

Mastergradsoppgave
Jus 399

TVUNGEN SOMATISK HELSEHJELP

En fremstilling og vurdering av vilkårene for å kunne gi helsehjelp
med hjemmel i pasientrettighetsloven kapittel 4 A.

Kandidatnr. 172684

Veileder: Halfdan Mellbye

Antall ord: 14844

Innholdsfortegnelse

1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING.....	3
1.1	Rettskilder og metode	4
2	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER.....	6
2.1	Etiske og rettslige dilemma – autonomi og tvang	6
2.2	Samtykke som rettsgrunnlag for å kunne yte helsehjelp	9
2.2.1	Samtykkekompetanse	10
2.2.2	Helsehjelp som kan gjennomføres uten samtykke	12
3	MATERIELLE VILKÅR FOR BRUK AV TVANG ETTER KAP. 4 A	13
3.1	Formål.....	13
3.2	Grunnvilkår	14
3.2.1	Det personelle virkeområdet	14
3.2.2	Det saklige virkeområdet.....	15
3.2.3	Det stedlige virkeområdet.....	16
3.3	Materielle vilkår etter § 4 A-3	16
3.3.1	Innledning.....	16
3.3.2	Tillitskapende tiltak må ha vært forsøkt.....	17
3.3.3	Pasienten motsetter seg helsehjelpen	19
3.3.4	Vesentlig helseskade	20
3.3.5	Helsehjelpen anses nødvendig.....	22
3.3.6	Forholdsmessighetsvurdering	23
3.3.7	Helhetsvurdering.....	24
4	TILTAK SOM KAN GJENNOMFØRES MED HJEMMEL I KAP 4A.....	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	Tvang	25
4.3	Andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten.....	27
4.4	Medisinering.....	27
4.5	Innleggelse og tilbakeholdelse i helseinstitusjon	29
5	VEDTAKSKOMPETANSE.....	31
6	LITTERATURLISTE	35

1 PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING

Kan helsepersonell benytte tvang overfor en psykisk utviklingshemmet pasient som motsetter seg å få utført nødvendig tannpleie? Hvordan skal helsepersonellet håndtere situasjonen når en dement pasient nekter å innta viktige medisiner? Disse spørsmål reguleres av pasientrettighetsloven (lov nr.63/1999) pasrl. kap. 4 A dersom pasienten mangler samtykkekompetanse. Kapitlet gir på nærmere vilkår hjemmel for å gi nødvendig somatisk helsehjelp til personer som mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen. Reglene gir også adgang til å gjennomføre nødvendige undersøkelser for å klarlegge om behovet for somatisk helsehjelp foreligger. Kapitlet ble tilføyd ved lov 22 des. 2006 nr.99 og trådte i kraft 1. jan 2009.

Pasientrettigheter har fått en sterk fremvekst i helsetjenesten og i helselovgivningen de siste tiårene og samtykke til medisinsk behandling har blitt en selvfølge. Spørsmålet blir da hvorfor det nå har blitt innført et lovkapittel som åpner for bruk av tvang?

Det er en forutsetning for å kunne anvende pasrl. kap. 4 A at pasienten mangler samtykkekompetanse, hvilket innebærer at pasienten på grunn av sykdom eller psykiske lidelser ikke evner å vurdere sitt helsemessige behov. Å basere helsehjelpen på pasientens samtykke i disse tilfellene vil kunne være problematisk, pasienten vil da kunne tilsi seg eller frasi seg helsehjelp i strid med sine egne interesser. Denne problemstillingen har fått økt fokus de senere årene, og det har gradvis blitt anerkjent at det trengs en lovregulering for å kunne ivareta denne pasientgruppens behov for nødvendig helsehjelp og rettssikkerhet.

Før lovreguleringen var det kun nødrett og omsorgsplikt som kunne tjene som hjemmel for å gi helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsatte seg helsehjelpen. Nødrett og omsorgsplikt hjemler imidlertid bare inngrep i akutte situasjoner, det manglet derfor hjemmel for å kunne yte tvungen helsehjelp hvor situasjonen ikke var akutt, men hvor behovet for helsehjelp likevel var stort. På grunn av den mangelfulle rettstilstanden ble helsepersonellet ofte stilt overfor vanskelige verdivalg mellom å bruke ulovlig tvang for å gi nødvendig helsehjelp, og å unnlate å gi helsehjelp som det etter en faglig vurdering var behov for. Dette medførte at pasienten ble skadelidende enten ved at det ble benyttet urettmessig tvang eller ved at pasienten ikke fikk nødvendig helsehjelp.

Når bruk av tvang overfor denne pasientgruppen nå har blitt lovregulert vil tvangsbruken bli iverksatt etter omfattende saksbehandlingsregler og pasienten sikres reelle klagemuligheter. I tillegg til at pasientens rettssikkerhet vil bli styrket vil tvangsbruken også bli gjenstand for innsyn og notoritet.

Pasrl. kap 4 A er et diagnoseuavhengig regelsett. Vilåret om at pasienten må mangle samtykkekompetanse medfører likevel en avgrensning av kapitlets anvendelsesområde.

Helsetilsynets oppsummeringsrapport¹ viser at den utvilsomt største andel av vedtak hjemlet i pasrl. kap 4 A gjelder personer eldre enn 70 år og som lider av demenssykdommer. Ordet

¹ Statens helsetilsyn, *Oppsummeringsrapport*, Internserien 3/2011

demens kommer fra latin ”de mens”, ”uten sjel”, og betegner en ervervet og langvarig klinisk tilstand som oftest forverres med tiden.² Et felles kjennetegn ved de ulike formene for demens er at hukommelsesfunksjonen og den kognitive funksjonen er svekket på grunn av at nerveceller dør.³ Demenssykdommen medfører at den demente gradvis vil miste evnen til å ivareta seg selv. Dette kan føre til at den demente utsetter seg selv for skade eller sykdom ved for eksempel mangelfullt kosthold, dårlig stell og hygiene. Den manglende innsikt i egen helsetilstand kan også medføre at demente pasienter motsetter seg nødvendig helsehjelp og omsorgstjenester som de forut for demenssykdommen hadde ønsket. I dag er det ca. 66.000 personer med utviklet demens i Norge⁴. Forekomsten av demens øker med alderen og det er anslått at tallet på mennesker med ulike demenslidelser vil bli fordoblet i løpet av 35 år som følge av en økt aldrende befolkning, den sterkeste veksten vil skje om 10-15 år.⁵ Forut for lovreguleringen utarbeidet Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens i 2002 en rapport om bruk av tvangstiltak i behandling og omsorg av personer med demens.⁶ Kartleggingen viste at det i stor grad ble brukt tiltak i institusjoner og i hjemmetjenesten som krever rettslig grunnlag og at inngripende tiltak ofte ble brukt for å yte nødvendig pleie og medisinsk behandling, samt for å beskytte mot fall og skade. Resultatene fra rapporten viste således at det var et stort behov for rettslig regulering for å ivareta denne pasientgruppens rettssikkerhet.

Regelverket vil også være aktuelt overfor personer med blandingsdiagnoser som demens/psykiatri, rus/somatikk og overfor psykisk utviklingshemmede. Psykisk utviklingshemming er oftest et resultat av en diffus hjerneskade, og hjerneskaden vil særlig ramme oppmerksomheten, hukommelsen og psykomotorisk tempo, noe som samlet gir svikt i generell læreevne⁷. I sosialtjenesteloven kap. 4 A er det regulert et eget kapittel om rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Kapittelet hjemler vedtak om tvang på grunnlag av atferd og omsorg. Tvangsvedtak som angår medisiner og helse må imidlertid fattes etter pasrl. kap 4 A.

1.1 Rettskilder og metode

På lovregulert område vil loven stå som primær rettshjemmel for løsning av rettsspørsmål.⁸ Pasrl. kap. 4 A er blitt til etter langvarig arbeid og lovenes ordlyd er valgt ut fra grundige overveielser, jeg kommer derfor til å legge stor vekt på lovens ordlyd i oppgaven. Det er pasientrettighetsloven som står i hovedfokus i oppgaven, men jeg vil også komme inn på annen helselovgivning som bl.a. sosialtjenesteloven (sostjl.), psykisk helsevernloven (pshsvl.) og helsepersonelloven (hlspl). Pasrl. kap. 4 A vil i oppgaven benevnes som kap. 4 A.

² Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens, Demenssykdommer - En systematisk litteraturoversikt s 21, 2006 Aldring og helse

³ Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens, Demenssykdommer - En systematisk litteraturoversikt s 12, 2006 Aldring og helse

⁴ Sosial- og helsedirektoratet, *Glemsk men ikke glemt*, Rapport IS-1486, s. 3

⁵ Helse- og omsorgsdepartementet, *Demensplan2015 "Den gode dagen"*, s. 7

⁶ Nasjonalt kompetansesenter for aldersdemens, Makt og avmakt, Rettighetsbegrensninger og bruk av tvangstiltak i institusjoner og boliger for eldre, 2002

⁷ Tidsskrift for Den Norske Legeforening, 2008; 128:201-2

⁸ Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s.197

Lovforarbeider vil ofte kunne bidra til å forklare det nærmere innholdet i lovteksten. Forarbeidenes rettskildemessige vekt vil være stor dersom utsagnene i forarbeidene må regnes å være en begrunnelse for eller en forklaring av lovteksten.⁹ Forarbeidene til pasientrettighetsloven er både detaljert og omstendelig, jeg har derfor en utstrakt bruk av forarbeider i oppgaven og velger å tillegge disse stor vekt. De mest sentrale forarbeidene for oppgaven er ot.prp.nr.12 (1998-1999) om lov om pasientrettigheter og ot.prp.nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse).

Kap. 4 A trådte i kraft i januar 2009, det finnes derfor svært begrenset med rettspraksis på området. Ingen saker har enda vært oppe for Høyesterett og det finnes kun to dommer fra lagmannsretten. Det er uenighet i juridisk teori om hvorvidt underrettspraksis i det hele tatt kan tillegges vekt som rettskildefaktor. I følge Nygaard bør underrettspraksis få en viss vekt på områder hvor det er lite eller ingen høyesterettspraksis og han mener underrettspraksis må kunne sidestilles med juridisk teori som rettskilde.¹⁰ Selv om underrettsdommene ikke har prejudikatverdi vil de således kunne tjene som rettskilde, men pga. at dommene her gjelder overprøving av vedtak vil de i denne fremstillingen hovedsakelig bli brukt som illustrasjon av lovanvendelsen.

Overordnede forvaltningsorgan gir ofte retningslinjer til den øvrige forvaltningen i form av rundskriv. Helsedirektoratet har utgitt ”Rundskriv IS-10/2008 Lov om pasientrettigheter kapittel 4 A.” Det følger av rundskrivet at det er ment å gi nødvendig informasjon til helsepersonell som har ansvar etter loven og at stoffet er forsøkt presentert slik at det kan brukes som en veileder i saksbehandlingen og ved vurdering av tiltak.¹¹ Statens helsetilsyn har også utgitt ”Rundskriv IK-3/2008 Retningslinjer for Helsetilsynet i fylkets behandling av vedtak og klagesaker etter pasientrettighetsloven kapittel 4 A.” Rundskrivene gir uttrykk for de øverste forvaltningsmyndigheters egen lovtolkning og får derfor en viss rettskildemessig vekt overfor den øvrige forvaltningen ved tolkning av lovbestemmelser. På den annen side er de overordnede forvaltningsorganene ikke tillagt noen lovgivningsmyndighet, etter den alminnelige rettskildelæren får rundskrivene derfor liten selvstendig vekt.¹² Helsedirektoratet har også på sine nettsider publisert særskilte tolkningsuttalelser etter forespørsel fra ulike rettshåndhevere. De standpunkt som kommer til uttrykk her vil kunne bli oppfattet som en autorativ fortolkning av lovens bestemmelser og vil derfor ha stor betydning for forvaltningens behandling av tilsvarende saker. Rettskildemessig vil tolkningsuttalelsene imidlertid ikke kunne tillegges større vekt enn rundskrivene.

Målsettingen for oppgaven er å gi en presentasjon av gjeldende rett for bruk av tvang etter kap. 4 A, fremstillingen vil derfor være basert på en tradisjonell rettsdogmatisk metode. Jeg vil også foreta enkelte rettspolitiske vurderinger underveis om hvordan rettsstillingen bør være. Hovedtyngden i oppgaven vil ligge på å beskrive de materielle vilkårene for å kunne fatte vedtak etter kap. 4 A og hvilke tiltak det kan fattes vedtak om. Jeg kommer likevel inn

⁹ Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, s.197

¹⁰ Som over, s.210 -211

¹¹ Rundskriv IS-10/2008 s.3

¹² Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete*, s.201

på noen prosessuelle spørsmål, som for eksempel om hvem som er vedtaksberettiget til å fatte vedtak.

2 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

2.1 Etske og rettslige dilemma – autonomi og tvang

Det å yte helsehjelp og omsorg til personer som motsetter seg det reiser både etiske og juridiske problemstillinger. Forestillingen om det ukrenkelige menneskeverdet har grunnlag i en lang historisk tradisjon og ble videreutviklet av naturrettens opplysningsfilosofer som Locke, Voltaire og Montesquieu på 1700-tallet.¹³ Den norske Grunnloven bygger på den samme forestillingen og prinsippet er nedfelt i menneskerettslige instrumenter som FNs verdenserklæring om menneskerettighetene av 1948, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). I fortalen til de nevnte universelle dokumenter uttrykkes det at ”(...) anerkjennelsen av menneskeverd og like og umistelige rettigheter for alle medlemmer av menneskeslekten er grunnlaget for frihet, rettferdighet og fred i verden”. Prinsippet om det ukrenkelige menneskeverdet står også sentralt i helsesektoren og begrenser bl.a. myndighetenes mulighet til å relativisere eller rangere menneskeverdet for å oppnå faglige eller økonomiske resultater.¹⁴

Som en konsekvens av det overordnede prinsippet om menneskets ukrenkelighet følger prinsippet om respekt for den enkeltes integritet. Den menneskelige integritet er et uttrykk for den iboende retten for alle til å ha en privat sfære og til å bli respektert for egne vurderinger og ønsker, dette gjelder også de som mangler evne til å ta rasjonelle valg.¹⁵ Personlig autonomi er en sentral komponent i integritetskravet og innebærer at enkeltindivider har selvbestemmelsesrett over forhold som angår dem selv. Det å kunne utøve selvbestemmelse forstås som at individet kan handle eller disponere i kraft av egen vilje.¹⁶ Aasen skiller mellom positiv og negativ selvbestemmelse. Positiv selvbestemmelse beskrives som friheten til i vid forstand å utforme sitt eget liv og realisere egne muligheter mens den negative selvbestemmelse omhandler vern mot frihetsberøvelse og integritetskrenkende handlinger.¹⁷ Retten til ikke å bli utsatt for uønskede medisinske behandlinger faller inn under den negative selvbestemmelse og innebærer retten til fravær av tvang og krav om et informert samtykke til den aktuelle behandlingen.¹⁸ Samtykke som rettslig grunnlag for helsehjelp blir behandlet nedenfor i punkt 2.2.

Det ulovfestede legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov for offentlige myndigheters inngrep i borgernes handlefrihet og kan således fremstå som et uttrykk for selvbestemmelsesretten. På den annen side indikerer legalitetsprinsippet at selvbestemmelsesretten ikke er absolutt i den

¹³ NOU 2004:18, *Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene*, s. 51

¹⁴ Som over

¹⁵ Som over

¹⁶ Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, s. 35

¹⁷ Som over, s. 36 og 37

¹⁸ Som over, s. 37

forstand at den kan begrenses med et gyldig rettsgrunnlag. Kap 4. A fremstår som et gyldig rettsgrunnlag for å kunne yte helsehjelp til tross for manglende samtykke.

Selvbestemmelsesretten er også vernet i straffeloven som i § 222 setter straff for ”den som ved rettsstridig adferd (...) tvinger nogen til å gjøre, tåle eller undlate noget (...)”. Ordlyden angir ikke nærmere hva det ligger i å ”tvinge” noen. I følge Kjerschow innebærer det ”å øve sådant trykk på hans vilje, at han forholder sig i overensstemmende med gjerningsmannens vilje og i strid med sin egen”.¹⁹ Det vil således kunne være straffbart å true et annet menneske til å handle eller å unnlate å handle på en annen måte enn vedkommende foruten påvirkningen ville ha gjort, dette gjør seg gjeldende også innenfor helsevesenet. Å tvinge en pasient til å motta helsehjelp kan således være straffbar tvang. I tillegg vil andre straffebud kunne gjøre seg gjeldende for de maktmidlene som benyttes for å gjennomføre selve tvangstiltaket, særlig §§ 228 og 229 om henholdsvis legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse. Det er likevel ikke enhver type påvirkning som er straffbar og grensen kan synes å være flytende. Tvang vil først foreligge hvor det er tale om en fysisk eller psykisk maktutøving som brukes til å overvinne motstand fra den tvungnes side.²⁰ Vurderingen av hva som anses som straffbar tvang mot demente eller psykisk utviklingshemmede i helserettlig sammenheng må således baseres på en tolkning av pasientens reaksjon på den aktuelle maktutøvelsen. Dersom pasienten uttrykkelig meddeler motvilje mot det aktuelle tiltaket vil det være tvangsmessig å gjennomføre tiltaket, selv om det har et positivt formål og objektivt sett vil være til det beste for pasienten. Men selv om det aktuelle tiltaket fremstår som tvang er det ikke dermed sagt at det er ulovlig. Det følger av rettsstridsreservasjonen i straffebudet at lovgiver har tilkjennegitt at det i enkelte tilfeller må foretas en innskrenkende tolkning, dette krever imidlertid et særlig rettslig grunnlag. Kap. 4 A gir hjemmel for bruk av tvang på nærmere angitte vilkår og fremstår som et rettslig grunnlag for innskrenkende tolkning av strl.§ 222. Dersom reglene blir anvendt i samsvar med lovens formål og fremgangsmåte foreligger det dermed ikke rettsstrid, og strl.§ 222 vil følgelig ikke være anvendelig i disse tilfellene. Bli derimot tvang brukt i strid med lovens normeringer, vil det kunne være straffbar tvang etter strl.§ 222.

I og med at kap. 4 A gir hjemmel for bruk av tvang, har lovgiver valgt å unnta enkelte demente og psykisk utviklingshemmede retten til selvbestemmelse over spørsmål som angår deres egen helse. Det overordnede spørsmålet blir hva som legitimerer dette innhugget i pasientenes selvbestemmelsesrett.

Sykdomsbildet til personer med senil demens og psykisk utviklingshemmede kjennetegnes ved en kognitiv svikt i funksjonsevnen. Som en følge av dette vil pasienten ofte ikke forstå risikoen ved å ikke motta helsehjelp og motstanden kan skyldes manglende innsikt i egen helsetilstand. Det etiske dilemmaet som oppstår er valget mellom å unnlate å gi nødvendig helsehjelp til hjelpetrequende personer eller å frata dem deres rett til negative selvbestemmelsesrett og vern mot inngrep, ved å gi helsehjelp som det åpenbart er behov for. De to motstående verdiene i konflikten er respekt for pasientens autonomi og velferdspaternalisme. Tidsskrift for Norsk Psykologforening ,12/ 2009, side 1175-1181

¹⁹ Tidsskrift for Norsk Psykologforening, 12/2009, s.1175-1181, jf. Kjerschow, P, *Straffeloven med kommentarer*, s.558

²⁰ Bernt, Jan Fridtjof m.fl, *Sosial trygghet og rettssikkerhet*, s. 266

Prinsippet om det ukrenkelige menneskeverdet og personlig autonomi gjelder for alle mennesker, også for demente og psykisk utviklingshemmede. De har som utgangspunkt den samme menneskerett som alle andre til å bestemme over sitt eget liv og sin egen helse. Prinsippet om det ukrenkelige menneskeverdet taler i utgangspunktet mot bruk av tvang, men på den annen side kan respekten for menneskeverdet tjene som argument for velferdspaternalisme. Østenstad²¹ peker på at det å respektere sentrale individuelle behov har flere sider enn å respektere selvbestemmelsesretten, dersom selvbestemmelsesretten alltid skal slå gjennom kan det fremstå som en fornektelse av det særlige hjelpebehovet demente og psykisk utviklingshemmede har. Respekten for menneskeverdet innebærer også respekt for sentrale behov, det å gi nødvendig helsehjelp kan således være en måte å vise respekt for menneskeverdet, selv om det krenker selvbestemmelsesretten. Ved å legge avgjørende vekt på selvbestemmelsesretten vil prinsippet om ikke-intervensjon medføre en ansvarsfraskrivelse overfor hjelpetrequende personer, noe som vil stride mot grunnleggende forpliktelser i en liberal rettsstat. God helse er en menneskerett og det følger av ØSK art. 12 at alle skal nyte den høyest oppnåelige helsestandard. ØSK ble både ratifisert og implementert i Menneskerettsloven av 1999 og staten er således forpliktet til å legge til rette for at helsetjenestene er tilgjengelig for alle, også de som ikke evner å ivareta seg selv. Demente og psykisk utviklingshemmedes manglende evne til å vurdere sitt eget behov for helsehjelp kan ikke medføre at denne plikten bortfaller.

Manglende innsikt er imidlertid ikke i seg selv nok til å legitimere inngrep. For det første må den manglende forståelse være kvalifisert, kap. 4 A oppstiller derfor et absolutt krav om at pasienten må mangle samtykkekompetanse. Videre må det aktuelle tiltaket kunne betraktes som nødvendig og forsvarlig for å kunne ivareta andre viktige rettsgoder.²² Kap. 4 A regulerer bare de tilfeller hvor pasienten foruten helsehjelp risikerer vesentlig helseskade, det er således konsekvensen som følger av å ikke gripe inn som legitimerer tvangsbruken. Men selv om pasienten mangler samtykkekompetanse og risikerer vesentlig helseskade er dette i følge Østenstad²³ ikke nok til å kunne legitimere bruk av tvang mot demente og psykisk utviklingshemmede. Han gir uttrykk for at det i tillegg må foreligge et antatt samtykke, hvilket innebærer at pasienten trolig ville ha samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde hatt tilstrekkelig innsikt i sin egen helsesituasjon. Antatt samtykke er også et utgangspunkt for anvendelse av kap. 4 A, dette kommer implisitt til uttrykk ved at det skal tas hensyn til om pasienten har rasjonelle grunner til å motsette seg helsehjelpen.

Spenningen mellom autonomi og velferdspaternalisme vil være konstant, det er derfor viktig at de som forvalter regelverket er bevisst på denne verdikonflikten. Legges det for stor vekt på selvbestemmelsesretten vil det kunne føre til at pasienter som objektivt sett har et behov for

²¹ Østenstad, Bjørn Henning, *Grunnverdier og grunnbegrep i debatten om tvang mot utviklingshemmede og demente*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 4/2006 s. 343-362

²² Syse, Aslak, *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 4/2006 s. 318

²³ Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente*, s. 93 og 94

nødvendig helsehjelp ikke får det. Legges det derimot for stor vekt på velferdspaternalisme kan det medføre at tvang benyttes i større grad enn nødvendig.

2.2 Samtykke som rettsgrunnlag for å kunne yte helsehjelp

Pasientautonomien fikk en stor fremvekst i helsevesenet gjennom de siste tiårene og ble et viktig mottrekk mot det paternalistiske synet som tidligere preget helsesektoren om at legen var den som visste best og som tok alle beslutninger på vegne av pasienten. I Rt.1977 s.1035 (sykejournaldommen) ble det fastslått at en pasient hadde krav på utlevering og innsyn i sin egen sykejournal. Dommen tjener som illustrasjon på at pasientautonomien fikk forrang fremfor den paternalistiske tankegangen. Regelen om samtykke til medisinsk behandling fikk et klart uttrykk i Rt.1993 s.1169.²⁴ Saken gjaldt krav på erstatning for skade som ble påført da en nervesvulst ble fjernet under en operasjon. Det uttales i dommen at ”[d]et er et grunnleggende krav at det må foreligge samtykke fra pasienten før legebehandling, så fremt det ikke foreligger nødtilstand eller andre særlige omstendigheter. Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktede virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå.” Dommen gir uttrykk for et krav om et informert samtykke til helsehjelp, og dette ble kodifisert ved lov i pasrl. i 1999.

Det følger av pasrl.§ 4-1 første ledd første setning at ”helsehjelp [bare] kan gis med pasientens samtykke (...)”. I følge forarbeidene²⁵ gjelder samtykkekravet for alle sider av helsemessig virksomhet som pasienter undergis, det være seg pleie, omsorg, undersøkelse, innleggelse og behandling. Samtykkekravet innebærer at pasienten faktisk og viljemessig må gi sin tilslutning til den aktuelle helsehjelpen. Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende, jf. § 4-2. Hvorvidt den nødvendige tilslutning foreligger, må derfor vurderes på bakgrunn av pasientens totale atferd i samtykkesituasjonen.²⁶ Hvor tydelig pasienten må uttrykke sitt samtykke vil avhenge av alvorlighetsgraden av det aktuelle tiltaket er.

For at samtykket skal anses gyldig, kreves det at ”(...) pasienten [må] ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen, jf. pasrl. § 4-1 første ledd andre setning. Dette innebærer at pasientene må ha fått fyllestgjørende underretning om formål, metoder, ventede fordeler og mulige farer i forbindelse med tiltaket.²⁷ Pasientens krav på informasjon og medvirkning er regulert nærmere i pasrl.§§ 3-1 og 3-2.

I dag fremstår pasientautonomi som en moralsk grunnpilar og som et av de mest fremtredende etiske prinsipper for moderne helsestell.²⁸ Kravet om samtykke til helsehjelp innebærer at pasienten selv har rett til å velge om han eller hun vil motta eller unnlate å motta behandling, uavhengig av om valget objektivt sett er uheldig for pasienten. En pasient står således fritt til å

²⁴ Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, s.22

²⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 132

²⁶ Aasen, Henriette Sinding, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, s. 338

²⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 133

²⁸ Hoffmann, Bjørn, *Pasientautonomi som etisk rettesnor - en kritisk gjennomgang*, Sykepleien 2002 90(17):39-

ta valg i strid med legens anbefalinger, forutsetningen er imidlertid at samtykket anses som gyldig. I tillegg til at samtykket må være avgitt etter tilstrekkelig informasjon og under frivillighet oppstilles det et krav om at pasienten må være kompetent til å kunne avgi gyldig samtykke.

2.2.1 Samtykkekompetanse

Kap. 4 A kommer bare til anvendelse overfor personer som helt eller delvis mangler samtykkekompetanse. Med samtykkekompetanse menes at pasienten har tilstrekkelig innsikt til å vurdere konsekvensene av sine valg etter å ha fått tilstrekkelig informasjon om det aktuelle inngrepet. Hvem som har samtykkekompetanse fremgår av pasrl.§ 4-3 som oppstiller personelle krav for å kunne avgi gyldig samtykke.

Bestemmelsen stiller først et kompetansekrav knyttet til alder. Myndige personer og mindreårige over 16 år har som hovedregel samtykkekompetanse til helsehjelp, jf. pasrl.§ 4-3 første ledd bokstav a og b.

Videre oppstilles det et kompetansekrav knyttet til pasientens funksjonsnivå. Det følger av pasrl.§ 4-3 annet ledd at 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”.

Vurderingstemaet er knyttet til selve funksjonsevnen, og ikke til den aktuelle diagnosen. Bestemmelsen må således ikke forstås slik at alle med psykiske forstyrrelser, demente og psykisk utviklingshemmede ikke har samtykkekompetanse. Derimot må diagnosen være selve årsaken til den manglende forståelse. I følge forarbeidene foreligger manglende forståelse når ”vedkommende ikke er i stand til å forstå grunngevinga for at helsehjelp blir gitt, og kva samtykket omfattar, det vil seie tiltakets art og nærmare implikasjonar av helsehjelpa”.²⁹ Det kreves imidlertid ikke at pasienten har fullstendig forståelse av egen sykdom og det aktuelle tiltaket. Det må være ”åpenbart” at pasienten ikke forstår hva samtykke omfatter. Ordlyden er streng og tilsier at helsepersonellet må være overbevist om pasientens manglende forståelse. Dersom helsepersonellet er i tvil, skal det legges til grunn at pasienten har samtykkekompetanse, dette er uttrykkelig påpekt i forarbeidene.³⁰

Manglende samtykkekompetanse kan ikke begrunnes med at pasienten objektivt sett tar et dårlig valg, ved for eksempel å avslå et tilbud om helsehjelp som de fleste andre ville ha takket ja til. Det vil imidlertid i enkelte tilfeller være vanskelig å fastslå om pasienten valg er rasjonelt begrunnet eller om det skyldes manglende forståelse. LB-2011-37799 (tannlegedommen) gjaldt en pasient som var tvangsinnlagt under psykisk helsevern og som motsatte seg nødvendig tannbehandling. For lagmannsretten gjorde pasientens prosessfullmektig gjeldende at pasienten var samtykkekompetent på grunn av forståelse for egen situasjon og erkjennelse av at tennene var dårlige, samt at hans schizofreni var godt medisinerert. Pasienten mente at tennene var tilstrekkelige for hans eget behov, og han hadde glede av å beholde dem. Det ble pekt på at pasienten som ellers var fratatt kontroll over det

²⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s.20-21

³⁰ Ot.prp.nr. 64 (2005-2006), s.21

aller meste av livet sitt hadde et stort ønske om å få beholde herredømmet over sin egen kropp. I dommen uttrykkes det at ”A har i retten gitt uttrykk for at han aksepterer at tennene hans er dårlige, og at han forstår at dette fører til risiko for infeksjoner.” Lagmannsretten vurderte likevel at ”denne forståelsen ikke stikker dypt” og kom frem til at pasienten ”på grunn av sin sykdom, ikke [klarer] å forstå konsekvensene av at tennene hans ikke blir behandlet, og særlig synes han å mangle forståelse for at smertene vil forsvinne og helsen hans bli bedre etter behandlingen.” Selv om pasienten gikk på antipsykotisk medisin kom retten på grunnlag av bevisførselen frem til at pasienten hadde alvorlige tankeforstyrrelser og at ”disse tankeforstyrrelsene forhindrer [pasienten] fra å tenke effektivt”. Lagmannsretten fant det etter dette klart at pasienten manglet kompetanse til å samtykke til helsehjelp. Dommen illustrerer utfordringen som ligger i å vurdere om pasientens motstand er rasjonelt begrunnet eller om den er et utslag av manglende forståelse. Pasienten synes å ha en tilsynelatende fornuftig begrunnelse for sin motstand i tillegg til at han har en viss forståelse av egen helsesituasjon, er det da *åpenbart* at pasienten mangler samtykkekompetanse?

Det vil være store variasjoner på funksjonsnivået innenfor de oppgitte diagnosene, det er derfor påpekt i forarbeidene at ”en mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, medregnet lettere alderdomssvekkelse, ikke [er] tilstrekkelig”.³¹ Pasientens samtykkekompetanse vil også kunne variere alt etter hvilken avgjørelse det er tale om, dette er grunnen til at samtykkekompetansen kan bortfalle ”helt eller delvis”. Kompetansen kan således falle bort for enkelte avgjørelser men ikke nødvendigvis for alle, det må derfor foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Noen pasienter vil også ha et svingende fungeringsnivå som vil kunne variere fra dag til dag eller morgen til kveld, dette gjelder særlig for demente. I følge pasrl.§ 4-3 tredje ledd skal ”helsepersonellet ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp”. Dette innebærer at dersom spørsmål om helsehjelp forsvarlig kan utsettes, bør helsepersonellet vente med spørsmålet til pasienten selv er i stand til å samtykke.

Manglende samtykkekompetanse må ikke forveksles med umyndiggjøring. Det følger av pasrl. § 4-7 at umyndiggjorte ”i så stor utstrekning som mulig selv skal samtykke til helsehjelp”. Umyndiggjorte personer kan imidlertid også mangle samtykkekompetanse på lik linje med andre, i disse situasjonene er vergen gitt kompetanse til å samtykke på vegne av den umyndiggjorte, jf. § 4-7. Vergens kompetanse gjelder imidlertid ikke når pasienten motsetter seg den aktuelle helsehjelpen, i disse tilfellene må helsepersonellet avgjøre om vilkårene for tvungen helsehjelp er til stede etter kap. 4 A.

Avgjørelse av om pasienten mangler samtykkekompetanse skal fattes av ”den som yter helsehjelpen”, jf. pasrl. § 4-3 tredje ledd. Ordlyden tilsier at alle som regnes som helsepersonell kan ha kompetanse til å ta beslutningen. Det må imidlertid kreves at vurderingen er medisinsk forsvarlig, hvilket innebærer at den som fatter avgjørelsen har tilstrekkelig faglig kompetanse, jf. hlspl.§ 4 annet ledd. Avgjørelsen om manglende samtykkekompetanse skal være skriftlig, begrunnet og skal legges frem for pasienten selv og hans pårørende og evt. til annet kvalifisert helsepersonell, jf. pasrl.§ 4-3 fjerde ledd.

³¹ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999), s.133

Konstatering av manglende samtykkekompetanse er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven og er således ikke underlagt juridisk kontroll. Dersom det blir fattet vedtak etter kap. 4 A kan imidlertid dette vedtaket påklages, herunder vurderingen av samtykkekompetansen.

2.2.2. Helsehjelp som kan gjennomføres uten samtykke

Hovedregelen om samtykke til helsehjelp kan fravikes dersom ”det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke”, jf. pasrl.§ 4-1 første ledd. Dersom gyldig rettsgrunnlag ikke foreligger vil det kunne være straffbart etter strl.§ 222 å yte helsehjelp uten pasientens samtykke, med mindre reglene om nødrett og nødverge i strl.§§ 47 og 48 kommer til anvendelse.

Nødrettsbestemmelsen i strl.§ 47 fastslår at en ellers straffbar handling er straffri dersom den er foretatt for å ”redde nogens Person (...) fra en ”paa anden Maade uafvendelig Fare”(…). Nødverge er regulert i strl.§ 48 hvor det uttrykkes at ingen kan straffes for handling som er foretatt til ”Afvergelse af eller Forsvar mod et rettsstridigt Angreb (...)”. Bestemmelsene innebærer ingen inngrepsplikt, men fastslår at handlinger som ellers vil være straffbare på nærmere vilkår kan bli ansett rettmessige. I helserettslig sammenheng kan bestemmelsene tjene som selvstendig hjemmel for inngrep i ulike akutt- eller faresituasjoner.

Den alminnelige hjelpeplikt fremgår av strl.§ 387 som setter straff for den som unnlater å hjelpe den som er i ”øiensynlig og overhængende Livsfare”. Helsepersonellets hjelpeplikt er særskilt regulert. Det følger av hlspl.§ 7 at helsepersonell straks skal gi helsehjelp når det må antas at hjelpen er ”påtrengende nødvendig” (...), og at helsehjelp skal gis ”selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen”. Ordlyden ”påtrengende nødvendig” er et strengt vilkår og innebærer at det må være fare for at liv kan gå tapt eller at helsetilstanden kan bli alvorlig forverret.³² I akutte situasjoner må pasientens selvbestemmelsesrett således innskrenkes til fordel for helsepersonellets hjelpeplikt.

Helsepersonellets plikt til å yte nødvendig helsehjelp i akutt-situasjoner suspenderes imidlertid av pasrl.§ 4-9. Det følger av bestemmelsen at pasienten har rett til å nekte å motta blod, rett til å avbryte en pågående sultestreik og videre at døende pasienter har rett til å motsette seg livsforlengende behandling. Bestemmelsen gjelder for myndige personer og pasienter med full samtykkekompetanse.³³ Helsepersonellet har i disse situasjonene en plikt til å respektere pasientens selvbestemmelsesrett.

I den helserettslige spesiallovgivningen er det gjort flere unntak fra hovedregelen om samtykke. Ved allmennfarlig smittsom sykdom gir smittevernloven (lov nr.55/1994) hjemmel for å yte somatisk helsehjelp uten pasientens samtykke. Psykisk helsevernloven (lov nr.62/1999) gir hjemmel for tvangsinnleggelse av personer med alvorlige sinnslidelser. Sosialtjenesteloven (lov nr.81/1991) åpner for å tvangsinnlegge rusmisbrukere og gravide

³² Ot.prp.nr.13 (1998-1999) s.219

³³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.136

rusmisbrukere. Barnevernloven (lov nr.100/1992) gir hjemmel for tvangsinnleggelse i institusjon på grunn av alvorlige atferdsvansker.

Pasrl.§ 4-6 regulerer behandleransvaret når en myndig person er uten samtykkekompetanse og ikke motsetter seg helsehjelpen. Avgjørelse om helsehjelp er i disse tilfellene lagt til helsepersonellet. Dersom helsehjelpen innebærer et alvorlig inngrep skal det legges til grunn et presumert samtykke.

Pasrl. kap. 4 A gir hjemmel for å yte helsehjelp overfor personer som ikke har samtykkekompetanse og som motsetter seg den aktuelle helsehjelpen. Det er således pasientens motstand som skiller anvendelsesområdet til pasrl.§ 4-6 og pasrl. kap. 4 A.

3 MATERIELLE VILKÅR FOR BRUK AV TVANG ETTER KAP. 4 A

3.1 Formål

Pasientrettighetslovens overordnede formål er regulert i pasrl.§ 1-1. ”Lovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på helsehjelp av god kvalitet ved å gi pasienter rettigheter overfor helsetjenesten. Lovens bestemmelser skal bidra til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helsetjeneste og ivareta respekten for den enkelte pasients liv, integritet og menneskeverd.” Med lik tilgang på helsetjenester menes at ”befolkningen skal sikres helsehjelp uavhengig av alder, kjønn og bosted, samt økonomisk, kulturell og språklig bakgrunn og sosial status”.³⁴ Det stilles også krav til god kvalitet, herunder krav om forsvarlighet i tjenesten og for helsepersonellet. Kravet til faglig forsvarlighet er også lovfestet i hlspl. § 4 som fremstår som en rettslig standard som ligger til grunn for all utøvelse av helsehjelp. Formålsbestemmelsen setter også fokus på pasientautonomien og det grunnleggende tillitsforholdet mellom tjenesteyterne og pasientene.

På grunn av at kap. 4 A hjemler bruk av tvang fant departementet det nødvendig å klargjøre formålet med kapitlet utover det generelle formålet som følger av pasrl.§ 1-1. Det ble derfor inntatt en egen formålsbestemmelse i pasrl.§ 4A-1.

Hovedformålet med kap. 4 A er å ”yte nødvendig helsehjelp for å unngå vesentlig helseskade”, jf. første ledd. Regelverket skal således sikre at pasienter som helt eller delvis mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen skal få den helsehjelpen de objektivt sett har behov for. Kapitlet skal dermed hindre at pasienter uten tilstrekkelig innsikt i sin egen helsesituasjon og den aktuelle helsehjelpen skal kunne fravelge seg helsehjelp som de presumptivt ville takket ja til om de var i stand til å samtykke.

Det er videre et formål ”å forebygge og begrense bruk av tvang”, jf. første ledd. Regelverket skal klargjøre det rettslige grunnlaget for å kunne gi nødvendig helsehjelp til pasienter som på grunn av manglende samtykkekompetanse motsetter seg denne. Bruk av tvang skal skje etter regelverkets normeringer og disse reglene skal forhindre at trang brukes i utrengsmål. For å

³⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.125

oppnå kapittelets formål stilles det strenge vilkår for bruk av tvang, og saksbehandlingsreglene og reglene om overprøving og kontroll skal bidra til å sikre rettsvernet til denne pasientgruppen. Det kan virke påfallende at en lov som åpner for tvangsbruk skal resultere i en begrenset bruk av tvang. Den samme ordlyden gjenfinnes også i sostjl. kap 4 A om bruk av tvang overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Evaluering av praktiseringen av dette regelsettet viste at bruken av tvang var blitt redusert i løpet av de årene regelverket hadde eksistert.³⁵ Dette forsterker viktigheten av å ha klare regler for når tvangsbruk kan iverksettes og at lovregulering er av stor betydning for å kunne ivareta pasientenes rettssikkerhet på best mulig måte.

Selv om kapittelet gir hjemmel for bruk av tvang understrekes det i formålsbestemmelsens annet ledd at helsehjelpen skal ”tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett”. Personer som mangler samtykkekompetanse har også krav på respekt for sitt menneskeverd og helsepersonellet må derfor legge til rette for at pasientens integritet ikke blir krenket mer enn nødvendig. I tråd med dette formålet stilles det derfor et krav om forutgående tillitskapende tiltak før tvangstiltak kan iverksettes.

3.2 Grunnvilkår

3.2.1 Det personelle virkeområdet

Reglens virkeområde fremgår av pasrl.§ 4A-2 og gjelder for ”pasienter”. Pasientbegrepet er legaldefinert i pasrl.§ 1-3 og forstås som ”en person som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helsetjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle”. I situasjoner som reguleres av kap. 4 A motsetter pasienten seg den aktuelle helsehjelpen og det er derfor mest treffende å si at pasienter i denne sammenhengen er personer som ”helsetjenesten gir (...) helsehjelp i det enkelte tilfelle”. Reglene kommer bare til anvendelse overfor pasienter ”over 16 år”, jf. pasrl.§ 4 A-2 første ledd. Dette står i samsvar med den helserettslige myndighetsalder for samtykkekompetanse, jf. pasrl.§ 4-3 første ledd bokstav b. For barn under 16 år som mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen er det foreldrene eller de med foreldreansvar som kan samtykke på vegne av barnet, jf. pasrl.§ 4-4.

Det er en absolutt forutsetning for anvendelse av kap. 4 A at pasienten ”mangler samtykkekompetanse”, jf. § 4 A-2 første ledd. Vurderingen av pasientens samtykkekompetanse skjer etter reglene i pasrl.§ 4-3 (se ovenfor pkt 2.2.1).

Det er videre et vilkår at pasienten ”motsetter seg helsehjelpen”, jf. pasrl.§ 4 A-2 første ledd. Dersom en pasient som mangler samtykkekompetanse ikke motsetter seg helsehjelpen kommer reglene om representert samtykke i pasrl.§ 4-6 til anvendelse. Motstandsbegrepet vil bli nærmere behandlet under punkt 4.3.3.

³⁵ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.30

Reglene i kap. 4 A er diagnosenøytrale og omfatter således alle pasienter som helt eller delvis mangler samtykkekompetanse og som motsetter seg helsehjelpen. Samtykkekompetansen kan være påvirket av sykdom eller tilstander som demens, psykisk utviklingshemming, psykiske lidelser eller ulike former for hjerneskade. Selv om det er store ulikheter mellom de forskjellige diagnosene er bakgrunnen for et felles regelsett at problemstillingene knyttet til manglende samtykkekompetanse og bruk av tvang for en stor del er de samme.³⁶

3.2.2 Det saklige virkeområdet

Pasrl. kap 4 A kommer til anvendelse ”når helsepersonell yter helsehjelp”, jf. pasrl.§ 4 A-2 første ledd.

Begrepet ”helsehjelp” er legaldefinert i pasrl.§ 1-3 bokstav c og omfatter alle ”handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål (...).” Definisjonen er vid og det fremgår av forarbeidene³⁷ at meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for all helsehjelp som har et medisinsk element. Begrepet ”handling” omfatter undersøkelse, behandling, utredning og vurdering, samt pleie- og omsorgstiltak som er hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom.³⁸ Utenfor definisjonen av helsehjelp faller handlinger som har forskning eller utprøvende behandling som formål. Selv om begrepet helsehjelp favner vidt er det likevel ikke all helsehjelp som kan gis mot pasientens vilje med hjemmel i kap. 4 A. Loven oppstiller et krav om at den aktuelle helsehjelpen er nødvendig for å unngå vesentlig helseskade på pasienten. Det stilles således en høy terskel for å kunne sette pasientens selvbestemmelsesrett til side.

Den aktuelle helsehjelpen må utføres av ”helsepersonell”. Helsepersonell er i pasrl.§ 1-3 bokstav d definert gjennom en henvisning til hlspl.§ 3 som har en uttømmende definisjon. I følge § 3 første ledd nr. 1 omfattes personell som har autorisasjon og lisens etter hlspl.§§ 48 og 49 hvor det opplistes 29 yrkesgrupper som for eksempel leger, tannleger, sykepleiere, hjelpepleiere og vernepleiere. Videre følger det av § 3 første ledd nr. 2 og 3 jf. tredje ledd at også annet personell i helsetjenesten herunder elever og studenter som ikke har autorisasjon eller lisens, regnes som helsepersonell dersom de ”yter helsehjelp”. Hvorvidt personellet kan sies å yte helsehjelp beror på en vurdering av stillingens karakter. Regelverket åpner etter dette ikke for at pårørende eller andre som ikke regnes som helsepersonell kan utføre tvangstiltak etter kap. 4 A.

Kapittel 4 A gir ikke hjemmel for å fatte vedtak om helsehjelp for behandling av psykiske lidelser. Dette er presisert i pasrl.§ 4 A-2 annet ledd som uttrykker at ”undersøkelse og behandling av psykisk lidelse uten eget samtykke (...) bare [kan] skje med hjemmel i lov om psykisk helsevern”. Pasienter med psykiske lidelser kan imidlertid også ha behov for somatisk helsehjelp og den psykiske lidelsen vil ofte kunne være årsak til at pasienten både mangler samtykkekompetanse og motsetter seg helsehjelpen. Bestemmelsen i § 4 A-2 er derfor ikke til

³⁶ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 30

³⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 126

³⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s.126

hinder for at det kan fattes vedtak om *somatisk* helsehjelp etter kap 4 A selv om pasienten har en psykisk lidelse. Helsehjelp etter kap. 4 A kan også gis samtidig som pasienten mottar helsehjelp etter psykisk helsevernloven, dette vil imidlertid være mest aktuelt overfor pasienter som er under tvungent psykisk helsevern, da det er en forutsetning for frivillig psykisk helsevern at pasienten er samtykkekompetent.

3.2.3 Det stedlige virkeområdet

Pasientrettighetslovens stedlige virkeområde fremgår av pasrl.§ 1-2 første ledd og gjelder ”(...) i riket”. Lovgiver har ikke utvidet dette virkeområdet i forhold til kap. 4 A og det er derfor ikke anledning til å benytte tvungen helsehjelp i utlandet. Dette ble også fastslått i Helsedirektoratets vurdering av om reglene kan anvendes i utlandet når kommuner arrangerer feriereiser for demente eller psykisk utviklingshemmede pasienter. Helsedirektoratet la i sin tolkningsuttalelse³⁹ til grunn at ”kap. 4 A ikke kan anvendes i utlandet, selv om den aktuelle tvungne helsehjelpen forutsettes utført av norsk helsepersonell overfor norske pasienter i forbindelse med feriereiser i regi av norske helseinstitusjoner.” Det ble videre presisert at ”antatt behov for bruk av tvungen helsehjelp for å unngå vesentlig helseskade bør (...) være et moment i vurderingen når det overveies om en pasient uten samtykkekompetanse skal tilbys slike feriereiser til utlandet.” Dersom det oppstår situasjoner hvor det er behov for tvangsbruk i utlandet må helsepersonellet således følge det aktuelle lands regler om bruk av tvang eller nødrett.

Kap. 4 A gjelder for hele helsetjenesten og omfatter derfor både primærhelsetjenesten, spesialisthelsetjenesten og tannhelsetjenesten, jf. pasrl.§ 1-3 bokstav d. Anvendelsesområde til kap. 4 A er knyttet til selve tjenesteytelsen og er derfor arenauavhengig. Tvungen helsehjelp kan gis både i institusjoner som sykehjem eller sykehus, omsorgsboliger eller i pasientens eget hjem. Vedtak om tvungen innleggelse og tilbakeholdelse kan likevel bare skje i ”helseinstitusjon”, jf. pasrl.§ 4 A-4 annet ledd.

3.3 Materielle vilkår etter § 4 A-3

3.3.1 Innledning

Kap 4 A åpner for å gi helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen. Den rettslige problemstillingen som reiser seg er på hvilke vilkår det kan treffes vedtak om bruk av tvang for å yte helsehjelp. Bruk av tvang vil alltid representere en krenkelse av pasientens integritet, det er derfor viktig at tvang aldri benyttes i større grad enn absolutt nødvendig. Kap. 4 A oppstiller derfor strenge vilkår for å kunne yte helsehjelp mot pasientens vilje.

Som det fremgår av formålsbestemmelsen i pasrl.§ 4 A-1 skal helsehjelpen ”så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett”. Pasienter som helt eller delvis mangler samtykkekompetanse har også en rett til å bli møtt med respekt for sin

³⁹ Helsedirektoratet, fortolkning, ref.10/254

integritet. Loven oppstiller derfor et krav om at ”tillitskapende tiltak [må] ha vært forsøkt” før det gis adgang til å gi helsehjelp som pasienten motsetter seg, jf. pasrl.§ 4 A-3 første ledd. Dersom tillitskapende tiltak ikke fører frem og pasienten opprettholder sin motstand kan det treffes vedtak om tvungen helsehjelp dersom de øvrige vilkårene i § 4 A-3 er oppfylt. Bestemmelsen oppstiller i annet ledd tre kumulative vilkår;

- a) en unnlattelse av å gi helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade for pasienten, og
- b) helsehjelpen anses nødvendig, og
- c) tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen.

Selv om vilkårene i første og annet ledd er oppfylt følger det av bestemmelsens tredje ledd at helsehjelp bare kan gis der dette etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for pasienten.

3.3.2 Tillitskapende tiltak må ha vært forsøkt

Det er et hovedmål med kap. 4 A å begrense bruken av tvang. Kravet om at tillitskapende tiltak må forsøkes før det eventuelt kan fattes vedtak om tvang er et viktig vilkår for å oppnå dette målet og for å unngå at tvang benyttes i utrensmål. Vilåret er også et uttrykk for det minste middels prinsipp som innebærer at det ikke skal gjøres større inngrep i en persons rettsstilling enn det som er nødvendig ut fra personens situasjon og behov.

Kravet om tillitskapende tiltak innebærer at helsepersonellet må legge til rette for at pasientens motstand blir nedbygget slik at helsehjelpen kan mottas frivillig etter reglene i pasrl. kap. 4. Helsepersonellet må derfor prøve å få pasienten til å forstå at det er i hans eller hennes egen interesse å ta i mot den aktuelle helsehjelpen.⁴⁰ Det følger av pasrl.§§ 3-2 og 3-5 at pasienten har rett på informasjon for å få innsikt i helsehjelpen og at informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger. Helsepersonellet må derfor ta seg god tid til å forklare pasienten hvorfor helsehjelpen er nødvendig og hvilke konsekvenser som følger av å unnlate helsehjelpen. Pasienten må også gis tid til å forstå hva som skjer og til å innstille seg på den aktuelle helsehjelpen.

Hva som regnes som tillitskapende tiltak vil kunne variere fra sak til sak og kan således ikke standardiseres. Hvilke tiltak som kreves for å oppfylle lovens vilkår må derfor bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Vurderingstemaet er hvorvidt helsepersonellet har forsøkt å legge til rette for at helsehjelpen kan ytes uten bruk av tvang. Det er imidlertid klart at pasientens motstand ikke kan overvinnes med trussel om å bruke tvang, dette vil kunne anses som straffbar tvang etter strl. § 222.

I følge forarbeidene⁴¹ innebærer vilåret om tillitskapende tiltak også et krav om at helsehjelpen må tilrettelegges den enkelte pasients behov. Demente vil for eksempel kunne uttrykke motstand på grunn av at de er utrygge på omgivelsene, det vil da være viktig å ha fokus på miljørettede tiltak som gir pasienten trygge og stabile omgivelser for å avverge

⁴⁰ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 86

⁴¹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 36

motstand. Eksempel på dette kan være, aktiviteter, økt mulighet for sosialt samvær med andre eller oversiktlige fysiske omgivelser.

LG-2010-82289 (KOLS-dommen) gjaldt en kvinne som led av paranoid schizofreni og alvorlig KOLS. Kvinnen var på frivillig basis villig til å ta i mot helsehjelp, men hun motsatte seg innleggelse på et bestemt sykehjem for behandling av KOLS-sykdommen. Hun ønsket primært å bo i eget hjem, alternativt i en annen institusjon. Kvinnens prosessfullmektig hevdet at det kunne vært gjort flere tillitskapende tiltak på sykehjemmet. Han pekte bl.a. på at kvinnens hverdag var helt uten sosiale og andre aktiviteter og at det for henne opplevdes som et liv uten innhold. Med et annet aktivitetsopplegg tilpasset hennes alder og tilstand mente han at det ikke ville vært behov for et tvangsvedtak. Lagmannsretten synes ikke å ta stilling til spørsmålet om *tilrettelegging av helsetilbudet* i sykehjemmet under vurderingen av tillitskapende tiltak. Om tillitskapende tiltak uttaler lagmannsretten kun at ”det ved tillitskapende tiltak [ikke] vil kunne skapes en tilstrekkelig bo- og livssituasjon for henne hjemme i hennes leilighet.” I stedet fremhever retten under helhetsvurderingen etter § 4 A-3 tredje ledd at det er klare svakheter ved dagens bosituasjon ved at det ikke er lagt spesielt til rette for aktiviteter som gjør at kvinnen får en mer meningsfull hverdag og en bedre livskvalitet, disse forholdene ble likevel ikke funnet å være av så vidt tyngende karakter at det kunne oppveie for fordelene med tvangsvedtaket. Avslutningsvis i dommen uttales det at ”lagmannsretten finner grunn til å understreke at ved en eventuell videreføring av tvangsvedtaket utover [det opprinnelige vedtaket], vil det kunne være av vesentlig betydning ved forholdsmessighetsvurderingen at tiltak som nevnt til bedring av A sin livskvalitet, er satt i verk.” Etter min oppfatning synes lagmannsrettens vurdering lite treffende. Det drøftes ikke om tillitskapende tiltak har vært forsøkt og det nevnes heller ikke eksplisitt at tillitskapende tiltak anses åpenbart formålsløst.

Dersom pasientens motstand ikke opphører og det må fattes vedtak om tvungen helsehjelp, må de ulike tillitskapende tiltakene beskrives i vedtaket slik at det gis en reell etterprøvmulighet. Av Helsetilsynets oppsummeringsrapport⁴² fremgår det at det i et høyt antall vedtak foreligger mangelfulle og til dels fraværende opplysninger om hvorvidt tillitskapende tiltak er forsøkt. Dette kan gi inntrykk av at helsetjenesten i for liten grad fokuserer på å begrense bruken av tvang i tråd med kapittelets formål.

Kravet om tillitskapende tiltak kan imidlertid fravikes dersom det er ”åpenbart formålsløst” å prøve dette, jf. pasrl.§ 4 A-3 første ledd. Forarbeidene angir ikke hva som ligger i dette unntaket. I rundskrivet⁴³ uttrykkes det at vilkåret er strengt og at det skal mye til for at helsepersonell ikke skal forsøke tillitskapende tiltak før tvungen helsehjelp eventuelt iverksettes. En unnlattelse av å forsøke med tillitskapende tiltak kan således ikke begrunnes med tidsmangel eller manglende ressurser. Unntaket må sees i sammenheng med at antesipert motstand er likestilt med reell motstand etter pasrl.§ 4 A-3 annet ledd. Når helsepersonellet erfaringsmessig vet at pasienten vil yte sterk motstand mot å innta medisiner kan det virke mot sin hensikt å forsøke å overvinne pasientens motstand med tillitskapende tiltak.

⁴² Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009-2010

⁴³ Rundskriv IS-10/2008 s. 25

Tillitskapende tiltak kan imidlertid ikke unnlates med den begrunnelse at pasienten generelt er krevende og vanskelig. Det avgjørende må være om forsøk på tillitskapende tiltak i disse tilfellene bare vil medføre at pasientens motstand blir forsterket.

3.3.3 Pasienten motsetter seg helsehjelpen

Det er en forutsetning for å kunne fatte vedtak om helsehjelp etter pasrl. kap 4 A at pasientens motstand vedvarer etter at tillitskapende tiltak er forsøkt.

Spørsmålet er hva som regnes som motstand etter kap. 4 A. Begrepet ”motstand” må forstås som et uttrykk for at pasienten ikke ønsker den aktuelle helsehjelpen. Motstand kan uttrykkes både verbalt og fysisk, det er derfor ikke selve uttrykksformen som er avgjørende.⁴⁴

Vurderingen av om pasienten motsetter seg helsehjelpen må derfor bero på en tolkning av pasientens reaksjoner, noe som forutsetter at helsepersonellet har en god kjennskap til pasienten. I noen tilfeller vil pasienten ikke ha evne til å vise motstand, vurderingen av om pasienten motsetter seg helsehjelpen i disse tilfellene vil bero på et konkret skjønn. Det er imidlertid påpekt i rundskrivet⁴⁵ at dersom helsepersonellet er i tvil, skal det legges til grunn at pasienten motsetter seg helsehjelpen slik at helsehjelpen må ytes etter reglene i kap 4A. Bakgrunnen for dette er at pasienten skal sikres de rettssikkerhetsgarantier som kap 4 A representerer.

Utgangspunktet etter kap. 4 A er at pasienten skal gis den helsehjelp som han eller hun presumptivt ville takket ja til dersom pasienten hadde vært i stand til å avgi gyldig samtykke. Det må derfor tas hensyn til at pasienter uten samtykkekompetanse også kan ha rasjonelle grunner for å motsette seg helsehjelpen. En pasient kan ha uttrykt klare motforestillinger mot å ta smertestillende medisin før han ble vurdert til å mangle samtykkekompetanse. Det er derfor viktig å klargjøre pasientens motstandsgrunnlag for å kunne nå formålet med å ivareta pasientens integritet og selvbestemmelsesrett i størst mulig grad. Pasientens nærmeste pårørende og helsepersonell som har fulgt pasienten over tid vil kunne bidra til å forstå hva som ligger til grunn for pasientens motstand. Dersom pasienten finnes å ha rasjonelle grunner for sin motstand skal dette veie tungt i helhetsvurderingen som skal foretas etter pasrl. § 4 A-3 tredje ledd.

Spørsmålet er så når pasientens motstand må komme til uttrykk.

Det klare utgangspunktet er at motstanden må uttrykkes i det øyeblikket helsehjelpen blir tilbudt. Det følger imidlertid av pasrl. § 4 A-3 annet ledd annet alternativ at det kan treffes vedtak om tvungen helsehjelp dersom ”(...) helsepersonellet [vet] at vedkommende med stor sannsynlighet vil opprettholde sin motstand”. Bestemmelsen gir uttrykk for at også forventet motstand kan legges til grunn for å fatte vedtak om tvang. Dette er nærmere presisert i forarbeidene hvor det fremgår at antasert motstand skal likestilles med uttrykt motstand.⁴⁶ Ordlyden ”stor sannsynlighet” tilsier at sannsynlighetsgraden må være kvalifisert.

⁴⁴ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.36

⁴⁵ IS-10/2008 s. 28

⁴⁶ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 37

Når lovgiver har valgt å likestille antesipert motstand med uttrykt motstand må dette sees i sammenheng med at tillitskapende tiltak etter første ledd kan unnlates dersom dette fremstår som ”åpenbart formålsløst”, samt at tvangstiltak kan gjennomføres ved å ”omgå motstand hos pasienten”, jf. § 4 A-4 første ledd. Det kan derfor være aktuelt å legge til grunn forventet motstand når helsepersonellet på bakgrunn av tidligere erfaringer vet at pasienten eksempelvis kommer til å motsette seg å innta nødvendige medisiner. Loven åpner for at helsepersonellet i disse tilfellene kan forsøke å omgå pasientens motstand, ved å gjemme medisin i pasientens mat. Det er imidlertid ikke anledning til å legge til grunn antesipert motstand basert på at pasienten generelt er vanskelig og lite samarbeidsvillig. Forventet motstand kan således ikke fastslås bare for å omgå selve motstandssituasjonen, i disse tilfellene vil det ikke være tale om å ”oppretholde” motstand.

3.3.4 Vesentlig helseskade

Etter pasrl. § 4 A-1 er det et formål å sikre at pasienten får nødvendig helsehjelp for å unngå ”vesentlig helseskade”, og dette er også ett av vilkårene for å bruke tvang etter § 4 A-3 annet ledd bokstav a. Dersom det ikke foreligger fare for ”vesentlig helseskade” er vi utenfor det rettsgode som loven tar sikte på å beskytte, og tvang kan følgelig ikke anvendes etter dette kapitlet.

Det må være fare for vesentlig helseskade for ”pasienten”. Loven åpner således ikke for å bruke tvang av hensyn til helsepersonellet, medpasienter eller pårørende. Dette står i motsetning til psykisk helsevernloven hvor et vedtak om tvungent psykisk helsevern kan fattes når en pasient på grunn av sinnslidelsen utgjør en ”nærliggende og alvorlig fare for (...) andres liv eller helse”, jf. pshvl. § 3-3 første ledd punkt 3 litra b. Kravet om at det må være fare for vesentlig helseskade for ”pasienten” innebærer også at tvang aldri skal benyttes som følge av mangel på tilstrekkelig helsepersonell eller av økonomiske grunner, dette er uttrykkelig nevnt i forarbeidene.⁴⁷

Spørsmålet er så hva som ligger i begrepet ”helseskade”. Lovteksten gir ingen definisjon. I følge Østenstad⁴⁸ innebærer begrepet helseskade en fysisk eller psykisk skade på kroppens sunnhetstilstand. At både fysiske og psykiske skader omfattes er også presisert i forarbeidene.⁴⁹ Selv om kap. 4 A ikke gir hjemmel for å behandle psykiske lidelser er det likevel adgang til å fatte vedtak om tvang dersom en unnlattelse av å yte helsehjelp vil kunne *medføre* psykiske lidelser, for eksempel på grunn av smertetilstander. Har derimot den psykiske lidelsen allerede oppstått, må behandling skje etter lov om psykisk helsevern.

Den forventede helseskaden må være ”vesentlig”. Vesentlighetskravet angir en terskel for hvor alvorlig den forventede helseskaden må være for at tvang skal kunne iverksettes. Begrepet er skjønnsmessig og forutsetter en medisinfaglig vurdering. I følge forarbeidene⁵⁰ må helseskaden forventes å ha et betydelig omfang og/eller alvorlige konsekvenser. Tvungen

⁴⁷ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 29

⁴⁸ Østenstad, s. 353

⁴⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s. 37

⁵⁰ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 37

helsehjelp kan således ikke iverksettes for å avverge at pasienten får lettere skade eller helseplage. Det kreves imidlertid ikke at den forventede helseskaden må være så kritisk at den faller inn under hlspl. § 7 om øyeblikkelig hjelp. Kap. 4 A tar nettopp sikte på å dekke de tilfeller som ”kan føre til” vesentlig helseskade dersom helsehjelp ikke blir gitt.

Når lovgiver har valgt å legge en høy terskel for bruk av tvang blir spørsmålet hvorvidt dette medfører at enkelte former for helsehjelp faller utenfor anvendelsesområdet til kap. 4 A. Som nevnt under punkt 3.2.2 omfatter helsehjelp handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål.

Den mest aktuelle formen for helsehjelp for å unngå vesentlig helseskade er behandlende handlinger. Det følger av forarbeidene⁵¹ at begrepet handling også omfatter undersøkelser. Det vil ofte være avgjørende å foreta en undersøkelse for å kunne fastslå diagnose og dermed om det foreligger behov for helsehjelp. Konsekvensen av å unnlate å undersøke pasienten kan i mange tilfeller føre til vesentlig helseskade, i rundskrivet⁵² nevnes som eksempel en pasient som til tross for forsøk på tillitskapende tiltak nekter å ta blodprøve. Kap 4 A åpner for at slike tiltak kan iverksettes mot pasientens vilje forutsatt at helsepersonellet vurderer blodprøven som nødvendig for å unngå vesentlig helseskade.

Forebyggende behandling kan også i enkelte tilfeller anses nødvendig for å unngå vesentlig helseskade. Dette vil særlig være aktuelt innenfor tannhelsetjenesten. I tannlegedommen ble forventede komplikasjoner i form av ”infeksjoner i tannrøttene som kan spre seg til kjeven” ansett å utgjøre fare for vesentlig helseskade. Selv om behandling med antibiotika kunne fjerne infeksjonen midlertidig, ville selve årsaken til infeksjonen, tannråten, bestå og igjen føre til nye infeksjoner. I dommen beskrives konsekvensen av å unnlate behandling som at nye ”infeksjon[er] som sprer seg til kjeven, i ytterste fall [kan] være dødelig”.

Sannsynligheten for at en infeksjon skal bli dødelig ble oppgitt til å være lavere enn 1 %. Lagmannsretten kom likevel til at ”[n]år denne sannsynligheten, som i seg selv ikke er høy, ses i sammenheng med den fatale konsekvensen, må risikoen likevel betegnes som reell”.

Med helsebevarende handlinger menes helsehjelp som i utgangspunktet ikke har som formål å helbrede pasienten, men hvor det ytes helsehjelp for å holde pasienten så frisk som mulig og for å forhindre at tilstanden forverres. Helsebevarende tiltak vil være mest aktuelt overfor pasienter med kroniske lidelser. Dersom det er fare for at tilstanden foruten helsehjelp kan føre til vesentlig helseskade, kan det ytes tvungen helsehjelp etter kap. 4 A. I ”KOLS-dommen” motsatte pasienten seg ikke den aktuelle behandlingen, men selve innleggelsen på det sykehjemmet hvor den helsebevarende behandlingen mot KOLS ble gitt. Om faren for vesentlig helseskade uttaler lagmannsretten at ”[D]ersom hun skulle tilbakeføres til egen bolig vil det uten døgkontinuerlig tilsyn lett kunne oppstå situasjoner hvor hennes handlinger kan føre til at oksygentilførselen blir feildosert – med stor fare for svært alvorlige konsekvenser, jfr. Pasientrettighetsloven § 4A-3, annet ledd, bokstav a.”

⁵¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 126

⁵² IS-10/2008 s. 29

Pleie- og omsorgstiltak omfatter helsehjelp til å opprettholde et best mulig liv for pasienten til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom⁵³. Helsehjelpen vil kunne bestå av tiltak knyttet til personlig hygiene, nærings- og væskeinntak og andre grunnleggende behov.⁵⁴ Det er klart at en unnlattelse av å få hjelp til å innta nødvendig næring og væske kan medføre vesentlig helseskade. Spørsmålet som reiser seg er om unnlattelse av hjelpetiltak knyttet til personlig hygiene kan medføre vesentlig helseskade. Hygiene er et personlig anliggende, det vil derfor kunne oppleves som svært integritetskrenkende for pasienten dersom andre skal kunne gripe inn i dennes private sfære. Med mindre pasienten lider av spesielle sykdommer eller er plaget med inkontinens, vil det som regel ikke medføre skade dersom pasienten velger å ikke vaske og stelle seg. Manglende hårklipp og barbering vil heller ikke kunne anses å medføre skade. Selv om tiltak i form av dusjing og stell fra et objektivt ståsted vil være til pasientens beste, åpner kap. 4 A således ikke for at det kan fattes vedtak om tvang i disse tilfellene. Det kan spørres om tiltak i form av vask og stell til en viss grad burde vært omfattet av regelverket, selv om unnlattelsen ikke medfører vesentlig skade. Personer med demens kan for eksempel bli likegyldig til personlig hygiene og utseende. Det kan da stilles spørsmål om respekten for pasientens menneskeverd burde medføre at pasienten ble sikret en alminnelig god hygiene. Hjemmel for disse tilfellene er også etterlyst i juridisk teori.⁵⁵

I noen tilfeller vil imidlertid unnlattelse av vask og stell kunne føre til vesentlig helseskade. Dersom en pasient er sengeliggende over lang tid vil det kunne være nødvendig med stell og massasje for å unngå vesentlig helseskade i form av alvorlige liggesår. Helsepersonellet vil også kunne utføre tvungent sårstell dersom en unnlattelse vil føre til betennelser. Ved langt kommet demens vil personen ofte kunne lide av inkontinens, dersom pasienten er tilgriset av urin og ikke selv vasker seg, kan det være aktuelt med tvangsdujing for å unngå vesentlig helseskade. Det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om unnlattelsen av å yte helsehjelpen vil kunne medføre vesentlig helseskade.

Det vil kunne være en utfordring for helsepersonell og evt. medpasienter å omgås en person som ikke vasker og steller seg. Det er imidlertid klart at tiltak etter kap. 4 A bare kan iverksettes dersom det er fare for vesentlig helseskade for ”pasienten”, loven åpner således ikke for at tiltak kan iverksettes av hensyn til andre. Det kan likevel stilles spørsmål om uutholdelig lukt på grunn av langvarig manglende kroppsvask må kunne anses å være så uakseptabel for pasienten selv at det derfor må anses som en psykisk skade på kroppens sunnhetstilstand.

3.3.5 Helsehjelpen anses nødvendig

I tillegg til at unnlattelse av å gi helsehjelp må kunne føre til vesentlig helseskade er det et krav om at helsehjelpen anses ”nødvendig”, jf. bokstav b. Ordlyden tilsier at det må foreligge et behov for den aktuelle helsehjelpen.

⁵³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) s. 126

⁵⁴ IS-10/2008 s. 30

⁵⁵ Se for eksempel Østenstad og Syse

Hva som anses som nødvendig helsehjelp må bero på en konkret medisinsk vurdering av pasientens helsemessige behov. Terskelen er lavere enn for akutthjelp som er regulert i hlspl.§ 7 hvor helsehjelpen må være ”påtrengende nødvendig”. Det stilles imidlertid ikke et krav til at den helsehjelpen som skal ytes gir fullstendig helbredelse, pleie- og omsorgsformål kan således også være ”nødvendig”.

Det fremgår av forarbeidene⁵⁶ at nødvendighetskravet må sees i sammenheng med vilkåret om ”nødvendig helsehjelp” i pasrl.§ 2-1 første ledd og khtjl.§ 2-1, likevel avgrenset mot at helsehjelpen etter kap. 4 A er nødvendig for å hindre vesentlig helseskade. I merknaden til khtjl.§ 2-1 uttales det at bestemmelsen ”inneholder en hjemmel for at pasienten har et rettskrav på helsehjelp (...)”⁵⁷. I Fusa-dommen⁵⁸ ble det fastslått at rettskravet etter khtjl.§ 2-1 innebærer et krav på en minstestandard av helsetjenester ut fra pasientens behov for helsehjelp. Forarbeidenes henvisning til khtjl.§ 2-1 kan etter dette tyde på at lovgiver med nødvendighetskravet mener at pasienten må ha et rettskrav på den aktuelle helsehjelpen og at dette skal fremstå som en grense for hvilke tiltak som kan iverksettes med tvang. Med denne forståelsen av nødvendighetskravet får imidlertid vilkåret liten selvstendig verdi ved siden av kravet om ”vesentlig helseskade”. Vesentlighetskravet stiller jo nettopp en høy terskel til den forventede risikoen ved å unnlate bruk tvang, og dermed vil disse tilfellene uansett falle inn under rettskravsstandarder i khtjl.§ 2-1.

Nødvendighetsvilkåret kan imidlertid også forstås som et krav om å minimere inngrepene i tråd med subsidiaritetsprinsippet. Vurderingstemaet blir da om det finnes alternative tiltak som vil virke mindre inngripende for pasienten for å unngå vesentlig helseskade. Denne forståelsen synes å være lagt til grunn i ”tannlegedommen” hvor ”[L]agmannsretten konstaterer at tannbehandling i dette tilfellet er det eneste som kan forhindre vesentlig helseskade for A. Det finnes ingen alternative behandlingsmåter som kan fjerne risikoen for betennelser i tannrøtter og kjeve.” Samme vurderingstema fremgår også av ”KOLS-dommen” hvor det uttrykkes at ”lagmannsretten finner at den helsehjelp [kvinnen] nå mottar på sykehjemmet er nødvendig (...). Sett på bakgrunn av [kvinnens] helsetilstand finner lagmannsretten at hennes omfattende behov for helsehjelp, pleie og omsorg kun lar seg oppfylle på en forsvarlig måte ved et fast opphold på et sykehjem(...)”.

Nødvendighetsvilkåret må etter dette forstås som at det stilles krav til selve behovet for helsehjelp samt at bruken av tvang skal søkes minimert etter subsidiaritetsprinsippet.

3.3.6 Forholdsmessighetsvurdering

Selv om en unnlattelse av å gi helsehjelp kan medføre vesentlig helseskade og helsehjelpen anses nødvendig, stilles det i tillegg et krav til at ”tiltakene står i forhold til behovet for helsehjelpen”, jf. bokstav c. Det må således foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom mål og middel. Det fremgår av forarbeidene at ”tiltaka [må] verke klart meir positivt enn dei

⁵⁶ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.40

⁵⁷ Ot.prp.nr.66(1981-1982) s.30

⁵⁸ Rt.1990 s. 874

negative konsekvensane av å bruke tvang”.⁵⁹ I dette ligger et krav om at den aktuelle helsehjelpen må kunne være effektiv. Forholdsmessighetsvurderingen vil dermed til en viss grad overlape nødvendighetskravet, dersom den aktuelle helsehjelpen ikke er nødvendig vil den heller ikke kunne anses forholdsmessig.

Forholdsmessighetskravet går imidlertid et skritt lenger ved at det må tas hensyn til de ulempene tvangsbruken medfører. Vurderingstemaet er hvorvidt det aktuelle tiltaket objektivt sett fremstår som forholdsmessig i forhold til pasientens behov for helsehjelp, og dernest om tiltaket subjektivt vil være forholdsmessig sett i lys av pasientens situasjon. Intensiteten i forholdsmessigheten vil variere med inngrepets styrke. Ved alvorlige inngrep som innleggelse eller inngrep i kroppen må behovet for helsehjelp være betydelig mye større enn for mindre inngripende tiltak for at forholdsmessighet skal kunne oppnås.

Det aktuelle tiltaket må anses forholdsmessig på det tidspunktet skal iverksettes. I ”KOLSDommen” uttaler lagmannsretten at ”ved en eventuell videreføring av tvangstiltaket utover [det opprinnelige vedtaket], vil det kunne være av vesentlig betydning ved forholdsmessighetsvurderingen at tiltak (...) til bedring av A sin livskvalitet, er satt i verk”. Etter min oppfatning uttrykker lagmannsretten her implisitt at tiltaket er uforholdsmessig.

Til syvende og sist bunner forholdsmessighetsvurderingen i et spørsmål om hva som er til det beste for pasienten, vurderingen vil derfor være svært lik den helhetsvurdering som skal foretas etter § 4A-3 tredje ledd.

3.3.7 Helhetsvurdering

Selv om vilkårene i § 4 A-3 annet ledd finnes oppfylt kan tvungen helsehjelp ”bare gis der dette etter en helhetsvurdering fremstår som den klart beste løsningen for pasienten”, jf. § 4A-3 tredje ledd.

Vurderingen vil som nevnt til en viss grad overlape forholdsmessighetsvurderingen. Det subjektive aspektet gis imidlertid en større plass i helhetsvurderingen, herunder pasientens opplevelse av situasjonen. I denne vurderingen vil det kunne legges vekt på om pasienten har rasjonelle grunner for å motsette seg helsehjelpen.

I § 4A-3 tredje ledd annen setning er det fremhevet to momenter som det skal legges vekt på i totalvurderingen, disse er ikke uttømmende jf. ordlyden ”blant annet”.

For det første skal det legges vekt på ”graden av motstand”. Under høringsrunden kom det flere innvendinger mot at pasientens motstand skal graderes. Motstand kan uttrykkes på mange ulike måter, og det vil da kunne medføre at de svakeste gruppene gis dårligst rettssikkerhet. Det kan tenkes at en pasient føler sterk motstand mot et tiltak, men på grunn av helsetilstanden greier ikke pasienten å gi sterkt nok uttrykk for dette. Motsatt kan en pasient

⁵⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.40

gjennomgående ha en aggressiv væremåte som medfører at hans motstand blir oppfattet som sterkere enn hva pasienten egentlig mener.

Det skal videre vurderes om det ”i nær fremtid kan forventes at pasienten vil kunne gjenvinne sin samtykkekompetanse”. Dersom helsepersonellet kjenner til at pasienten har et svingende fungeringsnivå, må helsehjelpen utsettes til den kan baseres på et gyldig samtykke, forutsatt at det ikke oppstår risiko for vesentlig helseskade i mellomtiden.

4 TILTAK SOM KAN GJENNOMFØRES MED HJEMMEL I KAP 4A

4.1 Innledning

Dersom vilkårene i § 4A-3 finnes oppfylt kan nødvendig helsehjelp gjennomføres med ”tvang” eller ”andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten”, jf. pasrl. § 4 A-4 første ledd. I annet og tredje ledd er det gitt en særskilt hjemmel for de mest inngripende tiltakene, dersom lovens vilkår er oppfylt kan innleggelse og tilbakeholdelse i institusjon og varslingssystemer med tekniske innretninger og bevegelseshindrende tiltak benyttes for å få gjennomført helsehjelpen. I tredje ledd er det presisert at tiltakene skal vurderes fortløpende og straks avbrytes dersom lovens vilkår ikke er til stede. Dersom faren for vesentlig helseskade har opphørt, eller helsehjelpen ikke lenger anses nødvendig eller forholdsmessig, må tiltaket avbrytes. Helsepersonellet plikter således å hindre unødig tvangsbruk. Det aktuelle tiltaket kan vise seg å ikke ha ønsket virkning eller uforutsette negative virkninger, dette er momenter som særlig skal vektlegges, jf. tredje ledd annet punktum.

På grunn av oppgavens størrelse vil jeg ikke gå nærmere inn på tiltakene ”varslingssystemer med tekniske innretninger” og ”bevegelseshindrende tiltak”.

4.2 Tvang

Loven spesifiserer ikke nærmere hva som inngår i begrepet ”tvang”. I forarbeidene uttrykkes det at ”tvang” omfatter de tiltak som blir brukt for å overvinne eller omgå motstand fra pasienten⁶⁰, dette gir imidlertid ikke helsepersonellet noen veiledning på hvilke gjennomføringsmåter som kan iverksettes for å gi nødvendig helsehjelp. Flere høringsinstanser etterlyste i høringsrunden en egen definisjon av tvangsbegrepet i lovteksten. Departementet valgte likevel å stå fast ved det synspunkt at ”det ikke er ønskeleg å definere omgrepet ”tvang”⁶¹. Bakgrunnen for dette er at loven er diagnosenøytral slik at pasientenes sykdomsbilde vil være ulikeartet og dermed vil nødvendiggjøre tiltak av ulik karakter. En opplisting av aktuelle tiltak kunne virket mot sin hensikt ved at tiltak som ville vært det minst inngripende for pasienten kunne blitt utelukket.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 44

⁶¹ Som over

Konsekvensen av at tvangsbegrepet ikke defineres er at helsepersonellet får en vid ramme til å vurdere hvilke gjennomføringstiltak som kan iverksettes, i et rettssikkerhetsperspektiv kan dette synes betenkelig. Tiltaket må imidlertid være i samsvar med de øvrige vilkårene i kap. 4 A, herunder at tiltaket må anses forholdsmessig. Hvilke tiltak som kan iverksettes må derfor være gjenstand for en konkret vurdering basert på det mildeste inngreps prinsipp. Helsehjelpen skal i følge formålsbestemmelsen i § 4A-1 annet ledd tilrettelegges med ”respekt for den enkeltes psykiske og fysiske integritet, og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens selvbestemmelsesrett.” Helsepersonellet må derfor vektlegge hva som vil være det minst inngripende tiltaket for pasienten i hvert enkelt tilfelle. Forsvarlighetskravet i hlspl.§ 4 setter også en grense for hvilke tiltak som kan iverksettes, det er en forutsetning at tiltakene må være alminnelig akseptert i fagmiljøet og at helsepersonellet må ha kunnskap om effekten og konsekvensene av det aktuelle tiltaket.

Aktuelle tiltak som kan iverksettes for å få gjennomført nødvendig behandling eller undersøkelse kan innebære alt fra holding av pasientens armer og ben til å legge pasienten i narkose. Det understrekes imidlertid i forarbeidene at narkose er et alvorlig inngrep, og at det kreves tungtveiende grunner for å benytte narkose mot pasientens vilje.⁶² Videre vil ulike tiltak som stell og pleie kunne være aktuelt som forebyggende tiltak. Dersom pasienten motsetter seg å oppsøke helsetjenesten for å få utført nødvendig helsehjelp vil også transport til det aktuelle behandlingsstedet kunne omfattes av bestemmelsen.

Tiltak som kun tar sikte på å legge de ytre omstendighetene best mulig til rette for å få utført selve helsehjelpen faller imidlertid utenfor § 4 A-4. Spørsmål om dette ble forelagt Helsetilsynet i en konkret sak som gjaldt en hjemmeboende pasient som mottok jevnlig helsehjelp fra kommunehelsetjenesten i form av forebygging og behandling av sårinfeksjoner.⁶³ På grunn av at pasientens hjem var svært rotete og uhygienisk ble utførelsen av helsehjelpen vanskeliggjort. Pasienten motsatte seg hjelp til rydding og vasking og det ble derfor fattet vedtak etter kap. 4 A om at hjemmet jevnlig skulle ryddes og renoveres, herunder eiendeler fjernes. Helsedirektoratet kom til at et ”tiltak som går ut på å rydding og renovering av hjemmet (...) neppe kan hjemles i § 4 A-4”. Dette ble begrunnet med at tiltaket måtte anses like integritetsinngripende som de tiltakene lovgiver har valgt å hjemle særskilt etter annet og tredje ledd, samt at tiltaket vil støte an både mot EMK art 8 om retten til privatliv og hjem og straffelovgivningen for øvrig.

Noen tiltak vil ikke kunne anses som tvang, selv om pasienten motsetter seg det. Dette vil kunne være grensesettende handlinger som er så lite integritetskrenkende at de ikke krever en konkret hjemmel. I sosialtjenesteloven er tvangsbegrepets nedre grense regulert i § 4 A-2 annet ledd hvor det fremgår at ”alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art [ikke](...) anses som bruk av tvang eller makt”. En liknende avgrensing gjenfinnes ikke i pasientrettighetslovens bestemmelser. I forarbeidene⁶⁴ gjengis imidlertid de nøyaktig samme avgrensningene som sosialtjenesteloven oppstiller, for øvrig uten henvisning. Etter min oppfatning hadde det vært hensiktsmessig med en presisering

⁶² Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 44

⁶³ Helsedirektoratet, tolkningsuttalelse, ref.10/254

⁶⁴ Ot.prp. nr. 64(2005-2006) s. 44

også i pasientrettighetsloven, dette ville kunne gjøre det enklere for helsepersonellet å forholde seg til rammene rundt regelverket.

4.3 Andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten

Loven likestiller ”andre tiltak for å omgå motstand hos pasienten” med tvang. Ordlyden tar sikte på utypiske tvangstiltak som gjennomføres for å unngå pasientens motstand. Bestemmelsen må sees i sammenheng med at antasert motstand kan gi grunnlag for å fatte vedtak om tvang etter pasrl. § 4A-3 annet ledd. Tiltak som ikke blir møtt med motstand når det gjennomføres vil således omfattes av § 4A-4 annet alternativ, så fremt hensikten utelukkende er å omgå motstand. En forutsetning for å anvende tiltak for å omgå motstand er naturligvis at de øvrige vilkårene i kap. 4 A finnes oppfylt.

Aktuelle tiltak for å omgå pasientens motstand kan være å blande medisin i pasientens mat når helsepersonellet på forhånd vet at pasienten kommer til å motsette seg å innta den nødvendige medisinen. I følge forarbeidene⁶⁵ kan også narkose benyttes for å få unngå at pasienten motsetter seg nødvendig behandling, som for eksempel tannbehandling.

Som nevnt under punkt 4.1 kreves det tungtveiende grunner for å bruke narkose mot pasientens vilje. Selv om det i utgangspunktet kan være mindre tyngende for pasienten å slippe å uttrykke motstand, må det etter min oppfatning stilles en enda høyere terskel for bruk av narkose mot pasientens vitende. Det følger implisitt av pasrl. § 3-2 annet ledd at pasienten tidligere har motsatt seg helsehjelpen, dette gjelder imidlertid selve helsehjelpen og ikke selve gjennomføringstiltaket. Narkose er et alvorlig inngrep og kan i verste fall være dødelig. Av den grunn finner jeg det lite betryggende at pasienten ikke skal gis anledning til å motsette seg selve gjennomføringstiltaket, det vil da ikke være mulig å vurdere om en eventuell motstand er rasjonelt begrunnet.

4.4 Medisinering

Medisinering vil ofte kunne være nødvendig for å unngå vesentlig helseskade for pasienten. Problemet oppstår når pasienten på grunn av manglende innsikt i egen helsesituasjon motsetter seg å innta nødvendige medisiner. Medisinering er ikke eksplisitt nevnt som tiltak etter § 4A-4, men det fremgår av forarbeidene at loven ”opnar for å gi medisinar som pasienten motset seg (...)”.⁶⁶

Medisinering mot pasientens vilje representerer et stort inngrep i pasientens fysiske integritet og selvbestemmelsesrett. Likevel tilsier respekten for menneskeverdet at personer som på grunn av sykdom og psykiske lidelser ikke forstår sitt helsemessige behov må ivaretas, slik at de ikke går til grunne på grunn av manglende medisiner.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om medisinering burde vært gitt en tydelig hjemmel i loven på lik linje med innleggelse, tilbakeholdelse, varslingssystemer og bevegelseshindrende

⁶⁵ Ot.prp. nr. 64(2005-2006) s. 44

⁶⁶ Som over

tiltak, jf. pasrl.§ 4A-4 annet og tredje ledd. Disse tiltakene har lovgiver funnet så alvorlige at de krever en særskilt regulering. Etter min mening må tvangsmedisinering anses å være minst like inngripende for pasienten som for eksempel bruk av en sengehest som bevegelseshindrende tiltak.

Medisinering mot pasientens vilje kan utføres ved hjelp av fysisk makt. Pasienten kan eksempelvis holdes fast mens helsepersonellet setter en sprøyte eller tvinger pasienten til å svelge tabletter. Dette vil imidlertid kunne oppleves svært nedverdiggende og integritetskrenkende for pasienten. Den integritetskrenkende følelsen vil også kunne vedvare lenge utover den tiden selve tvangsmedisineringen pågår. Det vil derfor for en del pasienter kunne være mindre byrdefullt å være uvitende til selve medisineringsen, ved såkalt snikmedisinering, hvor medisinen gjemmes i pasientens mat eller drikke. Det fremgår klart av forarbeidene at ”også medisin som er skjult til dømes i syltetøyet, er omfatta (...)”.⁶⁷ Snikmedisinering kan således benyttes for å omgå motstand eller forventet motstand i tilfeller hvor bruk av fysisk makt vil innebære en større belastning for pasienten enn den integritetskrenkelse som følger av den skjulte medisineringsen. Helsepersonellet må således foreta en konkret vurdering etter det mildeste inngreps prinsipp. I enkelte tilfeller vil snikmedisinering være den mest forsvarlige løsningen medisinsk sett. Østenstad⁶⁸ nevner som eksempel en utviklingshemmet pasient som nekter å ta livsviktig hjertemedisin. Bruk av fysisk makt for å gjennomføre tvangsmedisineringen vil her kunne sette pasienten i fare og dermed motvirke formålet med behandlingen.

Det er en forutsetning for å kunne blande medisin i mat og drikke at det er medisinsk forsvarlig å knuse/dele det aktuelle legemiddelet. Egenskapene til virkemidlene i medisinen kan påvirkes når den ytre formen endres, helsepersonellet må derfor rådføre seg med kvalifisert personell, for eksempel en farmasøyt, før tiltaket iverksettes.⁶⁹ Det faktum at knusing/deling av legemidler i enkelte tilfeller kan få uønskede virkninger forsterker mitt synspunkt om at medisinering som tvangstiltak burde vært hjemlet særskilt.

Vesentlighetskravet i pasrl.§ 4 A-3 annet ledd bokstav b medfører at ikke alle typer medisiner kan gis ved bruk av tvang. Unnlattelse av å innta den aktuelle medisinen må være nødvendig for å unngå vesentlig helseskade for pasienten. Det er klart at livsviktige medisiner som insulin og hjertemedisiner oppfyller vesentlighetskravet. Hvorvidt legemidler med beroligende eller bedøvende formål kan gis vil avhenge av om medisinen er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen. Beroligende medisin kan imidlertid ikke gis med den hensikt å roe ned en utagerende pasient, med mindre pasienten foruten medisinen vil kunne påføre seg slev vesentlig helseskade. Kap 4A gjelder hjemler bare tvang for å hindre vesentlig helseskade ”for pasienten”, jf. pasrl.§ 4A-3 annet ledd, bokstav a. Det er dermed ikke anledning til å tvangsmedisinere en utagerende pasient med beroligende legemidler av hensyn til medpasienter eller helsepersonell. Medisinering må i disse tilfellene eventuelt skje etter nødrettsbestemmelsene.

⁶⁷ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s.44

⁶⁸ Østenstad Bjørn Henning, ”Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente”, s.677

⁶⁹ IS-10/2008 s.35

Etter pasrl.§ 4A-5 annet ledd annet punktum anses all tvangsmedisinering med reseptbelagte legemidler som et ”alvorlig inngrep”. Dersom det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen vurderer å gi reseptbelagte legemidler med tvang, må vedkommende rådføre seg med annet kvalifisert helsepersonell før vedtak kan fattes, jf. pasrl.§ 4A-5 annet ledd, første punktum.

Det følger av pasrl.§ 4A-6 første ledd at ”pasienten (...) snarest mulig [skal] underrettes om vedtak truffet etter § 4A-5”. Informasjonsplikten er viktig for å kunne sikre reelle klagemuligheter. I situasjoner hvor det er aktuelt med snikmedisinering vil det imidlertid virke lite hensiktsmessig å informere pasienten om vedtaket før tiltaket er gjennomført. Pasienten vil da lett kunne motsette seg å innta den aktuelle maten eller drikken. Det er derfor gjort et unntak av informasjonsplikten i pasrl.§ 4 A-6 annet ledd hvor det uttrykkes at ”etterfølgende underretning til pasienten er (...) tilstrekkelig dersom underretningen vil medføre fare for at helsehjelpen ikke kan gjennomføres”. Helsepersonellet må således vurdere om alternativet til snikmedisinering vil virke mer belastende for pasienten enn bruddet på informasjonsretten.⁷⁰

4.5 Innleggelse og tilbakeholdelse i helseinstitusjon

Det vil i mange tilfeller være en forutsetning for å kunne gjennomføre nødvendig helsehjelp at pasienten blir innlagt i institusjon. Når innleggelse og tilbakeholdelse skjer mot pasientens vilje er dette et stort inngrep i den personlige frihet som har et sterkt vern både etter Grunnloven § 99, det ulovfestede legalitetsprinsippet og menneskerettighetene. Straffeloven setter dessuten straff for den som ulovlig berøver en annen friheten, jf. strl.§ 223. Retten til frihet er fastslått i EMK art.5, artikkelen åpner imidlertid for lovlig frihetsberøvelse av bl.a. ”persons of unsound mind” når inngrepet er i samsvar med nasjonal lov. Under lovforberedelsen av kap. 4 A fant departementet at det var ”liten tvil om at dei tilstandane som er beskrivne i pasientrettslova § 4-3, fell inn under omgrepet « persons of unsound mind »”.⁷¹ Etter lovkravet stilles det krav til hjemmelens presisjonsnivå, jo større inngrep det er tale om, jo klarere hjemmel kreves påvist.⁷² I tråd med lovkravet er tvangsinnleggelse og tilbakeholdelse overfor personer uten samtykkekompetanse hjemlet særskilt.

Det følger av pasrl.§ 4 A-4 annet ledd at pasienten kan ”legges inn ved helseinstitusjon og holdes tilbake der dersom det er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen”.

Hva som ligger i selve innleggelsesbegrepet er ikke presisert verken i loven eller forarbeidene. I følge Østenstad⁷³ vil en naturlig tolking innebære at helsehjelpen bli gitt ved en sengepost, og at det er uten betydning om utskriving skal skje samme dag. Tvangstiltakets stedlige virkeområde er uttømmende regulert til å gjelde i ”helseinstitusjon”. I følge forarbeidene⁷⁴ omfatter dette institusjoner som hører inn under spesialisthelsetjenesteloven og

⁷⁰ Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s.45

⁷¹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s.68

⁷² Aal Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, s.281

⁷³ Østenstad Bjørn Henning, Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente, s.421.

⁷⁴ Ot.prp.nr.64 (2005-2006), s.45

kommunehelsetjenesteloven, som spesialiserte helseinstitusjoner, sykehus, sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie. Bestemmelsen avgrenses således mot kommunale omsorgsboliger og institusjoner som følger av annen lovgivning, som for eksempel aldershjem etter sosialtjenesteloven.

Før det fattes vedtak om tvungen innleggelse må det vurderes om helsehjelpen kan gjennomføres på en lempeligere måte, ved for eksempel et utvidet tilbud av hjemmetjenester. Innleggelse må fremstå som det klart beste alternativet i forhold til pasientens helsetilstand og behov for helsehjelp. Ressursmessige hensyn kan således aldri begrunne et vedtak om innleggelse.

For at innleggelse mot pasientens vilje skal kunne ha noen reell funksjon må helsepersonellet kunne ha mulighet til å holde pasienten tilbake på institusjonen. Med tilbakeholdelse menes tiltak for å hindre pasienten i å forlate institusjonen. Tilbakeholdelse kan gjennomføres på flere måter, det være seg låsing av utgangsdører, bruk av nøkkelkort eller kodelås som pasienten ikke mestrer å håndtere, eller fysisk holding.

Det er særlig i primærhelsetjenesten at behovet for tilbakeholdelse er stort, og spesielt overfor pasientgruppen demente. Demente vil kunne utsette seg selv for fare dersom de legger ut på "vandring" alene, på grunn av hukommelsessvikt og desorientering kan de forville seg i trafikkbildet eller glemme veien tilbake til institusjonen. Låste dører vil derfor være et tilbakeholdelsestiltak som ofte benyttes overfor demente. Det er imidlertid kun utgangsdører og dører mellom avdelinger som kan låses, loven åpner ikke for å isolere pasienten på eget rom.⁷⁵ For å unngå vedtak om tilbakeholdelse kan tiltak som aktivisering og tur i friluft med tilsyn kunne virke hensiktsmessig for å oppnå lovens formål med å begrense bruken av tvang.

Tilbakeholdelsesvedtak må treffes overfor den enkelte pasient. Noen tiltak vil imidlertid medføre virkninger for medpasienter, som for eksempel ved bruk av låste dører. Institusjonen må da sørge for at medpasientene sikres fri utgang ved for eksempel nøkkel eller kodekort. Flere tilsynsrapporter fra Helsetilsynet viser avvik på manglende vedtak om tilbakeholdelse i institusjon. Det kan dermed stilles spørsmål om de ulike aktørene har god nok kjennskap til lovverket. I et konkret tilfelle ble samtlige beboere på et sykehjem holdt innenfor en låst port på dagtid, uten at det var fattet vedtak om tilbakehold for noen av beboerne.⁷⁶ Tilbakeholdelse i institusjon uten vedtak er i strid med kap. 4 A og vil dermed også være i strid med EMK art. 5.

Når det fattes vedtak etter pasrl.§ 4A-5 annet ledd må det presiseres hvilke gjennomføringstiltak som omfattes. Et vedtak om innleggelse omfatter ikke tilbakehold, med mindre det fremgår av vedtaket. Grunnen til at loven skiller mellom innleggelse og tilbakeholdelse er for å hindre at det blir truffet vedtak som er mer inngripende enn nødvendig.⁷⁷ Selv om en dement person uttrykker motstand mot å bli innlagt på sykehjem, kan han finne seg til ro og bli tilfreds med situasjonen slik at det ikke blir aktuelt med

⁷⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 47

⁷⁶ Rapport fra Vestnes kommune

⁷⁷ Ot.prp.nr.64 (2005-20006) s.45

tilbakeholdelse. Motsatt kan en pasient som mangler samtykkekompetanse gå med på selve innleggelsen, men senere vil det kunne oppstå behov for tilbakehold. Også andre tiltak, som for eksempel tiltak om medisinerings eller bevegelsehindrende tiltak, krever eget vedtak.

5 VEDTAKSKOMPETANSE

Vedtak om tvungen helsehjelp treffes av ”det helsepersonellet som er ansvarlig for helsehjelpen”, jf. pasrl.§ 4 A-5 første ledd. Loven gir ikke noen nærmere anvisning på hvem som regnes som den ansvarlige for helsehjelpen.

Under høringsrunden kom det flere innspill om at vedtakskompetansen burde vært mer konkretisert for å unngå uklare ansvarsforhold. På bakgrunn av innspillene ble det påpekt i forarbeidene at det i praksis vil være lege eller tannlege som anses kvalifisert til å fatte vedtak etter pasrl.§ 4 A-5, ettersom det svært ofte vil dreie seg om medisinske eller odontologiske vurderinger.⁷⁸ Videre uttales det imidlertid at ”ein kan likevel ikkje [kan] utelukke at også anna helsepersonell enn lege/tannlege kan vere kvalifisert til å treffe vedtak om helsehjelp som pasienten motset seg,”⁷⁹ som eksempel nevnes det at sykepleiere og hjelpepleiere kan treffe vedtak om pleie. Uttalelsene i forarbeidene må forstås som at vedtak som krever medisinske og odontologiske vurderinger i utgangspunktet må fattes av lege eller tannlege, de øvrige vedtak kan derimot fattes av det helsepersonell som anses kvalifisert i forhold til det aktuelle tiltaket.

Hvem som skal anses kvalifisert må bero på en konkret vurdering basert på normen om en forsvarlig yrkesutøvelse, jf. hlspl.§ 4. Forsvarlighetskravet innebærer at helsepersonellet ikke må gå ut over sin faglige kompetanse. Tannpleieren kan således ikke fatte vedtak om tvang som ligger innenfor tannlegen sitt ansvarsområde og spesialisthelsetjenesten kan ikke fatte vedtak om tvang som ligger innenfor kommunehelsetjenestens ansvarsområde. Kravet om forsvarlighet innebærer også at helsepersonellet må være i stand til å vurdere om lovens vilkår for å anvende tvang er oppfylt, herunder å vurdere konsekvensene ved bruk av tvang.

Av de tolkningsuttalelser som Helsedirektoratet har publisert på sine nettsider, er de fleste knyttet til hvem som skal anses vedtaksberettiget i ulike sammenhenger.

I en sak ble det stilt spørsmål om hvem som har vedtakskompetanse i de tilfeller hvor spesialisthelsetjenesten er involvert etter henvisning fra pasientens fastlege. Om dette uttaler Helsedirektoratet⁸⁰ at ”det vil være i konflikt med faglig forsvarlighet og skape uklare ansvarsforhold, dersom for eksempel fastlege fatter vedtak om helsehjelp som legespesialist i en annen virksomhet skal gjennomføre på et fremtidig tidspunkt der fastlegen ikke selv er tilstede. I slike tilfeller må den som skal gjennomføre helsehjelpen søke råd hos det helsepersonell som kjenner pasienten(…)” Fastlegens rolle blir i følge Helsedirektoratets

⁷⁸ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 52

⁷⁹ Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 52

⁸⁰ Helsedirektoratet, fortolknings sak, ref. 08/4894

oppfatning således begrenset til selve forberedelsen av vedtaket og til å gi råd og innspill til den som skal gjennomføre tiltaket.

I en annen sak ble det stilt spørsmål om hvem som har vedtakskompetanse når pasienten motsetter seg flere ulike tiltak som skal gjennomføres av flere legespesialister under samme behandling, for eksempel når tannbehandling og øre-nese-halsundersøkelser skal foretas under én og samme narkose. Helsedirektoratet⁸¹ uttaler om dette at ”der flere er ansvarlig for ulike typer helsehjelp under én narkose (...) vil både tannlegen som skal utføre tannbehandlingen og øre-nese-hals-lege som skal undersøke øret, måtte fatte hvert sitt vedtak”. I dette tilfelle må således både tannlegen og øre-nese-hals-legen fatte hvert sitt vedtak og hver for seg undersøke om lovens vilkår for å bruke narkose er til stede.

Bakgrunnen for at det må fattes særskilte vedtak for hvert tiltak og fra den enkelte ansvarlige for helsehjelpen er å sikre notoritet rundt tvangsbruken og å begrense bruken av tvang i tråd med lovens formål. Det kan likevel i noen tilfeller virke tungvindt at det må fattes vedtak for hvert enkelt tiltak. Det påpekes imidlertid i forarbeidene⁸² at ”[d]et er viktig at ein ikkje legg opp til uhøvelege prosedyrar”. Det er derfor presisert i pasrl.§ 4 A-5 tredje ledd at et vedtak om undersøkelse og behandling også omfatter den pleie og omsorg som er nødvendig for å gjennomføre undersøkelsen og behandlingen. Dersom det blir fattet et vedtak om operasjon som pasienten motsetter seg, vil dermed den pleie og omsorg som er nødvendig for å få gjennomført helsehjelpen være innbefattet i vedtaket.⁸³ Tilsvarende gjelder også nødvendig pleie og omsorg etter operasjonen og frem til pasienten er ”friskmeldt”.

For helsehjelp som innebærer et ”alvorlig inngrep” for pasienten, stilles det krav om at den ansvarlige for helsehjelpen rådfører seg med ”annet kvalifisert helsepersonell” før vedtak treffes, jf. § 4A-5 annet ledd. I vurderingen av om tiltaket representerer et alvorlig inngrep skal det bl.a.tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte midler og graden av motstand, jf. pasrl.§ 4 A-5 annet ledd. Ordlyden ”annet kvalifisert helsepersonell” tilsier en forsvarlighetsvurdering etter hlspl.§ 4. Det stilles således ikke krav til at personen den vedtaksansvarlig må rådføre seg med, er lege eller tannlege. I rundskrivet⁸⁴ legges det vekt på at det vil være hensiktsmessig å konferere med sykepleiere eller hjelpepleiere som kjenner pasienten og situasjonen godt, og som således har verdifull kunnskap som kan vektlegges i vurderingen av om vedtaket skal fattes. Bestemmelsen oppstiller ikke et krav om at den andre må være enig i avgjørelsen, det er nok at saken blir drøftet. Forarbeidene gir likevel uttrykk for at det ved uenigheter bør søkes råd hos ytterligere annet kvalifisert personell før endelig vedtak blir truffet.⁸⁵ Dette vil også kunne være nødvendig for å få saken tilstrekkelig opplyst, jf. fvl.§ 17 første ledd.⁸⁶ De bakenforliggende hensyn med samrådsplikten er å kvalitetssikre at vedtak av alvorlig karakter er faglig

⁸¹ Helsedirektoratet, fortolkningssak, Ref. 09/7020

⁸² Ot.prp.nr.64 (2005-2006) s. 53

⁸³ Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, s.359

⁸⁴ Rundskriv IS-10/2008 s. 43

⁸⁵ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 53

⁸⁶ Jf. Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, s. 439.

forsvarlig og at de ikke er basert på utenforliggende hensyn. Bruk av tvang representerer alltid et inngrep i pasientens integritet, det kan derfor synes betenkelig at ikke alle tvangsvedtak blir fattet i samråd med annet kvalifisert personell.

Det kan videre stilles spørsmål om vedtakskompetansen etter kap. 4 A burde vært flyttet opp på et høyere ansvarsnivå. Sett i et rettssikkerhetsperspektiv synes det lite betryggende at kompetansen er så vid og at utdypingen om legers/odontologers kompetanse er gjemt i forarbeidene. De mange forespørslene rettet til Helsetilsynet kan tyde på at de aktuelle aktørene er usikre på lovtolkningen og at det dermed foreligger uklare ansvarsforhold. En konsekvens av uklare ansvarsforhold kan være at det blir fattet flere vedtak om tvang enn nødvendig, stikk i strid med kapittelets formål. Det faktum at en og samme tjenesteyter først har myndighet til å vurdere at pasienten ikke har samtykkekompetanse for deretter å beslutte at tvangstiltak skal iverksettes kan virke lite betryggende og vil kunne skape mistillit mellom pasient og helsepersonell. Vurderingen av om vilkårene for bruk av tvang er oppfylt krever også en solid kompetanse og det kan stilles spørsmålsteget ved om en vernepleier eller sykepleier har nok opplæring i å kunne foreta en så omfattende vurdering. En konsekvens av uklare ansvarsforhold kan medføre at lovverket blir praktisert forskjellig fra sted til sted slik at pasientenes rettssikkerhet blir ulikt ivaretatt.

Praktiske hensyn kan imidlertid tale for at annet helsepersonell enn lege/tannlege bør ha vedtakskompetanse i enkelte tilfeller. I sykehjem og boform for heldøgns omsorg og pleie vil det ikke nødvendigvis være en lege tilgjengelig på ethvert tidspunkt, forsvarlighetskravet kan da tilsi at mindre kvalifisert personell kan fatte vedtak i enkelte situasjoner for å unngå unødig tidsspille. Argumentet er likevel ikke særlig tungtveiende, situasjoner som krever rask handling vil stort sett være akutte og dermed falle inn under hlspl.§ 7 om øyeblikkelig hjelp.

En mellomløsning kunne vært å presisere i lovteksten at kun en lege/odontolog eller en vedtaksansvarlig på overordnet nivå kan være beslutningsansvarlig for de mest alvorlige tiltakene som nevnes eksplisitt i pasrl.§ 4 A-5. Loven oppstiller riktignok et krav om at det i disse tilfellene må søkes samråd med annet kvalifisert personell før vedtak treffes, men som nevnt stilles det ikke krav om at den man samråder seg med skal være mer kvalifisert enn den vedtaksansvarlig selv.

I helselovgivningen for øvrig stilles det langt strengere krav til den vedtaksansvarlige for beslutninger om bruk av tvang. I psykisk helsevernloven er kompetansen for å beslutte vedtak om observasjon eller tvungent psykisk helsevern lagt til den ”faglig ansvarlige”, jf. phlsvl.§§ 3-2 og 3-3 første ledd. Det følger av phlsvl.§ 1-4 at den faglige ansvarlige ”skal være lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis og videreutdanning”. Det er også gitt en egen forskrift om den faglige ansvarlige for vedtak i det psykiske helsevernet.⁸⁷ I sosialtjenesteloven kap 4A har ”den som har det overordnede faglige ansvaret for tjenesten” vedtakskompetanse for vedtak om skadeavvergende tiltak i gjentatte nødsituasjoner, og for vedtak som iverksettes for å dekke tjenestemottakerens grunnleggende

⁸⁷ FOR 2000-12-01 nr. 1219

behov for mat og drikke, påkledning, hvile, søvn, hygiene og personlig trygghet, jf. sostjl. § 4 A-5 tredje ledd litra b og c. Etter disse to regelsettene er det til en hver tid klart hvem som har vedtakskompetanse og beslutningene sikres ved bruk av særlig godt kvalifisert helsepersonell.

Tvungen somatisk helsehjelp vil kunne være minst like inngripende som vedtak etter de omtalte regelsettene. Vedtak om tvungent psykisk helsevern må kunne likestilles med vedtak om tvungen innleggelse og tilbakeholdelse i somatisk institusjon, og vedtak om tvungen pleie og omsorg etter pasrl. kap. 4 A har mange likhetstrekk med vedtak som kan fattes etter sostjl. § 4 A-5 tredje ledd litra c. Det kan derfor spørres hvorfor lovgiver har valgt å sette vedtakskompetansen til et så lavt nivå i pasientrettighetsloven, har ikke pasienter med behov for somatisk helsehjelp krav på den samme rettssikkerheten som psykisk syke?

6 LITTERATURLISTE

Artikler og tidsskrift:

Hoffmann, Bjørn, *Pasientautonomi som etisk rettesnor*, Sykepleien 2002 90(17):39-44

Syse, Aslak, *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 4/2006 s.318

Østenstad, Bjørn Henning, *Grunnverdier og grunnbegreper i debatten om bruk av tvang mot utviklingshemma og demente*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter nr. 4/2006 s.343-362

Aasen, Henriette Sinding, *Frivillighet, tvang og menneskeverd ved innleggelse i det psykiske helsevernet*, Tidsskrift for Norsk Psykologforening ,12/ 2009, s. 1175-1181

Lover:

Grunnloven av 17. mai 1814

Straffeloven - LOV-1902-05-22-10

Lov nr. 81/1991 – Lov om sosiale tjenester

Lov nr. 63/1999 – Lov om pasientrettigheter

Lov nr. 30/1999 - Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, (menneskerettsloven).

Lov nr. 62/1999 - Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

Lov nr. 64/1999 – Lov om helsepersonell

Forskrifter:

FOR 2000-12-01 nr. 1219: Forskrift om den faglig ansvarlige for vedtak i det psykiske helsevernet

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr.64 (2005-2006) – om lov om endringer i pasientrettighetslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse)

Ot.prp.nr.12 (1998-1999) – lov om pasientrettigheter

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) – om lov om helsepersonell

Stortingsmeldinger:

Stortingsmelding nr.28 (1999-2000): Innhold og kvalitet i omsorgstjenestene

Offentlige utredninger:

NOU 1991:20, Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming

Rundskriv og forvaltningspraksis

IS-10/2008 fra Helsedirektoratet, Lov om pasientrettigheter kapittel 4 A, Helsehjelp til pasienter uten samtykkekompetanse som motsetter seg helsehjelpen

IK-2/2008 fra Statens helsetilsyn, Retningslinjer for Helsetilsynet i fylkets behandling av vedtak og klagesaker etter pasientrettighetsloven kapittel 4 A

Helsetilsynet, Internserien 3/2011, Oppsummeringsrapport – Helsetilsynet i fylkenes saksbehandling ved mottak av kopi av vedtak hjemlet i pasientrettighetsloven kap. 4A – 2009-2010

Rettspraksis:

Rt.1990 s. 874 – Fusa-dommen

Rt. 1993 s. 1169 – ”Nervesvulstdommen”

Rt.1977 s.1035 – Sykejournaldommen

LB-2011-37799, Borgarting lagmannsrett

LG-2010-82289, Gulating lagmannsrett

Litteratur:

Kjønstad, Bernt, Kjellevold og Hove, *Sosial trygghet og rettssikkerhet – under sosialtjenesteloven og barneverntjenesten*, 2. utgave 2. opplag (Bergen, Oslo, Stavanger 2000).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve 2004 2. opplag (Bergen 2005).

Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede*, (Oslo 1995).

Syse, Aslak, *Pasientrettighetsloven med kommentarer*, 3. utgave (Oslo 2009).

Østenstad, Bjørn Henning, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente*, avhandling for graden philosophiae doctor (PhD) (Bergen, 2009).

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave (Bergen 2007).

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

Internettsider:

Helsetilsynets tilsynsrapport i Vestnes kommune

<http://www.helsetilsynet.no/no/Tilsyn/Tilsynsrapporter/More-Romsdal/2011/Vestnes-kommune-samtykkekompetanse-og-bruk-av-tvang-2011/>

Helsedirektoratets tolkningsuttalelser: <http://helsedirektoratet.no/kapittel4a/uttalelser/>