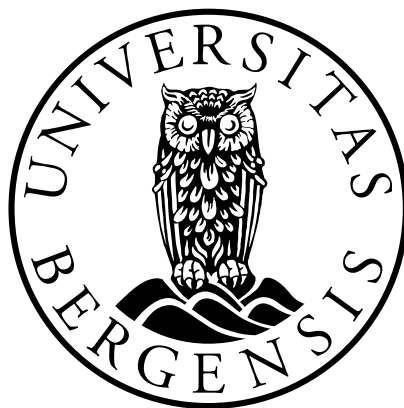


Samtykkekompetanse i tvungent psykisk helsevern

Hvordan har introduksjonen av nytt vilkår i psykisk helsevernlov § 3-3 påvirket virkeområdet til bestemmelsen?

Kandidatnummer: 186

Antall ord: 12022



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

Innholdsfortegnelse

1. Introduksjon	4
2. Metode	6
3. Sentrale hensyn	7
3.1 Selvbestemmelsesrett	7
3.2 Tvang og paternalisme	8
3.3 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp	9
4. «Alvorlig sinnslidelse» og tilleggsvilkår	10
4.1 Historiske lover	10
4.2 Strukturen i phvl. § 3-3	11
4.3 Strukturen i phvl. § 3-3(1), nr. 3	12
4.4 «Alvorlig sinnslidelse»	12
4.4.1 Kjernetilfellene	12
4.4.2 Utenfor kjernen	13
4.5 Tilleggsvilkårene til Phvl. § 3-3 (1) nr. 3	16
4.5.1 Tilleggsvilkår etter bokstav a) behandlingvilkåret	16
4.6 Overoppylling av tilleggsvilkår	18
5. Nytt vilkår: Pasienten «mangler samtykkekompetanse»	19
5.1 Vurderingen etter pbrl. § 4-3 (2)	20
5.2 Bevisterskelen jf. ordlyden «åpenbart»	20
5.3 Kravet til årsakssammenheng	21
5.3.1 Sammenhengen mellom phvl. § 3-3 (1), nr. 3, og pbrl. § 4-3.	21
5.3.2 Når pasienten har flere sykdomstilstander	22
5.3.3 Årsakssammenhengskravet i lys av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp	23
5.4.1 Manglende evne til å «forstå hva samtykket omfatter»	25
5.4.2 Høyesteretts tolkning av «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter»	27
5.4.3 Lagmannsrettens vurdering av innholdet i vilkåret «å forstå hva samtykket omfatter»	28
5.5 Unntak for kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse	30
6. Sammenhengen mellom «alvorlig sinnslidelse» og «mangle[nde] samtykkekompetanse»	30
6.1 Kjernen av «alvorlig sinnslidelse» og forholdet til kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse»	31
6.2 – Utenfor kjernen av «alvorlig sinnslidelse» og forholdet til kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse]	34
6.2.1 Tvangsvedtak mot personer med spiseforstyrrelser	34

6.2.2 Overoppfyllelse av tilleggsvilkårene og forholdet til «mangle[nde] samtykkekompetanse»	35
6.3 «Manglende samtykkekompetanse» og farevilkåret	35
6.3.1 Anorektiske pasienter	35
6.3.2 Ikke-anorektiske selvskadere	37
7. Avsluttende bemerkninger	38
8. Litteraturliste	39
8.1 Lover	39
8.2 Forarbeider	39
8.3 Rettspraksis	40
8.3.1 Høyesterett	40
8.3.2 Lagmannsrett	40
8.4 Helsedirektoratets rundskriv	40
8.5 Litteratur	40
8.6 Kilder fra internett	41

1. Introduksjon

Fra 1. september trådte et nytt vilkår i kraft i lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (heretter phvl.) § 3-3. Det nye vilkåret bestemmer at det ved vedtak om tvungen psykisk helsevern kreves at «[p]asienten mangler samtykkekompetanse». Det er dette vilkåret som er temaet for denne oppgaven.

Introduksjonen av nytt vilkår i phvl. § 3-3 er resultatet av et lengre lovendringsprosjekt som begynte med Paulsrud-utvalget i 2011.¹ Det ble iverksatt med sikte på å styrke pasienters rett til å ta beslutninger som får konsekvenser for egen helse.² Denne utviklingen mot fokus på økt selvbestemmelsesrett for individet i møte med helsevesenet har kommet til uttrykk blant annet gjennom Helsedirektoratets rundskriv fra 2012.³ En slik overgang vil i mange tilfeller være relativt ukontroversiell. En pasient som i møte med det somatiske helsevesenet velger den mindre optimale løsningen vil i storparten av tilfellene i verste fall være frustrerende for det ansvarlige helsepersonellet.

Psykisk helselovgivning har imidlertid stått i en annen posisjon. Det har ikke vært prioritert å ta hensyn til hvilke ønsker eller formeninger pasienter som underlegges tvang måtte ha om sin egen situasjon. Dette skyldes nok kombinasjonen av flere forhold. Pasienter underlagt tvangsbehandling har i stor grad blitt umyndiggjort. Videre har deres psykiske helseproblematikk ofte ledet til at de blir oppfattet som farlige og byrdefulle for samfunnet dersom de selv skulle avgjøre om, eller hvordan, tvangsbehandling eventuelt skal legges opp. Det dikotomiske preg selvbestemmelsesretten har hatt for de psykisk syke har vært et sentralt punkt i kritikken mot phvl. Lovendringsbevegelsen har vært motivert av ønsket om å introdusere et vilkår om samtykkekompetanse som vurderer pasientens samtykkekompetanse konkret⁴. Dette innebærer at samtykkekompetanse ikke blir et «enten-eller»-begrep, men at pasientens evne til å samtykke varierer på tvers av ulike deler av deres liv.

Høsten 2018 var det i media omfattende kritikk av den norske psykiatrien, og journalister og pårørende oppfordret sterkt til strengere rammer og bedre kvalitet i psykiatrien.⁵ Lignende skepsis til innføring av en samtykkekompetansebasert modell fremgår også av flere

¹ NOU 2011:9

² Prop.147 L (2015-2016) s. 5

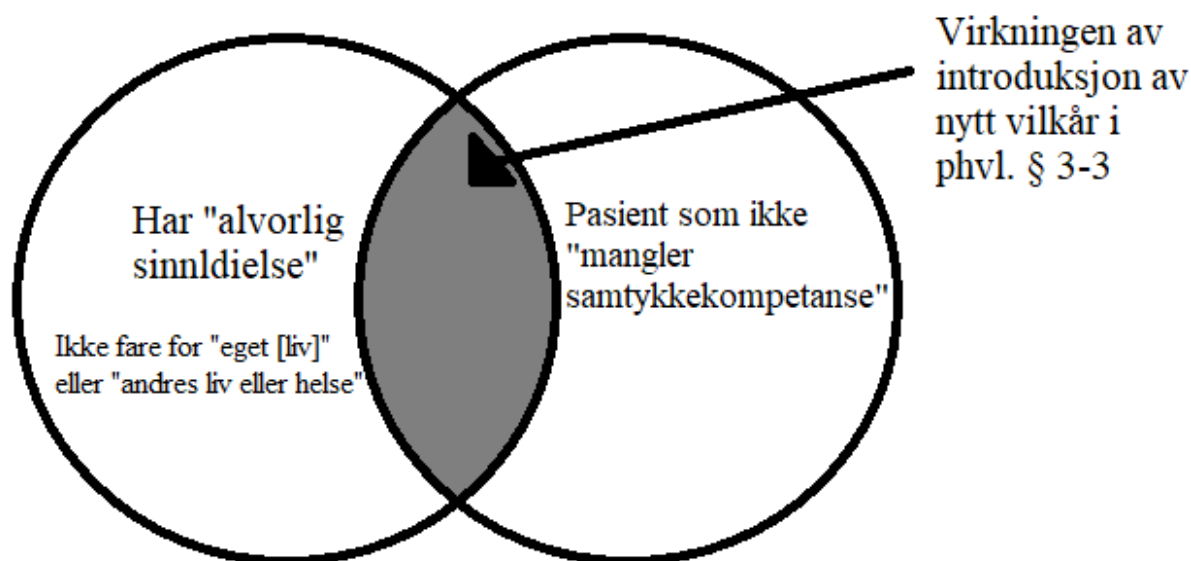
³ IS-9/2012

⁴ NOU 2011:9 s. 149

⁵ https://www.nrk.no/selv-mord-i-psykiatrien_-har-brutt-loven-i-91-av-200-saker-1.14295726

høringsinstanser under utarbeidingen av lovendringen. Bekymringene går bl.a. ut på at lovendringen vil kunne få uforutsette konsekvenser for psykisk syke og deres pårørende.⁶ Dette står i kontrast til den liberale flertallsbevegelsen blant jurister og helsepersonell, som har arbeidet mot lovendring med sikte på økt selvbestemmelsesrett for psykisk syke. Det er dermed interessant å undersøke om lovendringen er egnet til å styrke selvbestemmelsesretten i psykiatrien, uten at det går på bekostning av pasientenes sikkerhet.

Denne oppgaven vil forsøke å undersøke hva som er virkningene av denne lovendringen. Dette vil gjøres ved å først undersøke innholdet i det materielle hovedvilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, som krever at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse». Dette har tidligere vært det sentrale materielle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern etter phvl § 3-3. Videre vil det gjøres rede for innholdet i det nye materielle vilkåret om at «pasienten mangler samtykkekompetanse» i phvl. § 3-3 (1), nr. 4. Til slutt vil jeg sammenligne virkeområdet til de to vilkårene, for slik å prøve å finne ut hva som vil være virkningen av lovendringen. Tanken er at lovendringens rettslige effekt vil synliggjøres ved å se når virkeområdet til de to vilkårene i phvl. § 3-3 sammenfaller.



På grunn av den begrensede tid og ressurser som har vært tilgjengelig til å utforme denne oppgaven, har jeg valgt å avgrense mot flere deler av phvl. § 3-3. For det første vil ikke noen av de prosessuelle vilkårene i bestemmelsen utforskes. Dette er fordi de er av mindre interesse for den problemstilling jeg har valgt ut. Videre vil jeg i mindre grad gjøre rede for tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav a og b. Disse er interessante for oppgaven,

⁶ Prop.147 L (2015-2016) s. 24

men det er ikke nødvendig å gå veldig detaljert inn i deres nyanser. De gjøres likevel rede for ganske kort, da de er relevante for tolkningen av hvordan kravet om at «pasienten mangler samtykkekompetanse» i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, påvirker virkeområdet til det materielle hovedvilkåret om «alvorlig sinnslidelse».

Til slutt har jeg valgt å avgrense mot å gjøre rede for den helhetsvurdering som skal gjøres etter § 3-3 (1), nr. 7, da den vil bli for omfattende for omfanget av denne oppgaven.

2. Metode

Oppgaven er delvis en rettsdogmatisk analyse av lovverket i phvl. § 3-3, og delvis analyserende i relasjon til hva slags praktisk virkelighet lovendringen kan lede til.

Hoveddelen i oppgaven er delt opp i tre ulike deler. Først undersøker jeg hva som er innholdet i phvl. § 3-3 (1), nr. 3. Videre undersøker jeg hva som er innholdet i det nye vilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, og til slutt ser jeg hvordan virkeområdet til førstnevnte vilkår blir påvirket av lovendringen.

På grunn av at rettskildebildet rundt første og andre vilkår er så forskjellig, har jeg hatt noe ulik metodisk tilnærming for å utdype deres innhold. Den tredje delen av oppgaven er i større grad analytisk enn redegjørende, og metoden er derfor ulik de andre.

I første del av hoveddelen tar jeg for meg det materielle hovedvilkåret som krever at personen som det eventuelt skal etableres vedtak om tvungent psykisk helsevern mot, må ha en «alvorlig sinnslidelse». Videre redegjør jeg kort for innholdet i de to tilleggsvilkårene. Denne delen av oppgaven bærer preg av at stoffet som behandles har et stort litteraturomfang. Det finnes rikelig med veiledning både gjennom forarbeider og Høyesterettpraksis. Stoffet er også behandlet oversiktlig og detaljert av teoretikere som Syse og Warberg. Metoden for første del av hoveddelen av oppgaven er dermed en oppsummering som bygger på de overnevnte kilder.

I andre del av oppgaven er imidlertid rettskildebildet noe annerledes. Etersom lovendringen er under to år gammel på tidspunktet jeg skriver denne oppgaven har den enda ikke vært gjenstand for behandling i juridisk teori. Det nye vilkåret har også bare blitt behandlet én gang av Høyesterett.

For å utdype innholdet i det nye vilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, har jeg i stor grad søkt veiledning i rundskrivet Helsedirektoratet har publisert i forbindelse med lovendringen.⁷

⁷ IS-1/2017

Videre har jeg undersøkt Høyesteretts synspunkter i HR-2018-2204-A. På grunn av mangelen på høyesterettspraksis har jeg også valgt å undersøke lagmannsrettsdommer.

Lagmannsrettsdommer har ikke samme rettskildevekt som Høyesterettsdommer. De kan likevel tjene godt som eksempler på hvilke problemer som kan oppstå, og hvilke momenter som burde vektlegges, ved behandling av tilsvarende rettstvister. De fleste av de rundt 30 lagmannsrettsdommene som har behandlet temaet siden lovendringen som ble undersøkt i forberedelsen bar preg av å være tilfeller der det var relativt klart at pasienten ikke var samtykkekompetent. Problemstillingen ble derfor som regel ikke i særlig grad problematisert. Dette skyldes nok det faktum at pasienter underlagt tvang har gode rettshjelpsordninger på grunn av alvorligheten i de tvangsvedtak som rettes mot dem. I LG-2018-35336 ble imidlertid problemstillingen satt på spissen på grunn av et noe særegent saksforhold, og tjente derfor godt for å belyse problemstillingen.

I andre del av hoveddelen behandles også en problemstilling om tolkningen av årsakskravet i pasient- og brukerrettighetsloven (heretter pbrl.) § 4-3 (2). Denne problemstillingen er etter min kunnskap ikke drøftet i rettspraksis eller teori. Derfor valgte jeg å anvende læren om tolkning i lys av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp til å forsøke å løse den.

Den tredje delen av oppgaven hadde tilsvarende metodiske utfordringer som den andre. Det er få rettskilder som direkte tar for seg de aktuelle problemstillinger. Derfor valgte jeg derfor også i tredje del å presentere egne analyser av lovendringens eventuelle virkninger basert på det rettskildebildet som redegjøres for i først og andre del av hoveddelen.

3. Sentrale hensyn

3.1 Selvbestemmelsesrett

Det fremgår av pbrl. § 4-1 at «[h]elsehjelp [bare kan] gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger en lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gå helsehjelp uten samtykke.» Tilsvarende fremgår det av phvl. § 2-1 at «[p]sykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i [pbrl], med mindre annet følger av loven her.» Retten til å samtykke til, eller til å nekte å motta helsehjelp, er veletablert i norsk rett.

Formålsparagrafen til phvl. er § 1-1, og bestemmer i andre avsnitt at «[h]elsehjelp[] skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som

mulig være i overensstemmelse med pasientens behov for selvbestemmelsesrett (...)».
Menneskers rett til autonomi er det normative utgangspunktet for helselovgivningen.⁸

Siden revisjonen av Grunnloven (heretter Grl.) i 2014 har selvbestemmelsesretten fått sin plass i konstitusjonen. I Grl. § 102 (2) heter det at «[s]tatens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integriteten». Dette innebærer en plikt for staten til å lovgivning som sikrer den enkeltes kroppslige og mentale integritet.⁹

For å sammenfatte er det gjennomgående, i spesifikk og overordnet lovgivning, at det helt grunnleggende utgangspunkt ved ytelse av helsehjelp, er at pasienten må samtykke til denne hjelpen.

3.2 Tvang og paternalisme

Pasienters rett til selvbestemmelse er imidlertid ikke absolutt. I mange tilfeller er staten pliktig til å gripe inn mot personer ved bruk av tvang. Praksisen hvor staten systematisk utøver tvang mot personer der hensikten ikke er å straffe, men å behandle, omtales ofte som paternalisme. Paternalisme kommer fra latinske «paternalis» og betyr «faderlig». I overført betydning brukes det til å betegne forholdet mellom den styrende og den styrte, som innebærer faderlig omsorg og kontroll fra den styrende, og en uselvstendig stilling fra den styrte.¹⁰

Begrepet kan videre deles opp i sosial og individuell paternalisme. Den individuelle paternalismen er begrunnet i helsepersonellens behov for å anvende tvang av hensyn til pasienten selv, mens den sosiale paternalismen betegner helsepersonellens inngripen overfor individet med hensyn om å verne andre enn pasienten.

Motsetningsforholdet mellom hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett og statens behov for paternalistisk tvang vil nødvendigvis være gjennomgående i alle saker hvor tvungent psykisk helsevern vurderes. Den psykiske helselovgivningen har i lengre tid vært preget av et grunnleggende paternalistisk syn. Oppfatningen om at psykisk syke nødvendigvis ikke vet sitt eget beste har vært dominerende blant lovgiver og den medisinske fagbevegelsen.

I takt med en økende forståelse for psykisk sykdom har imidlertid lovverket begynt å bevege seg i retning av et ønske om i størst mulig grad å begrense tvangsbruk. I phvl. § 1-1 (1) heter

⁸ NOU 2011:9 s. 23

⁹ Dok.nr.16. (2011-2012) s. 177

¹⁰ <https://snl.no/paternalisme>

det at «[f]ormålet med loven her er å sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte (...)). Videre følger det at «[d]et er et formål med reglene å forebygge og begrense bruk av tvang.»

3.3 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp

Det fremgår av Grl. § 113 at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov. Grl. § 113 hjemler i utgangspunktet det alminnelige legalitetsprinsipp, men det antas også i forlengelse å gi uttrykk for det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.¹¹ Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp har i norsk rett flere funksjoner. På den ene siden bestemmer prinsippet at forvaltningens bebyrdende vedtak ikke kan anvendes overfor borgerne uten hjemmel i lov.¹² På den andre siden fungerer legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp ved tolkning av forvaltningsrettslig lovgivning.¹³

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som lovkrav finner man uttrykk for i pbrl. §4-1 hvor det heter at «[h]elsehjelp kan bare gis med samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke.» Tilsvarende følger det av phvl. § 2-1 (1) at «psykisk helsevern [bare] kan ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i [pbrl], med mindre annet følger av loven her. Lovgiver gir med disse bestemmelsene klart uttrykk for at rettsområdet er underlagt det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp.

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp bestemmer at bestemmelser i lov på det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipps virkeområde stiller særlige krav til klarhet og presisjon.¹⁴ Denne siden av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet er også relevant for denne oppgaven, og vil bli anvendt i pkt. 5.3 for å fastsette rammene for tolkning av årsakskravet i pbrl. § 4-3 (2).

I Rt. 1995 s. 530, ofte kalt «Fjordlaksdommen», beskrev Høyesterett innholdet i legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp på følgende måte: «Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den

¹¹ Berg (2005) s. 51

¹² Berg (2005) s. 51

¹³ Berg (2005) s. 59

¹⁴ Berg (2005) s. 59

som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.»¹⁵

Tolkningsprinsippet som fremgår av «Fjordlaksdommen» anvendes normalt mot helt konkrete vedtak for å bestemme om det gitte vedtak er innenfor rammen av forsvarlig tolkning. I denne oppgaven vil det imidlertid være mer aktuelt å anvende prinsippet mer generelt.

Rettssetningen i «Fjordlaksdommen» oppstiller fire vurderingsvilkår som må vurderes for å bestemme i hvilken grad det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp hindrer en regel i å tolkes liberalt. Disse er

- Hvilket område en befinner seg på
- Arten av inngrepet
- Hvordan det rammer
- Hvor tyngende det er overfor den som rammes

4. «Alvorlig sinnslidelse» og tilleggsvilkår

4.1 Historiske lover

Pasienters rettsstilling i psykiatrien ble for første gang lovregulert i 1848, gjennom lov om Sindsyges behandling og Forpleining. Loven hadde som formål å bedre forholdene for mennesker med alvorlige psykiske problemer, da dens pådriver Herman Wedel Major hadde gjort omfattende undersøkelser som viste at forholdene for de alvorlig psykisk syke var preget av manglende rettsikkerhet og uverdigg behandling.

Loven ble stående i over 100 år før den i 1961 ble erstattet av Lov om psykisk helsevern. Denne loven utgjorde imidlertid ikke en betydelig forandring i gjeldende rett, da den gamle loven flere ganger hadde blitt endret, i takt med de stadig endrede etiske og medisinske oppfatninger av psykisk sykdom.

1961-loven ble erstattet av lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern i 1999. På tilsvarende måte som 1961 loven utgjorde ikke 1999-loven radikale endringer fra sin forgjenger. 1961-loven hadde også vært gjenstand for kontinuerlig utvikling gjennom supplerende forskrifter og rettspraksis.¹⁶

¹⁵ Rt. 1995 s. 530, på s. 537

¹⁶ Syse, 2016, s. 27

Forarbeider og rettspraksis fra den gamle loven er derfor relevante ved den videre behandling av hovedvilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, om at det må foreligge «alvorlig sinnslidelse». Dette gjelder også for tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 (1) nr. 3, bokstav a og b.

4.2 Strukturen i phvl. § 3-3

For å få en helhetlig forståelse av oppgavens tema er det sentralt med en kort presentasjon av phvl. §3-3. Bestemmelsen i phvl. § 3-3 består av et avsnitt med sju underpunkter som inneholder hvert sitt vilkår. For at bestemmelsen skal kunne anvendes må samtlige av de sju vilkårene kumulativt være oppfylt.

Vilkår nr. 1 krever at «[f]rivillig psykisk helsevern har vært forsøkt, uten at dette har ført frem, eller det er åpenbart formålsløst å forsøke dette.»

Av vilkår nr. 2 kreves det at «[p]asienten er undersøkt av to leger, hvorav en skal være uavhengig av den ansvarlige institusjonen.»

Videre følger det av vilkår nr. 3 at det kreves at «[p]asienten har en alvorlig sinnslidelse og etablering av psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at vedkommende på grunn av sinnslidelsen enten

- a) får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert, eller at det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret, eller
- b) utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse.»

Vilkår nr. 3, og dets tilleggsvilkår, er første gjenstand for behandling i denne oppgaven.

Det nyeste vilkåret er nr. 4, og krever at «[p]asienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.» Videre følger det at «[d]ette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.»

Vilkåret er det andre vilkår som er gjenstand for behandling i denne oppgaven.

I underpunkt nr. 5 kreves det at «[i]nstitusjonen er faglig og materielt i stand til å tilby pasienten tilfredsstillende behandling og omsorg.»

Av vilkår nr. 6 kreves det at «[p]asienten er gitt anledning til å uttale seg, jf. [phvl] § 3-9».

Til slutt følger det av nr. 7 at «[s]elv om lovens vilkår ellers er oppfylt, kan tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for vedkommende, med mindre han eller hun utgjør en nærliggende og alvorlig fare

for andres liv eller helse. Ved vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende.

Phvl. § 3-3 fremstår som en noe uhensiktsmessig oppbygd bestemmelse. Syse kritiserer at prosessuelle, personelle og materielle vilkår sammenblandes, og at det i all hovedsak er uklart hva slags bevisterskel som gjelder for de forskjellige kravene.¹⁷ På et område hvor tvangsbruk er så inngripende, og i stor grad anvendes av ikke-jurister, er det uheldig at hjemmelsbestemmelsen er uoversiktlig.

4.3 Strukturen i phvl. § 3-3(1), nr. 3

Vilkårene som fremgår av phvl. § 3-3(1) nr. 3 er organisert slik at det først kreves at hovedvilkåret om at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse», er oppfylt. Videre kreves det i tillegg at minst ett av de fire tilleggsvilkårene er oppfylt. De er delt opp i bokstav a og b, der hver bokstav hjemler to alternativer hver.

Av phvl. § 3-3(1), nr. 3, bokstav a, følger det at pasienten, dersom tvungent psykisk helsevern ikke etableres, enten «får sin utsikt til helbredelse i betydelig grad redusert», eller at «det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær fremtid får sin tilstand vesentlig forverret». I litteraturen blir de to alternative vilkårene i bokstav a blir omtalt som «forbedringsalternativet» og «forverringsalternativet», og vil videre i denne fremstillingen omtales på denne måten.¹⁸

Alternativt heter det i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav b, at etablering av tvungent psykisk helsevern er nødvendig for å hindre at pasienten «utgjør en nærliggende og alvorlig fare» for «eget»- eller «andre[]» personers «liv og helse». Tilsvarende blir disse to alternativene i litteraturen omtalt som «farevilkåret».¹⁹

4.4 «Alvorlig sinnslidelse»

4.4.1 Kjernetilfellene

Det følger av phvl. § 3-3 (1), nr. 3, at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det bare er pasienter med særlig store utfordringer tilknyttet sin psykiske helse som kan underlegges tvungent psykisk helsevern. Av forarbeidet

¹⁷ Syse (2016) s. 135

¹⁸ Syse (2016) s. 140 og Warberg (2011) s. 234-244

¹⁹ Syse (2016) s. 140 og Warberg (2011) s. 234-244

til phvl. § 3-3 følger det at begrepet «alvorlig sinnslidelse» er et juridisk begrep og ikke samsvarer direkte med noen psykiatriske diagnoser. Det heter videre at «som tilfellet er i dag, er det i utgangspunktet slik at hovedkriteriet alvorlig sinnslidelse har nær tilknytning til psykosene.»²⁰ Det er psykosetilfellene som utgjør kjernen av begrepet «alvorlig sinnslidelse».

Sosial- og helsedepartementet viser i forarbeidet til faglitteraturen og definerer psykose 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.» Det presiseres at begrepet ikke er «eksakt og velavgrenset», men at det avgrenses mot psykisk utviklingshemming.²¹

Det at pasienten sliter med å bevare kontakt med virkeligheten må forstås som forekomsten av hallusinasjoner og vrangforestillinger.²² Psykoser kan dermed sammenfattes som tilstander som gjør at pasienten opplever en virkelighetsbrist, og har funksjonsproblemer på grunn av dette. Forarbeidene presiserer videre at «alvorlig sinnslidelse» ikke skal være avgrenset til å omfatte tilstander av psykose, «idet man har ment å opprettholde den tidligere rettstilstanden.»

Med dette refererer forarbeidene til rettspraksis tilknyttet § 5 i den gamle psykisk helsevernloven fra 1961. § 5 i den gamle loven er bestemmelsen som tilsvarer § 3-3 i phvl av 1999.

4.4.2 Utenfor kjernen

Selv om majoriteten av vedtakene som treffes etter phvl. § 3-3 gjelder pasienter med psykotiske tilstander, finnes det også tilfeller hvor Høyesterett har funnet vilkåret om «alvorlig sinnslidelse» oppfylt for pasienter med sinnslidelser av ikke-psykotisk art.

Av forarbeidet følger det at «når det gjelder hvilke grensetilfeller i tillegg til psykosene som kan komme inn under begrepet [alvorlig] sinnslidelse, vil man stå overfor en helhetsvurdering», der «ikke bare selve sykdomstilstanden, men også utslagene din gir seg, må tillegges stor vekt.»²³

I Rt.1988-634, også kalt «Huleboer-dommen», bestemte Høyesterett at vilkåret om «alvorlig sinnslidelse» var oppfylt for en mann som hadde valgt å bo og leve i en jordhule på Blindern i

²⁰ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 154

²¹ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 77

²² <https://sml.sn.no/psykose>.

²³ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 154

Oslo. Hans livsstil var et forsøk på å utleve en asketisk tilværelse, som kjennetegnes ved at personer avstår fra jordiske goder som hygiene og komfort i et forsøk på å nå en åndelig eller filosofisk oppvåkning.²⁴

Førstvoterende sa seg her enig i deler av de sakkyndiges vurdering, og la til grunn det syn at pasientens religiøse og filosofiske grublerier førte til ekstrem adferd som kom til uttrykk i hans manglende evne til å ta vare på seg selv. Derfor måtte man i dette tilfellet kunne betegne pasienten som alvorlig sinnslidende, selv uten psykotiske symptomer.

For «huleboeren» var det nettopp de alvorlige utslagene hans livsstilvalg medførte som førte til at Høyesterett anså ham som «alvorlig sinnslide[nde]».

4.4.2.1 Anoreksi

I 2015 avsa Høyesterett en ny dom som i likhet med «Huleboer»-dommen konstaterer at «alvorlig sinnslidelse» kan foreligge utenfor psykose-tilfellene. I Rt. 2015 s. 913 vurderte Høyesterett om en kvinne med alvorlig anoreksi kunne anses å ha en «alvorlig sinnslidelse». Før sin gjennomgang av det konkrete tilfellet undersøker førstvoterende om det er adgang for å anvende vilkåret «alvorlig sinnslidelse» på spiseforstyrrelser. Dommer Kallerud uttaler i avsnitt 39 etter en gjennomgang av forarbeidene²⁵ og juridisk teori²⁶ at han «legger etter dette til grunn som utvilsomt at pasienter med anoreksi i enkelte tilfeller kan ha sykdom som må karakteriseres som en alvorlig sinnslidelse.»

Kallerud viser videre til de sakkyndiges utredning om hvordan pasientens anorektiske «drive» til å gå ned i vekt kan være så sterk at den overstyrer fornuftige valg, og til slutt i avsnitt 42 at «[s]like pasienter kan oppleve at det i dem utkjemper en form for indre «krig», (...), og at det i dårlige perioder er sykdommen som «vinner». Vrangforestillingene om egen kropp og dens behov får da forrang, og tilstanden kan likestilles med psykose.»

Retten bestemmer videre at pasientens sykdomstilstand er av en slik art at den kan betegnes som en «alvorlig sinnslidelse».

Dommen er dermed et eksempel på en annen type ikke-psykotisk tilstand som faller inn under virkeområdet til «alvorlig sinnslidelse».

²⁴ <https://snl.no/askese>

²⁵ Ot.prp. nr. 65. (2005-2006) s. 72. flg.

²⁶ Bla. Syse (2007) s. 207 flg.

4.4.2.2 Friske perioder

Det har i rettspraksis også blitt problematisert hvordan begrepet «alvorlig sinnslidelse» skal fortolkes når pasientens symptomer varierer i intensitet.

Dette tas også opp i «Huleboer»-dommen. Førstvoterende avviser i dommen de sakkyndiges forståelse av begrepet «alvorlig sinnslidelse». De sakkyndiges vurdering innebar at pasienten ikke var «alvorlig sinnslide[nde]» om sommeren, da problemene tilknyttet hans asketiske overbevisning var mindre problematiske da det var varmt ute. I dommen uttaler førstvoterende kategorisk at «det de psykiatrisk sakkyndige her sier, innebærer at spørsmålet om Y er alvorlig sinnslidende, vil avhenge av den situasjonen han konkret befinner seg i. En slik form for relativisering (...) kan ikke gjøres til noe avgjørende kriterium for om alvorlig sinnslidelse foreligger.» Med andre ord presiserer førstvoterende at vilkåret om «alvorlig sinnslidelse» er et spørsmål om pasienten har en tilstrekkelig alvorlig grunnlidelse, ikke pasienten kan institusjonaliseres på nå- eller daværende tidspunkt.

Det syn at en pasient fortsatt er «alvorlig sinnslidende» i perioder der grunnlidelsen manifesterer seg i mindre alvorlige eller påfallende symptomer eller konsekvenser, har blitt behandlet direkte i senere rettspraksis. I Rt. 1993. s. 249 la Høyesterett til grunn at pasienten er «alvorlig sinnslidende» og viste til byrettens begrunnelse som konkluderte med at pasienten var «utvilsomt alvorlig sinnslidende. Dette gjaldt selv om de åpne psykotiske symptomer bleknet under lengre tids medikamentell behandling.

En slik forståelse av «alvorlig sinnslidelse» har blitt kritisert i litteraturen, men ble likevel fulgt opp i Rt. 2001 s.1481 der dommer Bruzelius stadfester at Rt. 1993 s. 249 gir uttrykk for gjeldende rett, og imøtegår kritikk mot tolkningen på følgende måte.

«Spørsmålet om tvungent psykisk helsevern avgjøres ikke alene på grunnlag av grunnvilkårets tilstedeværelse. I tillegg må minst ett av lovens tilleggsvilkår være oppfylt. Det følger av lovteksten at det må være en sammenheng mellom den alvorlige sinnslidelsen og det tilleggsvilkåret som får anvendelse. Dessuten må frivillig behandling ha vært prøvd, og etter en helhetsvurdering må tvungen behandling finnes å være til pasientens beste.»²⁷

²⁷ Rt. 2001 s. 1481, s. 1486

For å oppsummere er det dermed klart gjennom langvarig og samstemt rettspraksis at «alvorlig sinnslidelse» også foreligger der pasienten er i en periode der symptomene av lidelsen er mindre intense. Dette gjelder også der symptomdempingen er relatert til medikamentell behandling. Høyesterett anser en slik forståelse som lite problematisk i lys av pasientens rettssikkerhet, da det i phvl. § 3-3 er en rekke andre vilkår som må være oppfylt for at en pasient skal bli behandlet med bruk av tvangsvirkemiddel.²⁸

4.5 Tilleggsvilkårene til Phvl. § 3-3 (1) nr. 3.

Som nevnt ovenfor er det ikke tilstrekkelig at det foreligger «alvorlig sinnslidelse» for at det skal kunne etableres tvungent psykisk helsevern. Det er også nødvendig at et av vilkårene som er ramset opp i phvl. § 3-3 (1) nr. 3 bokstav a, eller b, er oppfylt.

Av lovteksten følger det i phvl. § 3-3 (1) nr. 3 bokstav at i tillegg til en «alvorlig sinnslidelse» må etablering av tvungent psykisk helsevern være nødvendig for å hindre at vedkommende «på grunn av sinnslidelse» enten a) får «sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert», eller det er «stor sannsynlighet» for at vedkommende i «meget nær fremtid» får «sin tilstand vesentlig forverret», eller b) utgjør en «nærliggende og alvorlig fare» for «eget eller andres liv eller helse».

Det første sentrale vilkåret er at tilleggsvilkårene må være aktuelle «på grunn av sinnslidelsen». Ordlyden i lovteksten tilsier dermed at de alternativer som fremgår av bokstav a og b er forårsaket av den «alvorlig[e] sinnslidelsen». Dette er et krav om årsakssammenheng, men har imidlertid ikke blitt problematisert i forarbeidene eller i rettspraksis.

4.5.1 Tilleggsvilkår etter bokstav a) behandlingvilkåret

De to alternative vilkårene i phvl. § 3-3 (1) nr. 3, bokstav a, blir ofte omtalt under fellesbetegnelsen «behandlingskriterium»²⁹ eller «behandlingvilkåret»³⁰. Et kjennetegn ved disse alternativene er at det er en form for individuell paternalisme som utøves med presumsjonen at det er for pasientens eget beste.³¹

²⁸ Rt. 2001 s. 1481, s. 1486

²⁹ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 155

³⁰ Syse (2016) s. 140

³¹ Syse (2016) s. 336

Det første vilkåret i phvl. § 3-3 (1) nr. 3, bokstav a, krever at pasienten «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert». Vilkåret er en videreføring av det som var gjeldende rett etter den gamle psykisk helsevernloven, der det alternative vilkår om forverring enda ikke var en del av loven.

Ordlyden sidestiller «vesentlig bedring» med «helbredelse». Dette skyldes nok at de psykiske helseproblemer som aktualiserer tvangsbehandling etter phvl. § 3-3 i en del tilfeller ikke lar seg «helbrede» i den forstand man normalt bruker begrepet. For eksempel må personer med en schizofren grunnlidelse kunne måtte belage seg på å leve med symptomer i større eller mindre grad resten av livet. Enkelte studier antyder likevel at helbredelsesraten for schizofreni er noe bedre enn tidligere antatt.³² Sidestillingen «vesentlig bedring» med «helbredelse» utgjør dermed en pragmatisk justering for tvangshelsevesenet. Om «helbredelse» var det eneste vilkår psykiatrien kunne forholde seg til ville det lede til en situasjon hvor det ble stilt uforholdsmessige beviskrav til helsepersonellens vurderinger.

Den andre sentrale delen av vilkåret er at utsikten til helbredelse eller vesentlig bedring «i betydelig grad er redusert». Ordlyden tilsier her at det er tale om noe mer enn en normal grad av reduksjon. Dette innebærer at den helt normale reduksjon pasienter vil oppleve grunnet flytting ut av institusjon ikke omfattes av vilkåret.

Vilkårene har imidlertid i liten grad vært gjenstand for rettslig overprøving, da det blir ansett å i stor grad være tale om faglige og prognostiske overveielser.³³ Dette medfører også at forarbeider og praksis vier lite ressurser til å definere innholdet i disse bestemmelsene. Tolkningen er i realiteten dermed et helsefaglig anliggende. Gjeldende rett er nok da slik at rettsvesenet ikke vil overprøve denne vurderingen med mindre det er kvalifiserte mangler ved forståelsen av dens innhold.

Forverringsvilkåret var ikke en del av behandlingskriteriet etter den gamle psykisk helsevernloven av 1961, men ble opprettet av rettspraksis i Rt. 1993 s. 249. Dette ble senere inkorporert i loven ved vedtakelsen av den nye phvl. av 1999.³⁴ Forverringsvilkåret krever at det er fare for «vesentlig forv[erring]» og dette må det være en «stor sannsynlighet» for at forverringen hender i «meget nær fremtid». Anvendelse av vilkåret er dermed først og fremst aktualisert ved begjæring om utskrivelse.

³² <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165178114000729>, 12.02.2019

³³ Syse (2016) s. 338

³⁴ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 79

I motsetning til «stor sannsynlighet for vesentlig forverring» er kravet om at dette må skje i «meget nær fremtid» ikke en videreføring av rettspraksis fra før vedtakelsen av phvl, men en bevisst innsnevring av tidligere praksis.³⁵

Kombinasjonen av en høy terskel for anvendelse både gjennom «stor sannsynlighet» og «vesentlig forverr[ing]», samt en streng tidsramme, gjør at det er en snever tilgang for anvendelse av dette tilleggsvilkåret. Sammenholdt leder dette til en situasjon hvor forverringstvilkåret bare burde kunne anvendes i alvorlige tilfeller.

4.5.2 Tilleggsvilkår etter bokstav b): Farevilkåret

De siste tilleggsvilkårene er hjemlet i phvl. § 3-3 (1) nr. 3, bokstav b, hvor det heter at tvungent psykisk helsevern kan etableres om en «alvorlig sinnslidende» pasient utgjør en «nærliggende og alvorlig fare» for «eget eller andres liv eller helse».

Bestemmelsen er organisert slik at det må foreligge en «nærliggende og alvorlig fare» som utgjør en fare for liv eller helse, enten for pasienten selv, eller for andre.

Som lovteksten foreslår innebærer vilkåret at det er tale om fare som retter seg mot personer, enten pasienten selv eller andre. Ordlyden utelukker dermed at fare for tap av materielle verdier kan aktualisere tvang etter phvl. § 3-3.

Den sentrale delen er at det er en «fare» som også er «nærliggende og alvorlig». I Rt. 2001 s. 1481 sier Høyesterett seg enig i lagmannsrettens vurdering av vilkåret, og avviser at «nærliggende» krever «at fare skal oppstå innenfor en klart begrenset tidshorisont.» De sier seg videre enig i lagmannsrettens forståelse som sier at faren skal være «reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet», men at «tidsmomentet vil likevel måtte trekkes inn ved rettens vurdering av den konkrete påregnelighet.». Denne forståelsen har også blitt fulgt opp i senere rettspraksis.³⁶

4.6 Overoppyfylling av tilleggsvilkår

En ikke uvanlig situasjon er der helsevesenet kommer i kontakt med pasienter som åpenbart har store problemer tilknyttet sin mentale helse, men som er utenfor kjernen av

³⁵ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999) s. 80

³⁶ Rt. 2014 s. 807

pasientgruppene som behandles etter phvl. § 3-3. Typisk for slike situasjoner er der pasienten har en sykdomstilstand som vanligvis vil være utenfor «alvorlig sinnslidelse»-vilkåret. Samtidig er tilleggsvilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern for pasienten overoppfyllt.

Mer utfyllende vil pasienten ikke være i en tilstand der pasientens sykdomsinnsikt, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten er tilstrekkelig svekket til at den rettslig kan sies å være «alvorlig sinnslid[ende]». På den andre siden er behandlings- og/eller farevilkåret for pasienten mer enn oppfylt. En løsning på dette problemet som har blitt anvendt i rettspraksis, er å anse overoppfyllelse av sidevilkår som et moment som oppfyller vilkåret om «alvorlig sinnslidelse». Dette vil være aktuelt i de tilfeller der man er utenfor kjernen av «alvorlig sinnslidelse».

Denne problematikken er primært aktuell for de tilfeller der pasienter utgjør en fare for seg selv. Det er imidlertid i mindre grad aktuelt for personer til at personer som driver med andre former for mindre alvorlig selvskading. Dette er fordi en person som ikke driver med alvorlig selvskading ikke vil overoppfylle tilleggsvilkårene tilstrekkelig til at man kan betegne de som «alvorlig sinnslide[nde]»

Denne problemstillingen behandles nærmere i punkt 6.2.

5. Nytt vilkår: Pasienten «mangler samtykkekompetanse»

Gjennom lovendringen som trådte i kraft 1. juli 2017, følger det av phvl. § 3-3 (1) nr. 4, et nytt vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern. Det kreves at «pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient og brukerrettighetsloven § 4-3». Det fremgår samtidig at det finnes unntak, og at «[d]ette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse.»

Selv om hjemmelen for å treffe vedtak om tvungent psykisk helsevern finnes i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, skal vurderingen altså gjøres med utgangspunkt i phvl. § 4-3 (2). Avgjørelsen av om en person er samtykkekompetent skal i utgangspunktet treffes av ansvarlig lege etter klinisk skjønn, jf. pbrl. § 4-3 (3), jf. phvl. § 1-5.

Alle voksne personer har samtykkekompetanse med mindre det har blitt truffet særlig vedtak som bestemmer det motsatte. Dette gjelder også for pasienter som vurderes etter phvl. § 3-3.

5.1 Vurderingen etter pbrl. § 4-3 (2)

Det fremgår av pbrl. § 4-1 at «[h]elsehjelp [bare kan] gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger en lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gå helsehjelp uten samtykke.»

Vurderingen etter phvl. § 3-3 (4) tar utgangspunkt i pbrl. § 4-3 (2), jf. ovenfor. I pbrl. § 4-3 (2) heter det at samtykkekompetansen kan falle bort 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».

Av lovteksten fremgår det at det er tre vilkår som må være oppfylt. Pasienten må «åpenbart ikke [være] i stand til å forstå hva samtykket omfatter», og det må være en årsakssammenheng mellom sykdomstilstanden og den manglende evnen til å forstå hva samtykket omfatter.

Spørsmålet om å innføre et krav om samtykkekompetanse for etablering og opprettholding av tvungent psykisk helsevern ble vurdert i NOU 2011:9, «Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet». Denne utredningen ble imidlertid ikke vedtatt. Senere ble samtykkekompetanseproblematikken fulgt opp i Prop. 147 L (2015-2016): «Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet)». Denne ble vedtatt av Stortinget.³⁷ I proposisjonen vises det til Helsedirektoratets rundskriv fra 2012 som veiledning for vurderingen. Dette rundskrivet var utarbeidet i hovedsak for somatiske lidelser gjennom Helsedirektoratets rundskriv fra 2012 (IS-9/2012), og senere for psykosomatiske vurderinger i 2017.³⁸ Rundskrivet brukes av Høyesterett i HR-2018-2204-A for å utpensle innholdet i vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse. Rundskrivet må derfor anses å ha rettskildemessig relevans som et forarbeid, selv om det er utarbeidet av forvaltningen.

5.2 Bevisterskelen jf. ordlyden «åpenbart»

Ordlyden antyder at beviskravet for fjerning av samtykkekompetanse er veldig strengt, da det må være «åpenbart» at «pasienten ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Av forarbeidene følger det at «det skal en del til (...)» og at om «helsepersonellet [er] i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt til å nekte å motta behandling.»³⁹

³⁷ Innst. 147 L (2016-2017) s. 8

³⁸ IS-1/2017, kapittel 3.1

³⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 133

Den faglig ansvarlige må derfor ha en høy grad av sikkerhet rundt sin vurdering for å avgjøre at en pasients samtykkekompetanse mangler.

Av helsedepartementets rundskriv følger det at det for at pasienten skal anses å ha «samtykkekompetanse» er det tilstrekkelig med en alminnelig forståelse av sykdomsbildet. Dette innebærer at pasienten kan ha samtykkekompetanse selv om personen ikke forstår medisinske prosedyrer eller årsakssammenhenger. Dette betyr også at det ikke nødvendigvis er slik at pasienten ikke har samtykkekompetanse dersom han eller hun ikke forstår alle konsekvenser av å nekte behandling.⁴⁰

5.3 Kravet til årsakssammenheng

5.3.1 Sammenhengen mellom phvl. § 3-3 (1), nr. 3, og pbrl. § 4-3.

Det følger av pbrl. § 4-3 (2) at samtykkekompetansen kan falle bort på fire ulike grunnlag. Disse er «fysiske[-]» eller «psykiske forstyrrelser», «senil demens» eller «psykisk utviklingshemming». I tilfeller av psykisk helsevern, som er relevante for denne problemstillingen, vil det aktuelle alternativet for vurderingen være om den «manglende samtykkekompetanse» stammer fra «psykisk forstyrrelse». Det er klart nok ikke hjemmel for å treffe vedtak om tvungent psykisk helsevern mot personer med «fysiske forstyrrelser», «senil demens», eller «psykisk utviklingshemming».

Av lovteksten fremgår det at det er pbrl. § 4-3 (2) som danner grunnlaget for hvordan vurderingen av om samtykkekompetanse foreligger skal gjøres. Samtidig er det phvl. § 3-3 som er hjemmelsgrunnlaget for å treffe vedtak om tvungent psykisk helsevern.

Det er dermed ikke umiddelbart klart hvorvidt det er vilkåret om «psykisk forstyrrelse» i pbrl. 4-3 (2), eller «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, som danner grunnlaget for vurderingen av om psykiatriske pasienter «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

En naturlig forståelse av ordlyden i «psykisk forstyrrelse» er at det omfatter mange forskjellige tilstander av mental helseproblematikk. Det er derfor rimelig å anta at vilkåret derfor rammer en stor pasientgruppe. Dette støttes også i forarbeidene, hvor det bare

⁴⁰ IS-1/2017, kapittel 2.1

avgrenses mot «mindre psykisk reduksjon i forstandevnen». Som eksempel brukes «lettere alderdomssvekkelse.»⁴¹

På den andre siden er «alvorlig sinnslidelse», jf. ovenfor, et snevert vilkår som bare rammer personer med høy grad av psykisk helseproblematikk.

Samtidig er det klart at de to vilkårene retter seg mot en kvalitativ lik pasientgruppe. Det vil da være rimelig, med utgangspunkt i et «mer til det mindre»-argument, å anta at det for alle tilfeller der kravet om «alvorlig sinnslidelse» er oppfylt, ikke vil være problematisk å anse pasienten som en person med en «psykisk forstyrrelse».

Et slikt resonnement har støtte i rettspraksis. Det følger forutsetningsvis av HR-2018-2204-A. Dommen omhandler «manglende samtykkekompetanse» hos en psykiatrisk pasient.

Førstvoterende legger til grunn i avsnitt 32 at pasienten har en «alvorlig sinnslidelse».

Deretter legger førstvoterende til grunn at kravet om årsakssammenheng mellom et av de fire vilkårene i pbrl. § 4-3 (2) og den manglende samtykkekompetanse ikke er aktuelt å problematisere. Etersom «psykisk forstyrrelse» er det eneste av de fire alternativene som kan anvendes for saksforholdet, er det naturlig å anta at det er dette alternativet førstvoterende forutsetningsvis legger til grunn. Dette må dermed klart tas til inntekt for at førstvoterende anser koblingen mellom «psykisk forstyrrelse» og «alvorlig sinnslidelse» som uproblematisk.

Resultatet blir dermed at «alvorlig sinnslidelse» leses inn som et av de alternative vilkårene som aktualiserer vurdering om bortfall av samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 (2). Det blir dermed en tilsvarende vurdering, men med materiell hjemmel i phvl. § 3-3, og med de begrensninger for personell kompetanse dette medfører. «[A]lvorlig sinnslidelse» erstatter dermed vilkåret om «psykisk forstyrrelse» når den materielle hjemmel for vedtaket er phvl. § 3-3.

5.3.2 Når pasienten har flere sykdomstilstander

Det er dermed klart nok at en pasientens «manglende samtykkekompetanse» må skyldes en «alvorlig sinnslidelse» dersom det skal etableres vedtak for tvungent psykisk helsevern.

Lovteksten og de øvrige rettskilder gir imidlertid liten veiledning når det kommer til de tilfeller der en pasient med «alvorlig sinnslidelse» i tillegg lider av en eller flere av de andre sykdomsalternativene i pbrl. § 4-3 (2).

⁴¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

Med dette menes det at en pasients helseproblematikk kan rubriseres under flere enn ett av alternativene som aktualiserer bortfall av samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 (2). En særlig aktuell sammensetning av dysfunksjonelle tilstander er der pasienter både lider av en alvorlig sinnslidelse og har en alvorlig psykisk utviklingshemming. Forskning antyder at mennesker med en lett psykisk utviklingshemming har en dobbelt risiko for psykiatrisk lidelse sammenlignet med normalbefolkningen. Samtidig har mennesker med en alvorlig psykisk utviklingshemming en risiko som er tre til fem ganger større enn normalbefolkningen for alvorlig psykisk lidelse.⁴²

Dersom det er legitimt å komme til et tolkningsresultat der bidraget fra ulike årsaksalternativer i pbrl. § 4-3 (2) kumulativt anses å oppnå terskelen for bortfall av samtykkekompetanse kan dette ha vidtrekkende implikasjoner for hvilke pasienter som kan tvangsbehandles etter phvl. §3-3. Dette ville innebære at pasienter med komorbide lidelser eller hemninger mister sin samtykkekompetanse tilknyttet avgjørelser i relasjon til sin «alvorlige sinnslidelse», selv om deres samtykkekompetanse ikke isolert sett kvalifiserer til bortfall av samtykkekompetanse.

Dette er dermed en høyst aktuell problemstilling. I mangel på positivrettslige kilder som tar for seg problemkomplekset vil jeg derfor forsøke å undersøke hvordan det er legitimt å tolke vilkåret om årsakssammenheng i pbrl. § 4-3 (2) i tilfeller der pasienter er komorbide.

5.3.3 Årsakssammenhengskravet i lys av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp

Underliggende problemstilling er dermed hvorvidt det er legitimt å tolke årsakssammenhengskravet i pbrl. § 4-3 (2) kumulativt.

Tolkningen gjøres med utgangspunkt i redegjørelsen det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp i oppgavens pkt. 3.3.

For pbrl. § 4-3 (2) er rettsområdet helseretten, der ivaretagelse av pasientens autonomi er et sentralt hensyn. Videre er arten av inngrepet slik at det er tale om et tvangsinngrep.

Tvangsinngrep er i det øvre sjiktet av inngripende vedtak forvaltningen har kompetanse til å anvende mot borgerne. Dette rammer pasienter tungt. Både i den forstand at det er en

⁴² <https://naku.no/kunnskapsbanken/sp%C3%B8rsm%C3%A5l-utviklingshemming-eller-utviklingshemning>
DATO 26.02

frihetsberøvelse, og at pasienten vil ha en sterkt redusert selvbestemmelsesrett i forbindelse med behandling av sin lidelse.

Etter en kort gjennomgang av de vurderingskriterier som oppstilles i «Fjordlaksdommen», er det dermed helt klart grunnlag for å legge til grunn en høy terskel for klarhet og presisjon i tolkninger som legitimt kan trekkes ut fra lovteksten.

En kumulativ forståelse av vilkårene er en tolkning som helt legitimt kan leses ut fra lovteksten. Det er ingenting i ordlyden til lovteksten i pbrl. § 4-3 (2) som tilsier at dette ikke er en helt legitim tolkning. I denne forstand er det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp sitt hjemmelskrav oppfylt, da det foreligger en hjemmel for bortfall av samtykkekompetanse for pasienter med «alvorlig sinnslidelse» jf. phvl. § 3-3, jf. pbrl. § 4-3. Ordlyden i § pbrl. § 4-3 (2) stenger heller ikke for muligheten for en slik tolkning.

En slik tolkning vil imidlertid ha en bebyrdende virkning for gruppen av borgere det potensielt retter seg mot.. I lys av den høye terskelen det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp krever, er det da vanskelig å forstå lovgivers taushet som en utvidet mulighet for pragmatisme for helsevesenet. En slik tolkning burde ha positivrettslige holdepunkter for å stå seg.

Samtidig heter det i pbrl. § 4-3 (5) at «undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos person som mangler samtykkekompetanse (...) og som antas å ha en alvorlig sinnslidelse (...) kan bare skje med hjemmel i [phvl.] kapittel 3.» Dette er ikke direkte relevant for vurderingen av om en kumulativ vurdering av årsakssammenhengskravet er mulig. Det kan likevel tas til inntekt for at lovgiver har ønsket at vurderinger som omhandler «alvorlig sinnslidelse» skal gjøres separate fra den generelle bestemmelsen. I lys av den høye terskelen for tolkninger som er bebyrdende for pasienten, må dette dermed tas til inntekt for at det ikke er mulig å tolke årsakssammenhengskravet i pbrl. § 4-3 (2) kumulativt.

Det blir da nødvendig å konkludere med at det klart vil ha formodningen mot seg å forstå lovteksten i pbrl. § 4-3 (2) på en slik måte at årsakssammenhengskravet kan tolkes kumulativt. Det må da være en klar hovedregel at en kumulativ tolkning ikke er legitim ved anvendelse av pbrl. § 4-3.

5.4.1 Manglende evne til å «forstå hva samtykket omfatter»

Det fremgår av pbrl. § 4-3 (2) at samtykkekompetansen kan falle bort «helt eller delvis» dersom pasienten «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.»

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier, jf. «helt eller delvis», at vilkåret ikke byr inn til en alternativ todeling, der resultatet enten blir at samtykkekompetansen er helt fraværende, eller helt intakt.

På den andre siden gir ordlyden lite veiledning for nøyaktig hva det denne vurderingen skal konstituere. Det er sentralt for å ivareta rettssikkerheten til pasienter som vurderes behandlet i psykiatrisk institusjon at denne vurderingen operasjonaliseres.

Hensikten med denne delen av oppgaven er dermed å redegjøre for hva slags operasjonelt innhold vilkåret om at pasienten er i stand til å «forstå hva samtykket omfatter» har.

IS-1/2017 gir veiledning om dette. Det sentrale utgangspunkt for hvordan vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse skal gjøres, er at samtykkekompetansen skal vurderes konkret i forhold til den helsehjelpen som skal gis.⁴³ I Helsedirektoratets rundskriv nevnes det som eksempel at «selv om en pasient vurderes å mangle samtykkekompetanse vedrørende innleggelse, kan vedkommende likevel være samtykkekompetent til å vurdere (...) legemiddelbehandling.»

Med andre ord er det tale om et funksjonelt begrep, der samtykkekompetanse i ulike tilfeller er tilknyttet en avgrenset del av pasientens selvbestemmelsesrett. Det er også dette som har vært hensikten bak introduksjonen av det nye vilkåret i phvl. § 3-3. Av Helsedirektoratets rundskriv følger det at «endringen innebærer en overgang fra fokus på diagnose til fokus på funksjonsnivå (...).»⁴⁴

Videre viser helsedepartementets rundskriv til at det er utviklet verktøy for vurdering av samtykkekompetanse. Dette er et resultat av empirisk forskning, etisk refleksjon, og rettspraksis. Disse verktøyene er ikke ment som en algoritmisk veiledning for å komme frem til bestemte konklusjoner, men har som hensikt å gi den faglig ansvarlige hjelp til å gjennomføre en strukturert samtale med pasienten.

Vurderingen fokuserer på de følgende fire områdene.

- Evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp

⁴³ IS-1/2017, kapittel 2.1

⁴⁴ IS-1/2017, kapittel 2.1

- Evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene
- Evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene
- Evnen til å uttrykke et valg

Evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp, er et grunnkrav som krever at pasienten faktisk er i stand til å oppfatte og forstå informasjonen som blir gitt rundt sykdomstilstanden og dens konsekvenser.

Rundskrivet presiserer videre innholdet i vurderingen av evne til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene. Der uttales det at vurderingen er orientert mot pasientens opplevelse av egen situasjon, og erkjennelse av hjelpebehov. I rundskrivet heter det at «dersom pasienten ikke erkjenner lidelsen og at vedkommende har det vanskelig, og ikke vurderer eller føler at det er behov for hjelp, vil informasjonen ofte ikke kunne sies å være anerkjent i den aktuelle situasjonen.»

Det er da naturlig å forstå den angitte vurderingen slik at det er tale om et forsøk på å kartlegge i hvilken grad pasienten faktisk har evne til å oppfatte eller anerkjenne informasjon om hvordan deres sykdomstilstand oppfattes fra en objektiv synsvinkel.

Vurderingen av «evnen til å resonnerer med relevant informasjon» går ut på å vurdere pasientens evne til å gjøre egne vurderinger om fordeler og ulemper knyttet til ulike handlingsalternativer. I rundskrivet heter det at «denne evnen er særlig viktig for å kunne treffe et informert valg i en situasjon med flere ulike handlingsalternativer, der disse innebærer fordeler og ulemper som må holdes opp mot hverandre.» En slik vurdering avhenger i stor grad av hva slags prioriteringer og verdier en pasient har. Dersom pasienten faktisk er i stand til å gjøre fornuftige avveininger, må dette respekteres selv om helsepersonellet er uenig i pasientens konklusjoner.

Det siste vurderingsfeltet Helsedirektoratets rundskriv stiller opp er pasientens evne til å uttrykke et valg. Dette vilkåret går ut på å vurdere pasientens evne til å kommunisere informasjon til helsepersonellet. Dersom pasienten ikke kan snakke må helsepersonellet prøve å kommunisere på ikke-verbal måte.

Samtidig betyr ikke det at pasienten er i stand til å snakke, at pasienten nødvendigvis har samtykkekompetanse. Det må gjøres en vurdering av om svar som «ja» eller «nei» gir uttrykk for pasientens faktiske oppfatninger og meninger eller om det bare er automatiske eller tomme responser.

5.4.2 Høyesteretts tolkning av «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter»

I HR-2018-2204-A går Høyesterett gjennom rettskildene tilknyttet pbrl. § 4-3 (2), og presenterer en sammenfatning av hvordan gjeldende rett må forstås.

«Det å nekte å motta behandling kan få store helsemessige konsekvenser – ikke minst for personer med alvorlig sinnslidelse. Det avgjørende må derfor være i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av handlingsvalget.»

Med dette understreker Høyesterett de grunnleggende hensyn som nødvendigvis vil stå i motstrid ved en vurdering av om en pasient «mangler samtykkekompetanse» etter phvl. § 3-3 (1), nr. 4. Det er de grunnleggende hensyn om psykiatriske pasienters selvbestemmelsesrett som må veies mot behovet for paternalistisk overformynderi. Det blir da denne grunnleggende vurderingen av hvilket hensyn som i det konkrete tilfelle i høyest grad er oppfylt, som er det grunnleggende for hele vurderingen. De vurderingsverktøy som fremgår av Helsedepartementets rundskriv er bare midler for å gjennomføre denne vurderingen.

Videre uttaler førstvoterende:

«[e]n person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse. Det gjelder uavhengig av om vedkommende er i en aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner. På den annen side forstår jeg forarbeidene slik at pasienter med alvorlig sinnslidelse som har noenlunde realistisk innsikt i sin situasjon, selv kan avgjøre om de vil ha helsehjelp. Det gjelder også der det er langvarig medisinerings som har gitt vedkommende forståelseevnen tilbake. I motsetning til tidligere vil altså disse personene kunne velge å avslutte behandlingen, selv om helsepersonellet vurderer dette som uheldig.»⁴⁵

Med dette presiserer Høyesterett det som allerede fremgår av rundskrivet. Det er tale om en helt konkret vurdering av samtykkekompetansen. Forhold som behandlingstid, eller symptomintensitet i relasjon til tidligere situasjon, er uten betydning. Det skal vurderes helt

⁴⁵ HR-2018-2204-A, Avsnitt 63 og 64

konkret om pasienten har samtykkekompetanse eller ikke. Dette gjelder selv om helsepersonellet ikke anser det som ønskelig fra et medisinsk perspektiv.

I den konkrete saken velger Høyesterett å la være å overprøve den bevisvurdering som er gjort i ting- og lagmannsretten. De trekker likevel frem en uttalelse av pasienten.

«Kroppen min hadde det mye bedre når jeg var uten medisiner. Jeg er noe avstumpet følelsesmessig av denne medisinen».

Det er noe uklart hva retten mener å oppnå med å trekke frem denne uttalelsen. De tolker den ikke videre, men legger sin tillit til tidligere instansers vurdering. Det er nærliggende å tolke denne uttalelsen slik at det forhold at hennes kropp har det bedre uten medisiner er like viktig, eller viktigere for henne, enn at hun unngår konsekvensene av hennes schizoaffective lidelse. I lys av de holdepunkter som fremgår av Helsedirektoratets rundskriv, er det klart nok mindre viktig i det store bildet at en medisin har enkelte uheldige bivirkninger. En pasient som prioriterer å unngå bivirkningene av disse medisinene, heller enn å behandle den psykiske sykdommen, viser at de ikke anerkjenner alvoret i situasjonen. En ubehandlet alvorlig sinnslidelse vil kunne ha langt alvorligere konsekvenser enn de bivirkninger den behandlede medisinen vil forårsake.

Det at Høyesterett har valgt å inkludere pasientens uttalelse, uten å videre gå inn på hva de trekker ut av denne, kan ikke tillegges rettskildevekt. Det har likevel verdi i den forstand at indikerer at Høyesterett har ansett pasientens forhold til egen medisinerings som en lakmus-test for deres evne til å «forstå hva samtykket omfatter».

5.4.3 Lagmannsrettenes vurdering av innholdet i vilkåret «å forstå hva samtykket omfatter»

Da lovendringen som introduserte kravet om at pasienten «mangler samtykkekompetanse» i phvl. § 4-3 (1), nr. 4, er relativt ny, er det lite rettspraksis som tar for seg vilkårets innhold. Den eneste Høyesterettsdommen som tar for seg problemstillingen er tidligere nevnte HR-2018-2204-A. Det er dermed relevant å se til lagmannsrettspraksis for veiledning om hvordan vilkåret skal tolkes i de mindre klare tilfeller.

Det er særlig en dom jeg har gjennomgått som setter problemstillingen om pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» på spissen, LG-2018-35336.

Nyansene i problemstillingen rundt motvilje til å medisineres illustreres godt i LG-2018-35336. Saken omhandlet en person med diagnosen paranoid schizofreni, som etter lenger tid uten alvorlige symptomer ønsket å avslutte behandling.

Pasienten uttalte at han hadde det «bedre enn noen gang», og derfor ønsket å avslutte tvangsbehandlingen. Han ga uttrykk for at han trodde at han ikke vil trenge hjelp eller medisiner. Lagmannsretten påpeker da at dette er en indikasjon på at han ikke evner å ta innover seg hvor alvorlig situasjonen hans er. Det virker heller ikke ut som pasienten klarer å resonnerer rundt sammenhengen mellom det at han fungerer bra og virkningen antipsykotisk medisin har på ham. På den andre siden understreker pasienten at han vil oppsøke hjelp om symptomene kommer tilbake, og ble vurdert til på domstidspunktet til ikke å ha noen aktive vrangforestillinger. Samtidig er ønsket om å slutte å ta medisin for pasienten resultatet av at han ser på medisinen som unødvendig i friske perioder. I tillegg påpeker han at medisinene har mange uheldige bivirkninger, som vektøkning og sløvhet.

Lagmannsretten konkluderer dermed under tvil med at pasienten kan avslutte tvangsbehandling, selv om han har en redusert samtykkekompetanse.

Hvorvidt domsslutningen er materielt korrekt er noe tvilsomt. Det er klart nok tale om et grensetilfelle. Imidlertid ser lagmannsretten at pasienten ønsker å fortsette behandling, og at hans vurderinger er noenlunde fornuftige.

Dommen i LG-2018-35336 utdyper, og bygger videre på, det Høyesterett behandler i HR-2018-2204-A. Det at en pasient ikke ser de positive virkningene medisinering har hatt for dem, vil i utgangspunktet kunne anses å indikere at de ikke har en realistisk innsikt i sin egen helsesituasjon. Samtidig må det være mulig for pasienter som har et nyansert forhold til medisinenes ulike funksjoner i ulike deler av sykdomsforløpet å ta selvstendige avgjørelser om de forstår implikasjonene av disse valgene.

I denne saken anerkjenner pasienten medisinenes nødvendighet, men bare i den psykotiske sykdomsfasen. Da han nå ikke hadde psykotiske symptomer velger retten å la han prøve seg uten medisin, ettersom han gir uttrykk for at han ønsker å oppsøke hjelp dersom symptomene skulle returnere.

Det er med andre ord en avveining mellom pasientens selvbestemmelsesrett og helsevesenets behov for å behandle syke pasienter. I dette tilfellet fant retten det forsvarlig å la pasienten velge å nekte å motta behandling.

Rettens slutning i dette tilfellet må dermed anses som et godt eksempel på den konkrete vurdering av pasientens evne til å «forstå hva samtykket innebærer» som beskrives i Helsedirektoratets rundskriv IS-1/2017.

5.5 Unntak for kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse»

Det følger av lovteksten at vilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr 4, ikke gjelder «ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse». Unntaket for tilfeller der pasienten utgjør en fare for eget liv er grunnlagt i helsepersonellens generelle plikt til å gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelp er påtrengende nødvendig.⁴⁶ Det er også uttalt i forarbeidene at «hvis det er stor risiko for selvmord, vil det imidlertid etter departementets vurdering være etisk uholdbart å respektere pasientens beslutning om å nekte å ta imot helsehjelp.»⁴⁷

Unntaket for «andres liv eller helse» er begrunnet i at regelen om at pasienten må «mang[le]» samtykkekompetanse» for å legges under tvangsvern, er laget for å bevare pasientens autonomi. Dersom pasienten utgjør en fare for andres liv eller helse vil derimot hensynet til samfunnsbeskyttelse veie tyngre enn pasientens autonomi.⁴⁸

Dette innebærer at det eneste alternativet ved anvendelse av farevilkåret som ikke er unntatt fra kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse» er der pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for «egen helse».

Kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse» har ingen unntak ved anvendelse av tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav a.

6. Sammenhengen mellom «alvorlig sinnslidelse» og «mangle[nde] samtykkekompetanse»

Da oppgaven har gjort rede for innholdet i vilkårene i phvl. § 3-3 (1), nr. 3 og 4, er det interessant å sammenligne virkeområdet til de to bestemmelsene. Forhåpentligvis vil lovendringens rettslige effekt dermed synliggjøres.

⁴⁶ Lov. 02.07.1999 nr. 64 – Lov om helsepersonell m.v. § 7 (1)

⁴⁷ Prop. 147. L (2015-2016) s. 24

⁴⁸ Prop. 147. L (2015-2016) s. 25

6.1 Kjernen av «alvorlig sinnslidelse» og forholdet til kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse».

“At its heart, the question of whether the sane can be distinguished from the insane (and whether degrees of insanity can be distinguished from each other) is a simple matter: do the salient characteristics that lead to diagnoses reside in the patients themselves or in the environment and the contexts in which observers find them?”

- D. L. Rosenhan, 1973 ⁴⁹

For å illustrere problematikken bak den følgende analysen har jeg valgt å vise til et eksperiment utført av den amerikanske psykologen David Rosenhan. Eksperimentet gikk ut på at han rekrutterte en rekke forsøkspersoner til å opptre som falske pasienter. Disse fikk i oppdrag å oppsøke mentale institusjoner og rapportere at de hadde hatt symptomer på schizofreni. Etter institusjonalisering skulle all rapportering av symptomer på schizofreni opphøre. De gikk tilbake til å oppføre seg som helt normalt mentalt friske personer.

Resultatet var at institusjonene i liten grad var i stand til å oppdage disse falske pasientene, og snarere at deres normale adferd ble oppfattet som bekreftelse på den initielle diagnosen. Eksperimentet viste at selv om det var rutiner for å diagnostisere pasienter, var det store problemer med å vurdere behovet for å fortsette tvangsopphold etter det opprinnelige vedtaket.

Poenget med redegjørelsen av dette eksperimentet er ikke å invitere til noen dramatisk sammenligning av den amerikanske psykiatrien på 1970-tallet og den nåværende norske psykiatrien. Det er snarere i lys av problemkomplekset dette eksperimentet illustrerer, at introduksjonen av vilkår om «mangle[nde] samtykkekompetanse» får sin primære virkning i relasjon til kjernegruppen av «alvorlig sinnslide[nde]» pasienter.

Vurderingen av om en pasient kan sies å ha blitt frisk nok til å bestemme over seg selv, og når disse vurderingene skal skje, er spørsmål som tidligere i liten grad har blitt regulert av lovverket. For mange pasienter er det i etterkant av fungerende behandling fortsatt bedringspotensiale. Dermed har situasjonen ofte blitt den at pasienters bedring ikke har utløst

⁴⁹ , Being sane in insane places. Publisert i tidsskriftet Science.

en medfølgende vurdering om tvang fortsatt er nødvendig. Det har ikke eksistert tilstrekkelige rettsikkerhetsmekanismer for pasientene som opplever en delvis forbedring.

Som det følger av pkt. 5.4.1 var hensikten med lovendringen i 2017 å oppnå en overgang fra et fokus på diagnose til et fokus på funksjonsnivå. Selv om «alvorlig sinnslidelse» ikke er et medisinsk begrep, er det rimelig å anta at tvangsbehandling i etterkant av etableringsvedtak har vært sentrert rundt medisinske diagnoser, istedenfor rettslige vurderinger. Dette er en naturlig konsekvens av at når det er helsepersonell som har ansvar for behandlingen av disse pasientene vil de vurderinger som blir foretatt skje i et medisinsk paradigmatisk rammeverk. Et diagnose-fokus er problematisk fordi det fort leder til at pasientens juridiske tilstand ikke vurderes konkret på det konkrete tidspunkt. En vurdering som tar utgangspunkt i en diagnostisk tankegang vil operere med en presumsjon om at pasienten alltid kan bli bedre. Tendensen vil typisk heller bli den at helsepersonellens vurderinger i for stor grad tas fra hensynet til pasientenes behov for behandling, på bekostning av deres rett til selvbestemmelse i møte med helsevesenet.

Medisinsk har det blitt sett på som uhensiktsmessig for pasientens velvære å avbryte en behandling av en psykotisk tilstand med en gang pasienten viser en redusert mengde symptomer.⁵⁰ Det har blitt antatt at dette fort vil lede til en «av-og-på»-behandling, som verken pasienten eller samfunnet forøvrig er tjent med. En slik tankegang ser man også i det tidligere nevnte «behandlingskriteriet» i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav a. Det kan dermed i utgangspunktet virke som fokuset fra lovgiver på å redusere tvangsbruken vil virke på en måte som ingen er tjent med. Det er imidlertid tenkt at et uhensiktsmessig behandlingsopplegg ikke blir tilfellet dersom vurderingen av om pasienten «mangler samtykkekompetanse» gjøres grundig og i henhold til de instruksjoner som følger av Helsedirektoratets rundskriv.

I tidligere nevnte HR-2018-2204-A tolker førstvoterende forarbeidene, og konkluderer med at gjeldende rett er at pasienter som «har noenlunde realistisk innsikt i sin situasjon, selv kan avgjøre om de vil ha helsehjelp».⁵¹ Dette innebærer at i motsetning til tidligere vil pasienter kunne velge å avslutte behandling, selv om helsepersonellet vurderer dette som uheldig.

Høyesterett når denne konklusjonen fordi det tidligere ved vurderingen av om pasienten kunne tvangsbehandles var avgjørende hvorvidt pasienten hadde en «alvorlig sinnslidelse»

⁵⁰ IS-2013-1957 s. 85

⁵¹ HR-2018-2204-A avsnitt 64

eller ikke. Ved introduksjonen av nytt vilkår om at pasienten «mangler samtykkekompetanse» kan pasienter med «alvorlig sinnslidelse» velge selv om de vil behandles, dersom de er i stand til å gjøre en slik vurdering.

I saken har pasienten hatt en meget positiv utvikling sammenlignet med da hun var umedisinert. På den andre siden anerkjenner hun ikke at hun har en «alvorlig sinnslidelse». Disse forhold leder til at retten konkluderer med at hun ikke har samtykkekompetanse.

Høyesteretts uttalelse om at pasienter kan velge å avslutte behandlingen, selv om helsepersonellet vurderer dette som uheldig, må tolkes i kontekst av innholdet i vurderingen av om pasienten «mangler samtykkekompetanse». Med utgangspunkt gjennomgangen som oppstilles i pkt. 5.4.1-5.4.3, kan det i grove trekk sies at pasienter bare vurderes til å ha samtykkekompetanse dersom de anerkjenner at de har en mental lidelse. En situasjon hvor pasienten vurderes til å ha samtykkekompetanse, og ønsker å avslutte behandling, vil da i realiteten bli slik at behandlingen av pasienten ikke avsluttes fullstendig. Dersom pasienten ved vurderingen av om de «mangler samtykkekompetanse» gir uttrykk for at de ikke lenger ønsker å behandles i det hele tatt, vil de motsatt ikke i det hele tatt få muligheten til å bestemme hvorvidt de skal avslutte behandlingen. Resultatet for pasienter som har samtykkekompetanse blir dermed at tvangen opphører og at pasienten i større grad styrer hvordan behandlingsopplegget skal utformes.

Det er dermed klart at den berettigede bekymringen om at pasienter skal drive med uhensiktsmessig «av-og-på»-behandling ikke nødvendigvis realiseres gjennom introduksjonen av phvl. § 3-3 (1), nr. 4. Dette er nettopp fordi pasienter som gjenvinner sin selvbestemmelsesrett av lovendringen er den gruppen av pasienter som er villig til å imøtekomme helsevesenets behandlingsbehov. Lovendringen virker dermed som et fornuftig kompromiss for psykosepasientene i den forstand at den ivaretar samfunnets behov for å behandle personer med psykosed diagnoser, samtidig som pasienter med psykoselidelser får tilbake sin autonomi når deres mentale tilstand tillater dette. Konsekvensen for de psykotiske pasientene blir dermed at med introduksjonen av et funksjonelt kompetansebegrep vil flere pasienter som er «alvorlig sinnslidende» kunne slippe tvangsbehandling etter phvl. § 3-3. Samtidig er det tilstrekkelige mekanismer i lovverket til å begrense de skadevirkninger dette kunne fått for pasienten selv og samfunnet for øvrig.

6.2 – Utenfor kjernen av «alvorlig sinnslidelse» og forholdet til kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse]

6.2.1 Tvangsvedtak mot personer med spiseforstyrrelser

En særlig aktuell problemstilling er hvordan en slik vurdering skal gjennomføres når en pasient har spiseforstyrrelsen anoreksi. Syse mener at alvorlig anoreksi ikke er noen tvangsinnleggelsesgrunn i seg selv.⁵² Samtidig mener han at det ved alvorlig depresjon eller alvorlig anoreksi vil være et sentralt moment for vurderingen av om det foreligger «alvorlig sinnslidelse» er i hvor stor grad pasienten utgjør en fare for seg selv.⁵³ Dersom farevilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav b, er overoppfyllt, vil dette tale for at pasienten må anses å være «alvorlig sinnslidende.»

I Rt. 2015 s. 913, ble nettopp et slikt resonnement lagt til grunn. Det at pasienten utviste en klart manglende evne til å følge opp sitt eget behandlingsbehov var sentralt i avgjørelsen av om hun var «alvorlig sinnslidende». Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig til å anse henne som «alvorlig sinnslide[nde]». Hennes manglende sykdomsinnsikt, kombinert med det faktum at anoreksien potensielt var livstruende for henne, ledet sammenholdt til at hun ble ansett som «alvorlig sinnslidende».⁵⁴

Vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» og dens sidevilkår blir dermed i denne situasjonen noe prekær. På den ene siden brukes resonnementer fra farevilkåret for å rettferdiggjøre karakteristikken «alvorlig sinnslidelse». På den andre siden anser retten behandlingskriteriet som oppfylt når de rent faktisk vurderer tilleggsvilkårene.

Dette kan imidlertid vanskelig tilskrives dommerens manglende forståelse av phvl. § 3-3. Det er nok snarere en konsekvens av at det for de mer atypiske tilfellene av «alvorlig sinnslidelse», som alvorlig anoreksi eller depresjon, vil være en veldig nær sammenheng mellom manglende behandling av lidelsen, og fare for eget liv eller helse. Det er for disse tilfellene sykdommens sentrale virkning at pasientens handlinger og forestillinger utgjør en fare for eget legeme. Realiteten blir dermed at det bare er i de tilfeller pasienter med en slik grunnlidelse utgjør en tilstrekkelig fare for seg selv at de kan karakteriseres som «alvorlig sinnslidende».

⁵² Syse (2016) s 370

⁵³ Syse, 2016, s. 342

⁵⁴ Rt. 2015 s. 913, avsnitt 63

Lovteksten er nok utarbeidet primært med psykosetilfellene i tankene. Resultatet blir dermed at anvendelse av vilkåret «alvorlig sinnslidelse» utenfor kjernetilfellene fører til flytende linjer mellom tilleggsvilkårene og hovedvilkåret. Farevilkåret får en annen rolle i disse vurderingene. Det blir primært et moment ved vurderingen av om det foreligger «alvorlig sinnslidelse», heller enn et selvstendig tilleggsvilkår som må være oppfylt for etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern.

6.2.2 Overoppfyllelse av tilleggsvilkårene og forholde til «mangle[nde] samtykkekompetanse»

Anoreksi-dommen fra i Rt. 2015 s. 913 er imidlertid skrevet før lovendringen som introduserte vilkåret om «manglende samtykkekompetanse». Det er derfor sentralt å undersøke hvordan problemkomplekset med overoppfyllelse av tilleggsvilkårene relaterer seg til kravet om «manglende samtykkekompetanse».

Som tidligere nevnt er det to tilleggsvilkår som kan anvendes. Det blir dermed også disse to som kan leses i sammenheng med hovedvilkåret i de tilfeller hovedvilkåret om «alvorlig sinnslidelse» ikke er oppfylt.

Behandlingskriteriet byr ikke på nevneverdige problemer. Dette vil i det vesentlige utarte seg likt som for normaltillfellene.

6.3 «Manglende samtykkekompetanse» og farevilkåret

6.3.1 Anorektiske pasienter

Det er klart at kravet til «manglende samtykkekompetanse» bare gjelder der det er fare for «egen helse». Introduksjonen av krav om «mangle[nde] samtykkekompetanse» vil derfor ikke virke inn på rettstilstanden i de tilfeller der det er tale om å tvangsinnlegge noen fordi de utgjør en fare for sitt eget liv. Alternativet om at personen utgjør en fare for «andres liv eller helse» gjelder heller ikke, er uansett neppe aktualisert for gruppen av pasienter som er deprimert eller har en spiseforstyrrelse i høyere grad enn det er i befolkningen for øvrig. Helsedirektoratets rundskriv begrunner at fare mot «egen helse» ikke er unntatt fra kravet om «mangle[nde] samtykkekompetanse». Dette er fordi «regelen baserer seg på en antakelse om at samtykkekompetente personer som hovedregel vil ta hensiktsmessige valg for å ivareta og optimalisere egen helse. Regelen respekterer pasientens rett til å gjøre andre vurderinger enn

helsepersonell av hva som er hensiktsmessig, og å legge større vekt på andre hensyn enn ivaretagelse og optimalisering av helsen.»⁵⁵

Det sentrale blir dermed om en person som utgjør en fare for egen helse, men ikke eget liv, kan antas å «mangle[] samtykkekompetanse». Dette vil selvfølgelig være en konkret vurdering, men det er interessant å undersøke hva slags tendenser man kan vente seg i lovanvendelsen.

I forarbeidene til lovendringen fremgår det at Paulsrud-utvalget har lagt til grunn at en pasient «med alvorlig spiseforstyrrelse som tar en beslutning om å redusere eller ikke å øke næringsinntaket som medfører overhengende fare for somatisk helse, som hovedregel må regnes som ikke beslutningskompetent.» Departementet slutter seg til utvalgets flertall, og legger til at dette gjelder for «livstruende eller vesentlig somatisk helseskade».⁵⁶

Lovgiver legger dermed til grunn at også pasienter som ikke utgjør en fare for eget liv, som hovedregel vil antas å mangle samtykkekompetanse. Dette vil imidlertid bare gjelde for «vesentlig somatisk helseskade». I dette ligger det et krav om at spiseforstyrrelsen er av en slik natur at den ikke er livstruende, men samtidig så alvorlig at den kan medføre alvorlig helseskade om den forblir ubehandlet. Dersom tilstanden er så alvorlig at den er livstruende er ikke en vurdering av om samtykkekompetanse mangler aktualisert.

Med utgangspunkt i gjennomgangen ovenfor er tilsynelatende resultatet slik at det ved for gruppen av pasienter som har anoreksi som hovedregel vil være sammenfallende grenser ved vurderingen av om det foreligger «alvorlig sinnslidelse» og vurderingen av om pasienten «mangler samtykkekompetanse».

En pasient må derfor ha et alvorlig tilfelle av anoreksi, slik at den utgjør en vesentlig fare for sin egen helse dersom man som skal kunne anta at personen «mangler samtykkekompetanse».

Prejudikatet i Rt. 2015 s. 913 virker i utgangspunktet dermed å stå seg mot lovendringen. Det blir snarere et ekstra vilkår ved vurderingen av slike tilfeller. Det er ikke særlige holdepunkter for å anta at dette vil endre resultatet for disse tilfellene. Terskelen for å anse en anorektisk person «alvorlig sinnslidende» er allerede høy. Derfor vil resultatet for de to vurderingene om det foreligger «alvorlig sinnslidelse» og om pasienten «mangler samtykkekompetanse» typisk begge enten være oppfylt eller uoppfylt for anorektiske pasienter.

⁵⁵ IS-1/2017, Kapittel 3.3

⁵⁶ Prop. 147. L (2015-2016) s. 27

6.3.2 Ikke-anorektiske selvskadere

Det er flere grunner til at mindre alvorlig selvskading ikke kan være gjenstand for tvangsbehandling etter § 3-3. Med dette siktes det til selvbeskadigelse i form av kutting, risping eller lignende som ikke utgjør en «nærliggende og alvorlig fare». Dette er en dysfunksjonell håndteringsstrategi som kan oppstå for personer med depresjon eller andre affektive lidelser.

For det første er gruppen som bedriver selvskading normalt ikke «alvorlig sinnslid[ende]» i kraft av å drive selvskading. Det er først når en person i tilstrekkelig grad overoppfyller tilleggsvilkårene at de kan anses å kvalifisere til tvangsbehandling. Det ligger da i sakens natur at en person som bare driver med mindre alvorlig selvskading, på grunn av selvskadingen ikke kan anses som «alvorlig sinnslidelse». Det vil da ha formodningen mot seg å anta at en person «mangler samtykkekompetanse» fordi de driver med mindre alvorlig selvskading. Dersom personen lider av en psykisk sykdom som selvstendig oppfyller kravet til «alvorlig sinnslidelse» vil det være denne lidelsen som danner grunnlaget for å anse personen å være «alvorlig sinnslidende». Den mindre alvorlige selvskadingen vil da eventuelt bare kunne være et moment som ytterligere taler for å iverksette tvungent psykisk helsevern.

Den andre hovedgrunnen til at en selvskader som driver med mindre alvorlig selvskading ikke isolert sett vil kunne danne grunnlag for tvungent psykisk helsevern er det nye vilkåret om «mangle[nde] samtykkekompetanse» i phvl. § 3-3 (1), nr. 4. Av Helsedirektoratets rundskriv konkluderes det med at en av konsekvensene av det nye vilkåret i phvl. § 3-3 er at det i praksis innebærer at «en person med «alvorlig sinnslidelse», som er samtykkekompetent og driver selvskading uten å være til fare for eget liv, ikke kan holdes tilbake i tvungent vern».⁵⁷

Da det i utgangspunktet er slik at personer som bedriver mindre alvorlig selvskading ikke har en «alvorlig sinnslidelse», må det da være klart at det vil være høy terskel for helsevesenet å etablere tvungent vern for personer med denne adferdsproblematikken. Lovendringen har dermed bare påvirket denne gruppen av personer på en måte.

Pasientgruppen av personer som bedriver selvskading uten å ha en «alvorlig sinnslidelse» har fått sitt vern styrket i forhold til tidligere. Det er mindre mulighet for at noen feilaktig får et tvangsvedtak rettet mot seg, når det nye vilkåret i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, beskytter deres selvbestemmelsesrett i møte med helsevesenet.

⁵⁷ IS-1/2017, kapittel 3.3

7. Avsluttende bemerkninger

For å oppsummere er det klart at lovendringen som introduserte nytt vilkår i phvl. § 3-3 (1), nr. 4, om at bare pasienter som «mangler samtykkekompetanse» kan underlegges tvungent psykisk helsevern har rammet de ulike gruppene av pasienter ulikt.

For kjernegruppen av pasienter som har psykotiske symptomer virker det ut som lovendringen vil klare å oppnå den balanse mellom hensynene som begrunner reglene i phvl. På den ene siden er tilsynelatende hensynet til pasienters selvbestemmelsesrett ved innføring av lovendringen styrket, uten at de negative sider ved unnlatt tvangsbruk øker. Dette kan realistisk oppnås dersom institusjonene som behandler disse pasientene innretter seg etter de nye føringer for hvordan man skal vurdere hvorvidt en pasient «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» jf. pbrl. § 4-3 (2).

I relasjon til pasienter med spiseforstyrrelser, kan det virke som lovendringen ikke påvirker gjeldende rett. Dette er på grunn av at vurderingene som gjøres for å bestemme om pasienter med spiseforstyrrelse har en «alvorlig sinnslidelse» tar en annen form. Siden pasientgruppen er utenfor kjernen av vilkåret «alvorlig sinnslidelse» vil resultatet i vurdering av om «alvorlig sinnslidelse» foreligger og vurdering av om pasienten «mangler samtykkekompetanse» få det samme resultat.

Tilsvarende vil gjelde for gruppen av pasienter som bedriver selvskading, men ikke i form av spiseforstyrrelser. Dersom selvskadingen ikke er omfattende nok til at den overoppfyller tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 (1), nr. 3, bokstav b, vil det normalt sett ikke heller ikke være aktuelt å anse det slik at personen «mangler samtykkekompetanse».

Avslutningsvis er det også verdt å bemerke at anvendelsen av pbrl. § 4-3 (2) i relasjon til phvl. § 3-3 ikke har ført til en økt mulighet for helsevesenet til å anvende tvang overfor komorbide pasienter. Årsakssammenhengskravet i pbrl. § 4-3 (2) er i kjernen av de lovbestemmelser som beskyttes av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp som tolkningsprinsipp. En tolkning som leder til at pasienter eller brukere har mindre rettssikkerhet kan derfor ikke legges til grunn uten at lovgiver eksplisitt tillater dette.

8. Litteraturliste

8.1 Lover

Lov 17. Mai 1814, Grunnloven

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

Lov. 2. Juli 1999 nr. 63 om pasienter og brukerrettigheter (pasient og brukerrettighetsloven)

Lov. 02.07.1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Lov 28. April 1961 om psykisk helsevern – opphevet lov

8.2 Forarbeider

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

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

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

NOU 2011:9 – *Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet. Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern.*

Dok.nr.16 (2011-2012) – *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*

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

Innst. 147 L (2016-2017) – *Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettsikkerhet)*

8.3 Rettspraksis

8.3.1 Høyesterett

Rt. 1993 s. 249

Rt. 1995 s. 530

Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2014 s. 807

Rt. 2015 s. 913

HR-2018-2204-A

8.3.2 Lagmannsrett

LG-2018-35336

8.4 Helsedirektoratets rundskriv

IS-9/2012 - *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer*

IS-2013-1957 – *Nasjonal faglig retningslinje for utbedring, behandling og oppfølging av personer med psykoselidelser*

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

8.5 Litteratur

Syse, Aslak, 2016, *Psykisk Helsevernlov med kommentarer*, 3 utgave, Gyldendal Forlag

Warberg, Lasse. A, 2011, *Norske Helserett*, 2. utgave, Universitetsforlaget

Syse, Aslak, 2007, *Psykisk helsevernloven: lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern: kommentarutgave med forskrifter*, 2. utgave, Gyldendal Forlag

Berg, Bjørn O. 2005, *Forvaltningssanksjoner*, 1. utg., Universitetsforlaget

8.6 Kilder fra internett

[https://www.nrk.no/selv-mord-i-psykiatrien -har-brutt-loven-i-91-av-200-saker-1.14295726](https://www.nrk.no/selv-mord-i-psykiatrien-har-brutt-loven-i-91-av-200-saker-1.14295726)

lest 24.04.2019

<https://snl.no/paternalisme> - Lest 07.02.2019

<https://sml.snl.no/psykose>. Lest 06.02.2019

<https://snl.no/askese> – Lest 06.02.2019

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0165178114000729>, Lest 12.02.2019

<https://naku.no/kunnskapsbanken/sp%C3%B8rsm%C3%A5l-utviklingshemming-eller-utviklingshemning> Lest 26.02.2019

<https://www.weber.edu/wsuiimages/psychology/FacultySites/Horvat/OnBeingSaneInInsanePlaces.PDF> - *Being sane in insane places*. Publisert i tidsskriftet Science. – Lest 10.04.2019