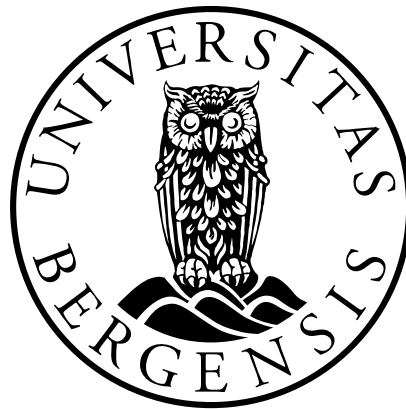


*Hva er den reelle endringen ved
innføringen av en kompetansebasert modell
i vurderingen av tvang i psykisk
helsevernloven?*

Kandidatnummer: 80

Antall ord: 14 348



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Psykisk helsevern	3
2. Juridisk metode	5
3. Grunnleggende hensyn	7
3.1 Legalitetsprinsippet og rettsikkerhet	7
3.2 Det generelle utgangspunktet i helseretten - kravet til samtykke	9
3.3 Paternalisme og tvang	10
3.4 Forbud mot diskriminering	12
4. Psykisk helsevernloven § 3-3 før lovendringen i 2017	14
4.1 Innledning	14
4.2 Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3	15
4.2.1 Hva ligger i begrepet «alvorlig sinnslidelse»?	15
4.2.2 Behandlingsvilkåret	19
4.2.2.1 Innledning	19
4.2.2.2 Forbedringsalternativet	19
4.2.2.3 Forverringsalternativer	20
4.2.3 Farevilkåret	21
2.2.3.1 Innledning	21
2.2.3.2 Farevilkåret med utgangspunkt i «eget...liv eller helse»	22
2.2.3.3 Farevilkåret med utgangspunkt i «andres...liv eller helse»	23
4.3 Helhetsvurderingen	23
5. Psykisk helsevernloven § 3-3 etter lovendringen i 2017	24
5.1 Det nye vilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3	24
5.2 Samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3	26
5.2.1 Innledning	26
5.2.2 Pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd	27
5.3 Likhetstrekk mellom «alvorlig sinnslidelse» og det nye vilkåret om manglende samtykkekompetanse	30
5.4 Hvordan ville utfallet av Anoreksi-dommen stilt seg annerledes etter det nye vilkåret?	32
6. Lovgivers intensjon med lovendringen	36
6.1 Innledning	36
6.2 Pasienter som er underlagt langvarig tvangsmedisinering	36
6.2.1 Forbedringsalternativet og farevilkåret	39
6.3 Styrking av pasientenes beslutninger vedrørende egen helse	41
6.4 Økt rettsliggjøring	43
7. Konklusjon	46
Litteraturliste	48

1. Psykisk helsevern

10. februar 2017 vedtok stortinget endringer i flere bestemmelser i lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven). Endringene trådte i kraft 1. september 2017, og innførte et nytt tilleggsvilkår for ulike typer tvangsvedtak¹ i det psykiske helsevernet. Av det nye vilkåret fremgår det at personer som hovedregel bare kan utsettes for tvang etter psykisk helsevernloven når pasienten mangler samtykkekompetanse.

Før denne endringen kunne pasienter i det psykiske helsevernet underlegges tvang også når de hadde samtykkekompetansen i behold. Denne rettstilstanden skilte seg fra rettstilstanden for somatisk helsehjelp, da somatiske pasienter ikke kan utsettes for tvang så lenge de har samtykkekompetanse².

Bakgrunnen for innføring av det nye vilkåret var et ønske om økt selvbestemmelse og rettssikkerhet for pasienter underlagt psykisk helsevern³. Og en harmonisering av somatiske og psykiatriske tvangsregler.

Psykisk sykes rettsstilling var behandlet allerede i våre eldste lover. Magnus Lagabøtes landslov av 1276 innførte en rettsordning hvor sinnssyke første og fremst skulle forsørges av sine nærmeste slektninger⁴. Personer med psykiske lidelser ble deretter i all hovedsak tatt hånd om i privat regi frem til den første norske loven som regulerte behandlingen av psykisk syke, lov 17. august 1848 om sinnssykes behandling og pleie. Etter denne loven fikk det offentlige ansvaret for de psykisk syke.

I lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (psykisk helsevernloven av 1961) ble lovgivningen modernisert, og grunnvilkåret «sinnssyk» ble byttet ut med «alvorlig sinnslidelse»⁵. Samtidig ble de

¹ Psykisk helsevernloven §§ 3-2, 3-3 og 4-4.

² Jf, pasient- og brukerrettighetsloven kap. 4.

³ NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet s. 12.

⁴ Ot.prp.nr. 69 (1959-1960) Om lov om psykiatrisk omsorg s. 7

⁵ Ot.prp.nr. 69 (1959-1960) Om lov om psykiatrisk omsorg s. 17.

materielle tvangsbestemmelsene langt på vei videreført. I tiden som fulgte ble imidlertid pasientenes rettsstilling styrket gjennom høyesterettspraksis og lovendringer.

Et eksempel fra Høyesterettspraksis er dommen «Sinnsykes ankerett» fra 1979. Her kom Høyesterett til at en kvinne som var idømt sikring i 10 år hadde ankerett, selv om hennes hjelpeverge ikke ønsket dette⁶. Førstvoterende i denne saken, Knut Blom, ble kort tid etter denne dommen utpekt som leder av en regjeringsoppnevnt kommisjon som skulle undersøke forholdene ved Reitgjerdet sykehus⁷. Kommisjonens granskningsrapport fra 1980 var kritisk til graden av tvangsbruk på Reitgjerdet.

Styringen av pasientenes rettsstilling ble videreført i blant annet psykisk helsevernloven⁸. Det er denne loven som regulerer tvungent psykisk helsevern i dag.

I 2011 kom en NOU⁹ om balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern. Utredningen var utgangspunktet for endringen i tvangslovgivningen¹⁰ som denne oppgaven skal handle om.

På bakgrunn av samme NOUen ble det nedsatt i et lovutvalg¹¹ i 2016 som skal Gjennomgå tvangsreglene i hele helse- og omsorgssektoren. Målet med utvalgets arbeid er å harmonisere regelverket slik at det blir klarere og mer samordnet. Utvalget skal gi sin innstilling 15. juni 2019.

I denne oppgaven vil jeg ta utgangspunkt i psykisk helsevernloven § 3-3, som inneholder vilkårene for vedtak om tvungent psykisk helsevern. Det skal gjøres rede for det nye vilkåret i bestemmelsen og hvilken reell betydning endingen har. Lovgivers intensjon fremgår av Prop. 147 L Endringer i psykisk helsevernloven mv. Hovedformålet med endringen var å styrke pasientens rett til å ta

⁶ Rt. 1979 s. 1079.

⁷ Arnfinn Bårdsen, *Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet*, *Kritisk Juss*, 2016 s. 238-262 (s. 239).

⁸ Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2007 s. 24

⁹ NOU 2011:9 *Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet*.

¹⁰ Se punkt 1.2.

¹¹ Tvangslovutvalget.

beslutninger som får konsekvenser for egen helse¹². Departementet antok at lovendringen ville få særlig betydning for pasienter som er underlagt langvarig tvangsmedisinering¹³, og mente at endringen ville innebære en sterkere rettsliggjøring av vilkårene¹⁴, som kan lette overprøvingen.

Jeg vil i oppgaven foreta en analyse av hvordan psykisk helsevernloven § 3-3 skal vurderes etter lovendringen. Jeg vil også gjøre en vurdering av om endringen i bestemmelsen er egnet til å oppnå en reell endring for pasientene, og om lovgivers intensjoner vil oppnås i praksis.

2 Juridisk metode

I denne delen skal det gjøres rede for rettskildebildet for oppgaven og hvilke utfordringer dette eventuelt gir.

På helsevernsfeltet er lovteksten den sentrale rettskilden. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i lovteksten når vilkårene i psykisk helsevernloven § 3-3 skal analyseres. Innholdet i bestemmelsen vil belyses ytterligere ved hjelp av andre rettskilder som lovforarbeider, etterarbeider, rettspraksis og litteratur.

Det nye vilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 viser til bestemmelsen om bortfall av samtykkekompetanse i lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrttigheter (pasient- og brukerrettighetsloven). Jeg vil derfor ta utgangspunkt i pasient og brukerrrettighetsloven § 4-3 andre ledd i vurderingen av hva som ligger i «mangler samtykkekompetanse» i det nye vilkåret. Det er da naturlig å se på forarbeidene til bestemmelsen samt rettspraksis for å finne meningsinnholdet i bestemmelsen.

Lovforarbeidene spiller en stor rolle på helsevernsområdet. De er omfattende og detaljerte og det er gjerne foretatt grundige utredninger og gjennomgang fra departementets side før loven vedtas. I

¹² Prop. 147 L (2015-2016) s. 5.

¹³ *ibid*, s. 25.

¹⁴ *ibid*, s. 24.

denne oppgaven vil jeg bruke forarbeidene til psykisk helsevernloven¹⁵, forarbeid fra psykisk helsevernloven av 1961¹⁶, og forarbeidene til pasient og brukerrettighetsloven¹⁷.

Det er i utgangspunktet relativt sparsomt med høyesterettspraksis på helserettens område. Vedtak om tvungent psykisk helsevern har imidlertid vært vurdert av Høyesterett flere ganger. Jeg vil bruke Høyesterettspraksis for å klarlegge innholdet i hovedvilkåret «alvorlig sinnslidelse» og for å tolke innholdet i vilkåret om «samtykkekompetanse». Jeg vil også bruke noen Høyesterettsdommer for å vurdere om Høyesterett kanskje hadde kommet til et annet resultat i disse nå etter lovendringen. Lagmannsrettspraksis er det mye av på dette feltet. Ettersom disse ikke har en særlig høy rettskildemessig vekt, vil jeg ikke bruke disse direkte i selve analysen av vilkårenes innhold. Jeg vil imidlertid bruke lagmannsrettspraksis som illustrasjon for å belyse hvilken reell betydning det nye vilkåret har fått.

Høyesterett har dessuten 20. november 2018 avgjort en sak om tvungent psykisk helsevern¹⁸. Denne dommen vil brukes for å belyse hvordan det nye vilkåret skal tolkes og hvilken betydning det nye vilkåret har fått.

Det foreligger også en del juridisk litteratur på helserettens område som kan være aktuelt å vise til i denne oppgaven. Det er imidlertid enda ikke skrevet mye om det nye vilkåret i psykisk helsevernloven og hvilken betydning dette har. Litteraturen kan allikevel gi en god oversikt over helserettsfeltet generelt, hvilke hensyn som skal vektlegges og hvordan bestemmelsen skulle tolkes før lovendringen.

Noe som har vært utfordrende i denne oppgaven er at bestemmelsene som behandles er utpreget skjønnsmessige. Dette gjør at ulike rettskilder og særlig rettspraksis har til dels ulikt syn på hvordan bestemmelsene skal tolkes.

¹⁵ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet og Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

¹⁶ Ot.prp.nr.69 (1959-1969) Om lov om psykisk omsorg.

¹⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

¹⁸ HR-2018-2204-A.

3 Grunnleggende hensyn

3.1 Legalitetsprinsippet og rettssikkerhet

Tvungent psykisk helsevern kan være inngripende og belastende for de som blir utsatt for disse. Derfor er det særlig viktig at rettssikkerheten til disse personene er ivaretatt.

Begrepet rettssikkerhet blir brukt i titlene til begge forarbeidene til den nye bestemmelsen i psykisk helsevernloven¹⁹. Det kan være vanskelig å gi en klar definisjon av begrepet rettssikkerhet. Begrepet brukes imidlertid ofte om beskyttelse av borgeren mot urettmessige inngrep fra myndighetenes side²⁰. Å sikre forutberegnelighet og å unngå vilkårlige inngrep i den private sfære ligger i kjernen av begrepet. Dette kan oppnås gjennom både materielle og prosessuelle tvangsregler. Rettstilstanden for personer med psykiske lidelser reguleres eksempelvis av materielle og prosessuelle regler i psykisk helsevernloven, lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) og kapittel 36 i lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Et grunnleggende prinsipp som er med på å sikre borgernes rettssikkerhet er legalitetsprinsippet. Dette var tidligere et sedvanerettslig prinsipp av grunnlovs rang, men er nå lovfestet i lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 113. Legalitetsprinsippet blir gjerne også kalt lovskravet og innebærer at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»²¹ Myndighetene må altså ha hjemmel i lov for å kunne gjøre inngrep overfor enkeltindivider.

I litteraturen²² fremgår det at der det er tale om inngrep i borgernes handlefrihet, vil legalitetsprinsippet være et argument for å tolke den bestemmelsen som gir myndighetene fullmakter, stramt etter ordlyden, eller kanskje til og med innskrenkende.

¹⁹ NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet og Prop. 147 L Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

²⁰ Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 46.

²¹ Jf. Grunnloven § 113.

²² Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett*, 2. utgave, Bergen 2010 s. 93.

Tvungent psykisk helsevern er et inngrep fra myndighetene i pasienters handlefrihet. Man er derfor på legalitetsprinsippets kjerneområde. Tvangsreglene i psykisk helsevernloven må dermed tolkes stramt etter ordlyden, og kanskje også innskrenkende, avhengig av hvor inngripende tvangen er.

Kravet om hjemmel i lov er en rettssikkerhetsgaranti som skal sikre at enkeltindividers rettigheter er ivarettatt og at de ikke utsettes for ulovlig bruk av tvang. Lovgiver har dermed en del makt på dette området, og det er viktig at de er sitt ansvar bevisst både i utformingen av slike hjemler og ved at disse revideres over tid. Lovgiver står imidlertid ikke helt fritt. Både Grunnloven og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) setter rammer for utformingen av slike lover.

Det følger for eksempel av Grunnloven § 92 at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Videre følger det av Grunnloven § 94 at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.»

Dessuten fremgår det av Grunnloven § 102 at «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon». Tilsvarende regler følger også av EMK. Dette gjelder EMK artikkel. 5 om retten til frihet og sikkerhet og artikkel. 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv.

Hvilke unntak som kan gjøres i rettighetene etter EMK artikkel 5 og 8 fremgår direkte av bestemmelsene. I artikkel. 5 står det at «Ingen må bli frarøvet sin frihet» unntatt i de tilfelle som bestemmelsen lister opp, og når det er «...i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov». I artikkel. 8 fremgår det at det ikke kan gjøres inngrep i blant annet folks rett til respekt for sitt privatliv eller familieliv «...unntatt når dette er i samsvar med loven». Konvensjonen krever ikke at det er snakk om formell lov, ulovfestet rett kan også benyttes²³.

Også i Grunnloven § 94 fremgår det når det kan gjøres unntak fra hovedregelen. Hvilke unntak som kan gjøres fra Grunnloven § 102 fremgår imidlertid ikke i bestemmelsen.

I Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60 står det:

²³ Jørgen All, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 s.119.

«Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig *hjemmel*, forfølger et *legitimt formål* og er *forholdsmessig*, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28.»

Det kan altså også gjøres unntak fra Grunnloven § 102 dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig.

De nevnte unntakene åpner blant annet for regler om tvungent psykisk helsevern.

3.2 Det generelle utgangspunktet i helseretten - kravet til samtykke

Det er vanlig i et samfunn at borgerne har en viss handlefrihet eller autonomi. Eckhoff/Sundby har sagt det på denne måten:

«De fleste normsystemer, bl.a. vårt rettssystem, har en uskreven metanorm som går ut på at alt som ikke er forbudt ved særskilt norm er tillatt, og alt som ikke er særskilt påbudt er man fritatt for. Påbud og forbud må derfor ha grunnlag i særskilte normer.»²⁴

Det er altså et grunnleggende prinsipp i vårt rettssystem at enkeltindivider har rett til å handle, og la være å handle, slik de vil innenfor de rammene loven setter.

Personlig autonomi er et begrep som brukes om enkeltindividers rett til å bestemme over forhold som gjelder dem selv²⁵. Et viktig forhold som gjelder enkeltpersoner selv er om man ønsker helsehjelp, og hvilken type helsehjelp man ønsker, når man er syk. Man står ikke helt fritt til å velge

²⁴ Eckhoff/Sundby, *Rettsystemer*, s. 72, jf. Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011 s. 100.

²⁵ NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene s. 53

hvilken type helsehjelp man ønsker²⁶, men man står i utgangspunktet fritt til å velge om man vil ta imot behandlingen som tilbys eller ikke. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd, hvor det står at helsehjelp bare kan gis «...med pasientens samtykke».

Hovedregelen om samtykke til helsehjelp gjelder imidlertid bare så langt det ikke foreligger «lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke»²⁷. Grunnen til at utgangspunktet om samtykke kan fravikes i enkelte tilfeller er at myndighetene har flere hensyn å ivareta enn den aktuelle pasientens ønske.

3.3 Paternalisme og tvang

Det norske rettssystemet har en rekke bestemmelser som åpner for bruk av tvang overfor enkeltindivider. Disse tvangsbestemmelsene begrunnes gjerne i samfunnets eller enkeltindividers beste.

Ordet tvang kan brukes om mange ulike situasjoner. Man kan se det som tvang at en forelder insisterer på at et barn som ikke vil det skal ha på en varm jakke og lue ute på vinteren. Men det er også tvang å få noen til å gi deg 500 000 kr mot deres vilje, eller gjøre noe annet vedkommende ikke ønsker gjennom utpressing²⁸. Begrunnelsen for bruk av tvang kan variere stort fra et ønske om å oppnå det beste for den man tvinger til et ønske om å oppnå et gode selv eller skade den man tvinger.

I den norske helselovgivningen finnes det mange forskjellige unntak fra hovedregelen om samtykke til helsehjelp²⁹. Dette gjelder blant annet i øyeblikkelig hjelp-situasjoner³⁰ og ulike bestemmelser om tvang.

²⁶ Jf. pasient og brukerrettighetsloven kapittel 2. Man må forholde seg til det behandlingstilbudet helsetjenesten kan tilby, så lenge dette er i samsvar med kravet til forsvarlige tjenester, jf. Prop.91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

²⁷ Jf. § 4-1 første ledd.

²⁸ Jf. straffeloven § 330.

²⁹ Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

³⁰ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) § 7.

De ulike tvangsbestemmelsene er plassert i flere lover. I pasient- og brukerrettighetsloven finner vi regler om tvang overfor somatiske pasienter over 16 år som ikke har samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen. I helse- og omsorgstjenesteloven finner man regler om tvang overfor mennesker med psykisk utviklingshemming og rusmiddelmissbrukere. I psykisk helsevernloven finner vi regler om tvang overfor personer med psykiske lidelser. De ulike tvangsbestemmelsene er i hovedsak gitt av hensyn til vedkommendes eget beste. Det foreligger imidlertid noen bestemmelser om tvang på helserettsfeltet som først og fremst er til det beste for andre enn vedkommende selv. Et eksempel på dette er bestemmelsen i lov 24 juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) § 10-3 som er gitt til barnets beste, og ikke den gravide rusmisbrukeren. Et annet eksempel er farekriteriet i psykisk helsevernloven §§ 3-2 og 3-3, hvor tvang kan brukes for å avverge fare for andres liv og helse.

Når lovgiver gir regler om tvang overfor pasienter og brukere til deres eget beste, er dette ut fra en tanke om at pasienter og brukere noen ganger ikke vet eller forstår hva som er til det beste for dem selv. Man tenker da at andre (gjerne helsepersonell) har en bedre evne til å vurdere hva som er best for vedkommende. Dette kalles gjerne for paternalisme. Aslak Syses definisjon av paternalisme blir ofte brukt i litteraturen. Han definerer begrepet slik:

«Paternalisme (fra latin: *pater* betyr far) er betegnelsen på en behandlingsholdning der legen - og eventuelt annet behandlingspersonell - bestemmer helt eller delvis for og over pasienten i behandlingssituasjonen, ut fra at vedkommende 'vet' hva som er til det beste for pasienten.»³¹ (Syse sin kursivering).

I nyere litteratur brukes gjerne begrepet velferdspaternalisme om paternalisme på helserettsområdet³². Velferdspaternalismen sto tidligere sterkt i den norske helsetjenesten. Den rådende tanken var at legen viste best og man innrettet seg etter det han sa og bestemte. Pasienter hadde få rettigheter og var på mange måter prisgitt legens velvilje.

³¹ Aslak Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet*, s. 35, jf. Bjørn Henning Østendstad, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011 s. 96.

³² Se for eksempel Bjørn Henning Østendstad, *Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Bergen 2011 s. 96.

I fra 1970 og fremover kom det flere profesjonslover, blant annet lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven) og lov 26. april 1985 nr. 23 om jordmødre (jordmorloven), som stilte krav til yrkesutøvere og ga dem en «øyeblikkelig hjelp»³³. Med Rt. 1977 s. 1035 Sykejournaldommen kom et ytterligere fokus på pasienters rettsstilling. I dommen kom Høyesterett til, på ulovfestet grunnlag, at en pasient hadde krav på innsyn i sin pasientjournal.

I 1982 fikk pasienter rett til «nødvendig helsehjelp» etter lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (kommunehelsetjenesteloven) § 2-1. Dette var den første bestemmelsen som ga pasienter en materiell rett til helsehjelp utover øyeblikkelig hjelp. I 1999 kom pasientrettighetsloven³⁴. Loven innebar en omfattende utvidelse av pasientenes rettigheter samt en samling av nye og gamle rettigheter i en og samme lov. Med denne loven ga lovgiver et tydelig signal om at pasienters rettigheter er viktige og at deres selvbestemmelsesrett er sentral.

Med denne utviklingen ble altså den tradisjonelle velferdspaternalismen innskrenket. Dagens form for velferdspaternalisme, slik den kommer til uttrykk i de nyere tvangsreglene, skiller seg fra tidligere tiders velferdspaternalisme, ved at den ikke utelukkende overlater vurderingene av pasientens beste til helsepersonell eller andre, f.eks. pårørende, og deres oppfatning av hva som er pasientens beste. Man søker i stede å legge til grunn hva pasienten ville ha samtykket til dersom han hadde samtykkekompetanse. Dette kommer blant annet til uttrykk i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6.

3.4 Forbud mot diskriminering

Bakgrunnen for det nye vilkåret om samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven skyldes en endring i synet på bruk av tvang generelt i samfunnet. Men også et internasjonalt styrket fokus på ikke-diskriminering og likebehandling av alle mennesker. Dette fokuset har fått uttrykk i FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD). Denne konvensjonen har som hovedformål å sikre at personer med nedsatt funksjonsevne har lik mulighet til å realisere sine menneskerettigheter som andre.

³³ legeloven § 27 og jordmorloven § 5.

³⁴ Någjeldende pasient og brukerrettighetsloven.

Konvensjonen gjelder i utgangspunktet ikke for personer med psykiske lidelser. Det fremgår imidlertid av forarbeidene³⁵ til endringen i psykisk helsevernloven at «Personer med psykiske lidelser vil være omfattet av denne definisjonen (nedsatt funksjonsevne) dersom deres sykdom gir en alvorlig og langvarig funksjonsnedsettelse». Konvensjonen kan derfor ha direkte virkning for enkelte med psykisk sykdom.

Det fremgår videre i forarbeidene at utvalget har pekt på at det er liten tvil om at «konvensjonen gir uttrykk for en internasjonal utvikling med økt fokus på selvbestemmelse og ikke-diskriminering.»³⁶. Departementet påpeker at det som følge av denne utviklingen er viktig å gjøre en endring i psykisk helsevernloven. Selv om CRPD ikke har direkte virkning for de fleste som blir behandlet etter psykisk helsevernloven, har altså konvensjonen en nokså vid generell påvirkning på feltet.

Norge ratifiserte denne konvensjonen i 2013 med to tolkningserklæringer.

Artikkel 14 styrker retten til frihet og personlig sikkerhet for pasienter med nedsatt funksjonsevne. Her fremgår det blant annet at mennesker med nedsatt funksjonsevne «på lik linje med andre...har rett til frihet og personlig sikkerhet» og at de har «krav på garantier på lik linje med andre» når de skal berøves sin frihet. Til denne bestemmelsen og artikkel 25 har Norge kommet med en tolkningserklæring med bakgrunn i uenigheter i tolkningen av konvensjonen. Uenigheten gjelder om det er diskriminering i strid med konvensjonen å ha særskilte regler om tvang overfor mennesker med psykiske lidelser³⁷. Norge erklærer som si forståelse at «...konvensjonen tillater tvungen omsorg og behandling av mennesker, herunder tiltak iverksatt for å behandle psykiske lidelser, når omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.»³⁸

³⁵ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet) s. 13.

³⁶ *ibid*, s. 24.

³⁷ *ibid*, s. 13.

³⁸ *ibid*, s. 13.

Den andre tolkningserklæringen gjelder rettslig handleevne og vergemål³⁹. Denne tolkningserklæringen behandler jeg ikke videre.

Hvis man tar utgangspunkt i en tanke om ikke-diskriminering, er det problematisk at personer med psykiske sykdommer skal behandles annerledes enn personer med somatiske sykdommer. Den nye lovendringen harmonerer derfor med den internasjonale utviklingen på feltet etter CRPD.

Den nye lovendringen harmonerer også med Grunnloven § 98. Her fremgår det at alle er «like for loven» og at ingen må utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Bestemmelsen oppstiller et generelt vern mot diskriminering, og ble vedtatt som en del av Grunnlovsreformen i 2014.

4 Psykisk helsevernloven § 3-3 før lovendringen i 2017

4.1 Innledning

Etter lovendringen i 2017, ble det som nevnt ovenfor innført et nytt vilkår i psykisk helsevernloven § 3-3, nemlig vilkåret om at pasienten «mangler samtykkekompetanse». De øvrige vilkårene i § 3-3 gjaldt også før lovendringen, og i denne delen av oppgaven vil jeg gjennomgå disse vilkårene.

Først vil jeg se på hva som ligger i grunnvilkåret i § 3-3, nemlig at vedkommende må ha en «alvorlig sinnslidelse». I den forbindelse vil jeg gjennomgå forarbeider, litteratur og Høyesterettspraksis for å finne ut hva begrepet «alvorlig sinnslidelse» innebærer. Videre vil jeg se på vilkårene i § 3-3 nr. 3 bokstav a, som gjerne kalles for «behandlingsvilkåret»⁴⁰. Deretter vil jeg se på vilkåret i § 3-3 nr. 3 bokstav b, som gjerne kalles «farevilkåret»⁴¹.

I tillegg til grunnvilkåret i § 3-3, er det også flere prosessuelle vilkår i bestemmelsen. Det første vilkåret er at frivillig psykisk helsevern må ha vært forsøkt eller anses åpenbart formålsløst. Videre

³⁹ *ibid*, s. 14.

⁴⁰ Asbjørn Kjønnstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 491.

⁴¹ Asbjørn Kjønnstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 492.

må pasienten undersøkes av to leger hvorav den ene måtte være uavhengig av den ansvarlige institusjonen. Institusjonen må også være faglig og materielt i stand til å tilby tilfredstillende behandling. Pasienten skal dessuten gis anledning til å uttale seg⁴². Disse prosessuelle vilkårene vil jeg ikke behandle nærmere.

Selv om både grunnvilkåret og de øvrige vilkårene er oppfylt, må det gjøres en helhetsvurdering hvor det skal legges vekt på om tiltaket er den klart beste løsningen for pasienten⁴³. Dette vil jeg kort komme inn på nedenfor.

4.2 Psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3

4.2.1 Hva ligger i begrepet «alvorlig sinnslidelse»?

Grunnvilkåret for å kunne treffe vedtak om tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 er at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse». Ordet «sinnslidelse» tyder på at det må være snakk om en psykisk lidelse. Ordet «alvorlig» tilsier at det ikke kan være snakk om en hvilken som helst psykisk lidelse, men at den må være av en bestemt art, styrke eller grad.

Begrepet «alvorlig sinnslidelse» er en videreføring fra psykisk helsevernloven av 1961⁴⁴. Forarbeider og rettspraksis fra tidligere kan derfor også brukes for å utlede hva begrepet inneholder.

Det fremgår av forarbeidene⁴⁵ til dagens bestemmelse at «alvorlig sinnslidelse er et rettslig begrep som ikke tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose». Det fremgår videre at vilkåret alvorlig sinnslidelse har en nær tilknytning til psykosene, men at begrepet også omfavner andre tilstander en psykoser. I forarbeidene til psykisk helsevernloven av 1961 var det foreslått at hovedkriteriet skulle være «alvorlig sinnslidelse (psykose)⁴⁶. Dette vakte imidlertid motstand da det måtte anses som en

⁴² Jf, § 3-3 første ledd nr. 1, 2, 4 og 5.

⁴³ Jf. § 3-3 første ledd nr. 6.

⁴⁴ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 154, jf. Ot.prp.nr.65 (2005-2006).

⁴⁵ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevernloven (psykiatriloven) s. 154.

⁴⁶ Ot.prp.nr. 69 (1959-1960) Om lov om psykiatrisk omsorg s. 16.

innsnevring av hovedvilkåret. Det er altså klart at det i begrepet «alvorlig sinnslidelse» også ligger andre tilfeller enn psykoselidelser. Hvilke tilfeller utenfor psykose som omfattes av begrepet alvorlig sinnslidelse kommer imidlertid ikke tydelig frem.

Det står videre i forarbeidene at «Når det gjelder hvilke grensetilfeller i tillegg til psykosene som kan komme inn under begrepet alvorlig sinnslidelse, vil man stå overfor en helhetsvurdering. Ikke bare selve sykdomstilstanden, men også de utslagene den gir seg, må tillegges stor vekt.⁴⁷»

Også i NOU 1988:8 gis det noen hint om hva som ligger i hva som menes med «alvorlig sinnslidelse». Her fremgår det at for at det skal kunne treffes vedtak om tvungent psykisk helsevern, må det foreligge «en alvorlig sinnslidelse som medfører at den syke er ute av stand til å mestre sin livssituasjon, og er uten evne til å vurdere sin tilstand og forholdet til omverdenen på en realistisk måte.»⁴⁸.

I følge forarbeidene må det altså gjøres en helhetsvurdering hvor selve sykdommen og dens utslag skal tillegges stor vekt. Herunder kan det legges vekt på om vedkommende er i stand til å mestre sin livssituasjon og om han har et realistisk bilde av sin egen sykdom og sitt forhold til omverdenen.

Rettspraksis kan også gi et visst inntrykk av hvilke tilfeller som kan falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse».

I Rt. 1988 s. 634 Huleboer-dommen fastslo Høyesterett at pasienten hadde en «alvorlig sinnslidelse» og dermed oppfylte grunnvilkåret for tvungent psykisk helsevern, men at tilleggsvilkårene i den daværende psykisk helsevernloven, om at innleggelsen måtte være nødvendig for at den syke ikke skulle lide overlast eller at utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring kunne forspilles, ikke var til stede. Pasientens begjæring om utskrivelse ble altså tatt til følge. Dommen kalles Huleboer-dommen fordi vedkommende bodde i en hule utenfor Blindern i Oslo. Utgangspunktet for vurderingen av om han var «alvorlig sinnslidende» var hans unormale livsførsel. Høyesterett la de sakkyndiges vurdering til grunn for vurderingen av om han var «alvorlig sinnslidende». Legene hadde ved flere anledninger satt diagnosen psykose på

⁴⁷ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevernloven (psykiatriloven) s. 154.

⁴⁸ NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke, s. 224

vedkommende selv om han ikke hadde de klassiske symptomene på psykose. Huleboeren selv mente at hans livsførsel var religiøs eller filosofisk betinget.

De to psykiatriske sakkyndige i saken vurderte at vedkommendes livsførsel ikke kunne begrunnes religiøs eller filosofisk fordi det bisarre og tvangspregede atferdsmønster fullstendig sprenger grensene for hva som passer inn i en slik sammenheng. De konkluderer slik:

«Alt i alt kommer vi til at pasienten har en alvorlig psykopatologi med overveiende tvangspreg og at den filosofisk/religiøse referanseramme som han benytter for å forklare sin atferd, hovedsakelig tjener som en rasjonalisering.»

Videre uttrykket de sakkyndige seg slik om vedkommendes sykdomstilstand:

«Diagnostisk framtrer tilstanden som en alvorlig tvangslidelse med grensepsykotiske trekk. Imidlertid har pasientens regresjon eller dekompensering til tider vært såpass alvorlig at mange psykiatere sikkert vil betegne tilstanden som psykotisk. Undertegnede er begge tilhengere av å anvende begrepet "alvorlig sinnslidelse" snevert, med andre ord stort sett sidestille alvorlig sinnslidelse med psykose. Vi mener imidlertid at i dette tilfelle har pasientens regresjon vært så ekstrem at begrepet kan forsvares, selv om ordinære psykotiske symptomer ikke har vært til stede»⁴⁹.

De fant altså ikke at vedkommende var psykotisk, men at han hadde en alvorlig psykisk lidelse som kunne minne om psykose og at han måtte sies å ha en «alvorlig sinnslidelse». Dette ble som nevnt lagt til grunn i dommen.

I 1993 gjorde Høyesterett det som kan oppfattes som en utvidelse av begrepet «alvorlig sinnslidelse». I Rt. 1993 s. 249 *Symptomfri* godtok Høyesterett at en pasient hadde en «alvorlig sinnslidelse» i lovens forstand også i en periode hvor han var symptomfri. Pasienten hadde vært innlagt 13 ganger på psykiatrisk institusjon siden 1976 i medhold av psykisk helsevernloven av 1961. Han hadde hatt flere psykotiske episoder og var diagnostisert med schizofreni. I dommen ble

⁴⁹ Rt. 1988 s. 634 s. 640.

det lagt til grunn at symptomfriheten skyldtes inntak av antipsykotisk medisin og at hans psykiske sykdom derfor hele tiden var til stede.

Denne lovforståelsen ble kritisert i litteraturen da den medfører både uklare og for vide grenser for hovedvilkåret, og at denne forståelsen har forskjøvet begrunnelsen for bruk av tvang fra funksjonssvikt til diagnose⁵⁰. Den nye lovendringen av 2017 kan kanskje også tolkes dit hen at lovgiver nå mener at denne utvidelsen av hovedvilkåret var for vid.

Selv om tolkingen av begrepet «alvorlig sinnslidelse» i 1993-dommen er kritisert i litteraturen, har Høyesterett stadfestet denne lovforståelsen i senere dommer⁵¹. I Rt. 2001 s. 1481 Psykisk helsevern II går Høyesterett dessuten litt lenger. I dette tilfellet var det snakk om en pasient med en psykotisk grunnlidelse, men hvor det ikke forelå noen «restsymptomer» på sykdommen og den symptomfrie perioden hadde vart over flere år. Ettersom symptomfriheten skyldtes medisiner, fant Høyesterett at også denne pasienten oppfylte grunnvilkåret «alvorlig sinnslidelse».

Selv om man for øyeblikket er symptomfri kan man altså anses å ha en «alvorlig sinnslidelse» i lovens forstand.

I en nyere dom i Rt. 2015 s. 913 Anoreksi-dommen vurderte Høyesterett om en kvinne med spiseforstyrrelser som var tatt under tvunget psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-3 skulle skrives ut. Hovedspørsmålet var om kvinnens sykdom kunne anses som en «alvorlig sinnslidelse». De saksyndige i saken uttalte at kvinnens anoreksi var særlig alvorlig og kunne likestilles med psykose. Det ble blant annet uttalt at kvinnen «forstår at hun har anoreksi og at hun trenger hjelp, men hun har manglende forståelse for hvor medisinsk alvorlig situasjonen hennes er.» Høyesterett kom til at kvinnen hadde en alvorlig sinnslidelse slik at grunnvilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3 var oppfylt. Kvinnen fikk ikke medhold i kravet om utskriving.

Det fremstår med dette som at Høyesterett er varsomme med å si at tilfeller utenfor psykosene faller inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse». Men når tilfellene er såpass alvorlige at de minner om psykose, vil man allikevel kunne falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse».

⁵⁰ Georg Høyer i "Tilbakeslag for psykiatriske pasienters autonomi og rettssikkerhet", Lov og Rett 1995 og Bjørn-Henning Østenstad i NOU: 2011: 9, vedlegg 3 side 302, jf. IS-1/2017 s. 31.

⁵¹ I Rt. 2001 s. 1481, Rt. 2014 s. 807 og Rt. 2015 s. 913.

Forarbeidene og rettspraksis gir altså en rekke momenter som kan tas med i vurderingen. Det fremstår som om det i hovedsak er tilstander som gir symptomer og funksjonsnivå som kan sammenlignes med psykose som er aktuelle. Men selv om man for øyeblikket er symptomfri kan man også anses å ha en alvorlig sinnslidelse i visse tilfeller.

4.2.2 Behandlingsvilkåret

4.2.2.1 Innledning

Når man har fastslått at en person fyller grunnvilkåret om alvorlig sinnslidelse, må også ett av tilleggsvilkårene i § 3-3 nr. 3 være oppfylt. Etter bokstav a må tvungent psykisk helsevern være «... nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen ... får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret». Her er det altså to alternative vilkår. Disse to vilkårene kalles gjerne forbedringsalternativet og forverringsalternativet⁵².

4.2.2.2 Forbedringsalternativet

Forbedringsalternativet går altså ut på at tvungent psykisk helsevern må være «...nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen ... får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert». Ordlyden «nødvendig» tilsier her at terskelen for å falle inn under vilkåret må være nokså høy. Det må gjøres en konkret vurdering av om utsikten til helbredelse eller betydelig bedring blir redusert av å ikke behandle vedkommende. Dessuten må det fremstå nokså klart at behandling innenfor psykisk helsevern vil gi et bedre resultat enn behandling utenfor psykisk helsevern⁵³. Da en slik avveining må basere seg på en faglig prognose av utsikten til pasientene med og uten behandling, vil avveiningen vil i hovedsak være basert på faglig skjønn. Det vil si at man må være tilbakeholden med en rettslig overprøving av dette spørsmålet⁵⁴.

⁵² Asbjørn Kjønnstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 491.

⁵³ *ibid*, s. 491.

⁵⁴ *ibid*, s. 491.

4.2.2.3 Forverringsalternativet

Forverringsalternativet ble først fastslått av Høyesterett i 1993. I dommen *Symptomfri* i Rt. 1993 s. 249 kom Høyesterett til at en begjæring om utskrivelse ikke skulle tas til følge på grunn av fare for forverring ved unnlatt medisinerings. De fant at dette lå innenfor behandlingvilkåret. Med bakgrunn i utviklingen i praksis ble forverringsalternativet tatt inn i 1999-loven⁵⁵.

Det følger av forarbeidene til loven at dette alternativet vil kunne være aktuelt i «...tilfeller der pasienten behandlingsmessig er bragt opp til sitt optimale nivå, men man frykter et nokså umiddelbart tilbakefall ved opphøret av det tvungne psykiske helsevern»⁵⁶. Det fremgår videre av forarbeidene at det må stilles strenge krav til forverringsmuligheten da dette kan ses fra pasienten som meget inngripende tiltak.

Det må være snakk om en «vesentlig» forverring, og det må være «stor sannsynlighet» for at denne skjer i «meget nær framtid», jf. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Når det må være snakk om en «vesentlig forverring», er det naturlig å forstå det slik at listen for å havne innenfor dette alternativet er lagt nokså høy. Det kan altså ikke være snakk om en hvilken som helst forverring. Forarbeidene sier det slik: «Ved å kreve at det skal være stor sannsynlighet for en vesentlig forverring, og i meget nær framtid, markeres at det skal mye til for å fylle kravet etter dette alternativet.»⁵⁷

Ordlyden «stor sannsynlighet» tyder på at det her må være snakk om noe mer enn en vanlig sannsynlighetsovervekt. Dette underbygges også av forarbeidene⁵⁸. Hva som ligger i ordlyden «meget nær framtid» har Høyesterett fastslått i to nyere høyesterettsdommer, *Nær framtid I* i Rt. 2014 s. 801 og *Nær framtid II* i HR-2016-01286-A. I disse dommene kom Høyesterett til at tidsperioden før forverring kan være tre til fire måneder.

⁵⁵ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 155.

⁵⁶ *ibid*, s. 155.

⁵⁷ *ibid*, s. 80

⁵⁸ *ibid*, s. 155.

Høyesterett har dessuten gitt uttrykk for i Rt-2014-801 at grensen også kan trekkes lenger enn fire måneder. I avsnitt 45 i dommen uttaler de at det ikke kan «utelukkes at grensen kan strekkes ytterligere ut alt etter virkningstiden for legemidlet og det individuelle handlingsmønsteret for den enkelte pasient».

Forverringsalternativet er et eksempel på at lovgiver har styrket adgangen til tvangsbruk overfor pasienter innenfor psykisk helsevern i nyere tid. Det kommer imidlertid tydelig frem i forarbeidene at forverringsalternativet må brukes med omhu. Departementet mener at denne type tvang er så inngripende og at det er viktig at personer får «prøve seg» uten behandling, hvis de har fungert godt over en lenger periode⁵⁹.

Forverringsalternativet blir ofte brukt overfor pasienter som anses godt behandlet og hvor den videre behandlingen fremstår som såkalt vedlikeholdsbehandling. Slik behandling kan gis både i og utenfor institusjon. Det er disse pasientene departementet antar at vil bli mindre utsatt for tvang etter det nye vilkåret i psykisk helsevernloven⁶⁰.

4.2.3 Farevilkåret

4.2.3.1 Innledning

Det andre tilleggsvilkåret finner vi i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b. Etter dette vilkåret må etablering av tvungent psykisk helsevern være nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sin sinnslidelse «... utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.» Når det er snakk om fare for «eget eller andres liv eller helse» er det snakk om to alternative vilkår med ulik begrunnelse⁶¹.

Det ene hensynet gjelder pasienten selv, altså «eget ... liv eller helse». Her er det snakk om å gjennomføre psykisk helsevern med tvang for å sikre pasientens liv eller helse. Dette kommer fra et

⁵⁹ *ibid*, s. 80.

⁶⁰ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 25.

⁶¹ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 492.

velferdspaternalistisk syn hvor man ønsker å ta var på pasienten når han selv ikke klarer det, eller vet hva som er til hans eget beste.

Det andre hensynet gjelder andre enn pasienten selv, altså «... andres liv eller helse». Bakgrunnen for dette alternativet er hensynet til samfunnsvernet. Staten har et ansvar for å hindre at pasienten begår handlinger som kan skade andre på helsen eller livet⁶². Dette kan også ses i sammenheng med adgangen til å dømme utilregnelige lovovertridere til tvungent psykisk helsevern⁶³.

4.2.3.2 Farevilkåret med utgangspunkt i «eget... liv eller helse»

For å falle inn under dette vilkåret, må det altså foreligge en «nærliggende og alvorlig fare» for pasientens «eget... liv eller helse». Det fremgår av forarbeidene at man med fare for eget liv og helse ikke bare tenker på faren for at vedkommende kan begå selvmord eller selvskading, men også på faren for at vedkommende kan forkomme eller lide overlast på en slik måte at det er nærliggende og alvorlig fare for vedkommendes eget liv eller helse⁶⁴.

Hva som ligger i at faren er «nærliggende» har vært drøftet i rettspraksis. I Rt. 2001 s. 1481 Psykisk helsevern II-dommen ble det vurdert om «nærliggende» hadde et tilsvarende innhold som «nær framtid» etter forverringsalternativet. Høyesterett fant at disse uttrykkene ikke var sammenfallende, da det ikke forelå noen holdepunkter i forarbeidene eller andre rettskilder for at «nærliggende» inneholder en konkret tidshorison slik som «nær framtid». Retten viser istedenfor til forståelsen av begrepet «nærliggende» i andre lover og påpeker at begrepet forstås likt i samtlige av disse, og at det også må forstås slik etter psykisk helsevernloven § 3-3. Begrepet «nærliggende» skal derfor forstås slik at det gjelder om faren er tilstrekkelig reell og kan sannsynliggjøres, for eksempel i form av en eller flere konkrete episoder hvor vedkommende har utvist potensielt farlig adferd⁶⁵.

⁶² Jf. Grunnloven § 92, jf. § 93.

⁶³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 80.

⁶⁴ *ibid*, s. 155.

⁶⁵ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave, Oslo 2017 s. 493.

Ordlyden «alvorlig» tilsier at det bare kan gjelde fare av en viss styrke. Det står i forarbeidene at «Når det gjelder fare mot eget liv og egen helse, tenkes ikke bare på faren for selvmord eller selvbeskadigelse, men også på faren for at vedkommende forkommer eller lider overlast på en slik måte at der er en nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller helse.»⁶⁶ Dette betyr at det ikke bare er aktive handlinger fra vedkommende som kan gjøre at farekravet er oppfylt. Også unnlater og handlinger som ikke direkte er skadelige for vedkommende kan være nok om disse gjør at personen «forkommer lider overlast».

4.2.3.3 Farevilkåret med utgangspunkt i «andres liv eller helse»

For å falle inn under dette vilkåret må det altså foreligge en «nærliggende og alvorlig fare» for «andre» enn pasienten selv sitt «liv eller helse».

Ordlyden «nærliggende og alvorlig» må her tolkes på samme måte som for fare for eget liv eller helse. Forarbeidene utdypet også her hva som kan anses som «alvorlig»: «Dersom det er fare for en legemskrenkelse mot andre, vil dette måtte være en legemskrenkelse som overstiger det rent bagatellmessige og som får mer håndgripelige følger. På den annen side må faren både kunne gjelde fysisk og psykisk helse.»⁶⁷ Det må altså være snakk om noe som kan gi konkrete følger, enten fysisk eller psykisk, for den som blir utsatt for det.

4.3 Helhetsvurderingen

Når grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» og de øvrige materielle og prosessuelle vilkårene er oppfylt, kan det allikevel ikke treffes vedtak om tvunget psykisk helsevern før det er foretatt en helhetsvurdering av situasjonen. Dette vilkåret fremgår av § 3-3 første ledd nr. 7. I bestemmelsen står det at et slikt vedtak bare kunne fattes dersom det fremstår som den «klart beste løsningen for vedkommende» og at det i vurderingen skal «legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.»

⁶⁶ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 81.

⁶⁷ *ibid*, s. 81.

Av helhetsvurderingen fremgår det imidlertid at denne gjelder kun «med mindre» vedkommende utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse». Det kan dermed se ut til at helhetsvurderingen ikke kommer til anvendelse dersom farevilkåret er oppfylt. Dette har imidlertid Høyesterett nyansert, med utgangspunkt i forarbeidene⁶⁸ til bestemmelsen, i Rt. 2001 s. 1481 hvor de skriver:

«Etter bestemmelsens ordlyd kan det reises spørsmål om den får anvendelse i de tilfellene hvor det er tale om fare for andres liv eller helse. Det fremgår imidlertid av Ot.prp.nr.11 at det er forutsatt at det skal foretas en helhetsvurdering også i disse tilfellene, men at vektleggingen av hva som er den klart beste løsningen for vedkommende svekkes når tvangsinngrepet er begrunnet i slik fare»⁶⁹.

Det må altså gjøres en helhetsvurdering før det treffes vedtak om tvungent psykisk helsevern i alle tilfeller, også når farevilkåret er oppfylt.

Etter at det nye vilkåret i psykisk helsevernloven trådte i kraft i 2017, kom Høyesterett i HR-2018-2204-A til at pasienten ikke hadde samtykkekompetansen i behold, men at hun allikevel kunne skrives ut på bakgrunn av helhetsvurderingen. I helhetsvurderingen la Høyesterett vekt på den sterke understrekningen av pasientens selvbestemmelse i forarbeidene. Pasientens selvbestemmelsesrett kan altså være et avgjørende moment i helhetsvurderingen.

5 Psykisk helsevernloven § 3-3 etter lovendringen i 2017

5.1 Det nye vilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3

Det nye vilkåret står i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 og lyder:

«Pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Dette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse»

⁶⁸ ibid, s. 81.

⁶⁹ Rt. 2001 s. 1481 på s. 1490.

I dette vilkåret ligger det et krav om at pasienten må mangle samtykkekompetansen for at pasienten skal kunne underlegges tvungent psykisk helsevern. Av andre punktum fremgår det at det nye kravet om manglende samtykkekompetanse allikevel ikke gjelder ved «nærliggende og alvorlig fare» for «eget liv eller andres liv eller helse».

Det fremgår av forarbeidene at det med det nye vilkåret innføres en kompetansebasert modell, hvor pasienter som har samtykkekompetanse kan nekte å ta imot tilbud fra psykisk helsevern og å trappe ned eller avslutte igangsatt behandling⁷⁰. Det gjøres også en grundig gjennomgang av fordelene og ulempene med å innføre denne kompetansebaserte modellen⁷¹.

Her fremgår det at flere av høringsinstansene har bekymringer til den nye kompetansebaserte modellen. De viser blant annet til at det at pasienten kan nekte behandling kan få alvorlige helsemessige og velferdsmessige konsekvenser for pasienten selv, samt at det også kan få alvorlige konsekvenser for pasientens pårørende. Til dette svarer departementet at det er vanskelig å forutse hvilke konsekvenser endringen i loven vil få. De mener imidlertid at det er vanskelig å legitimere tvangsbehandling av pasienter med samtykkekompetanse når det ikke er fare for andres liv eller helse. Departementet mener også at der det er stor fare for selvmord, vil det være etisk uholdbart å respektere den samtykkekompetente pasientens beslutning om ikke å motta helsehjelp.

Flere høringsinstanser viste også til at den nye kompetansebaserte modellen vil kunne føre til forsinket behandling, med dårligere behandlingsutsikter og dårligere livskvalitet. De mente også at pasienten vil kunne bli utskrevet tidligere enn hva helsetjenesten ønsket og oppleve mange reinnleggelse. Dette er typiske velferdspaternalistiske synspunkter. Departementet mener imidlertid at pasientenes økte selvbestemmelse nå må veie tyngre enn disse argumentene.

Departemente viser også til CRPD. Det påpeker er det noe usikkert hvordan enkelte artikler i denne konvensjonen skal tolkes på grunn av det tolkningserklæringene Norge har avgitt. Det sier imidlertid videre at det allikevel er liten tvil om at CRPD gir uttrykk for at økt fokus på selvbestemmelse og ikke-diskriminering er i fokus internasjonalt. Det mener at den nye

⁷⁰ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet) s. 49.

⁷¹ *ibid*, s. 23, 24 og 25.

kompetansebaserte modellen er mer i tråd med de prinsippene som ligger til grunn for CRPD, da den styrker pasientenes selvbestemmelsesrett.

Det nye kravet om samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 skal forstås på samme måte som i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. I denne delen av oppgaven skal jeg derfor gjøre en gjennomgang av bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven. Jeg vil også kort forklare hvordan forarbeidene til den nye bestemmelsen i psykisk helsevernloven kan få betydning for helhetsvurderingen i § 3-3 nr. 7.

Videre vil jeg se på likhetstrekk mellom vilkåret om manglende samtykkekompetanse og grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse». Og til sist i denne delen vil jeg se på om utfallet av Anoreksi-dommen ville stilt seg annerledes etter at det nye vilkåret kom inn i loven.

5.2 Samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3

5.2.1 Innledning

Utgangspunktet etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 er at personer over 16 år har rett til å samtykke til helsehjelp med enkelte unntak⁷². Dette gjelder også i enkelte tilfeller personer mellom 12 og 16 år⁷³.

Det følger videre av § 4-2 at samtykke kan gis «uttrykkelig eller stilltiende». Det foreligger altså ikke et krav om at pasienten for eksempel eksplisitt sier at han godtar helsehjelpen. Det er heller ikke et krav om skriftlig samtykke. Det holder at vedkommendes «handlemåte og omstendighetene for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen»⁷⁴.

Selv om en pasient innehar samtykkekompetanse etter § 4-3 første ledd, kan denne bortfalle dersom vilkårene i andre ledd er oppfylt.

⁷² Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav a og b.

⁷³ Jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav c.

⁷⁴ jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 første ledd andre punktum.

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 tredje ledd at det er den som «yter helsehjelp» som skal avgjøre om pasienten «mangler kompetanse til å samtykke». Det er her snakk om den som har det faglige ansvar for behandlingen, for eksempel pasientansvarlig lege⁷⁵. I det psykiske helsevernet skal avgjørelsen i utgangspunktet treffes av ansvarlig lege etter et klinisk skjønn, jf. pbrl. § 4-3 tredje ledd, jf. psykisk helsevernloven § 1-5⁷⁶.

5.2.2 Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd

I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd finner man altså vilkårene for bortfall av samtykkekompetanse. Her står det:

«Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Her fremgår det først og fremst at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis». Dette er et viktig moment i denne sammenheng. Selv om samtykkekompetansen er bortfalt på et område, betyr det ikke at samtykkekompetansen er bortfalt på alle områder. I forarbeidene står det blant annet «En persons evne til å treffe avgjørelser i spørsmål som angår hans eller hennes helse, kan variere etter hva slags tiltak det gjelder»⁷⁷. Man kan for eksempel ha samtykkekompetanse til å avgjøre stell og inntak av mat, men samtidig ikke ha samtykkekompetanse når det gjelder inntak av legemidler. Samtykkekompetansen kan også variere over tid.

For å bli fratatt samtykkekompetansen, må pasienten «åpenbart» ikke være i stand til «å forstå hva samtykket omfatter». Ordlyden «åpenbart» gir uttrykk for at det her er snakk om en høy terskel. Dette underbygges av forarbeidene, hvor det fremgår at det skal «en del til»⁷⁸. Det fremgår videre

⁷⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 133.

⁷⁶ HR-2018-2204-A avsnitt 37.

⁷⁷ *ibid*, s. 133.

⁷⁸ *ibid*, s. 133.

av forarbeidene at dersom helsepersonellet er i tvil «skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt til å nekte å motta behandling». Helsepersonellet må altså være nokså sikker i sin sak før det kan treffe en beslutning om bortfall av samtykkekompetansen. I rundskrivet⁷⁹ fra Helsedirektoratet fremgår det at beviskravet for manglende samtykkekompetanse er høyt, jf. «åpenbart». De skriver videre at dette vil føre til at «mange med redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter, vurderes som samtykkekompetente.»

Bestemmelsen stiller videre noen årsakskrav til hvorfor pasienten ikke er «i stand til å forstå hva samtykket omfatter». For å kunne frata pasienten samtykkekompetansen, må den manglende forståelsen skyldes «fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming». Den manglende forståelsen kan altså ikke skyldes noe annet. Det fremgår av forarbeidene at for eksempel «En mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig.»⁸⁰. I rundskrivet fra Helsedirektoratet står det at «Det sentrale er hvorvidt pasienten klarer å ta en beslutning som ikke i for stor grad er påvirket av pasientens medisinske tilstand.»⁸¹. De skriver videre at det kreves et visst nivå av konsekvensinnsikt for både for å samtykke og for å nekte. Man må altså ha en innsikt i hva samtykket omfatter, og beslutningen må ikke være påvirket av den medisinske tilstanden i for stor grad.

Pasienters samtykkekompetanse har i liten grad vært vurdert i Høyesterettspraksis. Man har bare en Høyesterettsdom som omhandler temaet for somatiske pasienter. I Rt. 2010 s. 612 Sårstelldommen var spørsmålet om et kommunalt sykehjem kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte bandasjer på en pasient mot hans vilje, jf. pasientrettighetsloven § 4-1. I denne dommen blir det bare fastslått at vedkommende var samtykkekompetent da det var enighet om dette mellom partene. Dommen kan derfor ikke si så mye om hvordan man vurderer om en person har samtykkekompetanse. Dommen kan imidlertid illustrere at også personer som har samtykkekompetansen i behold kan ha tanker rundt sin egen helse og behandling som i nokså stor grad fraviker fra hva man tenker er ideelt etter et velferdspaternalistisk synspunkt.

⁷⁹ IS-8/2015 Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer, s. 85.

⁸⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) s. 133.

⁸¹ IS-8/2015 Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer, s. 85.

Dette synet underbygges også av unntaket fra hovedregelen om at pasienten må mangle samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 andre punktum. Her fremgår det at dette vilkåret ikke gjelder når det foreligger «nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.» Nærliggende og alvorlig fare for egen helse gir altså ikke noe unntak fra dette vilkåret. Dette tyder på at lovgiver mener at man kan ha samtykkekompetansen i behold og allikevel ta valg som til en viss grad er skadelige for egen helse.

20. november 2018 kom det en dom fra Høyesterett⁸² hvor det gjøres en vurdering av pasientens samtykkekompetanse etter det nye vilkåret i psykisk helsevernloven. I dommen kommer høyesterett, etter en grundig vurdering, til at pasienten «mangler samtykkekompetanse». Denne dommen kan derfor gi ytterligere momenter til samtykkekompetansevurderingen. Høyesterett legger nokså stor vekt på Helsedirektoratets rundskriv fra 2017⁸³ og skriver blant annet at «Det kreves altså «et visst nivå av konsekvensinnsikt» for å være samtykkekompetent, og at vedkommende «forstår nødvendigheten av helsehjelpen.»⁸⁴.

Retten utleder også tre kriterier som er avgjørende i vurderingen av om en pasient er samtykkekompetent etter pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Disse er:

- «1. Et sykdomsvilkår
2. Et krav om årsakssammenheng
3. Et krav om manglende forståelsesevne»⁸⁵

Førstvoterende skriver videre at hun forstår uttalelsene i forarbeidene og rundskrivet slik at det er «...avgjørende da om pasienten har evne til å treffe et behandlingsvalg basert på noenlunde realistiske forutsetninger.»⁸⁶

⁸² HR-2028-2204-A.

⁸³ IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer.

⁸⁴ HR-2018-2204-A avn. 50.

⁸⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 39.

⁸⁶ *ibid*, avsnitt 59.

5.3 Likhetstrekk mellom vilkåret om «alvorlig sinnslidelse» og det nye vilkåret om manglede samtykkekompetanse

Terskelen for å falle inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse» etter psykisk helsevernloven § 3-3 må sies å være høy, da det i utgangspunktet er snakk om psykoser, men også enkelte tilfeller utenfor psykosene. I vurderingen av om det foreligger en «alvorlig sinnslidelse» gjør retten en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, og et moment de ofte er innom er pasientenes sykdomsinnsikt⁸⁷. Man kan derfor tenke seg at det allerede i vurderingen av om det foreligger en alvorlig sinnslidelse også ligger en slags vurdering av samtykkekompetansen.

På enkelte steder i forarbeidene gis det uttrykk for at man med alvorlig sinnslidelse har en svekket sykdomsinnsikt. I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven) på s. 7 står det blant annet:

«I faglitteraturen er psykoser vanligvis forklart som sinnslidelser hvor det har utviklet seg en svekkelse av psykiske funksjoner av en slik grad at det griper sterkt inn i personens *sykdomsinnsikt*, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten». (Min utheving).

I forarbeidene til psykisk helsevernloven av 1961 kommer dette også til uttrykk⁸⁸. Komitéen ønsker å innføre begrepet «alvorlig sinnslidelse (psykose)» i den nye loven. Under dette forslaget gir komitéen en definisjon på psykose. Her fremgår det blant annet at personer med psykoser «foretar seg handlinger som strider mot hans egne eller samfunnets interesser og mot hans egen tidligere standard av sosial adferd.» Videre fremgår det som karakteriserer pasienter med psykoser er «mangelen på sykdomsinnsikt, og det er fremfor alt dette som gjør det nødvendig å ha adgang til å ta dem under omsorg også uten deres eget samtykke.»

Det kan dermed se ut til at mye av begrunnelsen for å kunne vedta tvungent psykisk helsevern overfor alvorlig sinnslidende er deres manglede sykdomsinnsikt og at de av den grunn kan foreta handlinger som strider imot deres egne interesser.

⁸⁷ Se blant annet Rt. 2015 s. 913 avsi. 28.

⁸⁸ Ot.prp.nr.69 (1959-1960) Om lov om psykisk omsorg s. 16.

Dette minner også mye om de argumentene som ligger bak at en pasient skal kunne fratras samtykkekompetansen etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd. Bestemmelsen her favner videre enn psykisk sykdom, for eksempel fysiske forstyrrelser, senil demens og psykisk utviklingshemning. Her skal det imidlertid fokuseres på det som gjelder for psykisk syke pasienter.

Bestemmelsen⁸⁹ sier at «Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av...psykiske forstyrrelser...åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». I forarbeidene står det om manglende samtykkekompetanse for andre enn mindreårige⁹⁰. De skriver: «Et viktig grunnleggende trekk ved de nevnte grupper er at disse personene stort sett, riktignok på forskjellig grunnlag, har en redusert evne til å oppfatte aspekter ved sin livssituasjon, herunder å kunne overskue konsekvensene av ulike handlingsvalg.» Det er altså igjen snakk om mennesker som mangler evnen til å forstå sitt eget beste, eller ta riktige valg for seg selv.

På bakgrunn av det ovenfor nevnte, kan man tenke seg at vurderingen av om det foreligger en «alvorlig sinnslidelse» har mange likhetstrekk med vurderingen av om en pasient mangler samtykkekompetansen. Dette underbygges til en viss grad i forarbeidene til den nye bestemmelsen hvor det står:

«Departementet vil også vise til at hovedvilkåret alvorlig sinnslidelse i hovedsak omfatter psykoser, der tap av kontakt med virkeligheten er det sentrale. Hovedvilkåret forutsetter en *kompetansesvikt* som legitimerer inngrep fordi pasienten ikke kan ta vare på seg selv.»⁹¹ (min utheving).

I en dom fra Borgarting lagmannsrett har dommeren gjort vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» og «samtykkekompetanse» i samme avsnitt⁹². Her står det:

⁸⁹ pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

⁹⁰ Ot.prp.nr 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 84.

⁹¹ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet) s. 24.

⁹² LB-2018-90933.

«En psykose hører til kjerneområdet for hva som etter loven anses som en alvorlig sinnslidelse. Etter dette konstaterer lagmannsretten at grunnvilkåret for tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 er oppfylt. Frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt tidligere uten hell, og det anses formålsløst å forsøke dette i dag. Det vises til at A klart har gitt til kjenne at hun ikke ønsker å ta antipsykotisk medikasjon. Med den lidelsen lagmannsretten har funnet at hun har, har hun heller ikke samtykkekompetanse. Så vel under innleggelsene som overfor lagmannsretten har A vist at hun ikke har noen innsikt i sin egen sykdom og situasjon.»

Dette er et eksempel på at vurderingen av om en pasient har en «alvorlig sinnslidelse» og om han «mangler samtykkekompetanse» kan ligge ganske tett og ha sammenfallende argumenter. Mye tyder derfor på at man i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, også før lovendringen i 2017 foretok visse samtykkekompetansevurderinger.

Det er midlertid på det rene at man kan oppfylle grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» selv om man har samtykkekompetansen i behold. Formålet med og forarbeidene til den nye bestemmelsen i psykisk helsevernloven legger opp til dette⁹³. I LG-2018-35336 fant lagmannsretten at en person oppfylte grunnvilkåret om alvorlig sinnslidelse, men at han hadde samtykkekompetanse slik at han måtte skrives ut. Pasienten hadde på grunn av behandlingen han mottok gjenvunnet sin samtykkekompetanse.

5.4 Hvordan ville utfallet av Anoreksi-dommen⁹⁴ stilt seg annerledes etter det nye vilkåret?

I Anoreksi-dommen vurderte Høyesterett om en kvinne med alvorlige spiseforstyrrelser kunne holdes tilbake i institusjon etter psykisk helsevernloven § 3-3. Kvinnen ønsket selv å bli skrevet ut, men Høyesterett fant at hun hadde en «alvorlig sinnslidelse» som oppfylte kravene i § 3-3.

Denne dommen ble avsagt i 2015, altså før lovendringen i 2017. Det kan derfor være interessant å forsøke å se på hvordan Anoreksi-dommen ville vært avgjort i dag.

⁹³ Prop. L 147 (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

⁹⁴ I Rt. 2015 s. 913.

Skulle dette tilfellet vært vurdert i dag måtte Høyesterett, i tillegg til å vurdere de øvrige vilkårene for tvungent psykisk helsevern, også tatt stilling til om kvinnen manglet samtykkekompetanse⁹⁵. Som det fremgår av bestemmelsen i psykisk helsevernloven skal denne vurderingen gjøres på bakgrunn av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.

Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 at «Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av ... psykiske forstyrrelser ... åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

Det kan kort slås fast at kvinnen har «psykiske forstyrrelser», da hun har en alvorlig anoreksilidelse.

Det som må vurderes er dermed om kvinnen «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Det er nærliggende å tenke at lovgiver her sikter til om vedkommende har evne til å forstå hva en eventuell nekting av behandling kan gi av konsekvenser. I forarbeidene fremgår det at det må være snakk om at pasienten «... 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.»⁹⁶.

Som nevnt i punkt 5.2.2 gir ordlyden «åpenbart» og forarbeidene uttrykk for at det her er snakk om en høy terskel.

Kvinnen i saken lider av en alvorlig spiseforstyrrelse. Hun har i perioder hatt så lav vekt at det må anses for at det kunne være fare for liv. Hun har imidlertid vært til behandling over en lenger periode og hennes nåværende vekt er langt høyere. Det fremgår av faktum at helsemyndighetene ønsker at hennes vekt skal stabiliseres på 49 kg, men at hun selv ønsker en vekt på 45 kg. Det fremgår videre av fakta at sykdomshistorien hennes tilsier at det er «... når vekten går under 40 kilo at hun mister kontrollen på en slik måte at det kan gi grunnlag for tvang.»

⁹⁵ Jf. § 3-3 nr. 4.

⁹⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 133

De sakkyndige i dommen påpeker at kvinnen har et bilde av egen kropp som er vanlig for anorektikere. De skriver dessuten i sin erklæring at:

«Hos A synes imidlertid forestillingen om en stor kropp så altoppslukende at det medfører et faretruende lavt matinntak, samt periodevis oppkast og misbruk av avføringsmidler for å motvirke vektoppgang, og en «drive» mot stadig lavere vekt. Slik u.t. ser det, innebærer dette en realitetsbristende kroppsoppfatning, som ved flere tilfeller har medført livstruende undervekt, og krevd omgående inngripen fra hjelpeapparatet.»

Kvinnens anoreksi er altså helt klart av en alvorlig grad. Det fremgår imidlertid videre at hun nå fungerer bedre enn i de periodene hvor hun er alvorlig undervektig. De skriver at hun «fremstår på mange måter adekvat, og sinnslidelsen er da heller ikke framtrædende på samme måte.» De sakkyndige vurderer det imidlertid slik at bedringen i hovedsak skyldes behandlingen og de rammene hun nå er i.

Denne vurderingen samsvarer godt med det Høyesterett tidligere har kommet til i vurderingen av pasienter som det antas er symptomfrie på grunn av behandlingen. Etter den nye vilkåret er det imidlertid funksjonsnivået på avgjørelsestidspunktet som er avgjørende. Og om pasienten da, «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter»⁹⁷.

Kvinnen har ikke på avgjørelsestidspunktet en så lav vekt at hjernen rent kjemisk mister evnen til å foreta en slik vurdering. Dette skjer som nevnt først når hun er under 40 kg. Spørsmålet blir dermed om anoreksilidelsen i seg selv gjør at hun ikke forstår hva samtykket omfatter.

Det fremgår flere steder i faktum at hun i bedre perioder har en forståelse av sin egen sykdom og konsekvensene av å ikke spise. At hun ønsker å stabilisere vekten på 45 kg, som nok ikke er optimalt for hennes helse, kan ikke bety at hun mangler samtykkekompetanse. Som nevnt over i punkt 5.2.2 kan man være samtykkekompetent selv om man har et ønske som fraviker nokså betydelig fra det man vil anse som ideelt ut fra et velferdspaternalistisk synspunkt.

⁹⁷ Jf, pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.

I Kontrollkomisjonens vurdering fremgår det at «Selv om hun har et tilsynelatende reflektert forhold til sykdommen og det umiddelbare behovet for å innta næring, er hun for tiden ute av stand til å ta konsekvensene av dette i form av frivillig næringsinntak.»

Det virker altså som om kvinnen har en forståelse av egen sykdom og behovet for å innta næring. Dette tyder på at hun også vil forstå hva et eventuelt samtykke omfatter. Det at hun allikevel ikke klarer å innta næring i den grad som er ønskelig gjør imidlertid vurderingen vanskelig.

Ettersom kvinnen har en forståelse for sin egen sykdom er det midlertid vanskelig, med den høye terskelen, jf «åpenbart», å fastslå at hun ikke er i stand til å forstå hva et eventuelt samtykke omfatter. Det fremgår dessuten av forarbeidene⁹⁸ at:

«Er helsepersonellet i tvil, *skal* pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt til å nekte å motta behandling.» (min utheving).

Dette taler for at kvinnen i denne saken skal anses å ha samtykkekompetansen i behold etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.

I forarbeidene til psykisk helsevernloven kommer det frem at utvalget har gjort en særskilt vurdering av manglende samtykkekompetanse for pasienter med spiseforstyrrelser⁹⁹. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering, og skriver:

«Departementet legger til grunn at pasienter som på grunn av spiseforstyrrelse anses å ha en alvorlig sinnslidelse og ønsker å redusere eller ikke øke næringsinntaket med overhengende fare for livstruende eller vesentlig somatisk helseskade, som hovedregel må anses å mangle samtykkekompetanse.»¹⁰⁰

⁹⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 133.

⁹⁹ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 26.

¹⁰⁰ *ibid*, s. 27.

Med «overhengende» siktes det nok til en fare som er aktuell og nær i tid. Kvinnens helsetilstand på domstidspunktet tilsier at faren for liv eller vesentlig somatisk skade ikke er så aktuell eller nær i tid at kvinnen på denne bakgrunn må anses å mangle samtykkekompetansen.

På bakgrunn av dette og det høye beviskravet i samtykkevurderingen, er det mye som tyder på at denne dommen kunne vært vurdert annerledes etter det nye vilkåret kom inn i loven i 2017.

6 Lovgivers intensjon med lovendringen

6.1 Innledning

Som nevnt i kapittel 1 er hovedformålet med lovendringen å styrke pasientens rett til å ta beslutninger som får konsekvenser for egen helse¹⁰¹. Departementet antok også at lovendringen ville få særlig betydning for pasienter som er underlagt langvarig tvangsmedisinering¹⁰², og mente at endringen ville innebære en sterkere rettsliggjøring av vilkårene¹⁰³, som kan lette overprøvingen.

I denne delen av oppgaven vil jeg ta utgangspunkt i departementets ønsker og intensjoner, slik de fremgår av forarbeidene, og vurdere i hvilken grad det nye vilkåret er egnet til og om det har ført til slike endringer så langt. For å vurdere dette vil jeg gjennomgå Høyesterettspraksis og lagmannsrettspraksis i tiden etter lovendringen.

6.2 Pasienter som er underlagt langvarig tvangsmedisinering

I forarbeidene til den nye bestemmelsen uttaler departementet seg om hva de tror kan bli den reelle effekten av innføringen av det nye vilkåret. De skriver blant annet:

¹⁰¹ *ibid*, s. 5.

¹⁰² *ibid*, s. 25.

¹⁰³ *ibid*, s. 24.

«Departementet antar at overgangen til en kompetansebasert modell vil være særlig aktuell for pasienter under tvungent vern uten døgnopphold, og at modellen kan redusere tvangsbruken for denne gruppen.»¹⁰⁴

Dette gjelder pasienter som gjerne tidligere har vært innlagt, som senere skrives ut til tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold, og hvor det opprettholdes medisinerer under tvang¹⁰⁵. Dette er for eksempel pasienter som ikke lenger har akutte symptomer på psykose eller mani, men som allikevel fortsatt behandles ut ifra et vedlikeholdsperspektiv.

Departementet skriver videre at det er vanskelig å forutse konkret i hvilken grad den nye kompetansebaserte modellen vil påvirke den reelle bruken av tvang. De antar imidlertid at den nye modellen vil føre til at det vil forekomme mindre bruk av tvang der det er vanskeligst å forsvare tvangen etisk. De skriver:

«Dette vil særlig gjelde pasienter som faglig sett vurderes som godt behandlet, og der behandling uten eget samtykke blir gjennomført som såkalt vedlikeholdsbehandling.»¹⁰⁶

Departementet peker altså i hovedsak på en endring for de pasientene som gjennom behandling er bragt opp til et symptomfritt nivå, og hvor behandlingen nå i hovedsak er vedlikeholdsbehandling for at man ikke igjen skal få akutte symptomer.

Det fremstår som om de her peker i retning av en endring av den rettstilstanden som vokste frem etter den første «Symptomfri-dommen» kom i 1993, hvor man kunne ilegges tvungent psykisk helsevern også i perioder man var symptomfri. Den nye lovbestemmelsen endrer ikke det at man anses som «alvorlig sinnslidende» også i symptomfrie perioder¹⁰⁷. Det nye vilkåret skal imidlertid gjøre at det foretas en mer konkret vurdering for hver enkelt pasient, og hvor de som har samtykkekompetansen i behold ikke skal kunne utsettes for tvang.

¹⁰⁴ *ibid*, s. 25.

¹⁰⁵ Jf. psykisk helsevernloven § 4-4.

¹⁰⁶ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 25.

¹⁰⁷ Dersom symptomfriheten skyldes bruk av medikamenter.

Selv om en pasient er i en periode hvor han ikke har akutte symptomer som direkte faller inn under begrepet «alvorlig sinnslidelse», kan det allikevel hende at pasientens sykdom gjør at han ikke har samtykkekompetanse i denne perioden. I den første symptomfri-dommen i Rt. 1993 s. 249 var det snakk om en mann som i lengre tid hadde vært tvangsmedisinert med depotmedisin. Han ønsket en slutt på medisineren, da han mente den medførte bivirkninger for ham. Det fremgår av dommen at mannen nå som følge av medisineren fungerer tilnærmet optimalt og at for tiden langt på vei var uten psykotiske symptomer. Han var altså «symptomfri». Det fremgår imidlertid videre i dommen at mannen på grunn av sin psykiske lidelse «ikke er i stand til å foreta en realistisk vurdering av hva som er konsekvensene av hans valg.»¹⁰⁸ Dette tilsier at han mest sannsynlig «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.» Altså at han mangler samtykkekompetanse etter den nye bestemmelsen. Det er derfor mye som tyder på at mannen i denne saken fortsatt kunne vært underlagt tvungent psykisk helsevern også etter den nye bestemmelsen.

I Anoreksi-dommen i Rt. 2015 s. 923, som jeg har vurdert overfor i punkt 5.4 og som riktignok ikke gjelder tvangsmedisinering, ser det imidlertid ut til at vurderingen kunne blitt annerledes etter det nye vilkåret.

I en helt ny dom, HR-2018-2204-A, avgjorde Høyesterett om en kvinne som var underlagt langtidsbehandling kunne utskrives etter de nye reglene i psykisk helsevernloven. Høyesterett fant at pasienten ikke hadde samtykkekompetanse. I dommen uttaler førstvoterende seg konkret om pasienter som bare får vedlikeholdsbehandling. Her står det:

«Når departementet omtaler denne pasientgruppen som særlig aktuell for utskrivning etter de nye reglene, antar jeg at man først og fremst sikter til pasienter som har oppnådd en viss sykdomsinnsikt. En annen forståelse rimer dårlig med ordlyden i pbrl. § 4-3 andre ledd, som krever at vedkommende er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. Det samme følger av rundskrivet, hvor det blant annet legges vekt på «evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt i forhold til egen lidelse.»¹⁰⁹

¹⁰⁸ Rt. 1993 s. 249 s. 256.

¹⁰⁹ HR-2018-2204-A avsn. 60.

Selv om en pasient som er under langtidsbehandling blir brakt opp til et nivå hvor han fungerer godt og ikke har tegn på akutte symptomer på sin sykdom, vil allikevel sykdommen i mange tilfeller gjøre at vedkommende mangler sykdomsinnsikt og derfor ikke kan utskrives på grunnlag av det nye vilkåret i psykisk helsevernloven. For disse pasienten vil altså ikke det nye vilkåret føre til økt selvbestemmelse.

Det vil nok imidlertid også være en del pasienter som gjennom behandling oppnår sykdomsinnsikt og dermed samtykkekompetanse. Et eksempel på dette finner vi i LG-2018-35336 hvor en person måtte utskrives da han hadde samtykkekompetanse. I dommen står det:

«Slik lagmannsretten ser det, er det klare holdepunkter for at A har redusert samtykkekompetanse, men at behandlingen av ham – blant annet med antipsykotika – har hatt så god virkning på symptomene hans, at samtykkekompetansen er gjenvunnet på tidspunktet for ankeforhandlingen.»

For de langtidspasientene som oppnår en slik bedring av behandlingen vil det nye vilkåret ha stor betydning etter den nye bestemmelsen.

6.2.1 Forbedringsalternativet og farevilkåret

I saker om pasienter under langvarig tvangsmedisinering, som omhandlet ovenfor, er det gjerne snakk om opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern med utgangspunkt i behandlingstvilkårets forverringsalternativ.

Jeg vil nå kort se på hvordan det nye vilkåret også vil kunne få betydning for pasienter som er underlagt tvungent psykisk helsevern på grunnlag av behandlingstvilkårets forbedringsalternativ og farevilkåret.

Forbedringsalternativet psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav a er aktuelt når en pasient uten tvungent psykisk helsevern vil få sin «utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert». Forbedringsalternativet gjelder nyetablering eller videreføring av tvungent psykisk helsevern der behandlingspotensialet er stort, jf. «helbredelse eller vesentlig bedring». Når det

foreligger et behandlingspotensial og man har en «alvorlig sinnslidelse», vil nok i de tilfeller sykdommen gjøre at man mangler sykdomsinnsikt. Det er derfor vanskelig å se for seg at man kan havne under forbedringsalternativet og ha samtykkekompetansen i behold. Det nye vilkåret vil derfor sannsynligvis ikke ha noen større betydning for denne pasientgruppen. Pasientgruppen er heller ikke nevnt i forarbeidene som målgruppe for lovendringen¹¹⁰.

Farevilkåret i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 3 bokstav b er aktuelt når pasienten «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.» For pasientene som kan underlegges tvungent psykisk helsevern etter farevilkåret, vil det nye vilkåret om samtykkekompetanse kun ha betydning når det er snakk om «nærliggende og alvorlig fare» for egen helse. Dette skyldes at det nye vilkåret ikke gjelder når det er snakk om eget liv og andres liv og helse¹¹¹. Når det er snakk om «nærliggende og alvorlig fare» for egen helse, kan pasient selv velge om han vil underlegges psykisk helsevern eller ikke så lenge han har samtykkekompetanse.

Det kan være vanskelig å se for seg at det er mange tilfeller i praksis hvor pasienter kan ha samtykkekompetansen i behold og allikevel utsette seg for «nærliggende og alvorlig fare» for egen helse. Som nevnt tidligere er imidlertid Sårstelledommen i Rt. 2010 s. 612 et eksempel på at man kan ha samtykkekompetansen i behold selv om man har tanker rundt sin egen helse og behandling som i stor grad fraviker fra hva man tenker er ideelt.

Det nye vilkåret i psykisk helsevernloven vil nok ha liten betydning for pasienter som underlegges tvungent psykisk helsevern etter forbedringsalternativ og farevilkåret. Det kan imidlertid ikke utelukket at det kan være relevant i noen tilfeller, særlig ved fare for egen helse.

¹¹⁰ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

¹¹¹ Jf. psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4 andre punktum.

6.3 Styrking av pasientenes beslutninger vedrørende egen helse

Titlene på forarbeidene til det nye vilkåret i psykisk helsevernloven gir en klar indikasjon om at det nye vilkåret vil innebære økt selvbestemmelse¹¹². Dette fremstår som selve målet med revisjonen av loven. Dette fremgår også klart av Prop. 147 L (2015-2016), hvor det på side 5 står:

« For å styrke pasientens rett til å ta beslutninger som får konservenser for egen helse, foreslår departementet at pasienter som har samtykkekompetanse får rett til å nekte behandling i det psykiske helsevernet.»

I de tilfellene hvor pasienter med «alvorlige sinnslidelser» fortsatt har samtykkekompetansen i behold, vil det nye vilkåret klart styrke disse pasientenes selvbestemmelsesrett. Noe som er mer usikkert er om det er mange som har en «alvorlig sinnslidelse» etter lovens vilkår og som også har samtykkekompetansen i behold.

Som jeg har argumentert for under punkt 5.3, kan det se ut til at det allerede i vilkåret «alvorlig sinnslidelse» kan ligge en slags samtykkekompetansevurdering der pasientens sykdomsinnsikt får betydning. Det kan derfor være vanskelig å se for seg at det vil være mange tilfeller hvor man har samtykkekompetansen i behold når man har en «alvorlig sinnslidelse».

For å se om det nye vilkåret så langt har ført til økt selvbestemmelsesrett for pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern, har jeg gjennomgått en rekke dommer fra lagmannsretten¹¹³ og en dom fra Høyesterett¹¹⁴ for å se hvordan det nye vilkåret er praktisert av domstolene. Av disse dommene er det fire tilfeller hvor vedtak om tvungent psykisk helsevern ikke ble opprettholdt.

I LB-2018-34851 ble vedtaket om tvungent psykisk helsevern opphevet. Dette skjedde imidlertid ikke med bakgrunn i det nye vilkåret om samtykkekompetanse. Vedtaket ble opphevet da

¹¹² Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) og NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet.

¹¹³ LA-2018-56215, LA-2018-51279, LB-2018-11515, LB-2018-90933, LB-2018-32742, LB-2018-40404, LB-2018-34851, LB-2017-186895, LB-2017-183734, LB-2017-112761, LE-2017-157101, LF-2018-47287, LF-2018-45574, LF-2018-60479, LG-2018-85750, LG-2018-35336 og LG-2018-64339.

¹¹⁴ HR-2018-2204-A.

lagmannsretten ikke fant at forverringskriteriet var oppfylt. Lagmannsretten fant at vedkommende hadde en «alvorlig sinnslidelse». Retten skriver i vurderingen av forverringskriteriet at:

«Etter lagmannsrettens syn foreligger det et usikkert grunnlag for å vurdere hvilken virkning opphør av tvangsmedisineringen vil ha på As tilstand, og når forverring eventuelt vil inntre.»

I LG-2018-85750 fant lagmannsretten at vedtaket om tvungent psykisk helsevern måtte oppheves på bakgrunn av helhetsvurderingen i § 3-3 nr. 7. I vurderingen viste retten til Rt-2000-842 og forarbeidene, og la avgjørende vekt på at pasienten, til tross for at vilkårene for at tvungent psykisk helsevern var til stede, måtte vedkommende «få prøve seg».

I LG-2018-35336 fant imidlertid lagmannsretten at vilkåret om manglende samtykkekompetanse i § 3-3 nr. 4 ikke var oppfylt. Lagmannsretten la vekt på at ordlyden «åpenbart» i pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd gir et høyt beviskrav for å frata noen samtykkekompetansen. Dette er altså et eksempel på en pasient som hadde samtykkekompetanse selv om han oppfylte grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse».

I HR-2028-2204-A kom Høyesterett enstemmig til at pasienten skulle utskrives fra tvungent psykisk helsevern. I denne saken fant retten at pasienten manglet samtykkekompetansen. Retten opphevet imidlertid vedtaket på grunnlag av helhetsvurderingen i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 7. Noe som er interessant med denne dommen er at Høyesterett i helhetsvurderingen legger vekt på den sterke understrekingen av pasientens selvbestemmelsesrett i forarbeidene til det nye vilkåret om samtykkekompetanse. Høyesterett gir her et klart signal om at pasientenes selvbestemmelsesrett skal ha stor betydning i vurderingen av om noen skal underlegges tvungent psykisk helsevern.

Lovendringen i psykisk helsevernloven kan altså få betydning for pasientenes selvbestemmelsesrett på flere grunnlag. Først og fremst vil de pasienter som gjennom behandlingen gjenvinner sin samtykkekompetanse få større selvbestemmelsesrett. Lovendringen vil også kunne få betydning for pasienter som ikke har samtykkekompetanse sin selvbestemmelsesrett.

6.4 Økt rettsliggjøring

Som nevnt tidligere, er det viktig å ivareta rettssikkerheten til pasienter som kan underlegges tvungent psykisk helsevern. Et aspekt ved dette er at reglene bør kunne overprøves av andre instanser enn de som treffer vedtaket. I forarbeidene til lovendringen fremgår det også at:

«Manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvungent psykisk helsevern vil innebære en sterkere rettsliggjøring av tvungent psykisk helsevern»¹¹⁵

De uttaler videre at en slik rettsliggjøring kan gjøre vurderingene mer tilgjengelig for kontroll av jurister og lekfolk i klageinstanser og domstoler. Hvis dette stemmer, kan det ha stor betydning for rettssikkerheten til personer under tvunget psykisk helsevern. Jeg vil derfor vurdere om vilkåret om manglende samtykkekompetanse er mer egnet for juridisk overprøving enn grunnvilkåret om «alvorlig sinnslidelse».

Hvis man ser isolert på ordlyden i vilkårene for tvungent psykisk helsevern, kan det se ut som at det er samtykkebestemmelsen som gir et best grunnlag for en juridisk vurdering. Her skal det vurderes om pasienten på bakgrunn av en eller flere av de fire tilstandene som er nevnt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.» Dette kan fremstå som noe mer konkret enn vilkåret «alvorlig sinnslidelse». I vurderingen av om det foreligger en «alvorlig sinnslidelse» må imidlertid også et av to tilleggsvilkår være oppfylt. Vurderingen av om disse er oppfylt, gir dermed ytterligere momenter til vurderingen av om en pasient skal underlegges tvungent vern og bør til en viss grad kunne bidra til å lette overprøvingen.

Selv om samtykkekompetansevurderinger kan fremstå som mer konkret enn alvorlig sinnslidelsevurderingen, er også samtykkekompetansenvurderingen utpreget skjønnsmessig. I de dommene fra etter 2017 jeg har gjennomgått, legges det ofte vekt på de sakkyndiges vurdering av pasienten ved vurdering av samtykkekompetansen.

¹¹⁵ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 24.

Det kan kanskje være vanskelig for folk uten psykiatrisk kompetanse å vurdere om en psykisk syk pasient forstår hva samtykket omfatter eller ikke. I ordlyden «åpenbart»¹¹⁶ ligger det imidlertid en høy terskel og et streng beviskrav for å fastslå at noen mangler samtykkekompetanse. Dette gjør at det skal mer enn en ren psykiatrifaglig vurdering til for å avgjør om vilkårene for bortfall av samtykkekompetansen er oppfylt.

For å se om departementets intensjon om en styrket rettsliggjøring vil slå til, er det naturlig å se på rettspraksis fra etter lovendringen i 2017.

Etter å ha gjennomgått en rekke dommer fra lagmannsretten¹¹⁷, er det vanskelig å si noe sikkert om at det nye vilkåret har ført til en økt rettsliggjøring i praksis.

Lagmannsretten har i de fleste avgjørelsene gått inn på en konkret vurdering av om vedkommende mangler samtykkekompetanse. Gjennomgående kommer de imidlertid nokså raskt til at pasienten har manglende sykdomsinnsikt som følge av sin psykiske lidelse og at vedkommende dermed mangler samtykkekompetansen. Det gjøres sjelden rede for om retten har vurdert om pasienten fyller hvert enkelt av kriteriene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd. Mange av vurderingene fremstår derfor som nokså like vurderingene av vilkåret om «alvorlig sinnslidelse».

Som eksempel på dette skriver lagmannsretten i LB-2018-90933 at «Med den lidelsen lagmannsretten har funnet at hun har, har hun heller ikke samtykkekompetanse. Så vel under innleggelsene som overfor lagmannsretten har A vist at hun ikke har noen innsikt i sin egen sykdom og situasjon.» Noe lignende fremgår av LB.2018-32742, hvor det står at «Lagmannsretten er ikke i tvil om at A i dag mangler kompetanse til å samtykke til om han skal være underlagt et regime med tvungent psykisk helsevern slik som hjemlet i psykisk helsevernloven § 3-3. På generelt grunnlag er A i stand til å uttrykke valg. A mangler imidlertid fullstendig, i alle fall nå, innsikt i egen sykdom.» I LG-2018-85750 skriver lagmannsretten at «Lagmannsretten finner det videre klart at A ikke har samtykkekompetanse slik dette er definert i psykisk helsevernloven § 3-3. Hun har ikke lagt for dagen noen sykdomsinnsikt.»

¹¹⁶ Jf. pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 ande ledd.

¹¹⁷ LA-2018-56215, LA-2018-51279, LB-2018-11515, LB-2018-90933, LB-2018-32742, LB-2018-40404, LB-2018-34851, LB-2017-186895, LB-2017-183734, LB-2017-112761, LE-2017-157101, LF-2018-47287, LF-2018-45574, LF-2018-60479, LG-2018-85750 LG-2018-35336 og LG-2018-64339.

I LG-2018-35336 gjør imidlertid lagmannsretten en mer konkret og rettslig vurdering. Her kommer retten dessuten til at pasienten ikke mangler samtykkekompetansen og at vedtaket om tvungen psykisk helsevern derfor må oppheves. I vurderingen legger retten vekt på at «åpenbart» er et strengt beviskrav, at det skal foretas en nåtidsvurdering, at medisinerer kan gjøre at samtykkekompetansen gjenvinnes, at regelendringen skulle styrke pasientenes medbestemmelsesrett, at regelendringen skulle gjøre at færre pasienter skal underlegges tvang og at vedkommende ikke viser helt mangel på sykdomsinnsikt. Retten har også lagt vekt på at det i flere år var vanskelig å sette diagnose på vedkommende.

Etter gjennomgangen av lagmannsrettspraksis fra tiden etter at det nye vilkåret trådte i kraft, er det altså fortsatt vanskelig å si noe sikkert om regelendringen har ført til en økt rettsliggjøring av vurderingen om tvungent psykisk helsevern. I de sakene jeg har gjennomgått, har alle pasientene bortsett fra en hatt tydelige psykosier eller psykoselignende tilstander og dårlig fungering. Med bakgrunn i dette fremstår det nokså klart i de fleste sakene at pasienten også mangler samtykkekompetanse. Dette kan være en årsak til retten her ikke går inn i en mer grundig drøftelse.

En annen årsak til at det ikke fremgår tydelig av den gjennomgatte lagmannsrettspraksisen at lovendringen har ført til økt rettsliggjøring, kan være at det manglet høyesterettspraksis på området som fastslår hvordan den nye bestemmelsen skal vurderes og praktiseres.

20. november avsa imidlertid Høyesterett sin første dom på området. I HR-2028-2204-A ga Høyesterett pasienten medhold i kravet om utskrivning på grunnlag av helhetsvurderingen. I dommen ble det gjort en gjennomgang av vilkåret om samtykkekompetanse. Retten tok utgangspunkt i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd og oppstilte på bakgrunn av bestemmelsen tre kriterier for vurderingen: et sykdomsvilkår, et krav om årsakssammenheng og et krav om manglende forståelsesevne. Videre i dommen gjøres det en grundig gjennomgang av ytterligere momenter til vurderingen. Dette kan bidra til en bedre forståelse av hva som ligger i vilkåret og en grundigere og mer likeartet praksis i lavere rettsinstanser. Dommen kan dermed bidra til å øke rettsliggjøringen.

Når retten skal konkludere på om pasienten har samtykkekompetanse eller ikke hopper de imidlertid over gjerdet der det er lavest. Her står det:

«Både den behandlingsansvarlige overlegen og kontrollkommisjonen, samt tingretten og lagmannsretten – som begge var satt med en fagkyndig meddommer – konkluderer med at A åpenbart ikke har reell innsikt i sin situasjon eller forståelse for konsekvensene av å avslutte behandlingen. Samtlige av disse har hørt As forklaring direkte. De har dermed et langt bedre grunnlag for å vurdere spørsmålet enn det Høyesterett har. Det er etter mitt syn ikke noe som tilsier at de har avgjort spørsmålet ut fra en uriktig rettslig norm.»¹¹⁸.

På bakgrunn av dette kommer retten til at pasienten mangler samtykkekompetanse. Dette kan etter mitt syn fremstå som noe betenkelig. Det er på det rene at en persons samtykkekompetanse kan variere over tid¹¹⁹. Det fremgår dessuten i LG-2018-35336 at: «Det skal foretas en nåtidsvurdering hvor de faktiske forholdene i dag er avgjørende, jf. HR-2016-1286». Lagmannsretten avgjorde saken 31. mai 2018, seks måneder før Høyesterett traff sin avgjørelse¹²⁰. I løpet av denne tidsperioden kan pasientens samtykkekompetanse ha endret seg. Høyesteretts vurdering går bort fra prinsippet om nåtidsvurdering som er fastslått i LG-2018-35336, jf. HR-2016-1286. Etter denne dommen kan det fremstå for underinstansen som uklart om det skal foretas en nåtidsvurdering eller ikke.

Dette fikk ingen konsekvens for pasienten i saken da hun allikevel fikk medhold på bakgrunn av helhetsvurderingen.

Samlet sett kan det se ut til at det nye vilkåret medfører en viss grad av økt rettsliggjøring. Særlig den grundige gjennomgangen av vilkåret i Høyesterett kan bidra til dette.

7 Konklusjon

I forarbeidene¹²¹ til den nye bestemmelsen fremstår det som det nye vilkåret kan gi en stor endring for pasienter som er underlagt tvungent psykisk helsevern, med økt selvbestemmelse og

¹¹⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 70.

¹¹⁹ IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer s. 22.

¹²⁰ HR-2018-2204-A

¹²¹ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) og NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet.

rettssikkerhet. Dette fremstår midlertid ikke like klart når man tar i betraktning at de personene bestemmelsen gjelder ofte har en psykisk lidelse som gjør at de selv etter langvarig behandling mangler samtykkekompetanse.

Praksis fra lagmannsrettene gir heller ingen tydelig indikasjon på at det nye vilkåret har fått stor betydning i praksis. Dommen i LG-2018-35336 skiller seg imidlertid fra de andre dommene jeg har gjennomgått. Her legges det stor vekt på lovgivers intensjoner med det nye vilkåret, og vurderingen fremstår klart i tråd med lovgivers ønske om at flere personer med «alvorlig sinnslidelse» selv skal kunne avslå eller si ja til et tilbud om psykisk helsehjelp¹²². Dommen fra Høyesterett går i samme retning, da retten legger vekt på den sterke understrekningen av pasientenes selvbestemmelsesrett i forarbeidene¹²³.

Den reelle endringen ved innføringen av en kompetansebasert modell i vurderingen av vedtak om tvang etter psykisk helsevernloven er fortsatt noe uklar. Rettslig sett har det utvilsomt skjedd en endring, da visse pasienter som tidligere fulgte vilkåret for tvungent psykisk helsevern nå vil kunne skrive ut. Rettspraksis viser også enkelte eksempler på endring i tråd med lovgivers intensjoner. Det er imidlertid foreløpig vanskelig å si noe klart om hvor mange pasienter som vil få en reell endring i sin situasjon etter den nye bestemmelsen, altså omfanget, og om endringen vil få betydning for andre pasienter enn for de som anses godt behandlet og hvor den videre behandlingen gjennomføres som såkalt vedlikeholdsbehandling¹²⁴.

¹²² Jf. Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)

¹²³ HR-2018-2204-A avsnitt 88.

¹²⁴ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevern mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet) s. 25.

Litteraturliste

Lover:

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphevet)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (opphevet)

Lov 26. april 1985 nr. 23 om jordmødre (opphevet)

Lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene (opphevet)

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

Lov 2. juli 1999 nr 63 om pasient- og brukerrettigheter

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettegang i sivile tvister

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

Lovforarbeider:

Ot.prp.nr. 69 (1959-1960) Om lov om psykiatrisk omsorg

NOU 1988:8 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke

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

Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevernloven (psykiatriloven)

NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene

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

NOU 2011:9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern

Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet)

Offentlige retningslinjer og rundskriv:

IS-8/2015 Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer

IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer

Internasjonale rettskilder:

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4 november 1950 (EMK). Inkorporert som vedlegg nr. 1 i lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

Litteratur:

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

Aasen, Henriette Sinding, *Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling* (Bergen 2000)

Bernt, Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett Bind I*, 2. utgave (Bergen 2010)

Bårdsen, Arnfinn, «Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet», *Kritisk Juss*, 2016 s. 238-262.

Høyer, Georg, Tilbakeslag i psykiatriske pasienters autonomi og rettsikkerhet, *Lov og rett* 1995, s. 151.

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utgave (Oslo 2017)

Østenstad, Bjørn Henning, Fråvæer av avgjerdskompetanse som moglege vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m, 2011, vedlegg til NOU 2011:9

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmålet i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente* (Bergen 2011)

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave (Oslo 2007)

Syse, Aslak, «Tvungen psykisk helsevern - enkelte kommentarer», *Kritisk Juss*, 2016 s. 278-300.

Rettspraksis:

Høyesterett:

Rt. 1979 s. 1079
Rt. 1988 s. 634
Rt. 1993 s. 249
Rt. 2001 s. 1481
Rt. 2010 s. 612
Rt. 2011 s. 1481
Rt. 2014 s. 801
Rt. 2015 s. 913
Rt. 2015 s. 93
HR-2016-01286-A
HR-2018-2204-A

Lagmannsrett:

LA-2018-51279
LA-2018-56215

LB-2017-112761
LB-2017-183734
LB-2017-186895
LB-2018-11515

LB-2018-32742
LB-2018-34851
LB-2018-40404
LB-2018-90933

LE-2017-157101
LF-2018-45574
LF-2018-47287
LF-2018-60479

LG-2018-35336
LG-2018-64339
LG-2018-85750