmakt til å klage på pasientens eller brukerens vegne, eller som har samtykkekompetanse etter kapittel 3. Fullmektig som ikke er advokat, skal legge frem skriftlig fullmakt». Dermed er spørsmålet om vergen er «representant» etter denne bestemmelsen, og således har myndighet til å klage på vegne av pasient eller bruker.

⁴¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 104

Det fremkommer ikke av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 eller av forarbeidene hvem som har representasjonsrett til å klage på vegne av pasient eller bruker. Man kan utlede representasjonsretten ut fra juridisk teori og sammenheng i lovgivningen.

Ser man til pasient- og brukerrettighetsloven § 4A-7 kan vedtak om helsehjelp etter § 4A-5 påklages av pasienten eller pasientens nærmeste pårørende. Forutsetter man at vergen ikke er pasientens nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, vil ikke vergen ha klagerett etter bestemmelsen. Bestemmelsen kan tolkes analogisk ved at man ser hen til pasient- og brukerrettighetsloven § 7-3 som gjelder for § 4A-7. I følge § 7-3 skal klagen være undertegnet pasienten eller brukeren representant. Det er samme ordlyd som brukes i § 7-2 om klageretten. Vergen kan med dette anses som pasientens eller brukeren «representant».

Pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A omhandler helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse. Paragraf 4A-5 regulerer vedtak om helsehjelp som pasienten motsetter seg. Med det nevnte brevet⁴² argumenterer Helse- og omsorgsdepartementet for at der nærmeste pårørende ikke gjør en tilstrekkelig jobb er det behov for skriftlig fullmakt eller verge. En pasient eller bruker uten samtykkekompetanse kan ikke skrive under en fullmakt. Da er det nærliggende at også verge har klagerettigheter som pasient eller brukeren representant. Også Statens helsetilsyn legger til grunn i veilederen at hovedregelen er at det er vergen som har klagerett etter pasient- og brukerrettighetsloven.

Også juridisk teori med Aslak Syse i spissen sier at «vergen for pasienter under vergemål»⁴³ kan være representanter etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2.

Helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 omhandler rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Etter dette kapittelet skal verge oppnevnes og vedtak besluttet ved alle vedtak der det er tale om bruk av tvang eller makt, jf. § 9-3. Vergen har også etter helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11 en selvstendig klagerett på slike vedtak.

⁴² Brev til Helsedirektoratet av 22. desember 2011 fra Helse- og omsorgsdepartementet *Pasientrettighetsloven-lovtolkningsspørsmål*

⁴³ Aslak Syse, *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, note 224, Rettsdata.no (lest 3. desember 2020)

Da pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 er så nærliggende hverandre, er det et spørsmål om vergen bør ha slik representasjonsrett etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A samt kapittel 7. Etter min mening er det bare slik man vil kunne sikre en best mulig rettssikkerhet for en meget utsatt og sårbar gruppe i befolkningen.

4.3 Andre rettigheter etter helse- og omsorgstjenesteloven

Etter helse- og omsorgstjenesteloven har pårørende omtrent de samme rettighetene som etter pasient- og brukerrettighetsloven. Pårørende står særlig sterkt og er involvert allerede i formålsbestemmelsen, jf. § 1-1 nr. 5. Kommunen er blant annet pliktig til å «sikre nødvendig opplæring av pasient, bruker og pårørende». Kommunen har også et eget ansvar overfor pårørende der de skal tilby nødvendig pårørendestøtte jf. § 3-6. Det er et tilbud til personer – da gjerne pårørende, med «særlig tyngende omsorgsarbeid», som har krav på opplæring og veiledning, avlastning og/eller omsorgsstønning.

I helse- og omsorgsloven kapittel 9, som omhandler rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming, har lovgiver derimot gitt like rettigheter til både pårørende og verge. Kapittel 9 er et særs viktig kapittel som skal sikre rettssikkerheten til personer med psykisk utviklingshemming. Kapitlet har en egen formålsbestemmelse i § 9-1 der formålet både er å forhindre at personer med psykisk utviklingshemming skal utsette seg selv eller andre for vesentlig skade, og skal forebygge bruk av tvang og makt fra helsepersonell. Videre sier bestemmelsen at tjenestetilbudet skal så langt det er mulig være i «overensstemmelse med brukerens eller pasientens selvbestemmelsesrett».

I lovens kapittel 9 om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming, tilkjennes pårørende og verge flere rettigheter. Pårørende og verge skal høres før det treffes vedtak om bruk av tvang og makt, jf. § 9-3 (2), samt «gis informasjon om adgangen til å uttale seg i saker som skal overprøves, klageadgang og adgangen til å bringe vedtaket inn for tilsynsmyndigheten og tingretten». Pårørende og verge skal også ha informasjon når et slikt vedtak blir truffet, jf. § 9-7 første avsnitt, tredje setning. Pårørende og verge har også en egen uttalelsesrett etter § 9-7 (4).

4.4 Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7

Som det er redegjort for, er vergens rettigheter etter dagens lovgivning, noe mindre omfattende sammenlignet med pårørende sine. Der vergen har rettigheter står de stort sett på lik linje med nærmeste pårørende. Likevel så finnes det én bestemmelse der vergens rettigheter går foran nærmeste pårørende sine rettigheter. I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 har vergen en selvstendig rettighet som ikke tilfaller pårørende.

I paragraf 4-7 fremkommer det at en pasient «skal i så stor utstrekning som mulig selv samtykke til helsehjelp» dersom vedkommende er «fratatt rettslig handleevne på det personlige området». Så i siste setning: «Dersom dette ikke er mulig kan vergen samtykke på vegne av pasienten».

Etter dette har vergen fått full kompetanse til å samtykke til helsehjelp på vegne av vergehaver. Ifølge Syse vil vergen i en slik situasjon få samme avgjørelsesmyndighet som det helsepersonell har etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6. Etter den bestemmelsen er det helsepersonell som tar avgjørelsen, dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse – men altså ikke mistet sin rettslige handleevne. Vergen gir etter § 4-7 et stedfortredende samtykke, mens helsepersonell fatter sine avgjørelser på et presumert samtykke. I begge situasjoner er det pasientens beste som skal ivaretas.⁴⁴ Bakgrunnen for bestemmelsen⁴⁵ er at pasienter som ikke har rettslig handleevne på det personlige området skal «sikres rett til å ta avgjørelse i spørsmål vedrørende helsehjelp i så stor utstrekning som det er mulig og tilrådelig». Der pasienten ikke er i stand til å treffe avgjørelsen om helsehjelp, som i det hele tatt må ligge til grunn for at man skal miste sin rettslige handleevne på det personlige området, er det vergen som trer inn med «full kompetanse til å treffe avgjørelser på vegne av pasienten».⁴⁶

I NOU 2019: 14 på side 696 følgende, er det tatt til orde for å oppheve pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7. Utvalget mener pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 står i «skarp kontrast» til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 der det er «helsepersonell som skal fatte beslutningen etter nærmere vilkår og prosedyrer».

«Det synes klart at den står som en overlevning av lovproposisjonen (Ot.prp. nr. 12 (1998-99)), der det var foreslått en helt annen modell om hvem som skulle fatte

⁴⁴ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2015 s. 443

⁴⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 135

⁴⁶ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg., Gyldendal juridisk 2015 s. 443

beslutning om helsehjelp for personer over 18 år og som manglet beslutningskompetanse⁴⁷, enn den som Stortinget vedtok. I proposisjonen ble det pekt på nærmeste pårørende for tiltak som ikke var «lite inngripende». Dette ble snudd om på i stortingsbehandlingen der man la beslutningsmyndigheten til helsepersonell. Denne – fra Stortingets side – radikale endringen i § 4-6 andre ledd, har gjennom år skapt tolkningstvil knyttet til andre bestemmelser i lovgivningen. Paragraf 4-7 har imidlertid fått stå mer eller mindre urørt. Bestemmelsen hadde et logisk innhold ut fra den beslutningsmodell som ble foreslått i lovproposisjonen, men i dag er det vanskelig å se argumenter for at vergen skal ha en særstilling ved avgjørelser om helsehjelp til personer som er fratatt den rettslige handleevnen. Slik utvalget vurderer det både kan og bør pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 oppheves. Bestemmelsen er et uttrykk for en ulikebehandling som det ikke er saklig grunnlag for».

Utvalget viser her til at § 4-6 har hatt flere språklige og materielle endringer som tidvis har skapt mye tolkningstvil. I 2008 fikk man en lovendring som endret en uklar og noe selvmotsigende ordlyd. Bestemmelsen hadde da «dels [gitt] helsepersonell inngrepsrett, dels virket som en bestemmelse om presumert samtykke og dels representert samtykke ved nære pårørende».⁴⁸ Nå er det slik at det er helsepersonellet som skal gi helsehjelpen som skal ta beslutningen om at helsehjelp skal gis. Dette var fordi at «pårørende bør slippe å ta slike vanskelege avgjerder på vegner av sine nærmaste».⁴⁹

Bestemmelsen, som aldri ble vedtatt, het «samtykke på vegne av myndige som ikke har samtykkekompetanse» og lovforslaget var som følger:

«Dersom en myndig pasient ikke har samtykkekompetanse, kan den som yter helsehjelp ta avgjørelse om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet.

⁴⁷ Utvalget foreslår at ordet «samtykkekompetanse» erstattes med «beslutningskompetanse» og bruker dermed «beslutningskompetanse» gjennom hele utredningen.

⁴⁸ Aslak Syse, *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, note 149, Rettsdata.no (lest 6. oktober 2020)

⁴⁹ Innst. O nr. 11 (2006-2007) punkt 2.1 Innstilling frå helse- og omsorgskomiteen om lov om endringar i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning - personar utan samtykkekompetanse)

Pasientens nærmeste pårørende kan samtykke til helsehjelp som ikke er omfattet av første ledd. Dersom pasientens nærmeste pårørende motsetter seg helsehjelp i strid med pasientens interesser, kan helsetjenesten kreve at det oppnevnes hjelpeverge etter bestemmelsen i vergemålsloven § 90a.

Helsehjelp etter første og annet ledd kan ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser.»

Merk at det henvises til den gamle vergemålsloven § 90a, men at det i denne sammenheng i realiteten er gjeldende vergemålslov § 20.

Dagens pasient- og brukerrettighetslov § 4-6 heter «om pasienter over 18 år som ikke har samtykkekompetanse» og lyder:

«Dersom en pasient over 18 år ikke har samtykkekompetanse etter § 4-3 annet ledd, kan den som yter helsehjelp, ta avgjørelse om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet.

Helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, kan gis dersom det anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket. Slik helsehjelp kan besluttes av den som er ansvarlig for helsehjelpen, etter samråd med annet kvalifisert helsepersonell. Det skal fremgå av journalen hva pasientens nærmeste pårørende har opplyst, og hva annet kvalifisert helsepersonell har hatt av oppfatninger.

Helsehjelp etter første og annet ledd kan ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser.»

Når utvalget da mener at § 4-7 bør oppheves, er det fordi det er den eneste bestemmelsen som gir den personlige vergen en selvstendig rettighet. Sett bort fra pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 har vergen i dag bare en funksjon som nærmeste pårørende dersom det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, altså dersom det ikke finnes noen andre som kan ta rollen som nærmeste pårørende, se tidligere redegjørelse i punkt 3.2. Heller ikke etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A, som omhandler helsehjelp

til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelp, har vergen fått særlige prosessuelle rettigheter.

5 Rettspolitiske vurderinger med avsluttende bemerkninger

5.1 Hensiktsmessighetsvurdering av gjeldende rett

Innledningsvis ble det spurt om hvem som står sterkest av vergen og den nærmeste pårørende ved avgjørelser for pasient eller bruker uten samtykkekompetanse i helserettslige spørsmål. Gjeldende rett, som redegjørelsen gir uttrykk for, er at det gjennomgående er de nærmeste pårørende som stiller sterkest. Sett bort ifra dersom pasient eller bruker har mistet sin rettslige handleevne på det personlige området, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7.

Det virker som om lovgiver har ønsket å begrense rettighetene til vergen etter helselovgivningen, sett bort fra § 4-7. Begrunnelsen for å begrense rettighetene til vergen slik at de ikke står på lik linje med nærmeste pårørende, kommer ikke direkte frem av lovforarbeidene eller andre rettskilder. Det er likevel grunn til å tro at lovgiver har valgt å beskytte pårørende fordi EMK art. 8 fastslår retten til familieliv. Selv om retten til familieliv står sterkest for personer som er mindrerårig, vil den i noen grad kunne forklare lovgivers syn. Det er mulig det handler om tradisjoner, og at pårørende ofte står nærmest, og familien har dermed blitt en grunnpilar i samfunnet. Inntrykket til lovgiver virker å være at nærmeste pårørende vet best hva bruker eller pasient ønsker. Likevel er det flere faktorer som spiller inn når nærmeste pårørende skal avgi samtykke for pasienter eller brukere som har psykisk utviklingshemming og er uten samtykkekompetanse.

Slik som helse- og omsorgsdepartementet sier⁵⁰ kan pårørende ha andre insentiv og ikke alltid beslutte hva som er pasientens eller brukerens beste. I den nevnte Sivilombudsmannssaken⁵¹ var handlingene til pårørende angivelig skadelig for brukeren.

Når det er lagt til grunn at det er personens ønsker som skal vektlegges, må det være en forutsetning at den personen som skal fremme disse ønskene, har en slik relasjon til personen at den kan vite hva disse ønskene er. Pårørende har levd et liv sammen med vedkommende og vil da på denne bakgrunn trolig kunne ytre hva personen ville ønsket. En verge blir jo

⁵⁰ Brev til Helsedirektoratet av 22. desember 2011 fra Helse- og omsorgsdepartementet *Pasientrettighetsloven-lovtolkningsspørsmål*

⁵¹ SOM-2019-1273

oppnevnt etter at behovet allerede er inntruffet og personen kan ikke da nødvendigvis fortelle vergen hva han ville ønsket, dersom de ikke kjenner hverandre fra før.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om gjeldende rett er det mest hensiktsmessige for personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse. Gruppen, som er ekstra sårbar, trenger etter min mening dobbel representasjon for å ivareta rettssikkerheten deres på best mulig måte. I de tilfeller der de nærmeste pårørende også er verge til bruker eller pasienten, vil ikke dobbel representasjon være tilfellet slik det er i dag.

5.2 Bør pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 oppheves?

5.2.1 Dobbelt representasjonsrett

Det foreslås i NOU 2019: 14 at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 skal oppheves grunnet manglende sammenheng i lovgivningen. Utvalget mener at den eneste bestemmelsen som gir vergen en selvstendig rettighet bør oppheves, nettopp fordi den gir vergen den eneste selvstendige rettighet slik som gjeldende rett er i dag. Hvis utvalget får gjennomslag for opphevelse av bestemmelsen, vil vergens oppgave etter pasient- og brukerrettighetsloven være administrativ – søknader om omsorgstjenester også videre. Vergens oppgave om å være dobbel representasjon etter kapittel 9 i helse- og omsorgstjenesteloven, og vergens klagerett vil derimot være i behold.

Der det i dag er planlagt bruk av tvang eller makt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, vil vergen ofte være nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Da er det ikke lenger tale om dobbel representasjon, slik som forutsatt av lovgiver. Dette ekstra rettssikkerhetstiltaket for å verne den sårbare gruppen er da ikke til stede. Dermed har en ikke-nærstående verge i praksis allerede mistet den retten – følgelig har vergehaver mistet sin støtterett og dobbel representasjonsrett.

Utvalget påpeker i NOU 2019: 14⁵² at dette er uheldig. Mandatet til utvalget var å utrede behov for endringer i tvangslovgivningen i helse- og omsorgssektoren. I sin vurdering av tvangsbruk og pårørenderepresentasjon, fremkommer det at «pårørende i mange tilfeller er

⁵² NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven s. 695 flg.

pådrivere for mer bruk av tvang sammenlignet med det som helse- og omsorgstjenesten anbefaler». Dersom dette er tilfellet, utvalget mangler konkret statistikk, vil pårørenderepresentasjon virke mot sin hensikt. Formålet med loven er jo å unngå bruk av tvang og makt hos brukergruppen. Dermed spør utvalget om hvor god pårørenderepresentasjon er som rettsikkerhetsgaranti ved bruk av tvang etter pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

Det kan likevel nyanseres noe fordi pårørende kan ha en helt annen forståelse av nødvendigheten for bruken av tvang. Det forutsettes at det er de som kjenner pasienten og brukeren best. Det må også sies at definisjonen på tvang er ganske vid, spesielt etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, og favner om en veldig stor gruppe med mange forskjellige utfordringer.

5.2.2 Svakheter ved dagens lovgivning

I sin utredning viser utvalget til flere svakheter i dagens ordning. De påpeker at det kan være gode og ulike grunner til at pårørende ikke klager på bruk av tvang⁵³, som er statistikken utvalget legger til grunn for vurderingen sin. Ifølge utvalget er det etter gjeldende rett tre problemer med pårørendemodellen i et rettsikkerhetsperspektiv.

De viser til problematikken der en pasient eller bruker ikke har nærmeste pårørende eller andre som kan fungere som nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Deretter er det selvfølgelig problematisk dersom det finnes en nærmeste pårørende, men vedkommende har en «ikke-fungerende pårørenderelasjon»⁵⁴. Det vil si at nærmeste pårørende ikke ønsker å utøve rollen som nærmeste pårørende for pasienten eller brukeren, eller det er mangel på kontakt mellom pasienten og nærmeste pårørende. Det vil i praksis bety at vedkommende ikke har «varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren» slik vilkåret er i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Vedkommende vil med liten sannsynlighet vite hva som er det beste for pasienten eller brukeren personen er nærmeste pårørende til.

⁵³ NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven s. 695

⁵⁴ Ibid.

Det tredje problemet utvalget påpeker er der det er «åpenbare interessenmotsetninger mellom nærmeste pårørende og personen det er spørsmål om å yte tjenester under tvang overfor»⁵⁵. Utvalget viser til et eksempel der det er tale om en person med demens der ektefellen ønsker innleggelse ved sykehjem. Dette ønsker i utgangspunktet ikke den demente. Ektefellen er nærmeste pårørende og har vært den som har ivaretatt vedkommende i hjemmet, men skal også være den som ivaretar rettssikkerhetsfunksjonen til vedkommende. Her er det klare interessenmotsetninger.

Utvalget har derfor vurdert, blant flere ting, om en mer aktiv bruk av vergeoppnevninger vil være et godt alternativ. Det foreslås som et tiltak i påvente av utviklingen av en beslutningsstøtteordning⁵⁶.

Forslaget er at man «oppnevner verger med et begrenset mandat til å dekke spørsmål regulert i lovutkastet, som kan tre inn som nærmeste pårørende der vedkommende formelt eller reelt mangler noen til å ivareta funksjonen». Der det ikke har latt seg identifisere «nærmeste pårørende» etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, vil vergen først og fremst dekke det formelle, slik gjeldende rett er i dag.

Utvalget hevder at å oppnevne verger med slikt mandat ikke er ideelt. De påpeker at «[innretningen] av vergemålsloven avviker mye fra helse- og omsorgslovgivningen ved være mindre individorientert». Dette skal visstnok vise seg i utforming av lovtekst samt drøftinger i forarbeidene som «indikerer at man bare i avgrenset grad har tatt inn over seg karakteren av inngrepslovgivning: særlig der det ikke er snakk om å frata rettslig handleevne». Dette til tross for at man «står overfor tiltak som utgjør inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8 ved fravær av samtykke, er det i liten grad vist til menneskerettsstandarder som nødvendighet og forholdsmessighet – det gjelder så vel i lovtekst som forarbeider».

Det påpekes av utvalget at «rettsikkerhetsvernet ved konflikter knyttet til utøving av vergeoppdraget er lite utbygd». De mener at det er «uklarheter både knyttet til i hvilken grad vergen i det hele tatt må lytte til personer som er satt under vergemål», og at det «synes helt å mangle en klageordning ved uenighet rundt konkrete disposisjoner».

⁵⁵ NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven s. 695

⁵⁶ Se NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven s. 413 der utvalget definerer beslutningsstøtte: «beslutningsstøtte er en samlebetegnelse for ulike tiltak som er rettet inn mot å styrke personers evne til å fatte beslutninger for seg selv og for å gi uttrykk for egne synspunkter».

Det er etter min mening svakheter ved å avvise vergen så konsekvent som utvalget gjør. En verge som er oppnevnt med mandat i personlige forhold vil representere en sikrere rettssikkerhetsgaranti i dag, dersom vergen ikke er nærmeste pårørende. Selv om vergemålsloven ikke nevner EMK artikkel 8 eller andre menneskerettsbestemmelser, skal loven tolkes i lys av CRPD. Et vergemål er frivillig, forutsatt at vedkommende ikke mister sin rettslige handleevne, og et vergemål kan trekkes tilbake dersom det ikke lenger er ønskelig at den hjelpetrengende skal ha verge. Dessuten skal vergen «ivareta interessen til den som er under vergemål» jf. vergemålsloven § 31. Videre har vergen en plikt til å høre den som er satt under vergemål, se vergemålsloven § 33.

Selv om da vergemålsloven er mindre individrettet sammenlignet med helselovgivningen, slik utvalget sier, skal interessen til vergehaver til enhver tid ivaretas. Det er også en mulighet å ha ivaretagelse av vergehavers menneskerettigheter som en del av mandatet til vergen.

Etter mitt syn er det dermed ingen uklarheter om «i hvilken grad vergen i det hele tatt må lytte til personer som er satt under vergemål»⁵⁷. Dette fordi det fremkommer av vergemålsloven § 33 at vergen har plikt til å høre den som er satt under vergemål. Første avsnitt sier at vergen skal «så vidt mulig høre den som er satt under vergemål, før det foretas disposisjoner av større betydning og også når dette ellers fremstår som naturlig».

Det vil tidvis være vanskelig å vite hva vergehaver som er en person med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse, ønsker. Dette kan være vanskelig også for de nærmeste pårørende, spesielt hvis vergehaver ikke har språk til å uttrykke seg med. Det er likevel klart at dersom vergen har mulighet til å høre hva vergehaver ønsker, så skal dette ønsket legges til grunn. En verge med mandat i personlige forhold har ingen økonomiske eller andre insentiver til å ønske for vergehaver noe annet enn det vergehaver også ønsker. Dette i motsetning til nærmeste pårørende.

Jeg er dog enig i utvalgets forslag om at verger bør få en særlig opplæring «for å sikre hvordan rolleforståelsen som nærmeste pårørende i saker om tvang kan skille seg fra et tradisjonelt vergeoppdrag»⁵⁸. Verger med mandat etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 om bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk

⁵⁷ NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven s. 696

⁵⁸ Ibid.

utviklingshemming, tilbys allerede dette.⁵⁹ Det er grunn til å mene at dette bør gjøres obligatorisk for alle verger med mandat i personlige forhold, og mer omstendelig.

Jeg deler også utvalgets syn på at dagens ordning ikke fungerer som en ekstra rettssikkerhetsgaranti nettopp fordi den nærmeste pårørende og verge veldig ofte er samme person. Utvalget mener at der vergen ikke er samme person som nærmeste pårørende, vil det være i varierende grad at verge har tid eller interesse av å gå inn i spørsmålene rundt bruk av tvang. De ser det derfor ikke nødvendig eller ønskelig å videreføre særordning med oppnevning av verge der det skal vedtas bruk av tvang overfor personer med psykisk utviklingshemming, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-3 (3). De foreslår heller en ny bestemmelse, § 3-5 i tvangsbegrensningsloven (ikke vedtatt), tiltak for å sikre rettssikkerhet gjennom representasjon⁶⁰.

Der en person som ikke har noen nærmeste pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, er det etter utvalgets forslag meningen at «fylkesmannen [bør] kontaktes for vurdering av oppnevning av verge som kan tre inn som nærmeste pårørende»⁶¹. Ved interessekonflikter mellom pasient eller bruker (nåværende terminologi – utvalget bruker «personen») og dens nærmeste pårørende, «skal helse- og omsorgstjenesten der vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b siste punktum antas å være oppfylt, kontakte fylkesmannen for vurdering av oppnevning av verge som skal ha rettigheter som nærmeste pårørende»⁶². Dette vil da i utgangspunktet ivareta interessene for personer med utviklingshemming.

Det er en grunntanke i de legislative hensynene at de nærmeste pårørende er bedre egnet eller har bedre forutsetninger for å ivareta pasientens interesser sammenlignet med en verge. Men, utvalget legger til grunn at dersom det ikke finnes noen «nærmeste pårørende» vil en verge være et bedre alternativ enn ingen.

Etter mitt syn bør ikke pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 oppheves slik det foreslås i NOU 2019: 14, og spesielt ikke om rekkefølgen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3

⁵⁹ NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven s. 696

⁶⁰ Ibid. s. 755

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

bokstav b ikke endres slik som det foreslås i punkt 5.3. Utvalgets begrunnelse for opphevelse er manglende sammenheng i lovgivningen, noe som er en legitim og rett begrunnelse.

Likevel vurderer utvalget selv som sagt en mer aktiv bruk av vergeoppnevninger for å redusere tvangsbruk etter dagens lovgivning. Da ser man at det er et behov for verger i helselovgivningen. Ved å gi vergen flere rettigheter, og i hvert fall ikke innskrenke rettighetene, vil det medføre at vergen står sterkere i flere tilfeller. Dersom vergen får tilstrekkelig opplæring og vergemålet blir mer individorientert, vil man få en bedre løsning enn slik det er i dag. Da vil sammenhengen i lovgivningen tale *for* at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 består.

Lovgiver bør derimot vurdere å endre pasient- og brukerrettighetsloven § 4-7 til å sammenfalle i større grad med § 4-6. Med andre ord der vergen kan samtykke på vegne av vergehaver uten rettslig handleevne, men der det er den som yter helsehjelp som står for den siste og avgjørende vurderingen. På den måten er vergehaver sikret at hen er blitt hørt, at vergen samtykker på vegne av vergehaver, men at den med mest kompetanse på området er den som tar avgjørelsen. Etter mitt syn vil rettssikkerheten til pasient og bruker ivaretas best slik.

5.3 Bør vergen rykke frem i køen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b?

5.3.1 Sivilombudsmannens vurdering av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b

I uttalelsen fra Sivilombudsmannen⁶³ sies det at man ikke kan fravike lovteksten i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Sivilombudsmannen sier i sin sak at foreldrene som etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b er antatt «nærmeste pårørende» er bedre egnet enn en verge med personlig mandat innenfor helse. Dette fordi grunntanken er at nærstående har bedre kjennskap til personen og en helt annen relasjon til personen enn hva en tilfeldig oppnevnt verge har. Dette selv om vergen har mandat innenfor personlige forhold og særlig helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9.

⁶³ SOM-2019-1273

Etter Sivilombudsmannens tolking av dagens lovgivning vil foreldrene til et psykisk funksjonshemmet barn, eller ektefellen til en person med alvorlig demens, som gjør handlinger som er til skade for pasienten eller brukeren, være bedre egnet enn en verge som gjennom sitt mandat er satt til å ivareta interessene til barnet eller demenspasienten. Ombudsmannen foretar en ordlydstolkning, der de kommer frem til at det ikke er grunn til å fravike rekkefølgen. Det kan stilles spørsmål ved om Sivilombudsmannen har tolket ordlyden for strengt.

Sivilombudsmannen støtter seg på forarbeidsuttalelser fra Ot.prp. nr. 12 (1998-1999), som gir et selvstendig grunnlag for pårørende i nær familie å utøve enkelte av rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven. Av forarbeidene fremkommer det at pårørende i nær familie har et selvstendig grunnlag for rettigheter og det er fordi de ofte vil ha «en sentral rolle i pasientens kontakt med helsevesenet, både gjennom at de kan ha direkte ansvar for pasienten (som foreldre) eller at de har støtte- og oppfølgingsfunksjoner for pasienten».⁶⁴

Selv om denne uttalelsen fra Sivilombudsmannen ikke bør vektlegges for mye, viser flere rettskilder at rekkefølgen skal følges, dersom pasienten er «ute av stand til å oppgi pårørende» jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b. Da skal den nærmeste pårørende være «den som i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten eller brukeren».

I saken hos Sivilombudsmannen var spørsmålet om hvor involvert foreldrene burde være, når deres handlinger angivelig var til skade for barnet. Etter dette må det være en forskjell på at foreldre eller andre i nær familie får informasjon om helseopplysninger, og i hvor stor grad foreldre medvirker ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester. Når foreldrene tar beslutninger som kan hevdes å være til skade for barnet, bør det stilles spørsmål ved om loven er tolket i samsvar med de legislative hensyn loven bygger på.

5.3.2 Kritikk til Sivilombudsmannens vurdering

Sivilombudsmannen har støttet seg på ordlyd og forarbeider, og sier at rekkefølgen ikke kan fravikes. Ordlyden sier at det skal «tas utgangspunkt» i rekkefølgen, men sier ikke at den er bindende. Etter mitt syn har Sivilombudsmannen i for liten grad vektlagt formålet til bestemmelsen, som er å ivareta pasient eller brukers ønske og/eller interesse.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 35

Det er åpnet for unntak fra rekkefølgen i § 1-3 bokstav b. Dersom det foreligger «konkrete opplysninger om at vedkommende pårørende handler i strid med pasientens interesser, vil det være i strid med lovens formål å gi ham eller henne de rettigheter som loven tillegger nærmeste pårørende. (...) Avgjørende vil være om det på bakgrunn av konflikter blant de pårørende er i strid med pasientens interesse å utpeke en av disse som nærmeste pårørende»⁶⁵.

Når det gjelder personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse, vil flere ha en verge etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9. I tillegg kan flere ha verger oppnevnt utenom rene kapittel 9-verger. Rundskrivet⁶⁶ sier at dersom «vergemålet gjelder personlige forhold bør det derfor klart fremgå av mandatet at det også omfatter myndighet på helse- og omsorgstjenesteområdet». Dette er Sande, Linge og Rasmussen klart kritisk til og sier at «[dette] kravet kan etter vårt syn ikke utledes av lovteksten (...). Der det fremgår at verge eller fremtidsfullmektig kan være nærmeste pårørende dersom de har kompetanse på det personlige området»⁶⁷. Dermed burde Sivilombudsmannen heller vurdere om vergen allerede hadde kompetanse til å samtykke på vegne av brukeren, ikke om vergen *kunne* ha kompetanse til å samtykke på vegne av brukeren.

Det er etter min mening bekymringsfullt at Sivilombudsmannen setter foreldre som gjør påståtte skadefulle handlinger og avgjørelser på vegne av et barn som ikke kan uttrykke sin egen mening, foran en verge med mandat til å gjennomføre handlinger og avgjørelser på samme området. Det virker uklart i hvor stor grad Sivilombudsmannen har lagt vekt på formålet med bestemmelsen, og på hvilken måte de har tolket juridisk teori og rundskrivet til bestemmelsen.

At nær familie ofte er i kontakt med helsevesenet bør og skal ikke gi familien rettigheter på selvstendig grunnlag, dersom familien ikke er egnet til å ivareta den rettigheten på en forsvarlig måte. Dessuten gir forarbeidene kun denne selvstendige rettigheten til «*enkelte* av de rettigheter som følger av pasientrettighetsloven» (min kursivering). Det finnes ikke gode argumenter for at nær familie som er antatt nærmeste pårørende til en pasient eller bruker uten samtykkekompetanse ikke skal få informasjon om helsetilstanden. Det må dog være grunn til

⁶⁵ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge, Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017 s. 221

⁶⁶ Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven IS-8/2015 s. 14

⁶⁷ Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge, Mona Choon Rasmussen, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017 s. 222

å være skeptisk til at nær familie skal kunne medvirke til helsehjelpen og ta avgjørelser på vegne av pasienten eller brukeren, dersom de ikke er egnet til det.

5.3.3 Burde verge og pårørende likestilles i helselovgivningen?

Dersom en legger til grunn at Sivilombudsmannens tolkning av loven gir uttrykk for gjeldende rett, og at man ikke kan flytte vergen frem i rekkefølgen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b, er dette etter mitt syn klart uheldig.

Det er rekkefølgen i pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b det må ytres kritikk mot. For myndige personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse, er det gjerne foreldre eller søsken som er antatt nærmest pårørende. De vil ofte gjøre en god jobb og ha interessen til sitt barn eller søsken for øyet.

Pårørende i form av nær familie kan på godt og vondt ofte være emosjonelt investert, og dette kan medføre at de ser seg blind på hva som faktisk er det beste for pasienten eller brukeren de er nærmeste pårørende til. Som tidligere nevnt, er for eksempel pårørende mer åpen for bruk av tvang enn det helsepersonell og annet fagfolk er.

Det finnes også flere eksempler på nærmeste pårørende som lar den hjelpetrequende gjennomgå store operasjoner eller tung kreftbehandling, der pasienten ikke har mulighet til å si nei, nettopp på grunn av mangel på samtykkekompetanse. Selv om det er helsepersonellet som til slutt avgjør om pasienten skal gjennomgå operasjonen eller kreftbehandlingen, vil det i enkelte situasjoner ikke være mulig for pasienten å avslå behandlingen. Helsepersonellet må legge pårørendes samtykke til grunn, fordi pårørende mest sannsynlig kjenner pasienten best og derfor kan hevde at den pasienten hadde ønsket å fortsette behandlingen.

Dersom en offentlig oppnevnt verge var sidestilt med pårørende i helsespørsmål, ville vergen kunne tilby et noe mer objektivt syn på saken. En verge vil kunne ta et steg tilbake, og med vergehavers interesser som førsteprioritet, også komme med et synspunkt på hvordan helsehjelpen burde gjennomføres.

Det er med dette trolig belegg for å påstå at dersom foreldre, søsken eller andre nære pårørende etter pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b ikke gjør en tilfredsstillende oppgave i egenskap av å være nærmeste pårørende, så burde heller ikke de få ta potensielt livsviktige avgjørelser for noen som ikke kan uttrykke sin egen mening.

Det stilles ingen egnethetskrav for pårørende gjennom lovgivningen slik den er i dag. Pårørende har rettigheter alene fordi at de er pårørende, og det vurderes ikke om de er i stand til å ta de vurderingene de skal ta på vegne av pasienter eller brukere uten samtykkekompetanse.

En verge på sin side må alltid gjennom en egnethetsvurdering. En fast verge må legge frem politiattest, jf. vergemålsloven § 26. Politiattesten skal gå inn som en del av egnethetsvurderingen etter § 28 (1). Dermed vil Fylkesmannen gjøre en vurdering av om vergen er egnet til å være personlig verge med ansvar for helserettslige spørsmål.

Dersom en verge kan ta avgjørelser der vedkommende har mistet sin rettslige handleevne, er det ingen grunn til å gi vergen mindre kompetanse enn pårørende, dersom pasient eller bruker har sin rettslige handleevne i behold, men ikke har samtykkekompetanse.

Det er umulig å sikre et totalt objektivt syn, være seg fra helsepersonell, pårørende eller vergen. Et fullstendig objektivt syn bør uansett heller ikke være ønsket. Det vil være tilfeller der vergen heller ikke vet alt om pasienten eller brukeren. Vergen kan for eksempel ikke alltid vite om vergehaver ønsker å fortsette eller avslutte behandling. Uansett vil det være helsepersonellet som tar avgjørelsen. Vergens objektive syn kan derimot hjelpe helsepersonellet med å få inntrykk av hva pasienten eller brukeren ønsker.

Det er sannsynlig at pårørende vil ønske livsforlengende behandling. Ved å være pårørende har de mulighet til å ilegge pasient eller bruker et ønske vedkommende ikke nødvendigvis har. Vergens objektive syn vil derimot kunne være en ekstra rettssikkerhetsgaranti for et menneske som allerede er i en sårbar posisjon.

Med dette bør man se på pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b med nye øyne, og som etter gjeldende rett er en bestemmelse som klart favoriserer partnere og familie over vergen.

Etter min mening bør det fremkomme av lovgivningen at dersom den som er ansett som nærmeste pårørende etter bestemmelsen, men som klart ikke gjør en tilfredsstillende jobb, bør fristilles fra sine oppgaver. Da bør man se nedover i rekkefølgen, eller alternativt automatisk gi rettigheten til vergen. Familien kan fremdeles få informasjonen som de trenger for å være støttende pårørende, men man bør ikke gi de retten til å samtykke på vegne av pasienten eller brukeren.

Ved å gjøre det slik, deler man opp rettighetene til pårørende. Da vil de fremdeles inneha de selvstendige rettighetene som pårørende, men ikke de rettighetene som går på medvirkning.

Et annet alternativ er å flytte vergen lenger opp i rekkefølgen, eller at man kan si at vergen skal ha samme rettigheter som partner eller nær familie.

Etter mitt syn vil dette være et bedre alternativ slik at rettssikkerheten til brukergruppen ivaretas på beste mulige måte.

5.4 Avsluttende bemerkninger

Man kan, og skal, stille kritiske spørsmål ved om vergen og pårørende burde ha rettigheter parallelt, altså om rettighetene deres burde stå likt. I oppgaven argumenteres det for vergens objektive syn som rettssikkerhetsgaranti for personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse.

Vergelovgivningen og vergemål er en gjennomgående kritisert ordning. I utgangspunktet strider den mot både den personlige autonomi og kan også stride mot retten til privatliv i EMK art. 8.

I 2018 kom Riksrevisoren med en knusende rapport⁶⁸. Av rapporten fremkommer det at vergemål «skal individtilpassast og gi auka sjølvråderett, integritet og rettstryggleik». Det er likevel ikke slik det fungerer i praksis. Det er mandatet som skal sette rammer for arbeidsoppgavene og kompetansen til vergen. For to tredjedeler av sakene som er gjennomgått av Riksrevisjonen, er funnet at det er opp til hver enkelt verge å individtilpasse vergeoppdraget. Konklusjonen fra Riksrevisjonen er at «manglande presisering av mandatet [kan] gi verja for vide fullmakter og med dette svekkje rettstryggleiken for den verjetrengande».

Dermed er det gode grunner som taler mot at vergen og pårørende skal likestilles, stikk i strid for det jeg argumenterer for. Etter min mening bør dette nyanseres noe. Det er blitt argumentert for vergens objektive syn, men vergen er, som alle andre, aldri hundre prosent objektiv. Det er arbeid med mennesker det er tale om, og det er mange hensyn som skal vektlegges. Det være seg juridiske, helseetiske og andre etiske forhold. Personer er mer enn

⁶⁸ Dokument 3:6 (2017-2018) Riksrevisjonens undersøking av korleis verjemålsreforma er sett i verk s. 9

sin diagnose, og det er ikke slik at en person har gitte meninger, ønsker eller uttrykk basert på sin diagnose. Lovgivningen og fagfolk vil på lang vei alltid være veldig generalisert.

En verge jobber heller ikke ut fra noen egne objektive vurderingskriterier.

Rettssikkerhetsgarantien som jeg argumenterer for, bør derimot være at en verge bør stille likt fordi vedkommende er en tredjeperson som har vergehavers interesse for øye, og bare det.

Vergen skal være en støttefunksjon for vergehaver, og slik loven er og blir praktisert i dag, får ikke vergen mulighet til å være denne støtten. Ikke minst får ikke vergehaver benytte seg av støtten vergehaver har krav på. Det argumenteres ikke for at vergen skal ha rettigheter på grunn av at hen er verge i den forstand, men at vergehaver skal ha rett til å bruke vergen som sin støttefunksjon i tillegg til å ha familie som «nærmeste pårørende» dersom dette er ønskelig for vergehaver.

Vergens syn på saken bør derfor ikke avvises gjennom lovgivningen, men derimot løftes. Når jeg argumenterer for at vergens rolle bør være større enn slik det er etter dagens lovgivning, er det ikke meningen å frata foreldre, søsken og andre i nær familie sin representasjonsrett, men å stille krav om en faktisk dobbel representasjon for personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse slik som forutsatt av lovgiver.

For å bli fast verge gjennom Fylkesmannen må som sagt vedkommende gjennom en egnethetsvurdering. Det må derimot ikke pårørende. Ved å gi vergen en større rolle gjennom helselovgivningen vil vergehaver ha en ekstra rettssikkerhet, og de pårørende kan få lov til å bare være pårørende.

Slik jeg vurderer det er forutsetningen for at vergen skal kunne ha en større rolle, at det må legges til rette for kontakt mellom verge og vergehaver. I dag er mange verger kun verger på papiret og kjenner ikke klienten sin. Tall fra Statens sivilrettsforvaltning⁶⁹ sier at ti personer i Norge er verge for 100 mennesker hver. Det sier seg selv at man da har minimal kontakt med vergehaveren man har ansvaret for.

⁶⁹ Elisabeth Skarrud, Bjørn Atle Gildestad, Birger Kolsrud Jåsund. «Er verge for over 100 personer – får kritikk», NRK nett, 5. mars 2019 <https://www.nrk.no/trondelag/ti-personer-i-norge-er-verge-for-100-mennesker-hver--far-kritikk-1.14447373> (Lest 23. november 2020)

Dessuten er egnethetsvurderingen av vergen meget knapp, og som man ser av Riksrevisjonens rapport har Fylkesmannen lite opplæringstiltak for vergene, og de følges sjeldent opp, selv om dette er Fylkesmannens plikt.

Hvordan dette skal gjennomføres – enten ved å legge et tak på antall klienter, eller ha et krav om et antall møter mellom vergehaver og verge, stille krav til å være delaktig i beslutninger som omhandler vergehavers helse – har jeg ikke gode svar på. Det er likevel klart at vergeoppfølging og veiledning, og opplæring av verger er sentralt for å styrke rettssikkerhet for personer med psykisk utviklingshemming uten samtykkekompetanse. Videre bør egnethetsvurderingen være mer omfattende, slik at det spesielt ved personlige mandat som omfatter helselovgivning, blir vurdert om vergen faktisk er egnet til å ta avgjørelser og å være en støtte for vergehaver.

Uansett hvordan man stiller seg til dagens lovgivning og følgene av den, må det legges til grunn at dagens ordning, og hvordan den praktiseres, ikke er optimal, hverken for vergen, pårørende og aller viktigst; vergehaver, pasient og bruker.

Litteraturliste

Lover

- Lov 10. februar 1967 lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker
- Lov 2. juli 1999 nr. 63 lov om pasient- og brukerrettigheter
- Lov 26. mars 2010 nr. 9 lov om vergemål
- Lov 24. juni 2011 nr. 30 lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Forskrifter

- Forskrift for sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie 14. november 1988 nr. 932.

Forarbeider

NOU

- NOU 2004: 16 Vergemål
- NOU 2016: 17 På lik linje, grunnleggende rettigheter for utviklingshemmede. Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming
- NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven

Proposisjoner

- Prop. 1 S (2020-2021) Statsbudsjettet, Justis- og beredskapsdepartementet

Odelstingsproposisjoner

- Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter
- Ot.prp. nr. 110 (2008-2009) Om lov om vergemål

Innstillinger

- Innst. O nr. 11 (2006-2007) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova

Rettspraksis

- Rt. 2010 s. 612 A

Sivilombudsmannens uttalelser

- SOM-2019-1273

Bøker

- Befring, Anne Kjersti, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm akademisk 2017
- Bruzelius, Karin M., *Norsk lovkommentar: Vergemålsloven*, Rettsdata.no
- Kjellevoid, Alice, Søvig, Karl Harald og Østenstad, Bjørn Henning, *Helse – og omsorgstjenesteloven – med kommentarer*, Fagbokforlaget 2016
- Sande, Eldbjørg, Linge, Trine Eli og Rasmussen, Mona Choon, *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal juridisk 2017
- Syse, Aslak, *Norsk Lovkommentar: Pasient- og brukerrettighetsloven*, Rettsdata.no
- Syse, Aslak, *Norsk Lovkommentar: Steriliseringsloven*, note 3, Rettsdata.no

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

Internasjonale konvensjoner

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK)
- Europarådets rekommandasjon 12 (99) 4 om prinsipper vedrørende den rettslige beskyttelse av inkapable voksne
- UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities 13th of December 2006 (CRPD)

Nettdokumenter

- Hallvard Norum, «Fylkesmannen skal heretter hete statsforvalter», NRK nett, 26. oktober 2020 https://www.nrk.no/norge/fylkesmannen-skal-heretter-hete-statsforvalter_-1.15215233 Lest 26. oktober 2020
- Statens sivilrettsforvaltning «Min rolle som verge», Vergemålportalen www.vergemal.no/?cat=447450 Lest 15. november 2020
- Elisabeth Skarrud, Bjørn Atle Gildestad, Birger Kolsrud Jåsund. «Er verge for over 100 personer – får kritikk», NRK nett, 5. mars 2019 https://www.nrk.no/trondelag/ti-personer-i-norge-er-verge-for-100-mennesker-hver-_far-kritikk-1.14447373 Lest 23. november 2020

Annen elektronisk litteratur

- Brev til Helsedirektoratet av 22. desember 2011 fra Helse- og omsorgsdepartementet *Pasientrettighetsloven-lovtolkningsspørsmål*
- Statens helsetilsyn, Veileder i behandling av klagesaker etter pasient- og brukerrettighetsloven, Internserien 7/2012
- Riksrevisjonen, Dokument 3:6 (2017-2018) Riksrevisjonens undersøkning av korleis verjemålsreforma er sett i verk

- Helsedirektoratet, Veileder om pårørende i helse- og omsorgstjenesten IS-2587
- Helsedirektoratet, Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven IS-8/2015