

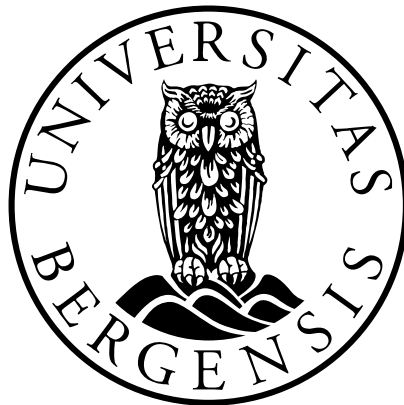
# Bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) med samtykke og med nødrett som hjemmel.

*I hvilken grad finnes det rettshjemmel for  
behandlingsformen?*

Kandidatnummer: 29

Antall ord: 13785

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.  
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2018]

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	3
1.1	<i>Problemstillingen</i> .....	3
1.1.1.	Rettslig utgangspunkt .....	4
	Nødrett .....	4
1.2	<i>Metode</i> .....	5
1.3	<i>Bakgrunn</i> .....	7
1.3.1	Elektrokonvulsiv behandling .....	7
1.3.2	Kritikk .....	9
1.3.3	Aktualitet .....	10
2	Verdigrunnlag og overordnede rettslige prinsipper .....	12
2.1	<i>Menneskerettigheter</i> .....	12
2.2	<i>Overordnende rettslige prinsipper</i> .....	12
2.3	<i>Krav til hjemmel</i> .....	13
3	Samtykke som rettslig grunnlag for ECT .....	14
3.1	<i>Hovedregel om samtykke</i> .....	14
3.1.1	Krav til gyldig samtykke .....	14
3.1.2	Foreligger det gyldig samtykke? .....	15
3.1.3	Pbrl. § 4-1 "Samtykke" .....	15
3.1.4	Samtykkekompetanse .....	16
3.1.5	Formell samtykkekompetanse .....	16
3.1.6	Reell samtykkekompetanse .....	16
3.1.7	Årsaksvilkåret .....	17
3.1.8	Manglende forståelse .....	17
3.1.9	Nødvendig informasjon om egen helsetilstand og innholdet i helsehjelpen .....	22
3.1.10	Tilbaketrukket samtykke .....	23
3.1.11	Saksforholdet - kan personen samtykke til tiltaket? .....	24
3.1.12	Formkrav .....	24
3.1.13	Lovfestelse av formkrav vedrørende ECT? .....	27
3.2	<i>Presumert samtykke</i> .....	27
4	Bruk av ECT på pasienter uten samtykke .....	30
4.1	<i>Hovedregel</i> .....	30
4.2	<i>Unntaket fra hovedregelen om samtykke</i> .....	30
4.2.1	Straffeloven § 17 .....	31
4.2.2	Fare for en lovlig interesse, og denne faren kan ikke avverges på annen rimelig måte .....	32
4.2.3	Skaderisikoen må være langt større enn risikoen ved nødvergehandlingen .....	33
4.2.4	Redningshensikt .....	36
4.2.5	Krav til behandlingen .....	36
4.2.6	Hvor lenge kan behandling med ECT pågå med nødrett som hjemmel? .....	37
4.2.7	Helsepersonellens oppfatning som skal legges til grunn .....	39
4.2.8	Klageadgang .....	39
4.2.9	Reell klageadgang? .....	39
4.3	<i>Finnes det andre aktuelle lovhjemler for behandling med ECT uten samtykke?</i> .....	39
4.3.1	Helsepersonelloven § 7 .....	40
4.3.2	Hvor lenge kan behandling med ECT pågå med hpl. § 7 som hjemmel? .....	42

4.4	<i>Er dagens situasjon rettslig holdbar?</i> .....	42
5	Bør behandlingsformen ECT lovfestes? .....	45
	Litteraturliste .....	48

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstillingen

Avhandlingen vil drøfte i hvilken grad det finnes rettshjemmel for bruk av elektrokonvulsiv behandling (ECT) med samtykke og med nødrett som hjemmel. ECT er en behandlingsform som innebærer at man fører små mengder strøm gjennom hjernen med intensjon om å utløse krampeanfall. Behandlingsformen har dokumentert god effekt ved affektive lidelser, men er også mye kritisert. Det er fortsatt ikke kartlagt den eksakte virkningsmekanismen, effekt, bivirkninger og om det kan føre til varig hjerneskade eller ikke.

Det har de siste årene vært mer fokus på de juridiske uklarhetene, bivirkninger og flere betenkeligheter med gjennomføringen av elektrokonvulsiv behandling. Behandlingsformen er å anse som et alvorlig inngrep og det knytter seg flere problemstillinger til tema; både juridisk, etisk og faglig. Det finnes ikke en lovbestemmelse som direkte regulerer bruken av ECT. Det blir derfor de mer generelle reglene i psykisk helsevernloven og pasient- og brukerrettighetsloven som legger føringene for behandlingsformen i Norge samt bestemmelser om nødrett.

Oppgaven vil behandle to hovedproblemstillinger; rettslig hjemmel for ECT med samtykke og ECT uten samtykke og med nødrett som hjemmel. Avhandlingen vil i det vesentlige være rettsdogmatisk, men også ha innslag av rettspolitisk drøftelse.

Oppgaven vil først ta for seg verdigrunnlaget og de overordnede rettslige prinsippene. Deretter vil jeg drøfte bruk av ECT med samtykke som hjemmel, og etterpå vil jeg drøfte bruken på nødrettslig grunnlag. Avslutningsvis vil jeg vurdere om nåværende situasjon er rettslig holdbar og om behandlingsformen bør lovfestes. Oppgaven vil være avgrenset mot mennesker over 18 år som ikke er umyndiggjort.

### **1.1.1. Rettslig utgangspunkt**

#### **Samtykke**

Det rettslige utgangspunktet for behandlingsformen reguleres av lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (*psykisk helsevernloven*). Det fremgår av phvl. § 2-1 første ledd at «psykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven». Psykisk helsevern krever dermed som hovedregel samtykke. Det vises også direkte i loven til kapittel 4 i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (*pasient- og brukerrettighetsloven*) som omhandler samtykkebestemmelsene. Forarbeidene slår også fast at første ledd skal «markere den klare hovedregel om samtykke som grunnlag for undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet.»<sup>1</sup> For å kunne utføre ECT på en pasient kreves det dermed som utgangspunkt samtykke til behandlingsformen i tråd med samtykkebestemmelsene i pbrl. kapittel 4.

Det knytter seg en rekke problemstillinger til dagens ordning med samtykke som grunnlag for ECT. Pasienten må ha personlige samtykkekompetanse og det må foreligge et gyldig samtykke etter dagens regulering. Vurderingene som foretas kan være svært vanskelig siden de er preget av mye skjønn. Vurderingene kan også være utfordrende grunnet den aktuelle pasientgruppen og problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med psykiske lidelser.

#### **Nødrett**

Unntaket fra hovedregelen følger videre i bestemmelsen. Det kreves som hovedregel samtykke «med mindre annet følger av loven her», jf. § 2-1 første ledd. Videre fremgår det av § 4-4 annet ledd om behandling uten samtykke at «det kan ikke gjennomføres undersøkelser eller behandlinger som innebærer et alvorlig inngrep», men med enkelte unntak.

Behandlingsformen ECT er å anse som et alvorlig inngrep og vil som utgangspunkt være forbudt å gjennomføre uten samtykke fra pasienten etter § 4-4 annet ledd jf. forarbeidene.<sup>2</sup>

Det fremgår imidlertid videre av forarbeidene at ved ”spesielle nødrettsituasjoner kan man gå lenger i bruk av tvangsbehandlingstiltak enn det dette ledd hjemler, og man vil da også kunne vurdere bruk av ECT.”<sup>3</sup> Det vises da til nødrett som hjemmel for behandlingen etter

---

<sup>1</sup> Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 86

<sup>2</sup> Ot.prp.nr.11 (1989-99) s. 160

<sup>3</sup> Ot.prp.nr.11 (1989-99) s. 160

straffeloven § 47<sup>4</sup>, som nå er opphevet. Dette vil i dag reguleres av lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 17. Bestemmelsen vil det vesentlige videreføre og presisere § 47 i dagens straffelov, jf. forarbeidene.<sup>5</sup>

## 1.2 Metode

Avhandlingen tar for seg flere problemstillinger ved psykisk helselovgivning. Det finnes ikke en direkte bestemmelse som regulerer ECT og i forlengelse av dette: mangel på tradisjonelle rettskilder som redegjør for rettstilstanden. Jeg har derfor måtte løse store metodiske problemer grunnet en «rettskildenød». Problemstillingene har ikke vært oppe for domstolene så det finnes ikke praksis på området. Det finnes lite veiledning fra lovgiver vedrørende ECT. Det er også sparsommelig med juridisk litteratur.

Jeg har derfor måtte henvendt meg til andre kilder ved å bruke NOU, nasjonale faglige retningslinjer vedrørende ECT, retningslinjer fra helsedirektoratet og rapporter samt uttalelser fra sivilombudsmannen for å redegjøre for den gjeldende rettstilstanden. På bakgrunn av dette kan man med si at det foreligger en mangel på lovregulering som jeg må analysere ut fra mer allmenne normer. Det er også uoversiktlig og mangelfullt empirisk materiale på område fordi det ikke foreligger rapporteringsplikt.

Det påpekes at flere av kildene ikke har eller har begrenset vekt rettskildemessig vekt, men det er per dags dato det som er tilgjengelig av aktuelle kilder knyttet til problemstillingen.

Utgangspunktet, etter norsk rett, er at loven er den mest tungtveiende rettskildefaktoren. Dette er fordi den er direkte utledet fra den lovgivende makt og det vil være et naturlig utgangspunkt for en juridisk problemstilling.

Lovforarbeid vil normalt bli tillagt mye vekt ved tolkning av lovteksten. De vil inneholde alt som skriver seg fra lovens utarbeidelse og vedtagelse, og således redegjøre i større grad enn bestemmelsene for lovgiverviljen. Lovforarbeid omfatter imidlertid mangt og vil inkludere

---

<sup>4</sup> Ot.prp.nr.11 (1989-99) s. 109

<sup>5</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004), s. 417.

annet bakgrunnsstoff, etterfølgende lovgiveruttalelser, utredninger, debatter etc.<sup>6</sup> Vekten vil variere etter de ulike instansene.

NOU som redegjør for gjeldende rett normalt ha vekt som juridisk litteratur<sup>7</sup>. Juridisk litteratur har begrenset vekt som rettskildefaktor.<sup>8</sup> Jeg har også anvendt meg en del av retningslinjer og rundskriv. Retningslinjene vil ikke være juridisk bindende, men kan i likhet med juridisk litteratur, redegjøre for lovtolkning, løsning av typetilfeller, hvilke hensyn som tillegges vekt etc. Retningslinjer kan utvikle seg til å bli regler, eksempelvis ved at praksis etter hvert fester seg.<sup>9</sup> Rapporter samt uttalelser fra sivilombudsmannen vil ikke være bindende, men blir som regel respektert av de forvaltningsorganer de retter seg til. Hans uttalelser blir også ofte henvist til i forvaltningsrettslig litteratur, og således spres.<sup>10</sup>

Reelle hensyn er vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig etc.<sup>11</sup> Reelle hensyns vekt i forhold til andre rettskildefaktor vil variere. Hvis det foreligger klare lovbestemmelser, og verken forarbeid eller andre autoritative rettskildefaktor gir grunnlag for å tolke dem i strid med ordlyden, vil Høyesterett normalt følge disse rettskildefaktorene – selv om de finner resultatet mindre rimelig.<sup>12</sup> Hvis rettskildefaktorene er motstridende derimot, kan reelle hensyn få avgjørende vekt.<sup>13</sup> Hvis det er spørsmål som ikke er løst ved lov og som ikke tidligere har vært oppe i praksis, kan reelle hensyn bli enerådende.<sup>14</sup>

Det er også begrenset med internasjonale kilder som er relevante. Internasjonale kilder har imidlertid være anvendt noe i forbindelse med verdigrunnet som lovgivningen er bygget på og menneskerettigheter. Dette har satt rammen for tolkning av nasjonal rett. Den internasjonale retten vil som utgangspunkt, hvis den er transformert gjennom en intern rettsakt, få samme vekt som transformasjonsregelen.<sup>15</sup> Jeg har imidlertid anvendt meg av EMK. Ved eventuell motstrid vil den internasjonale retten få forrang, jf. menneskerettsloven § 3.

---

<sup>6</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 23 og 65

<sup>7</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 70

<sup>8</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 270

<sup>9</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 31

<sup>10</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 231

<sup>11</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 24.

<sup>12</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 378

<sup>13</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 379

<sup>14</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 379

<sup>15</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 310

Jeg har også anvendt med av et par dommer fra EMD. EMD har myndighet til å treffe avgjørelser i enkeltsaker som er bindende for staten avgjørelsen retter seg mot, og innblandede parter. For andre stater vil dommen ikke har rettskraft, men rettskildemessig betydning.<sup>16</sup>

Legalitetsprinsippet vil også komme inn som tolkningsfaktor. Det er et overordnet rettslig prinsipp, som nå er kodifisert gjennom GrL § 113 og således har Grunnlovs rang.

Det må påpekes at overnevnte avklaring at kildenes vekt er ment som en generell fremstilling, og at vekten vil variere etter gjeldende prinsipper for lovtolkning. Argumenter som hører til samme faktortype kan ha forskjellig betydning.<sup>17</sup> Ordlyden vil eksempelvis ikke ha like mye vekt om den er vag og uklar versus hvis den fremstår klar og konkret.

Avhandlingen tar for seg en kontroversiell behandlingsform som det er nødvendig med en grundig forklaring av innledningsvis. Jeg har måtte benytte meg av ikke-juridiske kilder som medisinske fagartikler, artikler fra media samt leksikon for å forstå og forklare behandlingsformen.

Det har også vært nødvendig å forklare hvorfor problemstillingen er aktuell og kritikken knyttet til tema både fra internasjonale og nasjonale kilder. Tematikken har også vært mer å se i nyhetsbilde de senere år.

## **1.3 Bakgrunn**

### **1.3.1 Elektrokonvulsiv behandling**

Elektrokonvulsiv behandling/elektrosjokkbehandling/ECT er en behandling for psykotiske eller psykiske lidelser, som f.eks. alvorlig depresjon.<sup>18</sup> Tidligere ble behandlingen gjennomført mens pasienten var i våken tilstand, men nå blir pasienten gitt en kortvirkende narkose og deretter muskelavslappende før behandling. Selve behandlingen utføres ved at det festes elektroder på utsiden av hodeskallen og at et apparat deretter stimulerer hjernen ved å

---

<sup>16</sup> Høstmælingen. (2012), s. 98

<sup>17</sup> Eckhoff, Helgesen. (2001), s. 378

<sup>18</sup> Ulrik Malt. (2016a).



sende små energimengder gjennom hjernen<sup>19</sup> med hensikt om å generalisere krampeanfoll, også kalt ”grand-mal” anfoll.<sup>20</sup> Behandlingen gis i serier på to til tre behandlinger per uke, og vanligvis 6-8 og opptil 10-12 behandlinger.<sup>21</sup>

Behandlingsformen har dokumentert gode resultater ved affektive lidelser.<sup>22</sup> Det vil være en ”psykisk lidelse hvor endringer i stemningsleie i form av fortvilelse, opphisselse eller oppstemthet er fremtredende”. Dette er f.eks. depresjon og/eller mani.<sup>23</sup> ECT er spesielt forbundet med, og har vist seg å ha dokumentert god effekt på behandling av alvorlig depresjon. Ved gjennomgang av ECT-protokoller og pasientjournaler ved tre psykiatriske avdelinger ved Dikemark sykehus i perioden 1960-95 ble 85 % rapportert som bedre i løpet av fire uker etter behandlingsstart og de fleste viste bedringstegn allerede etter første uke. Totalt 43 % ble beskrevet som mye bedre etter første ECT-serie og kunne utskrives innen fire uker. Dette er å anse som en høy responsrate hos pasienter som ”i stor grad kan betegnes som behandlingsresistente”.<sup>24</sup> Det er flere studier som har vist at bruken av ECT ved alvorlig depresjon har bedre og raskere respons enn antidepressiv legemiddelterapi<sup>25</sup> og den raske responsen er viktig ved f.eks. selvmordsfare.

Det negative og kritiserte ved behandlingsformen er at virkningsmekanismen er uklar og behandlingen er spesielt forbundet med hukommelsestap.<sup>26</sup> Det antas at ECT påvirker hjernecellenes følsomhet for signalsubstans<sup>27</sup> og nyere forskning viser økning av nervecellevekstfaktorer og økning av hippocampusvolumet<sup>28</sup> som har funksjoner tilknyttet hukommelsen. «Det er faglig uenighet knyttet til hvordan ECT kan føre til symptomlette. De mest vanlige teoriene går ut på at blodsirkulasjonen, neurotransmittorer, neuroendokrine systemer og nevrogenesen stimuleres. Effekten av behandlingen skyldes da at nervecellenes plastisitet påvirkes. Enkelte mener imidlertid at den terapeutiske effekten, forbedring av

---

<sup>19</sup> Ulrik Malt. (2016a).

<sup>20</sup> Helsedirektoratet. (2017). s. 8.

<sup>21</sup> Sivilombudsmannen, 2017, s. 38.

<sup>22</sup> Helsedirektoratet. 2017, s. 2

<sup>23</sup> Ulrik Malt. (2016b).

<sup>24</sup> Kjell Martin Moksnes, Stein Opjordsmoen Ilnet. 2010.

<sup>25</sup> Kjell Martin Moksnes, Stein Opjordsmoen Ilnet. 2010.

<sup>26</sup> Helsedirektoratet. (2017) s. 23

<sup>27</sup> Ulrik Malt. (2016a).

<sup>28</sup> Kjell Martin Moksnes, Stein Opjordsmoen Ilnet. 2010.

depresjonssymptomene, er et resultat av nevrobiologiske og nevrobiokjemiske skadevirkninger av intervensjonen.»<sup>29</sup>

Det kan imidlertid være vanskelig å klargjøre den eksakte årsaken til bivirkningene siden lignende bivirkninger også kan gjøre seg gjeldende ved den psykiske lidelsen. Det er per dags dato ikke avklart om ECT kan føre til varige hjerneskader og det pågår en faglig diskusjon rundt bruken av ECT som er svært polarisert. Det har vært tilfeller av pasienter som har blitt tilkjent erstatning fra Norsk pasientskadeerstatning grunnet skade som er oppstått med elektrokonvulsiv behandling.<sup>3031</sup>

### **1.3.2 Kritikk**

Det foreligger ikke rapporteringsplikt ved bruk av ECT på nødrettsgrunnlag, og derfor eksisterer det ikke eksakte tall på omfanget. En enkel kartlegging viste at 30% av stedene som ble spurt, oppgir at de har benyttet nødrett som rettsgrunnlag i 2012.<sup>32</sup> Tallene kan imidlertid være høyere enn dette. Sivilombudsmannen har av personvern hensyn ikke ville gått ut med omfanget, men VG har blant annet avdekket at det har blitt gitt minst 166 ganger og til minst 40 personer i tidsrommet 2014-2016.<sup>33</sup> Bruken av ECT med nødrett som hjemmel har fått kritikk både fra internasjonalt og nasjonalt hold. Det må også stilles spørsmålsteget ved at det ikke finnes rapporteringsplikt ved et så alvorlig inngrep.

Norge fikk sist kritikk fra FNs menneskerettighetskomité for elektroshokk uten samtykke i april 2018.<sup>34</sup> Merknadene som komiteén kom med var knyttet til omstendighetene rundt bruken av ECT under tvang. Det ble blant annet påpekt at omfanget er uklart, det er manglende krav om «second opinion» vedrørende bruken, og at selve behandlingen styres av retningslinjer istedenfor lovverk. Komiteen skrev i sin rapport at Norge bør garantere i lovs form at elektroshokk uten samtykke kun skal bli brukt i «exceptional cases» som et siste behandlingstiltak og kun når det er helt nødvendig for å beskytte helse eller liv til personen det gjelder. I tillegg så skal behandlingen kun bli brukt kortest mulig på tvangsgrunnlag og

---

<sup>29</sup> Helsedirektoratet. (2017) s. 8.

<sup>30</sup> Willumstad Thomsen. (2016).

<sup>31</sup> Sivilombudsmannen, 2017. s. 36

<sup>32</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 26

<sup>33</sup> Åsebø, Norman, Vignæs, 2017.

<sup>34</sup> Knutsen, 2018.

med «independent review».<sup>35</sup> FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter har på den annen side anbefalt å forby bruk av ECT med tvang i 2013.<sup>36</sup>

Nasjonalt institutt for menneskerettigheter (NIM) har også kritisert bruken av ECT med tvang. Det menneskerettslige vernet om den personlige integritet innebærer at helsehjelp, inkludert psykisk helsevern, kreves som utgangspunkt gyldig samtykke, jf. bl.a. Grunnloven § 102 og EMK art. 8. De påpeker at bruken av ECT er et inngripende tiltak, men i motsetning til andre tvangstiltak, så har ikke ECT uten samtykke klar forankring i loven og svake rettsikkerhetsgarantier.<sup>37</sup> Ved myndighetsinngrep kreves det «grunnlag i lov» etter Grl. § 113. Bruk av ECT med nødrett vil etter NIM sin oppfatning trenge grunnlag i lov siden det er et klart inngrep i en borgers rettssfære. De er derfor av den formening at anvendelse av ECT med nødrett som hjemmelsgrunnlag står i et anstrengt forhold både til Grl. § 113 og EMK art. 8.<sup>38</sup> Hvis ECT skal brukes i nødrettstilfeller mener de derfor at den må hjemles eksplisitt og ha klare rettsikkerhetsgarantier tilknyttet. Bruken vil da være regulert på en mer betryggende måte og praksisen vil bli mer ensartet.<sup>39</sup>

Sivilombudsmannen har også kritisert bruken av ECT. Han har blant annet uttalt at ECT en er «svært inngripende og omstridt behandlingstiltak som utgjør en høy risiko for å utsette pasienter for umenneskelig og nedverdiggende behandling.»<sup>40</sup> Det ble bestemt i 1999 at bruk av ECT uten samtykke ikke er lov, og dagens praksis med nødrett som hjemmel fremstår dermed som en omgåelse av lovverket, ifølge Falkanger. Videre påpeker han også at bruken er problematisk i forhold til at tvang strekker seg over lengre tid, selv om situasjonen ikke lengre er akutt og at nødrett ikke gir hjemmel til dette. Han reagerer også på at det ikke foreligger rapporteringsplikt.<sup>41</sup>

### **1.3.3 Aktualitet**

Etter at det i media ble avslørt at minimum 40 pasienter har fått minst 166 ECT-behandlinger de siste tre årene har også helseminister Bent Høie uttalt i oktober 2017 at tallet er for høyt og

---

<sup>35</sup> Human rights committee, 2018. CCPR/C/NOR/CO/7. Avsnitt 23.

<sup>36</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2013. E/C.12/NOR/CO/5. Avsnitt 19

<sup>37</sup> Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2017. s. 92-93.

<sup>38</sup> Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2017. s. 92-93.

<sup>39</sup> Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2017. s. 92-93.

<sup>40</sup> Sivilombudsmannen, 2017. s. 41

<sup>41</sup> Knutsen, 2018.

vil ta opp bruken av denne behandlingsformen uten samtykke med de ulike helseregionene. Han påpeker blant annet at tallet er for høyt i forhold til at dette er en behandling som bare kan gis dersom det foreligger en akutt nødsituasjon som ikke kan avhjelpes på andre måter.<sup>42</sup>

Psykologforeningen har uttalt at ECT kun bør gis som frivillig behandling og uttrykker blant annet bekymring for pasienters rettssikkerhet i tilfeller der ECT brukes ved nødrett i en høringsuttalelse til Nasjonale faglige retningslinjer for bruk av ECT.<sup>43</sup> Foreningen Mental Helse har også gått ut og advart mot ECT. De frykter behandlingen er en form for moderne lobotomi.<sup>44</sup> Det pågår også en faglig diskusjon vedrørende om ECT kan føre til hjerneskade eller ikke.<sup>45</sup> Den mest kjente bivirkningen er hukommelsestap og det har bl.a. vært tilfeller hvor pasienter har mistet hukommelsen for 25 år av livet sitt.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Åsebø, Norman. (2017)

<sup>43</sup> Ingvild Aubert, Aina Fraas-Johansen, Per Halvorsen. (2017)

<sup>44</sup> Sissel Randsborg. 2010

<sup>45</sup> Roar Fosse. John Read. Richard Bentall. 2011. s. 1160-1171

<sup>46</sup> Asle Hansen. (2015)

## 2 Verdigrunnlag og overordnede rettslige prinsipper

### 2.1 Menneskerettigheter

Menneskerettigheter er helt grunnleggende rettigheter som ethvert menneske har. Det er universelle rettigheter og minimumsgarantier som et menneske skal være sikret helt uavhengig av etnisitet, kjønn, alder, legning etc. Rettighetene finnes nedskrevet i lov både internasjonalt og nasjonalt. Vi har flere internasjonale konvensjoner og erklæringer som Norge har forpliktet seg til å etterleve, hvor blant annet FNs konvensjoner og EMK er sentrale. Vi har også nedfelt rettighetene i Grunnloven, menneskerettighetsloven og flere andre lover nasjonalt.

### 2.2 Overordnende rettslige prinsipper

Utgangspunktet for helselovgivningen er at menneske er autonomt og verdig. Mennesket har selvbestemmelsesrett, og det skal utvises respekt for menneskeverdet. Dette er tanker som kan føres langt tilbake i tid, og som anses å være en del av de sentrale menneskerettigheter og helt grunnleggende rettssikkerhet. Det er slått fast både gjennom internasjonale menneskerettighetsdokumenter og i nasjonal rett.<sup>47</sup>

Det fremkommer bl.a. av phvl. §1-1 første ledd første punktum at;  
«Formålet med loven her er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med menneskerettighetene og grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper.»

Videre fremkommer det at helsehjelpen skal tilrettelegges med «respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet.», jf. § 1-1 andre ledd.

---

<sup>47</sup> NOU 2011:9, s. 23

Mennesket har dermed, som utgangspunkt, full bestemmelsesrett og vern over egen frihet, helse og liv.

På den annen side ser man også behov for å gripe inn i rettssfæren til individer. Dette er med bakgrunn i det menneskerettslige vernet for retten til helse, jf. ØSK art. 12 som anerkjenner «retten for enhver til å ha den høyest oppnåelige helsestandard både i fysisk og psykisk henseende». Artikkelen kan ikke forstås slik at konvensjonspartene må garantere god helse for enhver borger, men at de skal tilrettelegge for best mulig helse for enhver borger ut fra den enkeltes forutsetninger.<sup>48</sup> EMK art. 8 første ledd vil også som utgangspunkt hjemle et vern for retten til privatliv. Det fremgår av andre ledd at det ikke skal skje inngrep av denne rettigheten unntatt når det er i «samsvar med loven og ... for å beskytte helse eller moral».

Dette i kombinasjon med sentrale prinsipper som velgjørhetsprinsippet og ikke-skade prinsippet legitimerer inngrep i den enkeltes sfære når det foreligger gyldig rettsgrunnlag. Hvis det skal gjøres inngrep i den personlige integritet og rettssfære vil dette kreve et gyldig rettsgrunnlag, jf. legalitetsprinsippet. Rettsgrunnlaget kan være samtykke eller lovhjemmel.<sup>49</sup>

## 2.3 Krav til hjemmel

Kravet til lovforankring var tidligere ulovfestet gjennom legalitetsprinsippet, men har nå blitt kodifisert og fått grunnlovsvern gjennom GrL § 113.<sup>50</sup> Dette lovskravet kommer også til uttrykk gjennom internasjonale kilder, som for eksempel EMK art. 5. Desto mer inngripende et tiltak er, desto klarere må hjemmelen for inngrepet være.<sup>51</sup> ECT er å anse som et alvorlig inngrep ovenfor den enkelte jf. forarbeidene til psykisk helsevernlov.<sup>52</sup> Det å utføre en slik behandling mot noens vilje vil innebære et klart inngrep i vedkommendes rettssfære<sup>53</sup> og behandlingen vil kreve klart grunnlag i lov. Noe av kritikken knyttet til ECT er på bakgrunn av at behandlingsformen har blitt gjennomført uten klar forankring i lov.

---

<sup>48</sup> Asbjørn Eide, Just Haffeld, Ole Frithjof Norheim. 2011

<sup>49</sup> NOU 2011:9, s. 23

<sup>50</sup> Syse (2016), s. 432

<sup>51</sup> Syse (2016), s. 431

<sup>52</sup> Ot.prp.nr. 11 (1998-1999), s. 160

<sup>53</sup> Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, 2017. s. 92-93.

# 3 Samtykke som rettslig grunnlag for ECT

## 3.1 Hovedregel om samtykke

Det rettslige utgangspunktet for ECT er som nevnt tidligere samtykke i henhold til phvl. § 2-1 første ledd. For å kunne utføre ECT på en pasient kreves det som utgangspunkt dermed samtykke til behandlingsformen i tråd med samtykkebestemmelsene i pbrl. kapittel 4.

### 3.1.1 Krav til gyldig samtykke

Kravene til gyldig samtykke av pbrl. §§ 4-1 og 4-2. Pasienten må være samtykkekompetent og ha fått nødvendig informasjon om egen helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.

Samtykket må også være avgitt i riktig form, og det må være avgitt frivillig. Endelig må samtykket, for å være gyldig, gjelde et saksforhold som pasienten har anledning til å samtykke til.<sup>54</sup>

Kravene til gyldig samtykke er relative. Det er et alminnelig helserettslig prinsipp at samtykkekravet styrkes etter inngrepets art og alvorlighetsgrad.<sup>55</sup> Kravene til samtykkekompetanse, informasjonskravet, samtykkets form og rekkevidde blir skjerpet etter alvorlighetsgraden. Det stilles strengere krav til samtykket desto mer inngripende tiltaket er.<sup>56</sup> Spørsmålet er hvordan dette slår ut i forhold til ECT.

ECT er å anse som et alvorlig inngrep og dette er slått fast i forarbeidene til psykisk helsevernlov.<sup>57</sup> Det er et alvorlig inngrep hvor pasienten vil være i en svært sårbar tilstand ved at personen er under narkose. Behandlingen blir utført på psykisk syke mennesker som kan anses å være en sårbar og noe utsatt gruppe grunnet utfordringene det medfører å ha en

---

<sup>54</sup> NOU 2011:9, s. 23

<sup>55</sup> NOU 2011: 9, s. 286

<sup>56</sup> NOU 2011:9, s. 24

<sup>57</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

psykisk lidelse. På bakgrunn av dette vil det stilles strenge krav til gyldig samtykke ved bruk av ECT. Jeg vil hvordan dette mer konkret slår ut underveis i avhandlingen.

### **3.1.2 Foreligger det gyldig samtykke?**

Samtykkekompetanse er en sentral problematikk når det gjelder anvendelse av ECT.

Paulsrud-utvalget tok opp problematikken i forhold til samtykkekompetanse og «frivillig» i phvl. § 3-3, men tematikken er identisk som til § 4-4 tredje avsnitt andre setning. Man ser en tendens til at helsepersonellet går langt for å definere at det er frivillig psykisk helsevern så lenge pasientene ikke protesterer eller det er noe form for positiv tilslutning. Det har vært nevnt som eksempel, muligens noe spissformulert, at det har blitt godtatt som gyldig samtykke for behandling av ECT hvis pasienten sier «ja, send strøm gjennom hodet mitt til jeg dør.»<sup>58</sup>

Hvordan man skal forstå vedkommendes utsagn sett opp mot kravene om gyldig samtykke og personlig samtykkekompetanse? Utsagnet reiser flere problemstillinger i relasjon til samtykke som jeg vil komme inn på. Har vedkommende faktisk ment å samtykke til behandlingen med utsagnet? Har pasienten samtykkekompetanse på området?

### **3.1.3 Pbrl. § 4-1 “Samtykke”**

Pbrl. § 4-1 krever pasientens «samtykke», jf. første ledd første setning. Utsagnet representerer det gjennomgående vanskelige problemet innen psykisk helsevern knyttet til samtykke; skjønnsutøvelsen. Det vil ved vurdering av samtykket måtte innebære flere skjønnsmessige vurderinger i forhold til samtykkets gyldighet som er utfordrende. Problemstillingen vil by på flere ulike problemer avhengig av pasient, handlemønster, utsagn og oppfatning. Overnevnte utsagn kan forstås på flere måter – det kan være ironi, det kan være en sint slengbemerkning uten et reelt ønske om å samtykke, det kan være en reaksjon på informasjon om en kontroversiell behandlingsform eller det kan være et reelt samtykke gitt av en deprimert og frustrert pasient som ikke ser noen utvei av lidelsen. Generelt vil nok ikke overnevnte utsagn være tilstrekkelig for å konkludere med at pasienten oppriktig har ønsket å samtykke.

---

<sup>58</sup> NOU 2011:9, s. 302-303



### **3.1.4 Samtykkekompetanse**

Pbrl. §§ 4-1 og 4-2 krever at pasienten må ha samtykkekompetanse for at samtykket skal anses gyldig. Vi skiller mellom formell og reell samtykkekompetanse.<sup>59</sup>

### **3.1.5 Formell samtykkekompetanse**

Formell samtykkekompetanse har som utgangspunkt personer over 18 år, jf. § 4-3 første ledd bokstav a. I tillegg har pasienter over 16 år formell samtykkekompetanse hvis ikke annet «følger av særlig lovbestemmelse eller tiltakets art», jf. § 4-3 første ledd bokstav b, men oppgaven er som nevnt tidligere avgrenset til mennesker over 18 år. Formell samtykkekompetanse innebærer at vedkommende har kompetanse til å ta avgjørelse i spørsmål om helsehjelp.<sup>60</sup> Det presiseres i forarbeidene at det som reguleres er kompetansen og at «Det er ingen formelle aldersgrenser for å oppsøke helsetjenesten eller helsepersonell for å få veiledning, råd og informasjon.»<sup>61</sup>

### **3.1.6 Reell samtykkekompetanse**

Reell samtykkekompetanse innebærer at «personen reelt sett er i stand til å forstå innholdet i og konsekvensene av ulike handlingsvalg.»<sup>62</sup> Det fremkommer av pbrl. § 4-3 andre ledd at «Samtykkekompetanse kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Slik det fremkommer av ordlyden kan samtykkekompetansen variere etter hva slags helsehjelp det gjelder siden den reelle samtykkekompetansen kan «bortfalle helt eller delvis», jf. § 4-3 andre ledd. Det må en vurdering til i forhold til den konkrete helsehjelpen som vurderes siden samtykkekompetansen kan bortfalle for et område, men forbli på et annet. Det

---

<sup>59</sup> NOU 2011: 9, s. 24

<sup>60</sup> Syse, 2016, note 121

<sup>61</sup> Ot.prp.nr. 12 (1998-1999), s. 133

<sup>62</sup> NOU 2011: 9, s. 24

er blant annet påpekt i forarbeidene at det er viktig at selvbestemmelsesretten ikke bortfaller i større utstrekning enn det faktisk er grunnlag for.<sup>63</sup>

Den manglende samtykkekompetansen kan også være forbigående og samtykkekompetansen må derfor vurderes fortløpende. Vurderingen vil ikke være permanent og pasienten kan for eksempel etter litt søvn eller noe tid gjenvinne sin forståelseevne og samtykkekompetansen.<sup>64</sup> Det stilles uansett krav til at helsepersonellet som foretar vurderingen må utføre sin vurdering med de krav til faglig forsvarlighet som forventes i henhold til helsepersonelloven § 4.

### 3.1.7 Årsaksvilkåret

ECT er en aktuell behandlingsform av psykiske lidelser, og det vil derfor foreligge psykiske forstyrrelser. Det er imidlertid ikke gitt at en person ikke har samtykkekompetanse kun på grunn av at vedkommende har en psykisk forstyrrelse. En person kan være samtykkekompetent selv om vedkommende har en psykisk forstyrrelse og viser tydelige tegn på mani eller psykose. Dette er fordi vedkommende *forstår* hva helsehjelpen omfatter og *hva* han samtykker til. Det sentrale er om vedkommende «på grunn av ... psykiske forstyrrelser» åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter, jf. §4-3 andre ledd. Det er med andre ord et krav om sammenheng. Det må være den psykiske forstyrrelsen som er årsaken til den manglende forståelsen.

### 3.1.8 Manglende forståelse

Problemstillingen er om pasienten på grunn av psykiske forstyrrelser «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Dette er en vurdering av personens forståelseevne og forståelsen må vurderes i forhold til hva selve samtykket omfatter, jf. «forstår hva samtykket omfatter». For at pasienten skal miste samtykkekompetansen presiserer forarbeidene at «vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, dvs. tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen.»<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 12 (1989-1999), s. 84

<sup>64</sup> NOU 2011: 9, s. 26

<sup>65</sup> Ot.prp.nr. 12 (1989-1999) s. 133

Pasienten må altså ikke være i stand til å forstå hvorfor legen har foreslått ECT som behandlingsform for vedkommende. Den manglende forståelsen må være grunnet vedkommende sin psykiske lidelse. Pasienten må heller ikke være i stand til å forstå hva behandlingsformen vil innebære for vedkommende, og således ikke forstå hva et eventuelt samtykke omfatter.

Det stilles krav til grad av manglende forståelsesevne. Ordlyden tilsier at det er en høy terskel og at det skal fremstå som utvilsomt utfra omstendighetene, jf. «åpenbart». Dette blir også bekreftet av forarbeidene som slår fast at ved eventuelle tvilstilfeller beholder vedkommende samtykkekompetansen.<sup>66</sup> Det er dermed naturlig å forstå bestemmelsen slik at pasienter med en redusert evne til å forstå hva samtykket omfatter er å anses som samtykkekompetente. Det er først når reduksjonen er så kraftig at vedkommende «åpenbart» ikke forstår hva samtykket omfatter at man kan vurdere å frata pasienten samtykkekompetansen. Det er helsepersonellet som skal iverksette hjelpen som skal foreta vurderingen, jf. § 4-3 tredje ledd første setning.

Loven gir imidlertid ingen føringer på hvordan selve vurderingen av samtykkekompetanse skal utføres. Vurderingen av manglende forståelse vil være skjønnspreget, men det stilles krav til at vurderingen skal være faglig forsvarlig i henhold til hpl. § 4. Det fremgår av rundskriv til loven at det sentrale er om pasienten ikke er påvirket av den medisinske tilstanden i for stor grad til å kunne ta en beslutning om helsehjelp.<sup>67</sup> Det er ikke strenge krav til forståelsen, men er tilstrekkelig med en alminnelig forståelse. Det kreves et visst nivå av konsekvensinnsikt, men pasienten må eksempelvis ikke forstå medisinske prosedyrer, årsakssammenhenger eller fullt ut forstå alle konsekvenser av å nekte behandlingen.<sup>68</sup>

Ved vurderingen av samtykkekompetanse når det gjelder ECT vil pasienten normalt ha en alvorlig sinnslidelse. Dette vil typisk være en form for alvorlig depresjon og all annen behandling vil ikke ha hatt ønsket effekt. Spørsmålet er om pasienten grunnet lidelsen er så påvirket av sin tilstand at vedkommende ikke kan fatte en kvalifisert beslutning om helsehjelp. Pasienten trenger ikke forstå alle aspekter ved ECT, men må forstå essensen i det slik at det foreligger et informert samtykke på et forsvarlig beslutningsgrunnlag.

---

<sup>66</sup> Ot.prp.nr. 12 (1989-1999) s. 133

<sup>67</sup> IS-2015-8, s. 85

<sup>68</sup> IS-2015-8, s. 85

Det finnes flere faglige veiledere som er utviklet for vurderingen av samtykkekompetanse. Det som det gjennomgående fokuseres på er FARV-kriteriene som både er fremhevet i de nasjonale retningslinjene og rundskrivet til loven. Kriteriene er;

- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp,
- evnen til å anerkjenne informasjon i sin egen situasjon og spesielt i forhold til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene,
- evnen til å resonnerer relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene, og
- evnen til å uttrykke valg<sup>69</sup>

Evnen til å forstå informasjonen som er relevant handler om å ta imot opplysninger og forstå den informasjonen som blir gitt.<sup>70</sup> Det som antagelig er spesielt viktig å ta inn over seg vedrørende ECT er at det er en kontroversiell behandling hvor både virkningsmekanisme er uklar, hvilke bivirkninger som har oppstått i forbindelse med behandlingen, og at det for enkelte pasienter har oppstått kroniske bivirkninger. Samtidig er det også viktig å opplyse om at behandlingen har dokumenterte effektive resultater, og den høye responsraten i forhold til pasientgruppen som typisk blir behandlet. Det fremgår flere kontrollspørsmål av rundskrivet som helsepersonellet kan stille ved vurdering av FARV-kriteriene. Helsepersonellet kan stille kontrollspørsmål vedrørende hva pasienten tenker om egen helsetilstand, hvilken nytte vedkommende tror behandlingen vil ha og hva som er risikoen, og hva som vil skje hvis ingenting blir gjort for å vurdere evnen til å forstå.<sup>71</sup>

Evnen til å anerkjenne informasjon handler om pasientens opplevelse av egen situasjon, og erkjennelse av hjelpebehov. Hvis vedkommende for eksempel ikke erkjenner lidelsen eller at han/hun har det vanskelig, og ikke føler det er behov for hjelp, vil det ofte bli vurdert slik at pasienten ikke anerkjenner den aktuelle situasjonen.<sup>72</sup> Det er imidlertid viktig å påpeke at innsikten kan være redusert, og vedkommende fortsatt kan vurderes som samtykkekompetent.<sup>73</sup> Dette ble også påpekt i NOU 2011:9, hvor det fremgår at pasienten må

---

<sup>69</sup> Helsedirektoratet. (2017) s. 24-25, IS-2015-8 s. 86

<sup>70</sup> IS-2015-8, s. 86

<sup>71</sup> IS-2015-8, s. 87

<sup>72</sup> IS-2015-8, s. 86

<sup>73</sup> IS-2015-8, s. 85

ha en viss forståelse av sin egen helsetilstand for å forstå begrunnelsen for helsehjelpen.<sup>74</sup> Det fremgår videre i utredelsen av det ikke er automatisk samsvar, og heller ikke rettslig påkrevd, at det er samsvar mellom de to aspektene. Her vil jeg imidlertid påpeke at man i realiteten ikke kan ha det ene uten det andre. Hvis en pasient ikke har en viss forståelse og innsikt i sin egen helsetilstand, så vil det ikke være mulig å forstå begrunnelsen for den aktuelle helsehjelpen. Da vil man heller ikke ha den minimum innsikten som det kreves for å være samtykkekompetent. Det skal påpekes at det riktignok ikke er rettslig påkrevd at det er samsvar mellom de to, men de to aspektene vil inngå i en rettslig vurdering av samtykkekompetansen.

Vedrørende evnen til å anerkjenne vil det være sentralt å spørre pasienten hva vedkommende tenker om egen medisinske tilstand, hvorfor pasienten tror legen har anbefalt ECT for vedkommende, om pasienten tror ECT vil være den beste behandlingen eller ikke, og hva vedkommende tror vil skje hvis behandlingen gjennomføres eller ikke.<sup>75</sup>

Evnen til å resonnerer handler om å avveie fordeler og ulemper til de ulike behandlingalternativene. Dette blir spesielt viktig hvis det er flere behandlingalternativer som er aktuelle. Ved en slik vurdering vil avveiningen basere seg på verdier og prioriteringer hos pasienten. Disse verdiene og prioriteringene kan stride mot helsepersonellens oppfatning av hva som er til det beste for pasienten.<sup>76</sup>

Når det gjelder ECT vil det være andre behandlingalternativer som også er aktuelle. Det kan eksempelvis være terapi og medikamentell behandling. Det er viktig at pasienten får informasjon om både fordeler og ulemper ved alle behandlingalternativer slik at vedkommende kan gjøre et informert valg. Helsepersonellet må vurdere om pasienten kan ta inn over seg denne informasjonen og veie informasjonen mot hverandre ved å stille kontrollspørsmål. Dette kan være hvilke faktorer som er viktigst for pasienten, om vedkommende stoler på legen, hva pasienten tenker om fordeler og ulemper etc.<sup>77</sup>

Evnen til å uttrykke valg handler om pasientens beslutning om eventuell behandling. Selv om pasienten ikke kan snakke er det fortsatt mulig å uttrykke seg på flere andre måter. Det vil ikke være tilstrekkelig å vurdere en person som samtykkekompetent kun fordi vedkommende

---

<sup>74</sup> NOU 2009:11, s. 25

<sup>75</sup> S-2015-8, s. 87

<sup>76</sup> IS-2015-8, s. 86

<sup>77</sup> IS-2015-8, s. 87

klarer å si ja eller nei. Det må vurderes om pasienten klarer foretrekke et alternativ, på bakgrunn av tilstrekkelig og tilpasset informasjon, slik at det vil utgjøre et kvalifisert valg.<sup>78</sup> Pasienten vil ha mottatt nødvendig informasjon om ECT og eventuelt andre behandlingstiltak. Det blir sentralt å spørre vedkommende om de har bestemt seg for hvilke behandlingsformer som er best for de og hva de ønsker å gjøre videre.<sup>79</sup>

En problemstilling vedrørende psykisk syke er at det er en gruppe mennesker som kan være ambivalente. Vedkommende kan for eksempel samtykke til tiltaket og deretter trekke det tilbake to timer senere. Hvordan skal man forstå deres utsagn når de uttrykker seg motstridende, og har pasienten et oppriktig ønske om å samtykke ved slikt handlemønster? Spørsmålet vil være om pasienten innehar evnen til å uttrykke valg, og således har samtykkekompetanse.

Det vil måtte gjøres en konkret vurdering i hvert tilfelle. Det vil være naturlig å se hen til pasientens væremåte, og om deres handlemønster styres av sykdommen eller dem selv. Hvis handlemønsteret er å anse som en del av vedkommendes naturlige væremåte vil det trekke i retning av at pasienten evner å uttrykke valg, og således innehar samtykkekompetanse. Hvis dette er tilfellet vil væremåten heller ikke ha sammenheng med den psykiske lidelsen. Da vil ikke årsaksvilkåret være oppfylt, se drøftelse under punkt 3.1.7. På den annen side vil tilfellet være annerledes hvis handlemønsteret er en del av lidelsen. Dette vil da trekke i retning av at pasienten ikke evner å uttrykke valg, og således ikke innehar samtykkekompetanse.

En annen aktuell problemstilling er om pasienten er så alvorlig deprimert at vedkommende ikke klarer å ta stilling til om han/hun samtykker eller ikke. Dette kan for eksempel være tilfellet ved en dyp depresjons om har medført funksjonssvikt<sup>80</sup> og hvor annen behandling ikke fungerer. Hvis vedkommende faktisk ikke klarer å ta stilling til om de samtykker grunnet lidelsen vil det være naturlig å anta at vedkommende ikke har innsikt i eget sykdomsbilde og heller ikke forstår hva de faktisk samtykker til. Vedkommende vil også ha en manglende evne til å uttrykke valg. Tross den høye terskelen for fratakelse av samtykkekompetanse, vil vedkommende grunnet sykdommen sin ikke forstå hva helsehjelpen innebærer og om de reelt ønsker å samtykke til tiltaket.

---

<sup>78</sup> IS-2015-8, s. 86-87

<sup>79</sup> IS-2015-8, s. 87

<sup>80</sup> Malt (2016). ECT.

Grunnet respekt for menneskets autonomi og den høye terskelen som ordlyden setter, skal det mye til for å frata pasienters samtykkekompetanse. En vurdering av samtykkekompetanse bærer store preg av skjønn som er helt uunngåelige. Det er helt sentralt at helsepersonellet tar seg tid til å foreta en korrekt og faglig forsvarlig vurdering slik at det individets integritet ikke krenkes og forsvarlighetskravet i henhold til hpl. § 4 overholdes.

### **3.1.9 Nødvendig informasjon om egen helsetilstand og innholdet i helsehjelpen**

Pbrl. § 4-1 slår fast at samtykket kun er gyldig hvis pasienten har fått nødvendig informasjon om egen helsetilstand og innholdet i helsehjelpen. Dette er en helt sentral og grunnleggende rettighet. Det innebærer at pasienten må få nødvendig informasjon om hva tiltaket innebærer i forhold til egen helsetilstand. Først da vil pasienten kunne gi et informert samtykke som gis på et forsvarlig beslutningsgrunnlag. Forarbeidene slår fast at «pasientene må ha fått fyllestgjørende underretning om formål, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket.»<sup>81</sup> Kravet til informasjon fremkommer også i kapittel 3 om rett til medvirkning og informasjon. Her blir det presisert at informasjonen må «tilpasses den enkelte pasient, inngrepets art og konsekvenser og omstendighetene forøvrig. Det kan ikke forventes at pasienten skal ha all tenkelig informasjon om tiltaket før samtykke gyldig kan avgis.»<sup>82</sup> Dette kan imidlertid også leses ut av ordlyden i § 4-1, jf. «nødvendig». Det vil eksempelvis ikke være nødvendig å kreve et informert samtykke i øyeblikkelig hjelp-situasjoner, som også fremkommer av hpl. § 7. Det er et krav at opplysning om den informasjon som er gitt, skal nedtegnes i pasientens journal, jf. pbrl. § 3-5 tredje ledd.

Spørsmålet er hvor strenge krav til informasjon som gjelder ved anvendelse av ECT. Det er helt sentralt at pasienten blir gitt informasjon om behandlingsformen. Vedkommende skal i henhold til kravene til pbrl. § 4-1 få informasjon om deres tilstand, metoden som blir anvendt, forventet fordel av ECT og mulige bivirkninger. Det vil også være naturlig å opplyse om eventuelle andre behandlingstiltak som kan være aktuelle for deres helsetilstand.

I henhold til retningslinjene som foreligger må det gis den informasjonen som «pasienten trenger for å kunne ta stilling til valg av behandling, ivareta sine interesser og være delaktig i

---

<sup>81</sup> Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 132

<sup>82</sup> Ot.prp.nr. 12 (1998-1999) s. 132

valg av behandling og under selve behandlingen.» Det påpekes også at informasjonen må være tilstrekkelig nok for at pasienten faktisk kan benytte sin rett til medvirkning, herunder valg av helsehjelp når det er flere alternativer.<sup>83</sup> Hvis det ikke gis tilstrekkelig med informasjon så vil et eventuelt samtykke gis på et mangelfullt grunnlag, eller det kan medføre at en pasient ikke samtykker som ellers hadde det med tilstrekkelig informasjonsgrunnlag. Det påpekes i retningslinjene at det er viktig å gi den informasjonen som pasienten trenger også etter behandlingen er oppstartet.<sup>84</sup>

Som nevnt innledningsvis, kreves det at informasjonen skal tilpasses i henhold til kravene som fremgår av kapittel 3. Det påpekes også i retningslinjene at informasjonen skal tilpasses den enkelte pasients «individuelle forutsetninger som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn.»<sup>85</sup> Kravet vil slå annerledes ut ved psykiske lidelser enn ved somatiske tilstander. Den aktuelle pasientgruppen for behandlingsformen vil ofte være alvorlig deprimerte personer. På bakgrunn av den psykiske lidelsen som foreligger, vil det være essensielt å tilrettelegge slik at helsepersonellet er sikker på at pasientene oppfatter og forstår den nødvendige informasjonen både om egen helsetilstand og ECT.

ECT vil være et svært inngripende tiltak hvor pasienten er i sårbar tilstand ved å være under narkose under behandlingen som tas til inntekt for at det bør stilles strenge krav til informasjon. Det er et inngrep i pasientens rettssfære. Spesielt med tanke på at ECT er en så kontroversiell og omstridt behandling som kan oppleves svært inngripende må det forventes strenge krav til informasjon.

Det stilles strenge krav til nødvendig informasjon ved bruk av ECT.

### **3.1.10 Tilbaketrukket samtykke**

Det følger av pbrl. § 4-1 annet ledd første setning at pasienten kan «trekke tilbake sitt samtykke». En problematikk vedrørende samtykke gitt av psykisk syke, er at det er en gruppe mennesker som kan være ambivalente. Vedkommende kan eksempelvis samtykke til tiltaket og deretter trekke det tilbake kort tid etterpå. Hvis pasienten trekker tilbake sitt samtykke skal

---

<sup>83</sup> Helsedirektoratet (2017), s. 23

<sup>84</sup> Helsedirektoratet (2017), s. 23

<sup>85</sup> Helsedirektoratet (2017), s. 23



vedkommende få nødvendig informasjon om betydningen av at helsehjelpen ikke gis, jf. § 4-1 annet ledd andre setning.

Gyldig samtykke til behandlingen må foreligge all den tid helsehjelpen gis og i forlengelse av dette kan samtykket trekkes tilbake til enhver tid. Det som kan være problematisk i forhold til ECT er at pasienten vil være i narkose under selve behandlingen. Den tid pasienten er under narkose vil vedkommende miste sin mulighet til å trekke tilbake samtykke. Det må imidlertid stilles noe lempeligere krav ved ECT siden pasienten er i narkose og således ikke er i stand til å vurdere om han/hun fremdeles samtykker. Ved at pasienten har fått informasjon om dette, se punkt 3.2.1, vil vedkommende være klar over det ved samtykke og således akseptert det.

### **3.1.11 Saksforholdet - kan personen samtykke til tiltaket?**

Samtykke må, for å være gyldig, gjelde et saksforhold som pasienten har anledning til å samtykke til.<sup>86</sup> Hensyn til eget liv og helse er et retts gode man i stor grad råder over selv, men med noen begrensninger. Det vil eksempelvis ikke være lov å samtykke til aktiv dødshjelp grunnet strafferettslige begrensninger. Det foreligger imidlertid ingen strafferettslige begrensninger når det gjelder samtykke til ECT. Forarbeidene til phvl. forutsetter også en samtykkeadgang for ECT, som bekrefter at det er et saksforhold som pasienten har adgang til å samtykke til.<sup>87</sup>

### **3.1.12 Formkrav**

Kravene til samtykkets form fremgår av pbrl. § 4-2. Bestemmelsen slår fast at «samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende.» Samtykke kan gis uttrykkelig ved at pasienten samtykker skriftlig eller dette kommer klart til uttrykk muntlig. Norsk rett godtar muntlige samtykkeformer<sup>88</sup> i tillegg til skriftlig.

Hvis et stilltiende samtykke skal anses som gyldig må det «ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen», jf. pbrl. § 4-2 første ledd andre setning. Vurderingen vil basere seg på pasientens reaksjon. Legen leser

---

<sup>86</sup> NOU 2011:9, s. 23

<sup>87</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

<sup>88</sup> Syse, 2016, note 119

pasientens handlemåte slik at vedkommende samtykker uten at personen uttrykkelig gir uttrykk for det. Pasienten kan for eksempel strekke frem hånden for en blodprøve eller svelge kontrastmiddel for å ta en røntgenundersøkelse. Pasienten vil tilkjenne et samtykke gjennom sin handlemåte og kroppsspråk. Det må påpekes at fravær av motstand ikke er tilstrekkelig til å konkludere med at det foreligger stilltiende samtykke.<sup>89</sup> Stilltiende samtykke vil imidlertid være mer praktisk ved kortvarige intervensjoner og somatiske helsetjenester enn ved psykisk helsevern, som tidsmessig typisk strekker seg over lengre tid.<sup>90</sup>

Spørsmålet er om det foreligger formkrav ved behandlingsformen ECT. Det foreligger ingen spesifikke reguleringer vedrørende formkrav til ECT. Utgangspunktet er derfor at samtykke kan gis både uttrykkelig eller stilltiende etter pbrl. § 4-2. Dette bekreftes også av retningslinjene for anvendelse av ECT, selv om de anbefaler skriftlighet.<sup>91</sup> Det må dog påpekes at dette kun er anbefalinger og at det etter loven ikke stilles formkrav til skriftlig samtykke ved bruk av ECT.

Det foreligger ikke formkrav ved behandlingsformen ECT.

Problemstillingen er om det likevel kan oppstilles et skriftlighetskrav ved bruk av ECT på ulovfestet grunnlag. Det foreligger verken dom eller sedvanerett angående tema, så spørsmålet vil være om det foreligger et skriftlighetskrav ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende på området.

Et slikt krav vil medføre en omlegging av journalføring og gjennomføring ved ECT behandling som kan være mer tidkrevende og medføre ekstra kostnader.

Det kan imidlertid tyde på at det har utviklet seg en praksis med å kreve skriftlig samtykke. Når sivilombudsmannen besøkte Ålesund sykehus fremgår det av besøksrapporten at sykehuset hadde i forkant overlevert sine retningslinjer vedrørende ECT til sivilombudsmannen. Av disse fremkommer det at skriftlig samtykkeerklæring skal fylles ut

---

<sup>89</sup> Syse, 2016, s. 109

<sup>90</sup> Syse, 2016, s. 109

<sup>91</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25

og skannes inn i pasientens journal.<sup>92</sup> Dette er gjennomgående i flere andre institusjoner.<sup>93</sup> Helsedirektorat har også sterkt anbefalt bruk av skriftlig samtykke med bakgrunn i klinisk erfaring og brukernes ønske.<sup>94</sup>

Formkrav om skriftlighet vil styrke rettssikkerheten ved at det foreligger dokumentasjon på samtykket, og det vil i større grad bli etterprøvbart. Det kan også medføre at pasienten tenker seg grundigere før vedkommende eventuelt samtykker til behandlingen og dermed øker kvaliteten på samtykket.<sup>95</sup> Eventuelle misforståelser vil også kunne oppklares slik at det sikrer mer korrekte opplysninger. Ved å legge ved nødvendig informasjon i henhold til pbrl. § 4-1 vil det også sikre at nødvendig informasjon er gitt i henhold til lovverket. Det vil også skape en mer ensartet prosess ved at det gjennomgående er likt hos alle instanser som gjennomfører slik behandling. Sterkere dokumentasjon kan også styrke klageadgangen og gjøre det lettere for pasienter å ivareta sine klagemuligheter etter pbrl. § 7-2. Ved en eventuell klagebehandling vil også klageinstansen på en bedre og mer forsvarlig måte kunne vurdere om tiltaket er rettslig holdbart.

Det vil også kunne bidra til bedre kommunikasjon mellom lege og pasient, og dermed styrke tillitsforholdet mellom dem. Dette vil være av stor betydning for pasienten, og spesielt når det er et så inngripende tiltak hvor pasienten er i en sårbar tilstand. Forsvarlighetskravet som foreligger innen psykisk helsevern vil også trekke i retning av at det foreligger et slikt krav, jf. hpl. § 4 og phvl. § 1-1 første ledd første setning.

Det fremgår av forarbeidene at det må stilles større krav til sannsynlighet for at pasienten har samtykket dersom tiltaket er av mer inngripende karakter.<sup>96</sup> Det fremgår også av NOU 2011:9 desto mer inngripende et vedtak er, desto større krav stilles det til sannsynligheten for at vedkommende har samtykket gjennom konkluderende atferd.<sup>97</sup> ECT er å anse som en av de mest inngripende tiltakene som kan fattes i psykiatrien. Det mest aktuelle formkravet til ECT, med bakgrunn i det faglige område og alvorlighetsgraden ved inngrepet, vil derfor være

---

<sup>92</sup> Sivilombudsmannen, 2017. s. 38

<sup>93</sup> Sykehuset Østfold (2018), Stavanger universitetssykehus (2018), Haukeland universitetssykehus (2018).

<sup>94</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 22

<sup>95</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25

<sup>96</sup> Ot.prp.nr. 12 (1989-1999), s. 132

<sup>97</sup> NOU 2011: 9, s. 26

uttrykkelig. Dette er også i samsvar med gjeldende praksis på område som anbefaler at samtykke skal innhentes skriftlig ved ECT.<sup>98</sup>

På bakgrunn av praksisen som syns å foreligge og inngrepets alvorlighet innenfor dette fagområdet, i tillegg til de overnevnte hensyn, foreligger det et skriftlighetskrav ved bruk av ECT på ulovfestet grunnlag.

### **3.1.13 Lovfestelse av formkrav vedrørende ECT?**

Personlig er jeg av den oppfatning at et formkrav til skriftlighet bør innføres ved en eventuell lovfestelse av ECT som behandlingsform. Dette er begrunnet alvorlighetsgraden i inngrepet og, som det blir påpekt i nasjonale faglige retningslinjer, kan sikre at pasienten faktisk har fått tilstrekkelig informasjon og overveid følgene av helsehjelpen. Retningslinjene påpeker også at det kan øke kvaliteten på samtykke ved at pasienten tenker seg grundigere om ved et skriftlighetskrav.<sup>99</sup> I tillegg vil det kunne etterprøves i større grad hvis man lovfestet et skriftlighetskrav og således vil notoriteten styrkes. Ved at også nødvendig informasjon i henhold til pbrl. § 4-1 inngår som en del av skriftlighetskravet, får man sikret at slik informasjon er gitt og kan etterprøve dette. Lovfestelse av formkrav vil dermed bidra til å øke kvaliteten på eventuelt samtykke og til et mer helhetlig, forutsigbart og rettssikkert system.

## **3.2 Presumert samtykke**

Som nevnt innledningsvis er avhandlingen begrenset til personer over 18 år som ikke er umyndiggjort. Det vil derfor kun være pbrl. § 4-6 som er aktuell å drøfte. Siden ECT utgjør et alvorlig inngrep, jf. tidligere drøftelse, vil det kun være andre og tredje ledd som er aktuelt.

Det fremgår av § 4-6 andre ledd at helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep bare kan gis dersom det «anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp.». Bestemmelsen var tidligere en representasjonsregel, men ble endret i 2008. Nå er bestemmelsen blitt mer uklar og er dels en regel om presumert samtykke, dels en regel om uttalelsesrett fra nære pårørende, og dels en inngrepsrett for helsepersonellet.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25.

<sup>99</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25.

<sup>100</sup> Syse. (2016). Note 137

Bestemmelsen kommer til anvendelse ovenfor personer som ikke har samtykkekompetanse jf. § 4-6 første ledd. Vedkommende må heller ikke motsette seg helsehjelp, jf. tredje ledd. Spørsmålet er om § 4-6 andre ledd kan være hjemmel for inngrep der pasienten mangler samtykkekompetanse, men ikke protesterer.

Det fremgår av pbrl. § 4-3 femte ledd at undersøkelse og behandling av psykisk lidelser hos pasienter som «mangler samtykkekompetanse etter annet ledd og som har eller antas å ha alvorlig sinnslidelse», kan bare skje med hjemmel i phvl. kapittel 3. Bestemmelsen innebærer at reglene om samtykke i kapittel 4, inkludert § 4-6, ikke kan anvendes som hjemmel hvis personer som har eller antas å ha alvorlig sinnslidelse og mangler samtykkekompetanse, jf. § 4-3 femte ledd. Denne pasientgruppen kan bare motta helsehjelp med hjemmel i psykisk helseverns tvangsbestemmelser.<sup>101</sup>

Det kan stilles spørsmål ved om pasientgruppen som behandles med ECT vil kvalifisere til «alvorlig sinnslidelse» i pbrl. § 4-3 femte ledd. Dette fremgår imidlertid av de nasjonale faglige retningslinjene at pasientgruppen som er aktuell for behandlingsformen ECT i hovedsak vil ha eller antas å ha en alvorlig sinnslidelse. Videre fremgår det av retningslinjene at pbrl. § 4-6 ikke vil få anvendelse ved ECT, jf. pbrl. § 4-3 femte ledd.<sup>102</sup> Grunnet avhandlingens ordgrense og den manglende praktiske betydningen vil jeg derfor ikke problematisere spørsmålet ytterligere.

Hvis pbrl. § 4-6 ikke vil få anvendelse, kan behandling uten eget samtykke bare skje med hjemmel i psykisk helsevernlov kapittel 3, jf. pbrl. § 4-3 femte ledd.<sup>103</sup> Men ECT vil uansett ikke ha hjemmel i psykisk helsevernlov kapittel 3 siden det ikke er hjemmel for å gjennomføre behandlingen som et ordinært tvangsvedtak. Vil pbrl. § 4-3 femte ledd fortsatt komme til anvendelse og sperre mot bruk av pbrl. § 4-6?

Det vil kunne argumenteres for at pbrl. § 4-3 femte ledd ikke lengre kommer til anvendelse når ECT ikke har hjemmel i phvl. kapittel 3 og således ikke kan anvendes slik pbrl. § 4-3 gir anvisning på. Pbrl. § 4-3 vil kunne sies å dels miste sitt formål ved at den henviser til bestemmelser som ikke kan anvendes.

---

<sup>101</sup> Syse. (2016). Note 125

<sup>102</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25

<sup>103</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25

På den annen side er det en vanlig oppfatning at ECT ikke har hjemmel i noen lov siden behandlingsformen som utgangspunkt krever samtykke. Forarbeidene til phvl. forutsetter også en samtykkeadgang for ECT<sup>104</sup>, som vil argumentere mot at pbrl. § 4-6 gir hjemmel for behandlingsformen. Det faktum at forarbeidene ikke omtaler pbrl. § 4-6, men bare nødrett og samtykke som gyldig rettsgrunnlag, vil også trekke i denne retning.<sup>105</sup> Psykisk helsevernlov vil også regulere spesifikt i forhold til psykiske lidelser, mens pbrl. er mer generelt i forhold til pasient- og brukerrettigheter. Systemhensyn og lex-specialis kan derfor tas til inntekt for at pbrl. § 4-3 femte ledd kommer til anvendelse.

Når det omhandler et så alvorlig inngrep som ECT utgjør vil det kreves strenge krav til hjemmel, jf. legalitetsprinsippet. Pbrl. § 4-6 skal anvendes i tilfeller hvor det verken foreligger en alvorlig sinnslidelse eller pasienten motsetter seg behandling. Bestemmelsen vil med andre ord hjemle «mildere» tilfeller enn det tvangsreglene i phvl. kapittel 3 vil regulere. Ved lovendring i 1999 viste lovgiver til at ECT vil være et så alvorlig inngrep at det vil være et «radikalt inngrep overfor pasienten dersom behandling skulle skje uten samtykke»<sup>106</sup>, og derfor beslutter at behandlingen ikke kan gjennomføres etter de alminnelige tvangsreglene. Systemhensyn vil dermed argumentere for at pbrl. § 4-6 ikke kan anvendes som hjemmel for behandlingen. Det vil nærmest være en omgåelse av regelverket at man ikke kan hjemle behandlingsformen etter de ordinære tvangsreglene i phvl., men skal kunne anvende seg av behandlingsformen uten samtykke etter pbrl. § 4-6 så lenge pasienten ikke motsetter seg behandlingen. Dette vil bare forsterke de juridiske uklarhetene som allerede foreligger vedrørende ECT, og minske forutberegneligheten for enkeltindivider. Legalitetsprinsippet og rettssikkerhetshensyn trekker dermed i retning av at pbrl. § 4-3 femte ledd både vil og skal sperre mot bruk av pbrl. § 4-6.

Pbrl. § 4-3 femte ledd vil komme til anvendelse og sperre mot bruk av pbrl. § 4-6.

---

<sup>104</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

<sup>105</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

<sup>106</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-1999), s. 109

# 4 Bruk av ECT på pasienter uten samtykke

## 4.1 Hovedregel

For å kunne utføre ECT på en pasient kreves det samtykke til behandlingsformen grunnet hovedregelen om samtykke i phvl. § 2-1. Behandlingsformen er, etter norsk rett, som utgangspunkt ikke lov uten gyldig samtykke.

## 4.2 Unntaket fra hovedregelen om samtykke

Unntaket fra hovedregelen følger av phvl. § 2-1 første ledd som slår fast at psykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke «med mindre annet følger av loven her.» Phvl. § 4-4 hjemler adgangen for vedtak om undersøkelser og behandling uten samtykke. Det fremgår av bestemmelsen at det ikke gjennomføres undersøkelser eller behandlinger som innebærer et «alvorlig inngrep», men likevel med enkelte unntak. Behandlingen faller ikke under unntakene som loven hjemler.

For at vedtak om undersøkelse og behandling skal anses å utgjøre et alvorlig inngrep må det være et «inngripende grensesettende tiltak», jf. forarbeidene.<sup>107</sup> Hvis inngrepet kan oppleves som integritetskrenkende og/eller begrense personens rettsfære på en inngripende måte vil det derfor være naturlig å anse det som et alvorlig inngrep. Behandlingsformen ECT er å anse som et alvorlig inngrep og vil som utgangspunkt være forbudt å gjennomføre uten samtykke fra pasienten etter § 4-4 annet ledd i følge forarbeidene.<sup>108</sup> Det er et radikalt inngrep hvor pasienten vil være i en svært sårbar tilstand ved at personen er under narkose.

Det fremgår imidlertid videre av forarbeidene at ved ”spesielle nødrechtsituasjoner kan man gå lenger i bruk av tvangsbehandlingstiltak enn det dette ledd hjemler, og man vil da også kunne

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 11 (1989-1999), s. 160

<sup>108</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

vurdere bruk av ECT.»<sup>109</sup> Hjemmelen som det vises til er tidligere straffeloven § 47<sup>110</sup> om nødrett, som er nåværende § 17. Det står imidlertid ikke mer om dette, så forarbeidene gir ikke ytterligere veiledning på hva som vil anses å være spesielle nødrettssituasjoner eller hva som må til for at unntaket skal komme til anvendelse. Man må derfor se hen til straffeloven § 17 og dens vurderinger.

#### 4.2.1 Straffeloven § 17

Det fremgår av lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (*straffeloven*) § 17 at

«En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig<sup>2</sup> når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og
- b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.»

Som det fremkommer av ordlyden i bestemmelsen vil en nødrettshandling som oppfyller vilkårene i bestemmelsen både være straffri og lovlig, jf. «ellers ville være straffbar, er lovlig». Bestemmelsen oppsetter flere vilkår for at handlingen skal anses å være nødrett; det må foreligge en fare for en lovlig interesse, og denne faren kan ikke avverges på annen rimelig måte. I tillegg må denne skaderisikoen være langt større enn risikoen ved nødvergehandlingen, jf. «og». Det må også foreligge en redningshensikt, jf. uttrykket «for å». <sup>111</sup> Det fremgår av forarbeidene at «Et grunnvilkår for nødrett er fremdeles at det foreligger en fare for skade - en skaderisiko. Som etter gjeldende rett er det uten betydning hvordan faren har oppstått eller hva den består i. Uttrykket «skaderisiko» omfatter også omfanget av en eventuell skade dersom den inntreffer.»<sup>112</sup> Det er ikke et formelt krav at pasienten må være underlagt tvungent psykisk helsevern, i motsetning til alminnelige tvangstiltak, for å utføre ECT på nødrettslig grunnlag.<sup>113114</sup>

---

<sup>109</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 160

<sup>110</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-99) s. 109

<sup>111</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 417

<sup>112</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 417

<sup>113</sup> Helsedirektoratet (2017), s. 27

<sup>114</sup> Helsedirektoratet. (2017b)



## **4.2.2 Fare for en lovlig interesse, og denne faren kan ikke avverges på annen rimelig måte**

Det fremgår av § 17 første ledd bokstav a) at det må foreligge en fare for en lovlig interesse, og denne faren kan ikke avverges på annen rimelig måte. Når man ser dette opp mot ECT må det derfor foreligge en fare for liv eller helse, og denne faren kan ikke avverges på annen rimelig måte. Det vil innebære at andre inngrep, som for eksempel medikamenter, ikke kan avhjelpe faren. ECT må fremstå som det eneste forsvarlige og reelle alternativet i situasjonen. Dette samsvarer også med gjeldende retningslinjer på område som gir uttrykk for at bruk av ECT uten samtykke kun skal vurderes når det «foreligger en nært forestående alvorlig fare for pasienters liv eller alvorlig helseskade som kun kan avhjelpes ved bruk av ECT».<sup>115</sup>

Forarbeidene til straffeloven presiserer imidlertid at nødrett også kan utøves til fordel for en tredjeperson, som vil være aktuelt når det gjelder bruk av nødrett innenfor helsevesenet. Forarbeidene påpeker at nødrett kan ytes selv om det ikke foreligger samtykke fra vedkommende. Dette kan eksempelvis være fordi personen ikke er klar over faren. Det presiseres imidlertid at «nødhjelpen kan ikke ytes mot den andres vilje, bortsett fra når livet står på spill (se likevel visse begrensninger i pasientrettighetsloven § 4-9).»<sup>116</sup> Det er altså større spillerom for å benytte nødrett når pasienten ikke yter motstand. Det vil ha en naturlig sammenheng med at tiltaket blir mer inngripende hvis vedkommende yter motstand. Det må presiseres at det er ikke nødvendig at vedkommende samtykker, men bare at personen ikke viser motstand.

Utsagnet i forarbeidene tyder dermed på at det kun vil være fare for liv, eksempel selvmordsfare, som vil kvalifisere til å anvende nødrett hvis personen motsetter seg behandlingsformen. Det vil ikke være tilstrekkelig hvis det *kun* er fare for alvorlig helseskade. Hvis personen verken yter motstand eller samtykker, vil spillerommet bli større og det kan også tenkes å anvende ECT ved fare for alvorlig helsefare.

---

<sup>115</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 25

<sup>116</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 418

Helsepersonelloven § 7 er imidlertid en spesifikk nødrettsbestemmelse på helserettens område. Den er mer vidtrekkende enn straffeloven siden den også kan anvendes hvis det *kun* er fare for alvorlig helseskade og personen yter motstand.

Det må imidlertid påpekes at det fremstår som noe underlig at hpl. § 7 er mer vidtrekkende enn strl. § 17. Dette er betenkelig fordi strl. § 17 er en inngrepshjemmel, mens hpl. § 7 på den annen side er en pliktregel. Pliktregelen pålegger helsepersonellet å gripe inn, jf. «skal» i bestemmelsen» samt forarbeidene.<sup>117</sup> Inngrepshjemmelen i strl. § 17 er på den annen side ment å gi rettslig grunnlag for handlinger hvor hensikten er å redde et gode, og som medfører at handlingen er lovlig. Den helserettslige problematikken har historisk vært omhandlet i strafferetten, men dette har blitt endret ved at det har kommet mer spesialregulering på området.<sup>118</sup> Utsagnet i forarbeidene kan dermed tas til inntekt for at den strafferettslige relevans ikke lengre vil være like aktuell, og at *lex-specialis* vil trekke i favør av at spesiallovgivning skal regulere aktuell problematikk.

Jeg vil komme tilbake til hpl. § 7 og dens vurderinger etter gjennomgangen av strl. § 17.

### **4.2.3 Skaderisikoen må være langt større enn risikoen ved nødvergehandlingen**

Det fremgår av § 17 første ledd bokstav b) at skaderisikoen må være langt større enn risikoen ved nødvergehandlingen. Proporsjonalitetskravet vil være en interesseavveining mellom skaderisikoen hvis man ikke griper inn versus skaderisikoen ved nødvergehandlingen. Bestemmelsens ordlyd tilsier at det skal mye til og at det skal komme klart frem at nødvergehandlingen vil være den mest forsvarlige handlingen, jf. langt større. Terskelen er imidlertid senket noe etter gjeldende rett enn tidligere som krevde «særdeles betydelig» interesseovervekt. Omfanget av nødrett er dermed utvidet noe siden kravet til interesseavveiningen er noe senket.<sup>119</sup>

Faren for pasientens liv eller alvorlig helseskade må derfor anses å være *langt større* enn risikoen ved et så alvorlig inngrep som ECT representerer. Det vil da være naturlig både å se

---

<sup>117</sup> Ot.prp.nr. 13 (1989-1999), s. 219

<sup>118</sup> NOU 2002:4 Ny straffelov, s. 217

<sup>119</sup> Ot.prp.nr. 90 (2003-2004), s. 418

hen til bivirkningene som kan materialisere seg og at det enda ikke klart i fagmiljøet om ECT kan medføre varig hjerneskade. I tillegg vil det også være naturlig å ta i betraktning problematikken ved å gjennomføre et slikt alvorlig inngrep uten samtykke og de etiske barrierene det bryter.

I de nasjonale faglige retningslinjene er det flere punkter som er utarbeidet for å kunne gi en indikasjon på når ECT kan være aktuelt uten samtykke. Punktene som blir fremhevet er;

- «• det foreligger en akuttsituasjon for pasienter med en alvorlig psykisk tilstand, vanligvis en alvorlig depresjon, og det er nærliggende og alvorlig fare for pasientens liv eller alvorlig helseskade uten adekvat helsehjelp,
- ECT fremstår som det eneste forsvarlige behandlingsalternativ for å avverge akutt fare,
- andre mindre inngripende behandlingstiltak ikke har ført frem eller ikke er aktuelle, og
- en forholdsmessighetsvurdering tilsier at faren anses som særdeles betydelig i forhold til det inngrepet som ECT uten samtykke utgjør.»<sup>120</sup>

Punktene samsvarer i stor grad med de overnevnte vilkår som fremgår av straffeloven § 17, men har uttrykket «særdeles betydelig» som den gamle nødvergebestemmelsen § 47 i straffeloven hadde istedenfor «langt større» som er ordlyden i dagens nødvergebestemmelse. Retningslinjene tar heller ikke for seg unntaket i forarbeidene til straffelovens som tyder på at det kun er ved fare for liv at man kan gjennomføre nødrettshandlingen mot en tredjeperson hvis vedkommende motsetter seg handlingen. I tillegg blir det påpekt i retningslinjene at ECT skal fremstå som «forsvarlige» behandlingsalternativ for å avverge akutt fare. Dette samsvarer i stor grad med kravet i strl. § 17 bokstav a) med at handlingens om foretas ikke kan «avverges på annen rimelig måte», men i tillegg er prinsippet om forsvarlighet trukket frem. Dette er et essensielt prinsipp innen psykisk helsevern, og som bl.a. blir påpekt i formålsbestemmelsen til phvl. § 1-1 samt. hpl. § 4.

---

<sup>120</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 27.

Det påpekes i forarbeidene at nødrett bare kan utføres i en akuttsituasjon som ikke kan avhjelpes med andre midler.<sup>121</sup> Det er også påpekt i de faglige retningslinjene at det er aktuelt å anvende ECT uten samtykke ved akutt fare for liv eller helse.<sup>122</sup>

Problemstillingen som blir aktuell er hva som må til for at situasjonen skal tilsvare en akuttsituasjon. En naturlig forståelse av dette er at tilstanden til pasienten brått har forverret seg, eller at plutselig har oppstått en situasjon hvor pasientens reaksjon medfører at helsepersonellet vurderer det slik at det fare for liv eller alvorlig helseskade hvis helsepersonellet ikke anvender ECT. Dette kan for eksempel være at pasienten grunnet psykose eller alvorlig depresjon kan skade seg selv eller andre, eller at det er fare for selvmord. Det kan også være at pasienten oppleves svært aggressiv eller ustabil grunnet samme tilstander og dermed kan være en fare for seg selv eller andre.

Det problematiske her er at det kan være vanskelig å gjøre presise vurderinger av akkurat når situasjonen kan anses å være akutt eller ikke. Lovskravet, blant annet i EMK artikkel 5, argumenterer klart mot en liberal fortolkning av nødretten.<sup>123</sup> Sivilombudsmannen har også kritisert at behandlingen gjennomføres med tvang selv om situasjonen ikke lenger fremstår som akutt.<sup>124</sup> Lovskravet kan dermed tas til inntekt for at behandlingen ikke skal gjennomføres hvis den ikke fremstår som akutt.

Det kan imidlertid være svært vanskelig å gjøre en slik vurderingen innen psykisk helsevern. Det vil naturligvis være en «gråson» i utviklingen av situasjonen som kan medføre uklarheter. Det må derfor aksepteres at vurderingen innebærer skjønn og i forlengelse av dette; at det foreligger noe slingringsmonn for helsepersonell i vurderingen uten at det skal anses å være urettmessig bruk av nødrett som hjemmel. Det vil dermed foreligge en viss risiko for feilvurderinger, som kan medføre urettmessige inngrep. Det er imidlertid ikke mulig å detaljregulere alle aspekter innen helselovgivning. Det må påpekes at skjønnet som utvises må være faglig forsvarlig i henhold til kravene som fremgår av hpl. § 4. Det er imidlertid ikke adgang for behandling på nødrettslig grunnlag når situasjonen klart ikke anses akutt.

---

<sup>121</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-1999), s. 110

<sup>122</sup> Helsedirektoratet. (2017b)

<sup>123</sup> NOU 2011:9, s. 174

<sup>124</sup> Knutsen, 2018.

#### 4.2.4 Redningshensikt

Det må foreligge en redningshensikt jf. uttrykket «for å» redde liv, helse etc., men dette vil nok ikke være problematisk siden en redningshensikt er selve bakgrunnen for i det hele tatt å vurdere bruk av ECT uten samtykke i utgangspunktet.

#### 4.2.5 Krav til behandlingen

Ved å gjennomføre ECT med nødrett som hjemmel vil man utføre behandlingen uten samtykke, som i praksis betyr at behandlingen gjennomføres med tvang. Det fremgår av phvl. § 4-4 første ledd at all tvangsbehandling må være klart i overensstemmelse med «faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis.» Det er altså et krav at tvangsbehandlingen skal ha godt faglig grunnlag og støtte i klinisk erfaring, slik at usikker behandling uten støtte eller eksperimentell behandling vil være utelukket.<sup>125</sup>

Spørsmålet er om de overnevnte krav som fremgår av phvl. § 4-4 kan oppstilles på nødrettslig grunnlag.

Hensynet til forsvarlighet vil kunne tas til inntekt for at samme vilkår til tvangsbehandling og faglig forsvarlighet også bør oppstilles på nødrettslig grunnlag. Dette fremgår også av retningslinjene til bruk av ECT som påpeker at selv om retningslinjene ikke er juridisk bindende, er de ment som hjelpemiddel for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten.<sup>126</sup>

På den annen side er strl. § 17 er en generell nødrettsbestemmelse og vil derfor ikke inneha spesifikke reguleringer i forhold til psykisk helsevern. Phvl. § 4-4 virkeområde er innen psykisk helsevern, jf. § 1-1 a. Det vil derfor ikke være juridisk holdbart å hevde at bestemmelsen skal ha betydning for den strafferettslige bestemmelsen om nødrett i § 17 og sette rammer for denne.

Det vil imidlertid være helsepersonell som utfører nødrettshandlingen i kraft av sitt arbeid. Det vil uansett stilles krav til at helsepersonellet skal utføre arbeidet i henhold til hva som er

---

<sup>125</sup> Helsedirektoratet. (2017b)

<sup>126</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 29.

faglig forsvarlig, jf. hpl. § 4 første ledd. Forsvarlighetskravet er en rettslig standard som vil variere over tid med faglig utvikling, verdioppfatninger etc. Kravet vil medføre en plikt til å opptre i samsvar med de til «enhver tid gjeldende faglige normer og lovbestemte krav til yrkesutøvelsen». I dette ligger det også en forventning om at nasjonale veilede og retningslinjer skal bli fulgt.<sup>127</sup> Kravene til tvangsbehandling og faglig forsvarlighet som følger av phvl. § 4-4 kan ikke oppstilles på nødrettslig grunnlag, men vil kreves av helsepersonellet gjennom hpl. § 4.

#### **4.2.6 Hvor lenge kan behandling med ECT pågå med nødrett som hjemmel?**

Hvis vilkårene for nødrett er oppfylt vil man kunne gjennomføre ECT uten samtykke. Sivilombudsmannen har imidlertid kritisert det faktum at behandlingen ofte pågår utover den akutte situasjonen.<sup>128</sup> Spørsmålet er hvor lenge behandlingen med ECT kan pågå rettmessig med nødrett som hjemmel.

Det fremgår av forarbeidene til phvl. «Behandlingen kan således bare utføres i en akuttsituasjon som ikke kan avhjelpest med andre midler, f.eks bruk av psykofarmaka, og den kan bare fortsette til den konkrete faren er avverget. En slik akuttsituasjon vil det typisk være hvor det foreligger en overhengende fare for selvmord på grunn av alvorlig depresjon.»<sup>129</sup>

Basert på forarbeidene vil helsepersonellet være pliktig til å innhente samtykke med en gang det eksempelvis ikke lengre er en overhengende fare for selvmord, eller avslutte behandlingen hvis pasienten ikke samtykker. Det kan imidlertid problematiseres hva som utgjør en «overhengende fare for selvmord» eller at den «konkrete faren er avverget». Vil det foreligge hjemmel for nødrett hvis pasienten har selvmordstanker, men helsepersonellet er av den oppfatning at vedkommende ikke vil forsøke å begå selvmord de neste dagene? Viser her til drøftelse under punkt 4.2.3 vedrørende akuttsituasjon. Det vil ikke være mulig å detaljregulere alle aspekter, men ved å ha slike vage og skjønnsmessige vurderinger vil det foreligge en viss risiko for feilvurderinger, som kan medføre urettmessige inngrep.

---

<sup>127</sup> Helsedirektoratet. (2018a)

<sup>128</sup> Sivilombudsmannen, 2017. s. 41

<sup>129</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-1999), s. 110

Behandling med ECT kan bare pågå rettmessig med nødrett som hjemmel så lenge det foreligger en akutt situasjon som oppfyller vilkårene for nødrettshjemmelen.

Ved å ha en streng fortolkning vil man imidlertid risikere at pasienten fort kan falle tilbake til tilstanden som utløste nødretten i første omgang. Spørsmålet er derfor om det er rom for å se noe pragmatisk på reglementet og tolke bestemmelsen mer liberalt av hensyn til pasientens helse. Vil man kunne anvende strl. § 17 som rettsgrunnlag for ECT til behandlingen er fullført og dermed strekker seg utover den akutte situasjonen?

Det vil kunne være en stor belastning for pasienten å begå flere kortvarige behandlinger. Helsen til vedkommende vil derfor kunne bli bedre ivaretatt ved at man kan fullføre behandlingsformen i forhold til det antallet behandlinger som ville være ideelt for vedkommende. Det foreligger, som nevnt tidligere, et menneskerettslig vern for rett til helse, jf. ØSK art. 12.

På den annen side er det helt klart at bestemmelsen kun er ment som en nødrettsbestemmelse og ikke skal anvendes utover dette. Anvendelse utover dette medfører både juridiske og etiske dilemmaer. Det å bli påført en slik behandling mot sin vilje kan oppleves utrolig krenkende og skremmende for vedkommende. Det er sentralt prinsipp innen norsk helserett at autonomien til pasienten skal respekteres.<sup>130</sup> Ved at behandlingen ikke engang har klar rettslig forankring vil man kunne stille store spørsmålstegn ved rettssikkerheten innenfor psykisk helsevern.

Som det blir påpekt i NOU 2011:9 vil hensynet til lovskravet, blant annet i EMK artikkel 5, klart argumentere mot en liberal fortolkning av nødretten. Det påpekes også at nødrettsbetraktninger bør prinsipielt ikke anses som et egnet rettslig grunnlag for inngrep i personers fysiske og psykiske integritet.<sup>131</sup> Dette vil jeg formode er begrunnet i rettssikkerhetshensyn. Nødrettsbetraktninger vil innebære skjønsmessige vurderinger. Den gjør en urettmessig handling rettmessig og således gjør unntak fra de alminnelige lover og regler. Det vil være mer forutberegnelig for den alminnelige borger at inngrep i deres rettsfare er hjemlet i de alminnelige lover og regler. Lovskravet argumenterer derfor klart mot at bestemmelsen skal tolkes liberalt.

---

<sup>130</sup> Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s. 21

<sup>131</sup> NOU 2011:9, s. 174

Strl. § 17 er ikke tilstrekkelig rettsgrunnlag for ECT til behandlingen er fullført hvis den strekker seg utover den akutte situasjonen.

#### **4.2.7 Helsepersonellets oppfatning som skal legges til grunn**

Det er personen som begår nødrettshandlingen sin oppfatning som skal legges til grunn ved anvendelse av strl. § 17. Hvis personen oppfatter det slik at skaderisikoen for pasientens liv og/eller helse var større enn det som faktisk var tilfellet, vil strl. § 25 om faktisk uvitenhet få anvendelse.

#### **4.2.8 Klageadgang**

Pasienter som mener av bruken av ECT på nødrettsgrunnlag var urettmessig har adgang til å klage til Fylkesmannen i henhold til pbrl. § 7-2.

#### **4.2.9 Reell klageadgang?**

Det må imidlertid påpekes at klageadgangen etter pbrl. § 7-2 gir hjemmel til å klage på «kapitlene 2, 3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3», jf. § 7-2 første ledd første punktum. Det kommer dermed ikke klart frem at bruk av ECT på nødrettsgrunnlag kan påklages etter bestemmelsen siden rettslig grunnlag for behandlingen vil være straffeloven § 17. Det vil imidlertid kunne anses å være i strid med helselovgivningen hvis helsehjelp er gitt i strid med nødrettsbestemmelsen, og således komme under bestemmelsen.

Det som også er problematisk med klageadgangen, og som er påpekt av sivilombudsmannen, er at manglende rapporteringsplikt og derav svak dokumentasjon om iverksetting av ECT med nødrett som hjemmel, gjør det vanskelig for pasienter å ivareta sine klagemuligheter etter pbrl. § 7-2.

### **4.3 Finnes det andre aktuelle lovhjemler for behandling med ECT uten samtykke?**



Straffeloven § 17 hjemler den alminnelige nødrettsadgangen. Spørsmålet er om det finnes andre lovhjemler som kan være aktuelle for behandling med ECT uten samtykke.

### 4.3.1 Helsepersonelloven § 7

Det finnes en egen nødrettsbestemmelse som er spesifikk på helsefeltet. Helsepersonelloven § 7 regulerer tilfeller hvor det er behov for øyeblikkelig hjelp. Problemstillingen er om bestemmelsen kan komme til anvendelse ved bruk av ECT.

Bestemmelsen forplikter helsepersonell til å yte den «helsehjelp<sup>2</sup> de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig», jf. første ledd første punktum. Det følger enkelte begrensinger av pbrl. § 4-9, men de gjør seg ikke gjeldende i forhold til ECT. Nødvendig helsehjelp skal da gis «selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen», jf. første ledd andre punktum.

Bestemmelsen er mer vidtrekkende enn nødrett etter straffeloven § 17. Det kan anvendes ved fare for alvorlig helsefare, selv om personen motsetter seg helsehjelpen. Bestemmelsen pålegger helsepersonell å gripe inn og yte helsehjelp i nødrettslignende situasjoner. Den vil, i likhet med strl. § 17, medføre at handlingen blir rettmessig hvis vilkårene er oppfylt.

Det fremgår av hpl. § 7 første ledd første setning at plikten gjelder for «helsepersonell». Det er naturlig å forstå dette som at plikten gjelder for alt helsepersonell og dette bekreftes også av forarbeidene og faglige retningslinjer.<sup>132133</sup> Det fremgår av § 7 første ledd første setning at helsepersonellet kun er forpliktet til å gi den hjelp «de evner». Dette vil være en vurdering ut fra vedkommendes kvalifikasjoner og hva som kan forventes av vedkommende i den aktuelle situasjonen.<sup>134</sup>

Både somatiske og psykiske tilstander kan utløse hjelpeplikten<sup>135</sup>. I de faglige retningslinjene til ECT nevnes hpl. § 7 og påpeker at det gir helsepersonell en plikt til å gripe inn i nødrettslignende situasjoner, og kan føre til inngrep uten samtykke. Videre fremgår det at det

---

<sup>132</sup> Ot.prp.nr. 13 (1989-1999), s. 219.

<sup>133</sup> Helsedirektoratet. (2017b)

<sup>134</sup> Helsedirektoratet. (2018b)

<sup>135</sup> Helsedirektoratet. (2018b)

helt unntaksvis kan være rettmessig å benytte ECT i en nødsituasjon, men at det kun er aktuelt helt unntaksvis og kreves grundige vurderinger.<sup>136</sup>

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må hjelpen antas å være «påtrengende nødvendig», jf. § 7 første ledd første setning. Dette vil innebære skjønsmessige vurderinger, men en naturlig forståelse vil innebære at det er et pressende behov for helsehjelp som er påkrevd. Dette tilsier at det er en høy terskel for at plikten skal inntre, som også bekreftes av forarbeidene.<sup>137</sup> Vilkåret referer både til pasientens helsetilstand, helsepersonellens mulighet til å gi adekvat hjelp og tidsperspektiv.<sup>138</sup>

Spørsmålet er når plikten inntre ved bruk av ECT. Det fremgår av forarbeidene at i vurderingen skal det legges vekt på om det er «fare for liv eller fare for alvorlig forverring av en helsetilstand.»<sup>139</sup> Vedkommendes psykiske tilstand må altså være så alvorlig at det kan medføre fare for liv eller alvorlig forverring av helsetilstanden hvis det ikke utføres ECT. Dette kan for eksempel være tilfellet hvis pasienten er så dypt deprimert at det kan være fare for selvmord eller selvskading som kan medføre alvorlig helseskade. Bestemmelsen skal imidlertid ikke anvendes som hjemmel for tvangsinnleggelse, da må man anvende tvangsbestemmelsene i psykisk helsevernlov. Nødrettsbestemmelsen kan benyttes for å akutte skadeavvergende tiltak.<sup>140</sup>

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å fange opp akutte situasjoner som krever livreddende innsats og innsats for å avverge alvorlig helseskade.<sup>141</sup>

Bestemmelsen kan anvendes ved bruk av ECT, men vil ha begrenset bruk siden den i stor grad vil overlappe med strl. § 17. De tilfellene det er størst praktisk betydning for bestemmelsen er hvis det er fare for alvorlig helseskade og pasienten motsetter seg behandling. Dette er et område som strl. § 17 ikke har hjemmel til å dekke, jf. tidligere drøftelser, men hpl. § 7 er mer vidtrekkende.

---

<sup>136</sup> Helsedirektoratet. (2017), s. 27

<sup>137</sup> Ot.prp.nr.13 (1989-1999), s. 219.

<sup>138</sup> Helsedirektoratet. (2018b)

<sup>139</sup> Ot.prp.nr.13 (1989-1999), s. 219.

<sup>140</sup> Helsedirektoratet. (2018b)

<sup>141</sup> Ot.prp.nr.13 (1989-1999), s. 219.

### **4.3.2 Hvor lenge kan behandling med ECT pågå med hpl. § 7 som hjemmel?**

Bestemmelsen vil kun gi hjemmel til akutte situasjoner<sup>142</sup>, jf. «påtrengende nødvendig» i første ledd første setning. Det ligger en tidsavgrensning i dette begrepet. Bestemmelsen gir hjemmel til kortvarige inngrep, og det vil foreligge «hjemmelsnød» for mer langvarig behandling. ECT vil ofte anvendes over lengre tid, og dette vil det ikke være hjemmel til med hpl. § 7. Det er kun til den akutte situasjonen er over at rettslig hjemmel for behandling foreligger. Etter dette vil det være nødvendig å innhente samtykke i henhold til bestemmelsene som tidligere er redegjort for.

Vedrørende problemstillingen under punkt 4.2.6 om rettsgrunnlaget rettmessig kan anvendes utover den akutte situasjonen, vil de samme momentene gjøre seg gjeldende for hpl. § 7.

## **4.4 Er dagens situasjon rettslig holdbar?**

Det fremgår av EMK art. 8 andre ledd at:

«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests ... for the protection of health or morals»

Slik det også fremkommer av den norske oversettelsen av bestemmelsen vil det være krav om at inngrepet er i samsvar med loven, nødvendig i et demokratisk samfunn og av hensyn til å beskytte helse eller moral.

I *Silver mot Storbritannia* slo domstolen fast at uttrykket i «samsvar med loven» skal forstås på samme måte som vilkåret «foreskrevet ved lov» i art. 10.<sup>143</sup> På bakgrunn av *Sunday Times mot Storbritannia*, som omhandlet art. 10, må inngrepet ha grunnlag i nasjonal rett. Begrepet «lov» dekker både skrevne og uskrevne rettsregler. I tillegg foreligger det to krav til den nasjonale rett. For det første må regelen være tilgjengelig. Det innebærer at borgeren må få en tilfredsstillende angivelse av hvilke regler som gjelder i den konkrete sak. For det andre må

---

<sup>142</sup> NOU 2011:9, s. 174

<sup>143</sup> *Case of Silver AND OTHERS v. The United Kingdom*, 5947/72. Avsnitt 85.

bestemmelsen være formulert tilstrekkelig presis til at borgeren kan tilpasse sin atferd etter bestemmelsen. Det er ikke et krav om absolutt presisjon siden mange lover vil naturligvis formuleres noe vagt. Det sentrale er at borgeren i rimelig grad vil kunne forutse hvilke konsekvenser en gitt handling vil få.<sup>144</sup>

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har gitt den enkelte stat stor skjønnsmargin ved prøving av brudd på EMK art. 8. Ved prøving av brudd på EMK art. 8 har EMD også lagt vesentlig vekt på hva som synes psykiatrifaglig begrunnet i den enkelte stat.<sup>145</sup> Med bakgrunn i dette, avhandlingens fokus på hjemmel og ordgrensen, vil jeg ikke gå nærmere inn på vilkårene «nødvendig i et demokratisk samfunn» og for å «beskytte helse eller moral».

Punktet EMD imidlertid har vært strengere på er at det kreves tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett, og at det foreligger faglige begrunnelser for lovlig frihetsberøvelse som den enkelte stat kan dokumentere.<sup>146</sup>

Det foreligger ikke en lovbestemmelse som direkte regulerer anvendelsen av ECT siden den baserer seg på samtykke og de generelle bestemmelsene i phvl. og pbrl. Det er ikke gitt hjemmel i formell lov eller forskrift (med hjemmel i lov) for å anvende ECT på pasienter som ikke samtykker. Det er imidlertid åpnet for å anvende ECT med tvang hvis vilkårene for nødrett er oppfylt. Dette strider imidlertid med ordlyden i pbrl. § 4-4 og kommer kun til uttrykk gjennom forarbeidene til psykisk helsevernlov. Dette vil være problematisk i henhold til kravene som fremgår av EMK art. 8 andre ledd. Inngrepet vil ikke ha klar forankring i helselovgivningen. Det kan vanskelig se at dette tilfredsstillt kravene om å være tilgjengelig og presis, jf. Sunday Times.

Det fremgår også av Sunday Times at uttrykket «i samsvar med loven» viser ikke bare til nasjonal lovgivning, men gjelder også lovens kvalitet. Dette er begrunnet i at regelen må være i samsvar med kravet om rettssikkerhet og gi rettslig beskyttelse mot vilkårlige inngrep i rettighetene fra myndighetenes side.<sup>147</sup> Det er betenkeligheter med å gjennomføre et så alvorlig inngrep når det ikke er klart forankret i helselovgivningen. Sivilombudsmannen har bl.a. kritisert bruken av nødrett som hjemmel for behandlingen og uttalt at den regelmessige

---

<sup>144</sup> Møse, All, Nordeide, Bjørge. (2017), note 84

<sup>145</sup> Syse (2017), s. 432

<sup>146</sup> Syse (2016), s. 432

<sup>147</sup> Møse, All, Nordeide, Bjørge. (2017), note 84

praksisen vil være ulovlig.<sup>148</sup> Legalitetsprinsippet vil også, med bakgrunn i det faglige område og alvorlighetsgraden ved inngrepet, kreve klart grunnlag i lov. Dagens ordning med anvendelse av ECT styres av faglige retningslinjer istedenfor lovverk. Dette vil være problematisk både i forhold til kravene som fremkommer av EMK art. 8 andre ledd og Grl. § 113 som kodifiserer legalitetsprinsippet. Nåværende praksis kan ikke anses å gi tilfredsstillende rettssikkerhetsgarantier for pasienter.

Dagens ordning er ikke rettslig holdbar.

---

<sup>148</sup> Cecilie Berntsen Jåsund, Adrian Dahl Johansen, Nina Eriksen. (2017).

## 5 Bør behandlingsformen ECT lovfestes?

ECT er en kontroversiell behandling hvor det er en polarisert pågående diskusjon både juridisk, etisk og faglig. Det har vært oppe til vurdering om ECT skal være et ordinært tvangsmiddel, men dette ble avvist. Det fremgår av forarbeidene til phvl. at lovgiver viste i sin begrunnelse blant annet til at behandlingssituasjonen rundt ECT er «et radikalt inngrep overfor pasienten dersom behandlingen skulle skje uten samtykke». De påpekte også at pasienten får narkose og vil befinne seg i «en sovende og hjelpeløs tilstand». Muligheten for en slik tvangsmessig gjennomføring ville «virke svært skremmende på mange pasienter og på deres nærmeste.»<sup>149</sup>

Det er imidlertid ikke alle som er av samme oppfatning. Ved gjennomgang av høringsinstansenes synspunkt uttalte Nordland psykiatriske sykehus påpekte blant annet at det er «uklart hvorfor bruk av ECT kommer i en annen stilling enn bruk av psykofarmaka, ettersom bruk av ECT er anerkjent på visse indikasjoner på linje med psykofarmaka og i enkelte tilfeller med raskere effekt og mindre bivirkninger eller faremomenter». Utsagnene illustrerer den polariserte diskusjonen som pågår.

Det vil være vanskelig å utforme en tvangsbestemmelse som regulerer behandlingsformen. Jeg er av den oppfatning at en så kontroversiell behandlingsform som ECT ikke bør lovfestes som et ordinært tvangstiltak. Dette er med bakgrunn i at det pågår en så polarisert diskusjon rundt behandlingsformen. I kombinasjon med at virkningsmekanismen er uklar og det har vært tilfeller av kroniske skader grunnet behandlingen vil det ikke være forsvarlig å innføre dette som et ordinært tvangstiltak på linje med tvangsmedisinering og mekanisme tvangsmidler som eksempel belter.

Det er imidlertid en pågående praksis hvor det ved manglende samtykke heller tyns til nødrett som hjemmel for behandlingen. Dette har blitt kritisert både internasjonalt og nasjonalt. Sivilombudsmannen har påpekt at det fremstår som en omgåelse av lovverket, og jeg må si meg enig. Inngrepet har ikke klar forankring i loven per dags dato. På helserettens område, og kanskje spesielt innen psykisk helsevern, vil enkeltmenneske være sårbart. Pasienter har krav

---

<sup>149</sup> Ot.prp.nr. 11 (1989-1999), s. 109

på klare rammer i en rettsstat og at deres rettssikkerhet blir ivaretatt gjennom en klar regulering.

Jeg ser likevel at det kan være et behov for å gjennomføre ECT uten samtykke i tilfeller med alvorlig depresjon som utvikler seg til å bli livstruende. Det foreligger både nasjonale og internasjonale forpliktelser i slike tilfeller. Ved å gripe inn vil selve respekten for livet bli ivaretatt. Det foreligger også menneskerettslig vern for retten til helse, jf. ØSK art. 12, som skal bli ivaretatt. Den aktuelle pasientgruppen er alvorlig syke mennesker som ikke alltid skjønner sitt eget beste på grunn av sykdommen. Da må selvbestemmelsesretten og prinsippet om menneskets autonomi vike for retten til helse og velgjørhetsprinsippet. Å unnlate å gi helsehjelp kan krenke individets rett til ikke å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jf. EMK art. 3.<sup>150</sup> Således vil bruk av tvang rettferdiggjøres.

På bakgrunn av dette vil det være hensiktsmessig å utforme en streng unntaksregel om bruk av ECT uten samtykke. Det må imidlertid påpekes at også *måten* helsehjelp blir gitt på kan være umenneskelig eller nedverdiggende, og at dette særlig aktualiseres ved ytelse av helsehjelp til en person som motsetter seg behandlingen.<sup>151</sup> Dette kan bli aktuelt ved tvangsbehandling, og det er derfor viktig at en eventuell bestemmelse blir utformet som en snever unntaksregel. Ved å ha en eksplisitt hjemmel som regulerer anvendelsen vil pasientene ha klare rettssikkerhetsgarantier i tilknytning til hjemmelen. Nødrettsbestemmelsen skal også anvendes i de tilfeller hvor det er fare for alvorlig helseskade eller liv. Ved å ha en eksplisitt hjemmel vil lovverk og praksis innrettes med intensjon om å forhindre alvorlig helseskade eller tap av liv i henhold til menneskerettslige forpliktelser. Det vil også medføre at praksisen blir mer ensartet og at anvendelsen blir mer forutberegnelig og betryggende.

Behandlingsformen ECT bør lovfestes.

---

<sup>150</sup> IS-2008-10, s. 12

<sup>151</sup> IS-2008-10, s. 12





## Litteraturliste

### Litteratur:

Aslak Syse. (2016). *Psykisk helsevernlov med kommentarer*. 3. utgave. Gyldendal.

Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen. (2001) *Rettskildelære*. 5. utgave. Universitetsforlaget.

Njål Høstmælingen. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. Utgave. Oslo 2012

### Lover:

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (*pasient- og brukerrettighetsloven*)

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (*helsepersonelloven*)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (*straffeloven*)

### Lovforarbeid:

Ot.prp.nr.11. (1989-1999). Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

Ot.prp.nr.65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.

Ot.prp.nr.12 (1989-1999) Lov om pasientrettigheter

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr.13 (1989-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp.nr.64 (2005–2006) Om lov om endringar i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utansamtykkekompetanse)

NOU 2011:9. (2011). *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet*  
*Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.*  
Oslo: Departementenes servicesenter, Informasjonsforvaltning.

NOU 2002:4 Ny straffelovStraffelovkommisjonen delutredning VII

IS-2015-8. (2015). *Rundskriv fra Helsedirektoratet – IS-2015-8.* Avdeling bioteknologi og helserett.

IS-2008-10. (2008) *Rundskriv fra Helsedirektoratet – IS-2008-10.* Avdeling bioteknologi og helserett.

Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skrei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, men unntak av romertall X og romertall XXIV

### **Retningslinjer, rapporter etc.:**

Helsedirektoratet. 2017. *Nasjonal faglig retningslinje om bruk av elektrokonvulsiv behandling - ECT.* IS-nummer: IS-2629. Hentet fra: <https://helsedirektoratet.no/retningslinjer/nasjonal-faglig-retningslinje-om-bruk-av-elektrokonvulsiv-behandling-ect>

Helsedirektoratet. (2018a). Helsepersonelloven med kommentarer. IS-nummer: IS-8-2012  
Hentet fra: <https://helsedirektoratet.no/retningslinjer/helsepersonelloven-med-kommentarer/seksjon?Tittel=kapittel-2-krav-til-11469#%C2%A7-4.-forsvarlighet>

Helsedirektoratet. (2018b). Helsepersonelloven med kommentarer. IS-nummer: IS-8-2012

Hentet fra: <https://helsedirektoratet.no/retningslinjer/helsepersonelloven-med-kommentarer/seksjon?Tittel=kapittel-2-krav-til-11469#%C2%A7-7.-%C3%B8yeblikkelig-hjelp>

Helsedirektoratet. (2017b). Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer. IS-nummer: 1/2017

Hentet fra: <https://helsedirektoratet.no/retningslinjer/psykisk-helsevernloven-og-psykisk-helsevernforskriften-med-kommentarer/seksjon?Tittel=kapittel-4-gjennomforing-av-11228#%C2%A7-4-4.-vilk%C3%A5r-for-vedtak-om-unders%C3%B8kelse-og-behandling-uten-eget-samtykke>

Mette Willumstad Thomsen. (2016). *Psykisk helsevern*. I NPE.

Hentet fra: <https://www.npe.no/no/Om-NPE/statistikk/Temaartiklerogfaktaark/Psykisk-helsevern/>

Sivilombudsmannen. (2017). *Besøksrapport. Ålesund sjukehus, avdeling for sjukehuspsykiatri*. Hentet fra: <https://www.sivilombudsmannen.no/besoksrapporter/>

Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter. (2017). *Årsmelding 2017*. Dokument 6 (2017-2018). Hentet fra: <https://www.nhri.no/publikasjoner/arasmeldinger/>

Østfold sykehus. (2018). *Elektrokonvulsiv terapi*. Hentet fra: <https://sykehuset-ostfold.no/behandlinger/elektrokonvulsiv-terapi?language=1044&behandling=Depresjon+hos+voksne>

Stavanger universitetssykehus. (2018). *Elektrokonvulsiv terapi*. Hentet fra: <https://helse-stavanger.no/behandlinger/elektrokonvulsiv-terapi?language=1044&behandling=Bipolar+lidelse>

Haukeland universitetssykehus. (2018). *Elektrokonvulsiv terapi*. Hentet fra: <https://helse-bergen.no/behandlinger/elektrokonvulsiv-terapi?language=2068&behandling=depresjon+hos+voksne>

### **Internasjonale kilder:**

Human rights committee. 2018, 5. april. *Concluding observations on the seventh periodic report of Norway*. CCPR/C/NOR/CO/7

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 2013, 13. desember. *Concluding observations on the fifth periodic report of Norway*. E/C.12/NOR/CO/5.

### **Avgjørelser fra EMD:**

Case of Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74. 26. april 1979

Case of Silver AND OTHERS v. The United Kingdom, 5947/72. 26. mars 1983.

### **Oppslagsverk:**

Aslak Syse. (2016). «Kommentar til Lov om pasient- og brukerrettigheter» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata.

ISSN 2387-3361.

Erik Møse, Jørgen All, Ragnar Nordeide, Eirik Bjørge. (2017). «Kommentar til Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata.

ISSN 2387-3361.

Ulrik Malt. (2016a). ECT. I Store norske leksikon. Hentet fra: <https://sml.snl.no/ECT>

Ulrik Malt. (2016b). Affektiv lidelse. I Store norske leksikon. Hentet fra: [https://sml.snl.no/affektiv\\_lidelse](https://sml.snl.no/affektiv_lidelse)

### **Medisinske fagartikler:**

Kjell Martin Moksnes, Stein Opjordsmoen Ilnes. 2010. Elektrokonvulsiv terapi – virkninger og bivirkninger. *Tidsskriftet den norske legeforening*. 130:2460-4

DOI: 10.4045/tidsskr.09.1102

Hentet fra: <http://tidsskriftet.no/2010/12/originalartikkel/elektrokonvulsiv-terapi-virkninger->

## og-bivirkninger

Asbjørn Eide, Just Haffeld, Ole Frithjof Norheim. 2011. Helse som menneskerettighet.

*Tidsskriftet den norske legeforeningen*. 131: 2029

doi: 10.4045/tidsskr.11.0808

Hentet fra: <https://tidsskriftet.no/2011/10/kronikk/helse-som-menneskerettighet>

## **Resterende kilder:**

Synnøve Åsebø, Mona Grivi Norman. (2017, 03.10). VG. Hentet fra:

<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/psykisk-helse/klinikksjefer-trenger-tydeligere-lovverk-og-nasjonal-elektrosjokk-oversikt/a/24150566/>

Ingvild Aubert, Aina Fraas-Johansen, Per Halvorsen. (2017). *ECT bør kun gis som frivillig*

*behandling*. Hentet fra: <https://www.psykologforeningen.no/foreningen/nyheter-og-kommentarer/aktuelt/ect-boer-kun-gis-som-frivillig-behandling>

Sissel Randsborg. 2010. *Hilde mistet hukommelsen etter elektrosjokk*. Hentet fra:

<https://www.tv2.no/a/3287196>

Roar Fosse. John Read. Richard Bentall. 2011. Elektrokonvulsiv behandling ved alvorlig depresjon – i konflikt med den hippokratiske eden?. *Tidsskrift for norsk psykologforening*, VOL 48, nummer 12, s. 1160-1171

Hentet fra: [http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks\\_id=159027&a=3](http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=159027&a=3)

Asle Hansen. (2015, 04.05). Fikk elektrosjokk: Steinar (53) husker ikke barnas oppvekst eller at han giftet seg med Monica (40). *Dagbladet*. Hentet fra:

<https://www.dagbladet.no/nyheter/fikk-elektrosjokk-steinar-53-husker-ikke-barnas-oppvekst-eller-at-han-giftet-seg-med-monica-40/60783048>

Synnøve Åsebø, Mona Grivi Norman. (2017, 03.10). VG. Hentet fra:

<https://www.vg.no/nyheter/innenriks/psykisk-helse/hoeie-om-elektrosjokk-uten-samtykke->

[tallet-er-for-hoeyt/a/24150577/](https://www.dagbladet.no/nyheter/fikk-elektrosjokk-steinar-53-husker-ikke-barnas-oppvekst-eller-at-han-giftet-seg-med-monica-40/60783048)

Asle Hansen. (2015, 04.05). Fikk elektrosjokk: Steinar (53) husker ikke barnas oppvekst eller at han giftet seg med Monica (40). *Dagbladet*. Hentet fra:

<https://www.dagbladet.no/nyheter/fikk-elektrosjokk-steinar-53-husker-ikke-barnas-oppvekst-eller-at-han-giftet-seg-med-monica-40/60783048>

Cecilie Berntsen Jåsund, Adrian Dahl Johansen, Nina Eriksen. (2017). Hentet fra:

<https://www.nrk.no/rogaland/pasienter-far-elektrosjokk-uten-a-ha-gitt-samtykke-1.13559660>

Synnøve Åsebø, Mona Grivi Norman, Maria Knoph Vignæs. (2017, 2. oktober). VG avslører: Ga elektrosjokk 166 ganger uten pasientenes godkjenning. *Verdens Gang*. Hentet fra: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/d6B3B/vg-avslorerer-ga-elektrosjokk-166-ganger-uten-pasientenes-godkjenning>

Knutsen. (2018, 6. april). Bruk av strømbehandling mot depresjon får FN til å kritisere Norge. *Aftenposten*. Hentet fra: <https://www.aftenposten.no/norge/i/VRpxpr/Bruk-av-strombehandling-mot-depresjon-far-FN-til-a-kritisere-Norge>