

Status for det nye vilkåret om samtykkekompetanse etter psykisk helsevernloven § 3-3

Emilie Kirkeby Brastad

Liten masteroppgave i emne JUR-3902 høst 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Rettskildebildet.....	3
1.3	Fremgangsmåter og avgrensinger	3
2	Grunnleggende hensyn i psykisk helsevern	5
2.1	Autonomi og selvbestemmelsesrett.....	5
2.2	Paternalisme	6
3	Vilkårene i phvl.§ 3-3.....	8
3.1	Hovedvilkåret ”alvorlig sinnslidelse”	8
3.2	Tilleggsvilkårene ”behandling” og ”fare”	8
3.2.1	Behandlingsvilkåret.....	9
3.2.2	Farevilkåret.....	9
3.3	Frivillig helsevern har vært forsøkt.....	9
3.4	Krav om helhetsvurdering	10
4	Samtykkekompetanse.....	11
4.1	Samtykkekompetanse som vilkår for tvungent psykisk helsevern.....	12
4.2	Samtykkekompetanse ved farevilkåret.....	12
4.3	Samtykkekompetansevurderingen.....	13
5	Vurderingsmomenter i samtykkekompetansevurderingen.....	14
5.1	Innledning.....	14
5.2	Hvor stor rettskildemessig vekt har lagmannsrettsdommer?	14
5.3	Rettspraksis	15
5.4	HR-2018-2204-A	17
5.5	Overordnede kriterier for samtykkekompetansevurderingen.....	20
5.5.1	Sykdomsvilkåret.....	20
5.5.2	Årsakssammenheng.....	20

5.5.3	Manglende forståelseevne.....	21
5.5.4	Begrepene ”manglende forståelseevne” og ”manglende sykdomsinnsikt”	22
5.6	”Åpenbart” som beviskrav	23
5.6.1	Innledning.....	23
5.6.2	Beviskravet ”åpenbart” i loven.....	23
5.6.3	Vurderinger av beviskravet ”åpenbart” i NOU 2011:9	24
5.6.4	Vurderinger om ”åpenbart” i vedlegg nr.3 i NOU 2011:9	25
5.6.5	Vurderinger av beviskravet ”åpenbart” i Prop. 147 L (2015-2016).....	26
5.6.6	Beviskravet ”åpenbart” i rundskrivet IS-1/2017	27
5.6.7	Beviskravet ”åpenbart” i lagmannsrettsavgjørelsene	27
5.6.8	Lagmannsrettens bruk av rettskilder	28
5.7	Sykdomsinnsikt som vurderingstema.....	28
5.7.1	Innledning.....	28
5.7.2	Vurdering av kriteriet sykdomsinnsikt i NOU 2011:9	29
5.7.3	Om sykdomsinnsikt i IS/2017	29
5.7.4	Utfordringer med sykdomsinnsikt som vurderingstema	30
5.7.5	Vektlegging av sykdomsinnsikt i lagmannsrettsavgjørelsene.....	31
5.7.6	Hvilke momenter blir vektlagt av lagmannsrettene	31
5.7.7	Hvordan blir sykdomsinnsikt vektlagt i vurderingen av samtykkekompetanse?..	32
5.7.8	Domstolsprøving og prøving av vilkåret om sykdomsinnsikt	32
5.7.9	LG-2018-35336	35
5.8	Domstolens konkrete vurdering av samtykkekompetanse	36
5.8.1	Innledning.....	36
5.8.2	Domstolens anvendelse av momentene.....	37
5.9	Bruk av sakkyndige i domstolen	38
5.9.1	Innledning.....	38
5.9.2	Domstolens bruk av sakkyndige.....	40

5.9.3	Vektlegging av sakkyndige i HR-2018-2204-A.....	42
5.10	Pasienter uten tvungent døgnopphold	42
5.10.1	Innledning.....	42
5.10.2	Vilkårene for TUD	42
5.10.3	TUD pasienter og tvangsmedisineringsvedtak.....	44
5.10.4	Den relative samtykkekompetansen hos TUD-pasienter	45
5.10.5	Samtykkekompetanse knyttet til tvangsmedisinering	47
	Kildeliste	49
	Lover	49
	Forarbeider	49
	Rundskriv og forskrifter	49
	Rettspraksis	50
	Juridisk litteratur og artikler	51
	Utredninger.....	52
	Internasjonale konvensjoner.....	53
	EMD-dommer	53
	Annet	53

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Den 1. september 2017 trådte det nye endringene i kraft i psykisk helsevernloven. De største endringene var innføringen av manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvungen observasjon, tvungent vern og behandling uten eget samtykke. Endringene medførte at pasientene fikk en rett til å nekte behandling i psykisk helsevern. Foranledningen til endringene var arbeidet Paulsrud-utvalget avga i NOU 2011:9, Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet – Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern, og de endringene som ble lagt frem i Prop. 147 L (2015-2017). Bakgrunnen for lovendringen var regjeringens ønske om å styrke arbeidet med å redusere og kvalitetssikre bruken av tvang. Helse- og omsorgsdepartementets mål var å gi økt selvbestemmelse og rettsikkerhet for pasienter i psykisk helsevern.¹

Ettersom det i de siste årene har blitt truffet gjennomsnittlig 8 000 vedtak om tvangsvern,² er det tydelig at det nye vilkåret om manglende samtykkekompetanse er av stor betydning for mange mennesker. I 2016 var det totalt 1 831 personer som hadde vært under kontinuerlig vern i minst ett år. Samme år kontrollerte kontrollkommissjonen 4 090 vedtak om tvungent psykisk helsevern, mot 3 783 vedtak året før. Av disse klagene bestod 2 315 av klagene på etablering eller opprettholdelse av tvungent vern.³

Vilkåret om manglende samtykkekompetanse har ikke gått upåaktet hen. Fra medisinsk hold ble det fremholdt innsigelser blant annet mot at utvalget hadde lagt opp til for stor rettsliggjøring av psykiatrien. Fra bruker og menneskerettslig hold ble det fremholdt at utvalget ikke hadde gått langt nok i å begrense adgangen til tvang i psykiatrien.⁴

Psykologforeningen uttrykte noen av sine bekymringer ved høringsuttalelse for det nye vilkåret:

¹ Prop. L 147 (2015-2016) s. 5.

² Aslak Syse, "Store endringer i psykisk helsevernloven" *Tidsskrift for psykisk helsearbeid*, s.236-243. (s. 236.).

³ Helsedirektoratet: IS-2687 – *Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern* s. 7.

⁴ Guri Hestflått Gabrielsen, "Tvang i psykisk helsevern – Paulsrudutvalgets forslag i et diskrimineringsperspektiv" *Kritisk Juss*, volum 38, 03-04, 2012, s.248-260 (s. 6)

”Pasienter som gjennom tvangsvedtak kan medisineres, vil i en del tilfeller gjenvinne beslutningskompetanse, avslutte behandling og autoseponere medikamenter. Dette medfører en risiko for tilbakefall og nye akutte episoder.”⁵

Legeforeningen var også skeptiske til det nye forslaget og uttalte:

”Hvis utfallet av den foreslåtte lovendringen blir at færre psykotiske personer, og særlig ”nye syke”, blir tatt imot til tvungent psykisk helsevern, kan konsekvensene bli alvorlig for pasientene og deres pårørende. Langvarige, ubehandlede psykoser kan føre til helseskade på kort og lang sikt. Foruten å gi dårligere behandlingsutsikter så vil sen/forsinket behandling også kunne medføre økt forekomst av alvorlig vold og alvorlig suicidaladferd.”⁶

Forarbeidene i Prop. 147 L ga uttrykk for at et vilkår om manglende samtykkekompetanse for bruk av tvang ville innebære en sterkere rettsliggjøring av tvungent psykisk helsevern, og at økt rettsliggjøring kunne gjøre vurderingene mer tilgjengelig for kontroll av jurister og lekfolk i klageinstanser og domstoler, slik at rettssikkerheten til pasientene ble styrket. Videre at det kunne tenkes at rettstilstanden for pasientene ble mer forutberegnelig. Samtidig blir det i forarbeidene vist til utfordringer ved vilkåret, det at manglende samtykkekompetanse kan oppfattes som upresist og er vanskelig å praktisere for helsepersonell.⁷

Det er nå over ett år siden vilkåret om manglende samtykkekompetanse trådte i kraft, oppgaven vil derfor ta sikte på å undersøke hva som er status for det nye vilkåret om samtykkekompetanse. Praksisen om samtykkekompetanse fra domstolene det siste året danner grunnlag for å undersøke hva som skal forstås med samtykkekompetanse.

Analysen av rettspraksis tar utgangspunkt i 14 lagmannsrettsavgjørelser som alle har behandlet det nye vilkåret om samtykkekompetanse etter 1. september 2017. Den 23. november i år kom den første Høyesterettsdommen der kravet til samtykkekompetanse i det psykiske helsevern ble vurdert. Det har tidligere vært svært sparsomt med rettspraksis om samtykkekompetanse noe som har medført at rettstilstanden vedrørende hva som egentlig tillegges begrepet samtykkekompetanse og hva som er fremgangsmåten ved en slik vurdering, lenge har vært uklar.

⁵ Prop. 147 L (2015-2016) s. 21.

⁶ Prop. 147 L (2015-2016) s. 22.

⁷ Prop. 147 L (2015-2016) s. 25.

1.2 Rettskildebildet

1.2.1.1 Lov

Psykisk helsevernloven (lov av 2.juli 1999 nr.62, forkortet phvl.) regulerer det psykiske helsevernet i Norge. Loven regulerer manglende samtykke som vilkår for tvungent psykisk helsevern i phvl.§ 3-3 nr.4.

Psykisk helsevernloven er bare en av mange lover som regulerer det psykiske helsevernet. Loven må blant annet ses i sammenheng med pasient- og brukerrettighetsloven. Lov om pasient- og brukerrettigheter (lov av 2.juli 1999 nr.63) § 4-3 andre ledd regulerer når det foreligger manglende samtykkekompetanse.

1.2.1.2 Forarbeider

Det er flere forarbeider som er sentrale for oppgaven.⁸

1.2.1.3 Rettspraksis

Det er begrenset med Høyesterettsdommer på tvungent psykisk helsevern.

1.2.1.4 Forskrifter og forarbeider.

Det var flere forskrifter som var gitt til 1999-loven, men fra 2012 ble de forent i én felles psykisk helsevernforskrift⁹, i tillegg kom det i 2017 et nytt rundskriv til loven.¹⁰

1.2.1.5 Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter

Viktige menneskerettslige kilder ved tvangsbruk er EMK med tilhørende praksis fra EMD. Videre Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), og Europarådets bioetiske konvensjon.

1.3 Fremgangsmåter og avgrensinger

Oppgaven er i utgangspunktet en rettsdogmatisk oppgave som benytter juridisk metode for å analysere og avklare problemstillingene som reises i oppgaven. Hovedhensikten er å få frem gjeldende rett etter phvl.§ 3-3 nr.4 ved å tolke lovteksten og ved å undersøke hvordan domstolene vurderer samtykkekompetanse.

⁸ NOU 2011:9 – *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet*, Prop.147 L (2015-2016), Ot.prp.nr.11 (1998-1999), Ot.prp. 65 (2005-2006).

⁹ Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m (Psykisk helsevernforskriften, 2012).

¹⁰ Rundskrivet IS-1/2017 – Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskrift med kommentarer.

De rettskildene som har størst betydning for fastlegging av innholdet i bestemmelsen er lovteksten, lovens forarbeider, rettspraksis og reelle hensyn. Der temaet er behandlet i juridisk litteratur vil disse også bli nevnt. Internasjonale rettskilder har også en viss betydning ettersom Norge har menneskerettslige forpliktelser på dette området. I oppgaven blir det lagt til grunn at det har skjedd flere vurderinger av psykisk helsevern opp mot EMK art.5, det er antatt i teorien at den psykisk helsevernloven oppfyller artikkelen. Relevante avgjørelser fra EMD vil bli nevnt, men det har ikke blitt sett på alle avgjørelser på området. Oppgaven forsøker ikke å bringe ny kunnskap fra EMD.¹¹ Det er i tillegg gjort avgrensinger mot CRPD¹², og mot Europarådets bioetiske konvensjon.¹³

I kapittel 1 gjøres det rede for grunnleggende hensyn i psykisk helsevern, herunder autonomi, selvbestemmelse og paternalisme. I kapittel 2 gjøres det rede for det menneskerettslige perspektivet i psykisk helsevern, det avgrenses mot frihetsberøvelse. Kapittel 3 gir en kort framstilling av vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Kapittel 4 tar for seg vilkåret om samtykkekompetanse. I analysedelen i kapittel 5 avgrenses det mot dommer der farevilkåret etter psykisk helsevernloven § 3-3 er oppfylt, og samtykkekompetansevilkåret ikke blir vurdert. Det avgrenses også mot avgjørelser fra tingretten.

Oppgavens kapittel 5 består av en analyse av hvordan domstolen har tolket det nye vilkåret. Analysedelen er delt inn i 6 forskjellige underkapitler, slik at den første delen er en vurdering av lagmannsrettsavgjørelsene i lys av Høyesteretts dom i HR-2018-2204-A. Deretter vil analysedelen bestå av hvordan de ulike lagmannsrettene forholder seg til beviskravet ”åpenbart”, og videre til begrepet ”sykdomsinnsikt”. I fortsettelsen vil analysen bestå av et delkapittel som ser nærmere på domstolens vurderinger når det kommer til pasienter som er under tvang uten døgnopphold, såkalte ”TUD-pasienter”. Til slutt vil det bli sett på sakkynndiges rolle i domstolen. Ettersom dommen fra Høyesterett kom tett opp mot

¹¹ Dersom du vil lese mer om EMK, herunder frihetsberøvelse i Grunnloven 94 og EMK art.5 og de begrunnelser jeg har gjort for avgrensingen, så kan du se på følgende kilder: Jørgen All. Rettsstat og menneskerettigheter s.24, 99, 354, 357. Se også dokument 16 (2011-2012) s.113, 116-117. Larsen, Kjetil Mujezinović, Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Utredning avgitt til Utenriksdepartementet 28. juli 2015 s.28

¹² Om du vil lese mer om CRPD og de begrunnelser jeg har gjort for avgrensingen, så kan du se på følgende kilder: Larsen, Kjetil Mujezinović, Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Utredning avgitt til Utenriksdepartementet 28. juli 2015 s. 24 og 28, og HR-2016-1286-A avsnitt 29 HR-2016-2591-A avsnitt 47. Se også Marius Storvik, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, Tromsø 2017 s.57.

¹³ Om Europarådets bioetiske konvensjon se: NOU 2011:9 s.65.

ferdigstillelsen av denne oppgaven er analysen av lagmannsrettsdommene foretatt før avgjørelsen inntatt i HR-2018-2204-A ble avsagt, dette er med unntak av kapittel 5.3 der lagmannsrettsavgjørelsene blir vurdert i lys av Høyesterettsdommen.

2 Grunnleggende hensyn i psykisk helsevern

2.1 Autonomi og selvbestemmelsesrett

I helselovgivningen er utgangspunktet at mennesket er autonomt og har menneskeverd. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom psykisk helselovgivningen. I lovens formålsbestemmelse § 1-1 heter det at ”helsehjelpen skal tilrettelegges med respekt for den enkeltes fysiske og psykiske integritet og så langt som mulig være i overensstemmelse med pasientens behov og selvbestemmelsesrett og respekten for menneskeverdet.” Utgangspunktet er derfor at enhver har full bestemmelsesrett med hensyn til egen frihet, helse og liv.¹⁴

Selvbestemmelse betyr frihet til å treffe valg av betydning for eget liv og egen helse. Det er den enkelte pasient som bestemmer om han eller hun vil ha den helsehjelpen som tilbys.

Pasientens selvbestemmelse er også betegnet som pasientautonomi.¹⁵

Hensynet til å fremme helse må sies å være en grunnverdi i helseretten og i medisinsk etikk.¹⁶

I dag er dette hensynet særlig innrettet mot det enkelte menneskets velferd. Dette samsvarer med rettsreglene på området, som har utviklet seg til å bli mer individorientert og pasientforankret. Verdien av helse skal med andre ord som hovedregel vurderes i forhold til enkeltindividets behov, noe som innebærer et personrelatert helsebegrep.¹⁷ Autonomi innebærer en rett til å treffe beslutninger som angår ens egen situasjon og velferd. Kjernen i autonomibegrepet er i dag tanken om at enkeltmennesket skal få treffe sine egne beslutninger, og samtykke til handlinger som griper inn i vedkommendes liv eller personlig integritet. Det å respektere et menneskets autonomi, innebærer en plikt til å anerkjenne dette menneskets rett til å treffe valg ut fra sine personlige verdier, forutsetninger og oppfatninger.¹⁸

Som regel vil det være i samfunnets interesse at enkeltmenneskets vilje respekteres, til tross for at de fleste andre ville handlet annerledes, og til tross for at de sannsynligvis ville blitt friske. Begrunnelsen for dette er at det underbygger samfunnets humanistiske idealer om

¹⁴ NOU 2011:9 s. 23 .

¹⁵ <https://snl.no/selvbestemmelsesrett>

¹⁶ https://sml.snl.no/medisinsk_etikk

¹⁷ Henriette Sindig Aasen, *pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Bergen, 2010 s. 163.

¹⁸ Aasen (2000), s.148.

respekt for individet, også når det avviker fra flertallet.¹⁹ Psykisk helsevern skal som den klare hovedregel ytes på grunnlag av pasientens eget samtykke, dette fremgår av psykisk helsevernloven § 2-1. I lovgivningen er det åpnet for unntak fra hovedregel om pasientens selvbestemmelse. Et slikt unntak finner vi blant annet i psykisk helsevernloven kapittel 3. Kapittel 3 i psykisk helsevernloven hjemler frihetsberøvelse i institusjon, som kanskje er det største inngrepet i selvbestemmelsesretten. Unntaksbestemmelsene inneholder flere forskjellige vilkår og begrunnelser for å innskrenke pasientens selvbestemmelse. Ulike verdier og hensyn har blitt vurdert som så viktige at de kan gå foran hovedregelen om selvbestemmelse. Noen hensyn i slike tilfeller kan være å ivareta mennesker som mangler beslutningskompetanse, sikre effekt av helsehjelpen, ivareta mennesker som er til fare for seg selv, og ivareta mennesker som er til fare for andre.²⁰ Lovgivningen som i større grad vektlegger selvbestemmelse har ofte en mer eksplisitt vektlegging av pasientens individuelle preferanser og interesser, inklusiv eventuelle tidligere uttrykte ønsker, og med involvering av pårørende og andre som kjenner pasienten godt. Psykisk helsevernloven er en paternalistisk tvangslovgivning der disse aspektene er mindre vektlagt eller helt fraværende. Vurderingen av pasientens beste vil derfor i større grad bli styrt av hvilke diagnoser eller lidelser helsepersonellet mener at pasienten har og helsepersonellets vurdering av risiko.²¹

2.2 Paternalisme

Det har skjedd store endringer i lege-pasientforholdet, fra paternalisme til pasientautonomi som herskende medisinsketisk og rettslig norm. Det klareste rettslige uttrykket for overgangen fra paternalisme til pasientautonomi er kravet til samtykke.²²

Den medisinske paternalismen kjennetegnes ved at legen, ut fra sine faglige forutsetninger, og ut fra sin oppfatning om hva som er til pasientens beste, tar de avgjørende beslutninger med hensyn til valg av behandling. Den medisinske paternalismen innebærer nærmere bestemt en oppfatning om at et faglig basert behandlingsformål kan rettferdiggjøre inngrep. Selv om pasienten ikke ser seg tjent med behandlingen og kanskje motsetter seg den.²³

¹⁹Aasen (2000), s.149.

²⁰NOU 2011:9 s.140.

²¹NOU 2011:9 s.141.

²²Aslak Syse, "Om medisinsk etikk, medisin og juss" *Tidsskrift for Den norske legeforening*, 2007, s.1626 (s. 1626).

²³Aasen (2000) s.143.

Det vesentlige med paternalismebegrepet er at det henspiller på et ujevnbyrdig forhold mellom to parter, der den ene part på grunn av sin stilling, sine kunnskaper, eller annet, anses eller anser seg berettiget til å bestemme over eller dominere den andre.²⁴ Den medisinske paternalismen, der pasienten ikke trekkes med i de medisinske beslutningsprosesser, innebærer at legen foretar en vurdering ut fra sine egne kunnskaper, sin egen erfaring og sitt eget skjønn. Disse kunnskapene er ikke objektive størrelser, men i stor grad preget av helsepersonellens egen personlighet, verdigrunnlag og virkelighetsoppfatning.²⁵

Inngrep mot personens vilje fordi samfunnet ved kompetent organ vedtar frihetsberøvelse, eller andre tvangsinngrep, er utslag av paternalisme, det vil si at beslutningsfatteren ”vet best” hva som er i pasientens interesse. Frihetsberøvelse kan brukes ut fra to overordnede hensyn. Det ene er tvang i den psykisk syke personens egen interesse. Dette er for å sikre etablering eller vedlikehold av et forsvarlig behandlingstilbud eller for å hindre at vedkommende skader eget liv eller helse. Dette kalles individuell paternalisme. Det andre perspektivet er at frihetsberøvelse kan iverksettes for å hindre at den psykisk syke vil kunne skade andre personer liv eller helse. Dette kalles sosial paternalisme, og psykiatrien får da en samfunnsbeskyttende funksjon. Det er et fellestrekk ved lovgivning i de fleste vestlige land at begge disse hensyn ivaretas gjennom lovgivningen.²⁶

Det er først og fremst vernehensyn som ligger til grunn for enkelte av de bestemmelsene som legitimerer bruk av omsorgstvang. Dette gjelder regler som hjemler bruk av tvang når personen ellers kan gå glipp av vesentlig bedring gjennom en behandlingsmulighet eller være til fare for seg selv. Dette kan man kalle individuell paternalisme fordi man griper inn av hensyn til vedkommende selv. Dersom man griper inn for å beskytte andre, noe som er tillatt etter phvl. § 3-3 første ledd nr.3 bokstav b, kalles det gjerne sosial paternalisme.²⁷

²⁴ Aasen (2000) s. 144.

²⁵ Aasen (2000) s. 145.

²⁶ Aslak Syse, ”Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien” i *Nordisk tidsskrift for menneskerettighetene*, 2006, s.318-342 (s. 322).

²⁷ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I, grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, Oslo 2015 s. 483.

3 Vilkårene i phvl. § 3-3

3.1 Hovedvilkåret ”alvorlig sinnslidelse”

Psykisk helsevernloven (heretter phvl.) § 3-3 første ledd nummer 3 inneholder ett hovedvilkår og to alternative tilleggsvilkår i bokstav a og b. Hovedvilkåret er at pasienten må ha en ”alvorlig sinnslidelse”. Uttrykket ”alvorlig sinnslidelse” er et rettslig begrep som ikke tilsvarer noen konkret medisinsk diagnose.²⁸

Begrepet ”sinnslidelse” kan man forstå som en samlebetegnelse for en rekke psykiske lidelser. Begrepet ”alvorlig” sier noe om at det ikke er hvilken som helst psykisk lidelse som vil oppfylle vilkåret, men at lidelsen må påvirke i en slik grad at den vil bli ansett for å være alvorlig. Begrepet ”alvorlig sinnslidende” har blitt forsøkt klarlagt flere ganger gjennom rettspraksis. Første gang begrepet ble forsøkt klarlagt var i Rt.1987 s.1495. I denne saken uttalte førstvoterende at ”...den nye lovs uttrykk ”alvorlig sinnslidelse” bare i helt særlig tilfelle kan anvendes utenfor psykosene, synes også ha trengt igjennom som den rådende oppfatning i psykiatrisk helse”.²⁹ Høyesterett gjentok lovforståelsen i Rt.1988 s.634.³⁰

I en senere dom i Rt.1993 s.249 godtok Høyesterett at en person med flere psykotiske episoder og en utvilsom schizofrenidiagnose, også måtte oppfattes som ”alvorlig sinnslidende” i lovens forstand, selv i en symptomfri periode.³¹ Det ble lagt til grunn at symptomfriheten skyldtes inntak av antipsykotisk medikasjon, og at grunnlidelsen således hele tiden var til stede. Denne vurderingen er kritisert fordi den medfører både uklare og for vide grenser for hovedvilkåret.³²

3.2 Tilleggsvilkårene ”behandling” og ”fare”

Videre kreves det at minst ett av de to lovfestede tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 første ledd bokstav a og b må være oppfylt. De kalles for henholdsvis behandlingskriteriet og farekriteriet. Det første kriteriet i § 3-3 første ledd bokstav a er behandlingskriteriet.

Behandlingsvilkåret er begrunnet ut fra hensynet til pasienten selv, og består av et bedringsalternativ og et forverringsalternativ. Farevilkåret har også to alternativer, fare for

²⁸ NOU 2011:9 s. 33.

²⁹ Rt.1987 s.1495 s. 1502.

³⁰ Rt.1988 s.634 (Huleboerdommen).

³¹ Rt.1993 s. 249.

³² Aslak Syse, ”helserettslige dommer siden 1985” i *Lov og rett*, 2004 s.387-439 (s. 409).

eget liv eller helse og fare for andres liv eller helse. Det er tilstrekkelig at ett av alternativene er oppfylt. Dette innebærer at det reelt sett oppstilles fire alternative tilleggsvilkår, hvorav tre er begrunnet ut fra hensynet til pasienten selv.³³

3.2.1 Behandlingsvilkåret

Behandlingsvilkåret har sitt navn etter lovens krav om at ”utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad blir redusert” uten tvungent helsevern. Et sentralt vurderingsmoment for dette vilkåret er hvordan den alvorlige sinnslidelsen vil utvikle seg uten tvungent psykisk helsevern sammenliknet med tvungent vern. Behandlingsalternativet innebærer at pasienten uten tvungent psykisk helsevern ”får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert”, jf. § 3-3 første ledd bokstav a første alternativ.³⁴

3.2.2 Farevilkåret

Lovens andre tilleggsvilkår kalles ”farekriteriet” etter lovens vilkår om at pasienten ved sine handlinger må utgjøre en ”nærliggende og alvorlig fare.” Farevilkåret må for det første dreie seg om en fare for eget ”liv eller helse.” Med liv og helse omfattes både psykisk og fysisk helsefare. Kravet om at faren må være ”alvorlig” tilsier at skadepotensialet må være stort. Med ”nærliggende” må faren i tillegg fremstå som reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet. Desto lengre frem i tid, desto mindre blir sannsynligheten for at fare vil oppstå.³⁵

3.3 Frivillig helsevern har vært forsøkt

Etter § 3-3 andre ledd kreves det at tvungent psykisk helsevern bare kan anvendes når frivillig psykisk helsevern har vært forsøkt uten at dette har ført fram, eller når det er åpenbart formålsløst å forsøke dette. Det skal ikke være noe automatikk i å anvende tvungent psykisk helsevern, selv når vilkårene i første ledd er oppfylt. Det kan ses bort fra denne bestemmelsen dersom det er åpenbart formålsløst å forsøke et frivillig opplegg, eller det foreligger en faresituasjon som krever en øyeblikkelig inngripen. Situasjonen kan for eksempel være slik at sinnstilstanden gjøre den syke helt ute av stand til å gi gyldig samtykke til frivillig helsevern.³⁶ Psykisk helsevern skal som den klare hovedregel ytes på grunnlag av pasientens eget samtykke i tråd med samtykkebestemmelsene i pasientrettighetsloven kapittel 4. Dette

³³ NOU 2011:9 s. 38.

³⁴ NOU 2011:9 s. 37.

³⁵ NOU 2011:9 s. 38.

³⁶ Aslak Syse, ”helserettslige dommer siden 1985” i *Lov og rett*, 2004 s.387-439 (s. 410-412).

fremgår av psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd. Iverksetting av frivillige undersøkelses og behandlingstiltak forutsetter at pasienten er samtykkekompetent. Frivillig vern kan altså ikke formelt etableres for pasienter som mangler samtykkekompetanse og som har eller må antas å ha en alvorlig sinnslidelse.³⁷

3.4 Krav om helhetsvurdering

Det er ingen automatikk i at tvungen helsevern skal etableres selv om hovedvilkåret og de øvrige vilkårene skulle være oppfylt. Høyesterett i Rt.1981 s.770 tolket inn vilkåret om helhetsvurdering fordi lovbestemmelsen ellers gav et urimelig resultat.³⁸ Lovgiver har senere tatt dette til etterretning og gitt en slik lovbestemmelse. Etter phvl. § 3-3 tredje ledd nr.6 skal den faglige ansvarlige foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering om tvungent psykisk helsevern likevel vil være ”den klart beste” løsningen for pasienten. I forarbeidene presiseres det at helhetsvurderingen skal gjøres ut i fra hensiktsmessighet – og rimelighetsbetraktninger.³⁹ I vurderingen skal det legges særlig vekt på hvor stor belastning det tvangsmessig inngrepet vil medføre for vedkommende. Fordelene med inngrepet må klart oppveie ulempene ved inngrepet.⁴⁰ Vurderingen av hva som er det beste for personen skal i utgangspunktet være objektiv jf. Rt.2001 s.752.⁴¹

I HR-2018-2204-A vurderte Høyesterett at tvangsinngrepet overfor pasienten var relativt moderat, ettersom den bestod i at pasienten måtte møte hver fjerde uke for depotinjeksjon av lav antipsykotika. Videre ble det vurdert at faren ved å oppheve vernet var at pasienten kunne få et alvorlig tilbakefall, og at en ny tvangsinnleggelse kunne påføre pasienten store belastninger. På tross av dette viste Høyesterett til at en utskrivning ville kunne gi pasienten en mulighet til selv å innse behovet hun hadde for medisiner og at det ble etablert et samarbeid om frivillig behandling. Høyesterett vurderte dette derimot som lite realistisk. På tross av at Høyesterett vurderte det som lite sannsynlig at pasienten ville samarbeide om frivillig behandling, uttalte førstvoterende at

”ved avveiningen viser jeg til at det knytter seg en viss usikkerhet til om tidskravet under forveringsvilkåret er oppfylt, og at A nå har vært under vedlikeholdsbehandling i nærmere fem år”. Videre uttales det at ”jeg legger også vekt på den sterke

³⁷ NOU 2011:9 s. 32.

³⁸ Rt.1981 s.770 s. 779.

³⁹ Ot.prp.nr.11 (1998-1999) s. 155.

⁴⁰ NOU 2011:9 s. 39.

⁴¹ Rt.2001s.752, s.755.

understrekingen av pasientens selvbestemmelse i forarbeidene. På denne bakgrunn har jeg – under betydelig tvil – kommet til at A må få medhold i sitt krav om utskriving.⁴²

Det ble under helhetsvurderingen vektlagt av Høyesterett at pasienten hadde vært under vedlikeholdsbehandling i nærmere 5 år, og at hun dermed burde få prøvd seg uten tvang. I vurderingen ble den sterke vektleggingen av pasientens selvbestemmelse i psykisk helsevern også trukket inn. Det er tydelig at Høyesterett var usikre i sin vurdering, da de kom frem til under betydelig tvil at pasienten skulle få medhold i sitt krav om utskriving. Dette viser hvor vanskelig avveininger som må gjøres under en slik vurdering. I den foreliggende sak blir dette spesielt tydelig ettersom fallhøyden for pasienten kunne bli stor dersom hun skulle få et alvorlig tilbakefall etter seponering av medisiner.

4 Samtykkekompetanse

Psykisk helsevernloven § 2-1 slår fast at samtykke er hovedregelen i psykisk helsevern. Det samme utgangspunktet har pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1, der hovedregelen er at alle former for helsehjelp skal ytes på grunnlag av pasientens eget samtykke. Bestemmelsen lyder som følger;

”Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke. For at samtykket skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.”

For at man skal kunne legge et samtykke til grunn må det være gyldig, jf. pasientrettighetsloven § 4-1 første ledd. Gyldigheten av et samtykke er avhengig av at pasienten er samtykkekompetent og har fått nødvendig informasjon om egen helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.⁴³

En forutsetning for å basere helsehjelpen på pasientens eget samtykke er at vedkommende har tilstrekkelig kompetanse til å kunne ta den aktuelle avgjørelsen. Formell samtykkekompetanse har alle personer etter fylte 16 år og som ikke er umyndiggjort, jf. pasientrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstavene a og b.

⁴² HR-2018-2204-A avsnitt 88.

⁴³ NOU 2011:9 s. 23.

Den reelle 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”, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd. Det følger av pasientrettighetsloven § 4-3 annet ledd at det ikke er enhver reduksjon i forståelseevnen er nok til å bli fratatt samtykkekompetansen.⁴⁴ Vilkåret for at samtykkekompetansen kan bortfalle er at personen det gjelder har en sykdom eller mental svekkelse som påvirker de kognitive evnene slik at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

4.1 Samtykkekompetanse som vilkår for tvungent psykisk helsevern

Det nye bestemmelsen i phvl. § 3-3 nr.4 stiller krav om at pasienten mangler samtykkekompetanse. Dette innebærer at en ny kompetansebasert modell innføres. Etter modellen kan pasienter som har samtykkekompetanse, nekte å ta imot tilbud fra psykisk helsevern. Dette innebærer også en rett til å velge å trappe ned eller avslutte igangsatt behandling.⁴⁵ I vurderingen av samtykkekompetanse er det reglene i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 som skal legges til grunn. Kravet om manglende samtykkekompetanse gjelder i tillegg til de andre vilkårene som fremgår av § 3-3.⁴⁶

4.2 Samtykkekompetanse ved farevilkåret

I andre punktum i phvl. § 3-3 er det gitt en særskilt unntaksbestemmelse fra krav om manglende samtykkekompetanse. Unntaket gjelder ved nærliggende og alvorlig selvmordsfare eller ved nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse. Dette unntaket er begrunnet i samfunnsvernet. Her vil hensynet til pasientautonomi og selvbestemmelsesrett vike til fordel for hensynet til andre mennesker. Det er imidlertid ikke gjort unntak fra vilkåret om manglende samtykkekompetanse ved fare for pasientens egen ”helse”. Her det pasientens autonomi og selvbestemmelse som vil gå foran hensynet til pasientens helse. Dette er i tråd med det alminnelige utgangspunktet i helseretten og som man kan finne i pasient – og brukerrettighetsloven § 4-1. Regelen bygger på en antakelse om at samtykkekompetente personer som hovedregel vil ta hensiktsmessige valg for å ivareta og optimalisere sin egen helse. Her er det andre hensyn enn ivaretagelsen av helse som er i fokus.⁴⁷ I praksis innebærer dette at for eksempel personer med ”alvorlig sinnslidelse”, som er samtykkekompetente og

⁴⁴ NOU 2011:9 s. 24.

⁴⁵ Prop. 147 L (2015-2016) s. 49.

⁴⁶ Prop. 147 L (2015-2016) s. 49.

⁴⁷ Helsedirektoratets rundskriv IS-1/2017 s.34-35.

driver selvskading uten å være fare for eget liv, ikke kan holdes tilbake i tvungent vern. Det samme vil gjelde for en alvorlig sinnslidende, men samtykkekompetent person, som vil seponere forskrevne antipsykotika og derved får et gradvis funksjonsfall som gjør at vedkommende ikke klarer å ivareta sin egen helse, uten at dette er til fare for eget liv.⁴⁸

4.3 Samtykkekompetansevurderingen

En vurdering av samtykkekompetanse må tas fortløpende, og en avgjørelse om manglende samtykkekompetanse vil ikke være permanent.⁴⁹ Når pasienten har avgitt et gyldig samtykke til helsehjelp, vil det kunne oppstå spørsmål om hvor langt dette samtykket rekker. Det følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 tredje ledd at det er helsepersonellet som yter helsehjelp som avgjør om pasienten har samtykkekompetanse. Med dette forstås den som har det faglige ansvaret for behandlingen. Det vil i utgangspunktet være den som iverksetter helsehjelpen og som har det faglige ansvaret for behandlingen. Ansvaret kan legges til pasientansvarlig lege der dette er opprettet, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 3-7. En avgjørelse om manglende samtykkekompetanse skal være begrunnet og skriftlig.⁵⁰

Det finnes flere titalls verktøy som er utviklet eller testet spesielt for å kunne bruke i møte med pasienter med psykiske lidelser når de skal ta stilling til om de ønsker innleggelse, medisiner, eller andre former for helsehjelp. Det er fire dimensjoner eller aspekter som gjenfinnes i mange av verktøyene: forståelse av relevant informasjon, anerkjennelse/anvendelse av informasjonen i sin situasjon, resonnere med relevant informasjon og uttrykke et valg.

Til felles har de fleste verktøyene at de inkluderer en vurdering av pasientens forståelse. Det synes å være enighet om at det må være en viss fleksibilitet i spørsmålet om hvor man skal sette grensen for hvem som er eller ikke er samtykkekompetent, og at hvor man setter grenser bør avhenge av hva slags beslutning som skal tas og hva som står på spill. For eksempel vil det kunne være rimelig å stille høyere krav til beslutningskompetanse for å samtykke til en behandling som innebærer stor risiko i forhold til nytte. Dette kan også ses på som en måte å

⁴⁸ IS-1/2017 s. 35.

⁴⁹ NOU 2011:9 s. 26.

⁵⁰ NOU 2011:9 s. 26.

tillate helsepersonell og domstoler å ikke bare vektlegge pasientens beslutningsevne, men også eventuell risiko forbundet ved å la pasienten ta beslutning selv.⁵¹

Aid To Capacity Evaluation (ACE) er et verktøy som har blitt oversatt til norsk, og er et hjelpemiddel til vurdering av samtykkekompetanse. Formålet med ACE er å hjelpe klinikere til å vurdere pasientens samtykkekompetanse når pasienten står overfor en medisinsk eller helsefaglig beslutning. Dette verktøyet skal være relativt enkelt å forstå og bruke, og inneholder flere spørsmål som er beregnet vil ta 5-10 minutter å bruke i en klinisk samtale.⁵²

5 Vurderingsmomenter i samtykkekompetansevurderingen

5.1 Innledning

Ved samtykkekompetansevurderingen er det flere momenter som må vurderes. Noen momenter kan man lese direkte ut fra loven, mens andre følger av forarbeider og praksis. I det følgende vil 14 lagmannsrettsdommer bli vurdert i lys av den nylige avsagte dommen HR-2018-2204-A. Dommen er den første der Høyesterett har vurdert vilkåret om samtykkekompetanse. Deretter vil det foretas en vurdering av momentene ”åpenbart”, ”sykdomsinnsikt” og FARV-momentene. Vurderingen vil foretas igjennom en analyse av de ulike lagmannsrettsavgjørelsene som har blitt avsagt etter innføringen av vilkåret om samtykkekompetanse. Etersom mange av lagmannsrettsavgjørelsene omhandler TUD-pasienter, vil pasientgruppen bli behandlet i eget delkapittel i analysen. De sakkyndiges rolle i domstolen vil også bli behandlet i dette kapitlet. Formålet med analysen av Høyesterettsdommen og lagmannsrettsavgjørelsene, er å danne av hva som er rettskildebildet i dag.

5.2 Hvor stor rettskildemessig vekt har lagmannsrettsdommer?

Hvilken vekt lagmannsrettsdommer har, er blitt hyppig diskutert i teorien. Derfor vil det først redegjøres for hvilken rettskildemessig vekt lagmannsretten har.

Det mange områder der det er lite eller ingen høyesterettspraksis. Etter Nygaards syn, bør praksis fra lagmannsrettens likestilles med juridisk litteratur, og dermed ha rettskildemessig vekt som juridisk litteratur. Videre at utgangspunktet må være at den løsningen som dommen

⁵¹ Reidar Pedersen – *Vurdering av beslutningskompetanse*”, vedlegg 4 til NOU 2011:9 s. 356.

⁵² <https://www.med.uio.no/helsam/tjenester/kunnskap/etikk-helsetjenesten/praksis/systematisk-etikkarbeid/ace2012.pdf>, se i forordene til oversettelsen av ACE.

inneholder, bør kunne regnes som et stykke rettslitteratur, og bør kunne ha interesse i minst like stor grad som det. I likhet med juridisk litteratur kan praksis fra lagmannsretten gi et eksempel på hvordan andre kvalifiserte jurister har vurdert et rettsspørsmål. Nygaard peker på at visse dommer i lagmannsretten gjelder spørsmål som ikke har vært oppe for Høyesterett, og som trolig aldri vil komme dit. Derfor kan det være interessant å se på hva lagmannsretten har kommet til.⁵³

Skoghøy er mer restriktiv når det gjelder hvilken rettskildemessig vekt lagmannsretten har. Skoghøy mener at praksis fra lagmannsretten ikke kan brukes som prejudikat på samme måte som avgjørelser fra Høyesterett. Skoghøy mener likevel at praksis fra lagmannsretten kan ha en verdi som illustrasjonsmateriale.

Avgjørelser av lavere domstoler kan også inneholde nærmere opplysning om rettsområdet, som det ved fremstillinger av gjeldende rett kan være av interesse å vise til. Etter Skoghøys oppfatning kan avgjørelser av tingretter eller lagmannsretter derimot ikke i seg selv ha rettsnormerende kraft. I motsetning til Høyesterett har lagmannsretter ikke myndighet til med endelig virkning å avgjøre hva som er gjeldende rett. I tillegg mener han at som argument for at avgjørelser av lagmannsretter ikke bør tillegges autorativ virkning, kan det også anføres at saken for de lavere instanser som oftest ikke er så gjennomarbeidet på samme måte som når den kommer til Høyesterett. Det er først når saken kommer til Høyesterett, at alle argumenter er blitt tilstrekkelig undersøkt og drøftet. Derfor mener Skoghøy at avgjørelser av lavere domstoler ikke kan tillegges større vekt enn det kvaliteten på argumentasjonen tilsier. I slike tilfeller er det ikke avgjørelsen selv som tillegges rettskildeværdi, men argumentene den bygger på. Praksis fra lagmannsretten kan også få betydning dersom de har dannet en fast praksis eller rettsoppfatning. Skoghøy mener imidlertid at rettskildeværdien da ikke ligger i avgjørelsene, men i den praksis eller faste rettsoppfatningen som er etablert.⁵⁴

5.3 Rettspraksis

Før 1. september 2017, fantes det lite rettspraksis om samtykkekompetanse. Derfor er det uklart hva som lå i begrepet før 1. september 2017. Fordi vilkåret om samtykkekompetanse sjelden har blitt prøvd for domstolene, er det særlig interessant å undersøke rettspraksis. Det interessante spørsmålet er om lagmannsrettene tolker og anvender vilkåret om samtykkekompetanse på samme måte. Den 23. november i år kom den første

⁵³ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 3. opplag, Oslo 2012 s. 210-211.

⁵⁴ Skoghøy, *Rett og rettanvendelse*, Oslo 2018 s. 226-227.

Høyesterettsdommen som vurderte det nye vilkåret.⁵⁵ Det er 14 lagmannsrettsdommer som har blitt undersøkt, samt dommen fra Høyesterett. Det er tre dommer fra Borgarting lagmannsrett⁵⁶, fire fra Frostating lagmannsrett⁵⁷, seks fra Gulating lagmannsrett⁵⁸, og én fra Hålogaland lagmannsrett⁵⁹. Lagmannsrettsdommene som ikke har vurdert samtykkekompetanse ettersom farevilkåret er oppfylt, har ikke blitt undersøkt. I de 14 dommene har 11 av pasientene lidelsen paranoid schizofreni⁶⁰, én av pasientene er diagnostisert med schizoaffektiv lidelse, blandet manisk depressiv type⁶¹, og én har blitt diagnostisert med paranoid schizofreni, i tillegg til dyssosial personlighetsforstyrrelse.⁶²

I utvalget av lagmannsrettsdommer som er blitt gjennomgått er det kun to avgjørelser som har resultert i at pasienten har blitt utskrevet.

I LG-2018-35336 kom lagmannsretten til at begjæringen om opphør av tvungent psykisk helsevern skulle tas til følge ettersom de vurderte at det ikke var åpenbart at pasienten manglet samtykkekompetanse, og at vilkårene for tvungent psykisk helsevern dermed ikke var oppfylt.⁶³

I LG-2018-85750 kom lagmannsretten fram til at det var klart at pasienten ikke hadde samtykkekompetanse etter phvl. § 3-3. Dette ble begrunnet med at pasienten ikke hadde sykdomsinnsikt. Likevel kom lagmannsretten etter en helhetsvurdering, hensett til risikograd og den lange perioden kvinnen hadde vært under tvang, at det var grunnlag for utskrivning.⁶⁴

I begge dommene der pasienten har blitt utskrevet er de under tvang uten døgnopphold.

I 13 av 14 avgjørelser har lagmannsretten kommet frem til at personen mangler samtykkekompetanse, det er kun i LG-2018-35336 at domstolen har kommet frem til at pasienten har hatt samtykkekompetanse.

⁵⁵ HR-2018-2204-A.

⁵⁶ I LB-2017-186895, LB-2017-183734, LB-2018-32742.

⁵⁷ LF-2017-39507, LF-2018-60479, LF-2018-45574, LF-2018-47287.

⁵⁸ LG-2017-164120, LG-2018-25533, LG-2018-19912, LG-2018-35336, LG-2018-85750, LG-2018-64339.

⁵⁹ LH-2017-179830.

⁶⁰ LG-2018-35336, LH-2017-179380, LG-2018-19912, LB-2017-186895, LF-2018-45574, LB-2017-183734, LB-2018-32742, LG-2018-25533, LG-2018-85750, LG-2017-164120, LF-2017-39507.

⁶¹ LF-2018-60479.

⁶² LG-2018-64339.

⁶³ LG-2017-35336.

⁶⁴ LG-2018-85750.

Fremstillingen videre vil vise hvordan Høyesterett og lagmannsrettene har tatt stilling til det vilkåret om samtykkekompetanse, og hva slags innhold de har lagt i det nye vilkåret.

5.4 HR-2018-2204-A

I den nylige avsagte dommen HR-2018-2204-A kom høyesterett under betydelig tvil til at kravet om utskriving skulle tas til følge. Det ble lagt vekt på tre ulike omstendigheter.

For det første ble lagt vekt på at behandlingen i nærmere fem år hadde vært begrenset vedlikeholdsbehandling, for andre at det var en viss tvil knyttet til tidskravet under forverringsvilkåret, og for det tredje ble lovgivers understrekning av pasientenes selvbestemmelse vektlagt.

Høyesterett tok utgangspunkt i pasient – og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

Bestemmelsen fastslår 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.”

Førstvoterende uttaler at vilkåret om samtykkekompetanse er at personen det gjelder har en sykdom eller mental svekkelse som påvirker de kognitive evnene slik at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

I dommens avsnitt 39 oppstiller Høyesterett tre kriterier som er avgjørende for om en person har kompetanse til å nekte behandling: ”1.Et sykdomsvilkår, 2.Et krav om årsakssammenheng 3.Et krav om manglende forståelsesevne.”

I avsnitt 40 fremholdt førstvoterende at vilkåret om manglende forståelsesevne som er gjenstand for vurdering, og det ble uttalt ”i vår sak er det vilkåret om at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter som er aktuelt”.

I avsnitt 63 uttaler Høyesterett at ”det avgjørende må derfor være i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse. Det gjelder uavhengig av om vedkommende er i aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner”.

I dette avsnittet oppstiller Høyesterett en rettssetning, som gir veiledning til innholdet av kravet til samtykkekompetanse. Første del av setningen sier noe hva som skal til for å anse noe som en alvorlig psykisk lidelse. Det er ”evnen til å foreta en realistisk vurdering” av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. Vurderingsmomentet bygger på det som ble uttalt i Rt-2015-913 avsnitt 53. I saken kom HR til at livstruende anoreksi måtte sies å være en alvorlig psykisk lidelse. Det avgjørende var at pasienten ”på grunn av sin sykdom har en alvorlig svikt i evnen til å foreta en realistisk vurdering av egen kropps utseende, vekt og fungering og av de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn hun trenger”. Det Høyesterett fant i HR-2018-2204-A hadde en viss overføringsverdi var uttalelsene ”evnen til å foreta en realistisk vurdering” av egen situasjon. Uttalelsene om at man har ”evne til å foreta en realistisk vurdering” sier med dette noe om hva som skal til for at sykdomsvilkåret skal være oppfylt, etter Høyesteretts tredeling av samtykkekompetansekravet. I neste setning i samme avsnitt uttaler Høyesterett at ”en person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse”. Her er det snakk om årsakssammenhengen mellom alvorlige sinnslidelsen og den manglende forståelseevnen. Til slutt i avsnittet blir det sagt at ”det gjelder uavhengig av om vedkommende er i en aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner.”

Det kan virke som at Høyesterett her sier at uavhengig av om man har en pasient med klare symptomer på sin psykiske lidelse eller om det er en pasient som er optimalt behandlet, og anses for å være ferdigbehandlet, må begge pasientene ha evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. Den optimalt behandlede pasienten får ikke sin samtykkekompetanse automatisk tilbake fordi man anses som ferdigbehandlet, dersom pasienten ikke evner å foreta en realistisk vurdering av sin egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget, vil pasienten ikke gjenvinne sin samtykkekompetanse. Dette kan begrunnes med at det ikke lenger skal være fokus på diagnose, men på funksjonsnivå. Ved å flytte fokus fra diagnose til pasientens funksjonsnivå, kan man ikke kun begrunne manglende samtykkekompetanse med at pasienten har en alvorlig psykisk lidelse.

I avsnitt 64 uttaler førstvoterende at ”pasienter med alvorlig sinnslidelse som har noenlunde realistisk innsikt i egen situasjon, selv kan avgjøre om de vil ha helsehjelp”. Ut ifra uttalelsen så er det nok at pasienten har ”noenlunde” realistisk innsikt i egen situasjon for at de skal ha kompetanse til å takke nei til helsehjelp. Dersom pasienten ikke har en ”noenlunde” evne til å

foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget vil ikke pasienten ha samtykkekompetanse.

I tillegg blir det sagt at ”det også gjelder der det er langvarig medisinering som har gitt vedkommende forståelseevnen tilbake.” Dette vil si at pasienten kan gjenvinne sin samtykkekompetanse selv om det er medisineringen som har gitt pasienten en ”noenlunde” evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. Dette vil si at samtykkekompetansevurderingen ikke fokuserer på diagnose, men på funksjonsnivå. Det kreves ikke at pasienten anerkjenner sin diagnose, men pasienten må anerkjenne de symptomer han/hun opplever på grunn av diagnosen. En pasient kan være uenig i diagnosen, men likevel klare å gi uttrykk for en anerkjennelse av de symptomene kan oppstå på grunn sin psykiske lidelse.

Når det kommer til den konkrete vurderingen av om pasienten mangler samtykkekompetanse, uttaler førstvoterende om beviskravet åpenbart, at ”hvorvidt dette beviskravet er oppfylt, må vurderes ut fra hvordan den enkelte personen fremstår og hva vedkommende gir uttrykk for”.

Pasienten i den foreliggende saken anerkjenner ikke å ha en alvorlig sinnslidelse, i tillegg mener hun at kroppen hadde det mye bedre når hun var uten medisiner, videre at medisinene gjorde henne noe følelsesmessig avstumpet. Pasientens oppfatning av hvordan hun klarte seg uten medisiner er helt annen enn hvordan hennes behandlere beskriver hennes funksjonsnivå. Det blir beskrevet at pasienten uten medisiner har paranoide vrangforestillinger og store stemningsskifter.

Til slutt viser førstvoterende til at både den behandlingsansvarlige overlegen og kontrollkommisjonen, samt tingretten og lagmannsretten – som var satt med en fagkyndig meddommer, konkluderte med at pasienten åpenbart ikke har reell innsikt i sin situasjon eller forståelse for konsekvensene av å avslutte behandlingen. Det blir påpekt at samtlige av disse hørte pasientens forklaring direkte. Etter førstvoterendes syn har dermed disse et lang bedre grunnlag for å vurdere spørsmålet enn det Høyesterett har. Slik førstvoterende vurderer det har ingen av de tidligere instansene avgjort spørsmålet ut fra en uriktig norm. Førstvoterende kommer dermed til at vilkåret om manglende samtykkekompetanse er oppfylt. Høyesterett viser her tilbakeholdenhet med å overprøve faglige vurderinger, og ettersom pasienten ikke får uttalt seg for Høyesterett og ingen vitner blir direkte ført for retten mener førstvoterende at de øvrige instansene har hatt et bedre grunnlag for å vurdere pasientens samtykkekompetanse.

5.5 Overordnede kriterier for samtykkekompetansevurderingen

Videre vil det undersøkes om lagmannsrettene i sine avgjørelser har forholdt seg til de tre kriteriene som Høyesterett i HR-2018-2204 har lagt til grunn som avgjørende for om person har kompetanse til å nekte behandling. Det vil undersøkes om lagmannsretten har vurdert 1) Sykdomsvilkåret 2) Et krav om årsakssammenheng og 3) Et krav om manglende forståelsesevne.

5.5.1 Sykdomsvilkåret

Med sykdomsvilkåret, menes det i de foreliggende sakene at personen må ha en psykisk lidelse. Det må foreliggende etter ordlyden i pasient – og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd en ”psykisk forstyrrelse” for at samtykkekompetansen kan bortfalle.

Den eneste av lagmannsrettsdommene som ser på sykdomsvilkåret i forbindelse med vurdering av samtykkekompetanse er LG-2018-35336.⁶⁵ I dommen uttales det ”A har diagnosen paranoid schizofreni, som ligger i kjerneområdet for grunnvilkåret ”alvorlig sinnslidelse”, og hvor tap av kontakt med virkeligheten står sentralt. Dette grunnvilkåret forutsetter en kompetansesvikt hos pasienten som legitimerer tvangsinngrep fordi pasienten ikke evner å ta vare på seg selv.

De øvrige lagmannsrettsdommene har ikke reist spørsmål om pasienten har en psykisk lidelse i vurderingen av samtykkekompetansen. Dette kan selvfølgelig skyldes at lagmannsrettene mener dette er overflødig ettersom ”alvorlig sinnslidelse” er et eget vilkår etter phvl. § 3-3 nr.3.

5.5.2 Årsakssammenheng

Et krav om årsakssammenheng, betyr at det må være en sammenheng mellom den psykiske lidelsen og det at personen ikke har samtykkekompetanse. Det er bare dersom pasienten på grunn av sinnslidelsen ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for helsehjelpen at samtykkekompetansen bortfaller. Det er kun to av lagmannsrettsavgjørelsene som viser klart at kriteriet årsakssammenheng er oppfylt, det er ikke mulig å finne i de resterende lagmannsrettsavgjørelsene at de direkte har vurdert eller sagt noe om at kravet til årsakssammenheng er oppfylt.

⁶⁵ LG-2018-35336.

I LF-2018-60479 uttaler flertallet at ”As samtykkekompetanse er bortfalt på grunn av hennes psykiske lidelse”. Her viser lagmannsretten at det foreligger årsakssammenheng mellom bortfall av samtykkekompetansen og psykiske lidelse. Dommen er for øvrig avgjørelsen som var oppe for Høyesterett i HR-2018-2204.

I LG-2018-64339 uttales det at ”det er klart at A er uten samtykkekompetanse på grunn av hans psykiske lidelse”.

En mulig forklaring på hvorfor kun to av dommene har vist til årsakssammenhengen er at de øvrige domstolene ikke har valgt å skille det ut som et eget vilkår, og muligens har tatt det for gitt at kravet om årsakssammenheng er oppfylt.

5.5.3 Manglende forståelseevne

For å vurdere en persons forståelseevne er det avgjørende etter dommen inntatt i HR-2018-2204-A i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å forstå følgene av å motsette seg behandling, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse. I fire av lagmannsrettsavgjørelsene virker det ikke som om de har foretatt en vurdering av om pasienten har manglende forståelseevne.⁶⁶ Flertall av dommene har derimot tatt en vurdering av om pasienten fortar en realistisk vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget. Eksempelvis blir det i LG-2018-32742 vektla lagmannsretten at ”A mangler imidlertid fullstendig, i alle fall nå, innsikt i egen sykdom. Han er overbevist om at han er ikke er syk, ønsker ikke å ta medisiner, ser ikke behov for noen form for medisinsk behandling, og ruser seg på en måte som forsterker og forverrer symptomene. Han er derfor, i alle fall i dagens situasjon, ikke stand til å anerkjenne og forstå informasjon som formidles til ham om sin grunnlidelse. Han er derfor heller ikke i stand til å forstå helt grunnleggende informasjon som er relevant for beslutningen om han skal underlegges behandling av det tvungne psykiske helsevernet eller ikke”.

I HR-2018-2204-A er det aktuelle vilkåret for Høyesterett å vurdere om pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. I lagmannsrettsdommene er det også dette vilkåret som blir sett på som det aktuelle å vurdere, det er sjelden tvilsomt at pasienten lider av en psykisk lidelse, og at manglende samtykkekompetansen skyldes den psykiske lidelsen. Gjennomgående i lagmannsrettsavgjørelsene har retten kommet til at pasienten ikke

⁶⁶ LB-2017-183734, LG-2018-19912, LB-2017-18374, LG-2018-85750.

anerkjenner sin psykiske lidelse, gjerne en form for benektelsen av egen psykisk lidelse, samt at pasienten ikke forstår nødvendigheten av medisinerings, eller konsekvensene av å avslutte medisinerings.

I LG-2018-35336 viser lagmannsretten til at pasienten har evne til å forstå sin lidelse og resonnerer i tilknytning til lidelsen og hvilke konsekvenser det kan få om han nå velger bort fortsatt helsehjelp. Det sentrale for retten i dommen var at pasienten ga uttrykk for noe kvalifisert annet enn benektelse av lidelsen. Pasienten viste evne til å resonnerer rundt det at han hadde en alvorlig sinnslidelse som hadde medført at han hadde hatt det vanskelig og igjen ville kunne få det vanskelig, videre at det ikke var åpenbart at pasientens nektelse av å motta helsehjelp skyldtes at han ikke følte behov for slik hjelp. I avgjørelsen kom lagmannsretten til at pasienten hadde samtykkekompetanse. Dette samsvarer med det Høyesterett har uttalt om hva som skal til for at en pasient skal ha kompetanse til å takke nei til helsehjelp, det er nok at pasienten har ”noenlunde” realistisk innsikt i egen situasjon for at pasienten skal ha kompetanse til å takke nei til helsehjelp. Uttalelsene i rundskrivet til psykisk helsevernloven på s.20 taler også for at lagmannsrettens vurdering er korrekt. Rundskrivet beskriver at skepsis til diagnoser og legemidler kan være velbegrunnet og referere seg til manglende virkning eller bivirkninger, og ikke til mangelfull sykdomsinnsikt.⁶⁷

5.5.4 Begrepene ”manglende forståelsesevne” og ”manglende sykdomsinnsikt”

Sentrale dimensjoner i sykdomsinnsiktsbegrepet er individets erkjennelse av å ha en psykisk lidelse, gjenkjenning av symptomene som patologiske, og det å innse behovet for behandling.⁶⁸ Dersom en pasient ikke har noen grad av sykdomsinnsikt, vil ikke vedkommende ha evne til å forstå informasjon om den aktuelle helsehjelpen og konsekvenser av å nekte denne.⁶⁹ Det kan dermed virke som at sykdomsinnsikt er betingelse for at pasienten skal ha forståelsesevne. I avsnitt 60 i HR-2018-2204-A uttaler førstvoterende at ”når departementet omtaler denne pasientgruppen som særlig aktuell for utskriving etter de nye reglene, antar jeg at man først og fremst sikter til de pasienter som oppnådd en viss sykdomsinnsikt. En annen forståelse rimer dårlig med ordlyden i pasient – og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd, som krever at vedkommende er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”. Ut ifra uttalelsen virker det som at Høyesterett mener at det er en forutsetning for å forstå hva samtykket omfatter at pasienten har en viss sykdomsinnsikt.

⁶⁷ IS-1/2017 s. 20.

⁶⁸ IS-1/2017 s. 20.

⁶⁹ IS-1/2017 s. 20.

På en annen side kan det virke som at Høyesterett ikke skiller mellom begrepene sykdomsinnsikt og manglende forståelsesevne, og legger samme meningsinnhold i de to begrepene. Blant annet i avsnitt 64 uttaler førstvoterende at ”på en annen side forstår jeg forarbeidene slik at pasienter med alvorlig sinnslidelse som har noenlunde realistisk innsikt i sin situasjon, selv kan avgjøre om de vil ha helsehjelp. Det gjelder også der det er langvarig medisinerings som har gitt vedkommende forståelsesevnen tilbake”. I dette avsnittet blir begrepet ”innsikt” i egen situasjon brukt som en forutsetning for at pasienten kan takke nei til helsehjelp. I neste setning forklarer førstvoterende at dette gjelder uavhengig av om det er langvarig medisinerings som har gitt ”forståelsesevnen” tilbake. Det at Høyesterett bruker begrepene om hverandre på denne måten taler for at sykdomsinnsikt og forståelsesevne er to varianter av samme begrep. Spesielt med tanke på at det er spørsmålet om pasienten åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter som er aktuelt for Høyesterett å vurdere ved spørsmålet om samtykkekompetanse. Det kan dermed virke som at Høyesterett bruker både ”sykdomsinnsikt” og ”forståelsesevne” som forutsetninger for om samtykkekompetanse foreligger. I dommen blir det heller ikke sagt noe særskilt om sykdomsinnsikt, og det virker dermed ikke som Høyesterett har ment å skille det ut som et eget begrep.

5.6 ”Åpenbart” som beviskrav

5.6.1 Innledning

Spørsmålet som reiser seg er hva domstolene i sine avgjørelser har sagt om beviskravet for samtykkekompetanse og hvilken terskelen de har anvendt for dette kravet. Videre i denne delen skal det undersøkes hvordan domstolene har vurdert vilkåret ”åpenbart”.

Med beviskrav menes spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som skal foreligge for at et visst faktum skal anses bevist. Det er snakk om krav til sannsynlighetsgrad.⁷⁰

5.6.2 Beviskravet ”åpenbart” i loven

Det er ikke oppstilt en generell regel om beviskrav i psykisk helsevernloven, men i phvl. § 3-3 nr. jf. pbrl. § 4-3 er det lovfestet at beviskravet skal være ”åpenbart”. Bakgrunnen for å oppstille et beviskrav som gjør unntak fra det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt er at det å bli fratatt sin samtykkekompetanse vil for den enkelte oppleves svært inngripende.

⁷⁰ Hans Petter Graver, ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten” i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, s.465-498 (s. 467.)

I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 heter det at ”samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”. Vurderingstemaet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 er om pasienten ”åpenbart” ikke er i stand til å forstå hva samtykket eller nektelsen av å gi samtykket omfatter.

5.6.3 Vurderinger av beviskravet ”åpenbart” i NOU 2011:9

Lovutvalget i NOU 2011:9 hadde som oppgave å vurdere regler om tvang innen psykisk helsevern. I sin vurdering av terskelen for beviskravet ”åpenbart” viste utvalget til at vurderingstemaet for tap av samtykkekompetanse etter gjeldende bestemmelse er formulert som et spørsmål om pasienten ”åpenbart” ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter, og at det ut ifra dette ble oppstilt en sterk presumsjon for at pasienten har kompetanse. Videre mente utvalget at når uttrykksmåten ”åpenbart” benyttes, indikerer det et beviskrav som er sterkere enn i strafferetten. Utvalget mente at dette kunne fremstå som velgrunnet så lenge det var spørsmål om pasienten hadde kompetanse til å gi et positivt samtykke. Men når det var snakk om fokus om rett til å nekte, mente de at det var helt klart at regelen ikke kunne videreføres. Begrunnelsen for dette var hensynet til de velferdsmessige konsekvensene for pasienter som overveiende sannsynlig mangler kompetanse, men der dette likevel ikke er åpenbart. Ut ifra disse synspunktene valgte utvalget å foreslå å knytte beviskravet til standarden ”overveiende sannsynlig”. Utvalget fremholdt at ”dette innebærer en videreføring av en presumsjon for kompetansen, samtidig som styrken i presumsjonen svekkes: det skal mindre til for å komme til en annen konklusjon.”⁷¹ Flertallet i utvalget mente at beviskravet ”overveiende sannsynlig” ville representere en mer balansert standard med tanke på å ivareta både pasientens selvbestemmelsesrett og velferd.⁷²

Utvalgets tanke og formål med å senke terskelen for beviskravet var at dette i større grad ville ivareta pasienters velferd da terskelen for å vurderes som samtykkekompetent ikke ble for høy i forhold til de som egentlig hadde behov for nødvendig helsehjelp, men som ble vurdert til å være samtykkekompetente. Samtidig ønsket utvalget et balansert beviskrav, og etter deres vurderinger var ”overveiende sannsynlig” strengt nok til å kunne ivareta pasientens selvbestemmelsesrett, slik at terskelen for å bli vurdert til å ikke være samtykkekompetent ikke ble satt for lavt.

⁷¹ NOU 2011:9 s. 155-156.

⁷² NOU 2011:9 s. 156.

5.6.4 Vurderinger om ”åpenbart” i vedlegg nr.3 i NOU 2011:9

Østenstad viser til i sin utredning at ”åpenbart” er en sterk uttrykksmåte i juridisk sammenheng, og at språklig kan uttrykksmåten bli plassert i området over – i alle fall ikke lavere enn – det strafferettslige beviskravet: ”hevet over rimelig tvil”. Videre viser han til proposisjonen til pasient – og brukerrettighetsloven som sier: ”En mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder lettere alderdomssvekkelse, er ikke tilstrekkelig”, og ”det skal med andre ord en del til”, jf. ”åpenbart”, og ”er helsepersonellet i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt nekte å motta behandling”.⁷³ Østenstad mener at det på bakgrunn av det forarbeidene sier om ”åpenbart” kan det se ut som at formuleringen i forarbeidene legger listen lavere for hva som trengs av bevis enn det som følger av lovteksten. Likevel mener han at så klart som lovteksten er formulert kan disse utsagnene ikke tillegges særlig vekt ved tolkningen.⁷⁴

Videre peker Østenstad på at det lille man har av rettspraksis knyttet til pasient – og brukerrettighetsloven kapittel 4A indikerer at man fra et praktisk ståsted har problem med å ta loven på ordet her. Han viser til en avgjørelse om tvangsinnleggelse i et sykehjem av en schizofren kvinne med svært alvorlig KOLS, og at tingretten brukte uttrykk som at man hadde et ”klart inntrykk” av manglende forståelse for situasjonen og at det var ”lite sannsynlig” at pasienten sine fremlegg til alternative tiltak ville føre fram. I følge Østenstad legger tingretten ved bruk av uttrykksmåten ”klart” beviskravet for lavt i forhold til hvordan lovteksten er formulert. Ved lagmannsrettens behandling av saken, gjorde de det samme som tingretten, og uttrykte at man fant det ”klart” at pasienten manglet kompetanse, til tross for at det etter loven er spørsmål om dette er ”åpenbart”.⁷⁵

Østenstad mener at det å operere med et beviskrav som er strengere enn i strafferetten for tap av samtykkekompetanse, ikke er tilpasset den situasjonen at personer som det er god grunn til å tro mangler samtykkekompetanse, men der dette ikke er åpenbart, takker nei til viktig helsehjelp, enten det er snakk om somatisk eller psykisk hjelp.⁷⁶ Østenstad var en del av flertallet i NOU 2011:9 som foreslo at beviskravet skulle settes til ”overveiende sannsynlig.”

⁷³ Bjørn Henning Østenstad, *Fråvær av avgjerdskompetanse som moglege vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.*, 2011, vedlegg til NOU 2011:9 s.318.

⁷⁴ Østenstad, s.318.

⁷⁵ Østenstad, s.318.

⁷⁶ Østenstad, s.333.

5.6.5 Vurderinger av beviskravet ”åpenbart” i Prop. 147 L (2015-2016)

Forslagene til lovutvalget ble sendt ut på høring. Helsedirektoratet var i sin høringsuttalelse skeptiske til å svekke beviskravet fra ”åpenbart” til ”overveiende sannsynlig”. Ingen av de andre høringsinstansene nevnte noe om beviskravet.

Flertallet i NOU 2011:9 forslø at en styrkning av pasientautonomien skulle skje ved endringer i pasient- og brukerrettighetslovens samtykkebestemmelser. Helse- og omsorgsdepartementet kom i sin vurdering fram til at det skulle innføres en kompetansebasert modell i psykisk helsevernlov, og at modellen skulle bygge på gjeldende regler om samtykkekompetanse i pasient- og brukerrettighetsloven. Helse- og omsorgsdepartementet tok ikke en selvstendig vurdering av om det skulle gjøres endringer for beviskravet ”åpenbart” i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3, og forslaget til departementet som ble stående ble dermed at beviskravet ”åpenbart” også skulle gjelde for psykisk helsevernloven.⁷⁷ Helse- og omsorgsdepartementet valgte en annen tilnæringsmåte for å oppnå samme formål, og det ble dermed ikke foretatt noen endringer i pasient- og brukerrettighetsloven.

Det var et enstemmig storting som stilte seg bak forslagene til departementet. Forslagene i Prop.147 L (2015-2016) ble ikke sendt på høring. Dette ble begrunnet av Helse- og omsorgsdepartementet med at proposisjonen på mange måter var en oppfølging av forslag fremlagt av Paulsrud-utvalget i NOU 2011:9.⁷⁸

Ordlyden ”åpenbart” taler isolert sett for at sannsynligheten er høy, utvalget i NOU 2011:9 mente at terskelen ”åpenbart” var høyere enn ”overveidende sannsynlig” som ble fremlagt som et forslag for beviskravet. Dette passer imidlertid ikke med det som har blitt sagt i teorien. Graver mener at det er fruktbart å operere med tre grader av sannsynlighetskrav: alminnelig sannsynlighetsovervekt (sannsynlig), overveidende sannsynlig (”godtgjort eller åpenbart”) og sikkert (ingen rimelig tvil).⁷⁹ Her blir beviskravet ”åpenbart” brukt som et eksempel på at noe er overveiende sannsynlig. Det kan dermed synes å herske tvil i teorien om nyanseforskjellene mellom beviskravene ”åpenbart” og ”overveiende sannsynlig”, og hva den faktiske forskjellen mellom disse begrepene går ut på.

⁷⁷ Prop.147 L (2015-2016) s. 19.

⁷⁸Syse (2018) s. 237.

⁷⁹ Hans Petter Graver, ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten” i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, s.465-498 (s. 467).

5.6.6 Beviskravet ”åpenbart” i rundskrivet IS-1/2017

Beviskravet ”åpenbart” bli i rundskrivet fra Helsedirektoratet beskrevet slik:

”Det skal med andre ord en del til for at samtykkekompetansen bortfaller. Er helsepersonellet i tvil, skal pasienten ha rett til å samtykke til behandlingen, eventuelt nekte å motta behandling. Siden beviskravet (”åpenbart”) er så høyt, vil mange med redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter, vurderes som samtykkekompetente”.⁸⁰

5.6.7 Beviskravet ”åpenbart” i lagmannsrettsavgjørelsene

Spørsmålet som reiser seg her er hvordan beviskravet ”åpenbart” blir vurdert i lagmannsretten. I syv av dommene som er undersøkt blir det sagt at ”åpenbart” er et strengt beviskrav⁸¹. I to av dommene blir det i tillegg sagt at det kreves noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vilkåret ”åpenbart” skal være oppfylt.⁸² Seks av dommene sier ingenting om beviskravet ”åpenbart”.⁸³ To av dommene som ikke sier noe om kravet ”åpenbart”, bruker heller begrepet ”klart” og sier at det ”det er klart at pasienten mangler samtykke”. Ordlyden ”klart” taler for at det er nødvendig med en sannsynlighetsovervekt. Det skal være svært lite rom for tvil når man anser et vilkår for å være ”klart” oppfylt. Det er vanskelig å si noe konkret om nyanseforskjellene mellom ”åpenbart” og ”klart”. Men i likhet med avgjørelsen om KOLS-pasienten som Østenstad viser til, kan det virke som at lagmannsretten ved å heller bruke uttrykksmåten ”klart” legger beviskravet for lavt i forhold til hvordan lovteksten er formulert, og hva som ble forutsatt av lovgiver. Måten lagmannsretten har angitt beviskravet på i de to avgjørelsene, er nærmere beviskravet ”overveiende sannsynlig” som flertallet i utvalget i NOU 2011:9 foreslo i sin utredning. I helhetsvurderingen etter phvl. § 3-3 nr.7 kreves det at tvungent psykisk helsevern ”klart” skal fremstå som den beste løsningen for pasienten, de to lagmannsrettsavgjørelsene har dermed brukt det beviskravet som forutsettes for helhetsvurderingen.

Det man kan utlede av dommene er at domstolene mener at ”åpenbart” skal tolkes strengt, og at det er en høy terskel for at kravet ”åpenbart” skal være oppfylt. Det er som nevnt over ikke slik at alle dommene velger å gå inn på dette vilkåret, og det blir dermed utfordrende å si noe

⁸⁰ IS-2017-1 s.15.

⁸¹ LF-2017-39507, LH-2017-17830, LB-2018-32742, LG-2018-35336, LF-2018-47287, LB-2017-32742 og LG-2018-64339.

⁸² LG-2018-35336 og LG-2018-64339.

⁸³ LG-2018-255332, LB-2017-1837341, LF-2018-604793, LG-2017-161204, LG-2018-857505, LG-2018-64339.

konkret om hvordan domstolen tolker beviskravet ”åpenbart”. Fraværet av ett presist beviskrav kan som nevnt være årsaken til at praksisen er ulik i lagmannsrettsdommene som er undersøkt.

5.6.8 Lagmannsrettens bruk av rettskilder

Flere av dommene går ikke inn på terskelen for begrepet åpenbart, men siterer kun pasient- og brukerrettighetsloven uten å gå inn i bestemmelsens ordlyd eller forarbeider. Ettersom det er svært sparsomt med rettspraksis om samtykkekompetanse, er det ingen av dommene som bruker rettspraksis for å si noe begrepet ”åpenbart”. Dommene som sier noe om beviskravet bruker isteden helsedirektoratets rundskriv. Funnene fra lagmannsrettsdommen kan stemme overens med den kritikken Østenstad kom med i sin juridiske utgreiing for Paulsrud-utvalget. Østenstad mente at man har definert kravet for samtykkekompetanse for lite presist i pasient- og brukerrettighetsloven, og at forarbeidene i mindre grad gir noen ytterligere rettledning.⁸⁴ Det at både loven og forarbeidene gir lite rettledning for hvordan beviskravet skal tolkes gjør at man risikerer en ulik praksis i domstolene, og dette kan i verste fall gå på bekostning av pasientens rettssikkerhet. Det er som nevnt flere av avgjørelsene som bruker rundskrivet IS-1/2017, i følge Skoghøy vil et rundskriv såfremt det gir uttrykk for etablert praksis på området ha den vekt som festnet praksis blir tillagt. Den samme funksjon vil et rundskriv få dersom det dannet grunnlag for fremtidig praksis. I den utstrekning et rundskriv ikke gir uttrykk for eller har dannet en festnet praksis, kan rundskriv fra forvaltningen ikke tillegges større vekt enn juridisk teori. Etter Skoghøy sin mening blir det avgjørende for gjennomslagskraften sammenstillingen og avveiningen av de argumenter som er blitt benyttet.⁸⁵

Domstolene burde strekke seg etter å konsekvent ta i bruk beviskravet som er angitt i loven, slik at det blir mest mulig lik praksis i domstolene, samt at det vil være en rettssikkerhetsmessig brist dersom lagmannsrettene tar i bruk andre beviskrav ”åpenbart” som er vilkåret i loven.

5.7 Sykdomsinnsikt som vurderingstema

5.7.1 Innledning

I denne delen av oppgaven skal det først analyseres og vurderes hvordan domstolene har vurdert pasienters sykdomsinnsikt, videre hvordan det blir vektlagt i vurderingen av

⁸⁴ Østenstad s. 310.

⁸⁵ Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s.237.

samtykkekompetanse. I tillegg vil det bli sett på hva slags momenter som har blitt vektlagt i vurderingen av samtykkekompetanse. Til slutt vil jeg komme med noen betraktninger om forholdet mellom forvaltningsrettens lære om domstolsprøving og prøving av vilkåret om sykdomsinnsikt.

5.7.2 Vurdering av kriteriet sykdomsinnsikt i NOU 2011:9

Sykdomsinnsiktsbegrepet har stått sentralt i klinisk praksis og i begrunnelsen for tvang i psykisk helsevern. Vurderingen av innsikt har derfor tidligere hatt en sentral plass i vurderingen av hvorvidt hovedvilkåret for tvang i den norske psykiske helsevernloven er oppfylt.⁸⁶ Fra norske psykiatere er det uttrykt et tredelt sykdomsinnsiktsbegrep som består av 1) å anse seg som syk, 2) forstå sykdommens natur, 3) å forstå de nødvendige tiltak. Innsikt på alle disse punktene er vurdert som nødvendig for å få til god og langsiktig behandling. En norsk empirisk studie finner imidlertid at helsepersonell i praksis forholder seg til et seksdelt sykdomsinnsiktbegrep som består av 1) lidelsesbevissthet, 2) erkjennelse av hjelpebehov, 3) praktisk oppførsel, 4) etterlevelse av behandlingstiltak, 5) erfaringslære og resonnering fra egen konkret situasjon og 6) tilslutning til behandlerens årsaksforståelse. Studien tyder på at et utgangspunkt i de tre første aspektene er bedre egnet til å etablere et konstruktivt samarbeid med pasienten enn utgangspunkt i de tre siste.⁸⁷

5.7.3 Om sykdomsinnsikt i IS/2017

Tradisjonelt sett har manglende sykdomsinnsikt vært et overordnet krav for at man skulle ilegge mennesker tvang. Alvorlig sinnslidelse kan medføre redusert sykdomsinnsikt, og begrepet ”alvorlig sinnslidelse” er derfor tett knyttet til fravær av sykdomsinnsikten. En måte å betrakte sykdomsinnsikt på er som noe flerdimensjonalt, der sentrale dimensjoner er individets erkjennelse av å ha en psykisk lidelse, gjenkjenning av symptomer som patologiske, og det å innse behovet for behandling. En pasient kan ha samtykkekompetanse, selv om vedkommende har mangelfull sykdomsinnsikt. Pasienten kan for eksempel erkjenne sykdomsfølelse eller annerledeshet, og ønske bistand eller hjelp av annen art enn det behandleren primært anbefaler. Når pasienten selv skjønner at noe er unormalt og ber om helsehjelp, er vedkommende oftest samtykkekompetent. En pasient som ikke har noen grad av sykdomsinnsikt, vil sjelden vurderes å ha samtykkekompetanse, da vedkommende ikke vil forstå informasjonen om den aktuelle helsehjelpen og konsekvenser av å nekte denne. En

⁸⁶ NOU 2011:9 s.152.

⁸⁷ NOU 2011:9 s.152.

pasientens skepsis til diagnoser og legemidler kan være velbegrunnet og referere seg til manglende virkninger eller bivirkning, og ikke til mangelfull sykdomsinnsikt.⁸⁸

5.7.4 utfordringer med sykdomsinnsikt som vurderingstema

Et formål med innføringen av en kompetansebasert modell var en ytterligere rettsliggjøring av psykiatrifeltet. Det var ønskelig å presse frem en skjerpet juridisk kontroll på området. Etter Østenstad syn kunne uttrykksmåten krav til innsikt eller konsekvensinnsikt ivareta denne funksjonen. Likevel ble det presisert i forarbeidene at forventningene om dette ikke måtte overdrives på dette punktet da typiske psykiatri – og psykologfaglige vurderinger av sykdomsinnsikt og kognitiv svikt uansett ville utgjøre sentrale premisser i en overprøvingssammenheng. I tillegg ble det påpekt at man i norsk rettspraksis i svært liten grad har håndtert saker som konkret handler om vurdering av samtykkekompetanse innenfor helsesektoren, og at det derfor er trolig at det vil oppstå rettsutrygghet på grunn av faren for at det ikke vil bli lik praksis i domstolene. Etter Østenstads syn ville dette først og fremst bli et problem i en overgangsfase.⁸⁹

Videre mener Østenstad at det kan reises spørsmål ved den praktiske betydningen av et vilkår om fravær av samtykkekompetanse vil ha, ganske enkelt fordi vurderingen av innsikt – som er et helt sentralt premiss for samtykkekompetansevurderingen vil være særlig skjønnsmessig på psykiatrifeltet.⁹⁰ Dermed kan også behandlingsapparatet få et stort spillerom til å nå det resultatet det ønsker. Østenstad mener videre at man kan komme i en situasjon som mange har observert før; at klinisk praksis har en tendens til å ligge relativt fast, tross endringer i lovgivningen.

I rapport ”vurdering av behandlingstvilkåret i psykisk helsevernloven” ble det rettet kritikk mot manglende sykdomsinnsiktsbegrepet: ”Det har i gruppen fremkommet kritikk mot begrepet ”manglende sykdomsinnsikt.” Det fremholdes at begrepet fremstår uklart, subjektivt og svært skjønnsmessig.” Det vises til at bruken av begrepet ”manglende sykdomsinnsikt” ofte fører til en sirkelargumentasjon hvor vedkommende anses å ikke ha den innsikt dersom han eller hun motsetter seg en bestemt behandling, og anses å motsette seg behandlingen fordi han eller hun mangler innsikt. Å bli stemplet med manglende innsikt oppleves å bli satt i en alvorlig avmaktsposisjon hvor vedkommendes troverdighet, meninger og egne

⁸⁸ IS-1/2017 s. 20.

⁸⁹ Østenstad s. 324.

⁹⁰ Østenstad s. 324.

forklaringsmodeller undergraves. Det er en form for ugyldiggjøring av den enkeltes kompetanse.”⁹¹

Syse stiller også noen kritiske spørsmål ved om faglig ansvarlig vil oppfatte pasientens motstand som tegn på manglende sykdomsinnsikt og dermed ikke som samtykkekompetent. Syse påpeker at tilnærmingen vil sikre et lovlig tvangsvern, men at endret innleggelsesgrunnlag vil ha en utilsiktet virkning enn det som ble foreslått i forarbeidene.⁹²

5.7.5 Vektlegging av sykdomsinnsikt i lagmannsrettsavgjørelsene

Alle lagmannsrettsdommene som har blitt undersøkt har vektlagt sykdomsinnsikt, i tre av dommene blir det kun indirekte sagt at det er sykdomsinnsikt som blir vurdert. Likevel er det mulig å identifisere at det er de samme momentene som har blitt brukt i alle dommene, uavhengig av om det kun indirekte sies at det er sykdomsinnsikt som blir vurdert.

I LG-2017-164120 ble det vektlagt at pasienten var uenig i diagnosen, og at hun ikke anerkjente at hun hadde en sykdom som hun trengte behandling for, samt at hun ikke ville ta medisin dersom hun ikke var under tvang. De samme momentene er å finne i LF-2018-47287 der pasienten mente at han selv var frisk, og benektet at han hadde en alvorlig sinnslidelse. Til tross for at de to dommene ikke bruker begrepet sykdomsinnsikt er det i realiteten det som blir vurdert.

5.7.6 Hvilke momenter blir vektlagt av lagmannsrettene

I dommene er det gjennomgående at pasientene ikke anerkjenner å være syk, og benekter diagnosen de har fått. Noen av pasientene har fysiske plager, men de erkjenner likevel ikke at de har behov for antipsykotisk medikamentell behandling, og mener selv at de vil klare seg best på lang sikt uten medisiner på grunn av blant annet plagsomme bivirkninger ved medisinene. Pasientene i dommene erkjenner ikke at det å slutte å ta medisiner vil kunne medføre at symptomene ved deres diagnose både forverres og forsterkes. Det er mulig å identifisere ved de ulike dommene at pasientene mangler innsikt i å anse seg som syk, forstå sykdommens natur og forstå de nødvendige tiltakene. Dette er momenter som blir brukt av psykiatere i praksis. Disse momentene er å finne igjen i rundskrivet til Helsedirektoratet, men de er imidlertid formulert på annen måte. I følge rundskrivet er sykdomsinnsikt basert på

⁹¹ Rapport ”vurdering av behandlingstvilkåret i psykisk helsevernloven (IS-1370) s. 42-43.

⁹² Aslak Syse, ”tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer” i *Kritisk juss*, 2016 s.278-300 (s. 299).

dimensjoner av individets erkjennelse av å ha en psykisk lidelse, gjenkjenning av symptomer som patologiske, og det å innse behovet for behandling.

Det blir også vektlagt i dommene at pasienter ikke forstår nødvendigheten av adekvat helsehjelp, og ikke forstår konsekvensene av å avslutte medikamentell behandling. I en av dommene, LB-2017-183734 blir det uttalt at pasienten mangler innsikt i egen psykisk sykdom, og at den manglende innsikten er psykotisk forankret. Her blir mangel på sykdomsinnsikt kun begrunnet i hennes psykiske sinnslidelse. Ettersom det i dommen vises til tingrettens vurdering er det vanskelig å vite om de har bygd vurderingen av sykdomsinnsikt kun basert på at pasienten mangler innsikt på grunn av diagnosen paranoid schizofreni. Dersom sykdomsinnsiktsvurderingen kun bygger på hennes diagnose er det kritikkverdig ettersom domstolene skal overprøve alle sider av saken, inkludert den faglige vurderingen som har blitt gjort i saken.

5.7.7 Hvordan blir sykdomsinnsikt vektlagt i vurderingen av samtykkekompetanse?

Det er ut ifra lagmannsrettsdommene tydelig å se at sykdomsinnsikt er et helt sentralt premiss for samtykkekompetansevurderingen, slik som ble forutsatt i forarbeidene i NOU 2011:9. Manglende sykdomsinnsikt har flere ganger i rettspraksis om tvungent psykisk helsevern blitt vektlagt som et moment, eksempelvis er det blitt brukt som et moment i helhetsvurderingen etter phvl. § 3-3 nr.7 og ved farevilkåret i phvl. 3-3 nr.3. Ut ifra lagmannsrettsdommene som er undersøkt er det mye som tyder på at vurderingen av manglende sykdomsinnsikt har fått sin stor plass i samtykkekompetansevurderingen.

5.7.8 Domstolsprøving og prøving av vilkåret om sykdomsinnsikt

Ved prøving av forvaltningsvedtak kan domstolen vanligvis kontrollere saksbehandlingen, at vedtaket er truffet på et riktig og fullstendig faktisk grunnlag, samt rettsanvendelsen.⁹³

I Naturfredningsdommen uttales det om hvor langt domstolskontroll med forvaltningen rekker at

”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelse av lover som gjør inngrep

⁹³ Arnfinn Bårdsen, ”Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet” i *Kritisk Juss*, 2016 s.238-262 (s. 246).

overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes”.⁹⁴

Det man kan trekke ut av uttalelsen er at domstolene som hovedregel har full prøvesrett, herunder at subsumsjonen kan prøves, for å kunne gjøre unntak fra hovedregelen må det særskilt begrunnes. Det er nærliggende å forstå at det må være tale om overbevisende og tungtveiende grunner som skal til for å gjøre unntak. Denne tilnærmingen kan begrunnes i rettssikkerhetshensyn.

Domstolens prøvingskompetanse ved saker om tvungent psykisk helsevern reguleres av tvisteloven (heretter tvl.) § 36-5 tredje ledd. Kapittel 36 i tvisteloven regulerer saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Av bestemmelsen fremkommer det at ”innenfor rammene av vedkommende lov skal retten prøve alle sider av saken”. Etter lovens ordlyd er det bare loven som vedtaket skal prøves opp mot som setter begrensinger for hva som skal prøves av domstolen. I Rt.2012 s.967 fremhevet førstvoterende at ”ved rettslig prøving etter tvisteloven kapittel 36 har retten samme kompetanse og ansvar som det forvaltningsorgan hvis vedtaket skal prøves”.⁹⁵ Retten har altså et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Domstolen skal foreta en full prøving av sakens faktiske og rettslige side. Den skal på et selvstendig grunnlag utøve det forvaltningsmessige skjønn som det aktuelle vedtaket måtte forutsette.

Forholdet til den psykiatriske fagkunnskapen representerer gjennomgående utfordringer på flere plan. Begrunnelsen for dette er at man er på et felt hvor både den medisinske og den rettslige bedømmelsen av virkeligheten kan være skjør. Gjennom plikten til å prøve grunnlaget for tvangsinnleggelsen – og den konkrete skjønnsutøvelsen er domstolene gitt et særlig ansvar for å ivareta de tunge rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende på dette feltet.⁹⁶ Det er her snakk om det som Høyesterett karakteriserer som rettsanvendelsesskjønn, det vil si at domstolene prøver vurderingen forvaltningen har gjort fullt ut. I disse tilfellene må domstolene fastlegge rettsreglene og anvende rettsreglene på et faktum som domstolene

⁹⁴ Rt.1995 s.1427 s.1433.

⁹⁵ Rt.2012 s.967, avsnitt 27.

⁹⁶ Arnfinn Bårdsen, ”Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet” i *Kritisk Juss*, 2016 s.238-262 (s. 246).

finner å legge til grunn, herunder subsumsjon og bevisbedømmelse. Dersom vilkårene er oppfylt etter domstolens vurdering, er vedtaket riktig.⁹⁷

De særlige prosessreglene i tvisteloven kapittel 36 gjelder bare så langt dette er fastsatt i hjemmelsloven, for psykisk helsevern, gjelder bestemmelsen i phvl.§ 7-1, det vi si vedtak om videre undersøkelse, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, eller om overføring til døgnopphold i institusjon.⁹⁸

Selv om domstolens prøvingskompetanse ikke er begrenset, så viker domstolene tilbake fra å overprøve forvaltningens vurderinger. Dette kan omtales som tilbakeholdenhet i prøvingen. Sagt på en annen måte legger domstolene betydelig vekt på forvaltningens vurderinger. Begrunnelsen for tilbakeholdenhet vil typisk være at forvaltningen besitter en spesiell fagkompetanse eller har en innsikt i praksis som domstolene ikke så lett kan få oversikt over. Det at domstolene tillegger forvaltningens syn vekt på denne måten er prinsipielt noe annet enn at deler av vurderingen er unntatt fra domstolsprøvingen.⁹⁹ Lagmannsretten er i de fleste saker som omhandler tvang innen psykisk helsevern satt med to meddommere, som enten er psykiatere eller psykologer. Dette styrker selvfølgelig domstolens innsikt i vurderingene som blir gjort av de sakkyndige. Likevel må meddommere forholde seg til det som blir presentert i retten. Til sammenligning vil en ekstern sakkyndig basere sin vurdering på samtaler og observasjoner av pasienten over lengere tid, og ha et bedre og bredere grunnlag for sin vurdering.¹⁰⁰ Dette kan være en begrunnelse for hvorfor domstolen til tross for fagkyndige meddommere er tilbakeholden med å overprøve faglige vurderinger.

Et eksempel blant avgjørelsene der domstolen i stor grad legger vekt på den sakkyndiges vurdering er å finne i LG-2018-19912. Domstolen sier ikke noe selv om pasientens sykdomsinnsikt mener henviser kun til da behandlende lege B vurderte pasientens manglende sykdomsinnsikt.¹⁰¹

⁹⁷ Ola Ø.Nisja og Christian Reusch, ”domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer” i *Jussens Venner*, 2009 s.254-263 (s. 257).

⁹⁸ Arnfinn Bårdsen, ”Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet” i *Kritisk Juss*, 2016 s.238-262 (s. 247).

⁹⁹ Ola Ø.Nisja og Christian Reusch, ”domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer” i *Jussens Venner*, 2009 s.254-263 (s.257)

¹⁰⁰ Bente Hustad, ”Retten som kontrollorgan – Hvordan anvendes vilkårene for å etablere tvungent psykisk helsevern?” i *Lov og Rett*, 2015 s.471-486 (s. 484).

¹⁰¹ LG-2018-19912.

5.7.9 LG-2018-35336

Den sakkyndige, som i denne saken var avdelingsoverlege og pasientens behandler, bygde sin vurdering av manglende sykdomsinnsikt i LG-2018-35336 på at pasienten viste manglende forståelse for at han uten antipsykotisk medisin ville bli syk igjen, at han ikke forstod resultatet av at stadige tilbakevendende psykoser ville gi en gradvis forverret helsetilstand, videre at pasienten ikke forstod at med stadige psykoser vil man kunne få redusert levetid. Til slutt vurderte den sakkyndige at den manglende sykdomsinnsikten var knyttet til selve lidelsen, schizofreni.

Lagmannsretten mente at den sakkyndige hadde tillagt for stor vekt på diagnosen paranoid schizofreni, sammenholdt med at pasienten nektet medikamentell behandling.¹⁰² Det kan virke som at lagmannsretten her gir uttrykk for at sakkyndige har hatt et for stort fokus på diagnose, istedenfor for å fokusere på pasientens faktiske funksjonsnivå. Lagmannsretten viser her at det ikke er tilstrekkelig å vise til at pasienten har en alvorlig diagnose for å vurdere at en pasient ikke er i stand til å ta egne valg. Man må undersøke om pasienten faktisk forstår sin egen situasjon og konsekvenser av sine egne valg før man kan komme til en slik konklusjon. Den sakkyndige sier imidlertid ikke noe om at pasienten erkjenner å ha en psykisk lidelse eller ikke, han knytter den manglende sykdomsinnsikten direkte til den psykiske lidelsen.

I følge lagmannsretten erkjente pasienten å ha en alvorlig psykisk lidelse, og videre fant lagmannsretten det ikke var åpenbart at pasienten nektelse av å motta helsehjelp skyldes at han ikke følte behov for slik hjelp. Pasienten forklarte at antipsykotiske medisiner hadde hjulpet han i perioder hvor han hadde vært psykotisk. Lagmannsretten viste også til at pasienten forklarte at dersom han skulle bli psykotisk igjen ville han oppsøke hjelp. Sentralt for lagmannsretten ved pasientens egen forklaring var at han ga uttrykk for noe kvalifisert annet enn benektelse av lidelsen. Han viste evne til å resonnerer rundt det at han hadde en alvorlig sinnslidelse som medførte at han hadde hatt det vanskelig og igjen ville kunne få det vanskelig.

Den sakkyndige og lagmannsretten var uenig om pasienten hadde forståelse for at han uten antipsykotisk medisin igjen ville bli psykotisk. Den sakkyndige mente at pasienten ikke utviste en slik forståelse. Lagmannsretten på sin side mente at pasienten var klar over at det

¹⁰² LG-2018-35336.

ville oppstå en forverring av psykosesymptomer dersom han sluttet å ta medisinen, og viste til at det var pasientens eget ønske å heller ta risikoen av tilbakevendende psykose istedenfor å leve med de plagsomme bivirkningene pasienten opplevde ved bruk av de antipsykotiske medisinene.

I denne dommen går domstolen langt i å overprøve den faglige vurderingen som er gjort av overlegen, og stiller seg kritisk til at den sakkyndige kun har snakket med pasienten ved én anledning. Lagmannsretten bygger en selvstendig vurdering av sykdomsinnsikt på bakgrunn av pasientens egen forklaring, samt opplysninger om sykehistorien og medisinske vurderinger som framgår av dokumentbevis. Kritikken som er rettet mot begrepet sykdomsinnsikt viser hvor vanskelig en slik skjønsmessig vurdering faktisk er, og spesielt da dette er i spenningsfeltet mellom juss og psykiatri. I øvrige lagmannsrettsdommene blir det i stor grad lagt vekt på den sakkyndiges uttalelser og det blir vist til sakkyndiges journalnotater der de har vurdert pasientens samtykkekompetanse, herunder sykdomsinnsikt. Det er store variasjoner i hvor utfyllende samtykkekompetanse har blitt vurdert i de enkelte dommene, noen konkluderer nesten umiddelbart uten å gå inn i lovens bestemmelse, ordlyd eller forarbeider. Det er usikkert om dette skyldes at samtykkekompetansevurderingen av pasienten er så klar at de ikke føler at det er nødvendig med en utfyllende drøftelse, eller om dette skyldes at domstolene er usikre på hvordan det nye vilkåret skal tolkes sett hen til lite rettspraksis og vanskelige helsefaglige vurderinger som samtykkekompetanse innebærer.

5.8 Domstolens konkrete vurdering av samtykkekompetanse

5.8.1 Innledning

I flere verktøy som kan tas i bruk for vurdering av samtykkekompetanse er det fire momenter som utpeker seg som sentrale for vurderingen. Disse fire momentene er derfor en sammenstilling av hva verktøyene fokuserer på. Ettersom det ikke er beskrevet i loven, verken i pasient-og brukerrettighetsloven, eller psykisk helsevernloven hvordan en samtykkekompetansevurdering skal gjøres, er verktøyet et hjelpemiddel for både helsepersonell og jurister for å ha noe mer konkret å knytte vurderingen til. Momentene er å finne i rundskrivet til psykisk helsevernloven.¹⁰³ De fire momentene består av pasientens evne til 1) uttrykke et valg, 2) forstå relevant informasjon som gis i forhold til behandlingstiltaket, 3) evne til å anerkjenne informasjon om sin egen situasjon, og 4) evne til å resonnerer med

¹⁰³ IS-1/2017 s.17.

relevant informasjon. Til tross for at sykdomsinnsikt og samtykkekompetanse er to ulike vurderinger vil de på noen punkter være sammenfallende, og sykdomsinnsikt kan i noen sammenhenger forklare hvorfor pasienten mangler evne innen FARV-vurderingen. Videre skal det undersøkes om de ulike lagmannsrettene tar i bruk momentene i FARV-vurderingen, og om momentene har fått en sentral plass i samtykkekompetansevurderingen.

5.8.2 Domstolens anvendelse av momentene

Spørsmålet er her om domstolene anvender FARV-momentene. I 11 av dommene har domstolene tatt i bruk den såkalte FARV-vurderingen i vurderingen av pasientens samtykkekompetanse, og tar i bruk én eller flere momenter i vurderingen. I to av dommene som er undersøkt blir ikke disse momentene anvendt, og i dommene har lagmannsretten kommet til at pasienten mangler samtykkekompetanse, men de har ikke begrunnet sin vurdering på basis av de fire nevnte momentene.¹⁰⁴

I begge de nevnte dommene uttaler lagmannsretten at pasienten mangler sykdomsinnsikt, og de bygger sin vurderingen på tingretten har gjort, uten at det blir nærmere blir beskrevet hvordan tingretten har vurdert samtykkekompetanse. De lagmannsrettsavgjørelsene som ikke tar i bruk momentene kan tilsynelatende virke mer skjønnsmessig, og det kan skape uensartet praksis dersom domstolene velger å se bort ifra bruk av slike verktøy for samtykkekompetansevurderingen, ettersom det er et hjelpemiddel for å sikre at det samtykkekompetansevurderingen i tvilstilfeller blir utført på en mer korrekt og strukturert måte. Det vil være lettere å etterprøve vurderingen domstolen gjør dersom momentene i FARV-vurderingen blir brukt, og skape rettsenhet dersom domstolene fokuserer på sin vurdering på de fire momentene som er relevante for samtykkekompetanse. Dette kan være spesielt viktig ettersom det er lite rettspraksis på området, og med tanke på at pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd ikke angir noen nærmere retningslinjer for hvordan samtykkekompetanse skal vurderes. Ut ifra avgjørelsene som er undersøkt er ikke praksis fra lagmannsrettsavgjørelsene entydig ved bruk av FARV.

Gjennomgående skiller LB-2017-18374 og LG-2018-85750 seg ut fra de resterende lagmannsrettsavgjørelsene ved at de bruker liten plass på vurderingen av om vilkåret om samtykkekompetanse er oppfylt, og ved at de som tidligere nevnt bruker uttrykksmåten ”klart” istedenfor å ta i bruk begrepet ”åpenbart” som er vilkåret etter loven.

¹⁰⁴ LB-2017-183734, LG-2018-85750.

I HR-2018-2204-A viser Høyesterett i avsnitt 45 til de fire FARV-momentene, det blir kun uttalt at disse momentene er å finne igjen i både rundskrivet til psykisk helsevern, og i forarbeidene til loven. Momentene blir ikke anvendt noe mer utover i dommen. Det kan dermed virke som at Høyesterett videre i dommen har valgt å ikke fokusere på disse momentene, og at de heller konsentrerer seg om å anvende de tre kriteriene for samtykkekompetanse, herunder sykdomsvilkår, årsakssammenheng, og manglende forståelsesevne. Det at Høyesterett viker noe fra å anvende FARV-momentene kan ha betydning for hvor stor vekt underinstansen i avgjørelser fremover vil legge vekt på disse momentene. Førstvoterende at ”ut over disse generelle kommentarene inneholder proposisjonen lite om hva som ligger i kravet til samtykkekompetanse innenfor det psykiske helsevernet”.¹⁰⁵ Ut ifra uttalelsen kan det virke som at Høyesterett mener at ikke disse momentene ikke tilfører så mye til innholdet av kravet til samtykkekompetanse ut over å fungere som generelle retningslinjer.

5.9 Bruk av sakkyndige i domstolen

5.9.1 Innledning

Spørsmålet er hva slags rolle de sakkyndige har i saker om tvungent psykisk helsevern og i hvilken grad domstolen vektlegger de sakkyndiges vurderinger. I den videre vurderingen vil begrepet ”intern sakkyndig” bli brukt når det er snakk om at pasientens behandler eller avdelingsoverlegen blir ført som vitne for retten. Med ”ekstern sakkyndig” menes en sakkyndig som ikke har kjennskap til pasientens fra før av, og som er hentet utenfra for å komme med sin vurdering.

Det har blitt sett på bruk av sakkyndige som vitner i de ulike lagmannsrettsavgjørelsene. Det har blitt undersøkt om domstolene har tatt i bruk interne eller eksterne sakkyndige.

Prinsippet om fri bevisbedømmelse går ut på at det er opp til retten etter en samvittighetsfull prøving av det som er kommet frem under rettsforhandlingen, å avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn. Dette følger av tvistelovens § 21-3 første ledd, § 21-2 første ledd, jf. § 11-2 andre ledd tredje punktum.

¹⁰⁵ HR-2018-2204-A, avsnitt 45.

Sakkyndig bistand er nødvendig når tradisjonelle bevismidler ikke gir et godt nok faktisk grunnlag. Tvisteloven § 25-1 definerer sakkyndighet som ”en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken”.¹⁰⁶

Dommere er generalister, mens sakkyndige er spesialister. Det kan derfor være viktig at den sakkyndige blir informert over viktige begreper og for de beviskrav og krav til årsakssammenheng som benyttes. Disse kan skille seg fra juristene; eksempelvis vil en rettspsykiatrisk sakkyndig vike tilbake for å karakterisere en person som psykotisk med mindre man er helt sikkert, mens det i en straffesak kan også spørsmål om ”rimelig tvil” også om tilregnelighet.¹⁰⁷

Bruk av eksterne sakkyndige og vitner kan være viktig for å få klarlagt faktum og for å sikre at saken blir godt opplyst. Det vil kunne foreligge en risiko for at helsepersonell sine vurderinger blir påvirket av den enkeltes verdi, og helsepersonell sosialiseres inn i forskjellige kulturer på de ulike behandlingsstedene. Konsekvensene av dette kan bli helsepersonell får ulik forståelse av lovverket, noe som igjen kan påvirke deres vurderinger. En ekstern sakkyndig vil derfor være viktig for å ivareta pasientens rettssikkerhet, og da spesielt i tvilstilfeller. I saker hvor det kun føres vitner fra den avdelingen hvor pasienten er innlagt kan dette bli en svakhet. I disse tilfellene vil faktum i stor grad fastsettes ut fra observasjoner, vurderinger og journalnotater som er gjort av helsepersonellet ved den aktuelle avdelingen. Dette kan gi en dekkende beskrivelse av faktum, men det er også fare for at det kan bli styrt av kultur og holdninger fra avdelingen. Retten er avhengig av at faktum stemmer for å kunne foreta en treffende vurderinger av om lovens vilkår er oppfylt. Feil i faktum kan påvirke resultatet, noe som igjen kan få store konsekvenser både for den enkelte, for pårørende og for samfunnet.¹⁰⁸

Lagmannsretten er i de fleste saker satt med to meddommere, som enten er psykiatere eller psykologer. Dette er en styrke, men sakkyndige meddommere kan ikke erstatte en ekstern sakkyndig vurdering. Meddommere må forholde seg til det som blir presentert i retten. En

¹⁰⁶ Anders Ryssdal – ”Hvordan bruke de sakkyndige” i *Lov og Rett*, s.589-590 (s. 589).

¹⁰⁷ Anders Ryssdal – ”Hvordan bruke de sakkyndige” i *Lov og Rett*, s.589-590.(s.589).

¹⁰⁸ Bente Hustad, ”Retten som kontrollorgan – hvordan anvendes vilkårene for å etablere tvungent psykisk helsevern?” i *Lov og Rett*, s.471-482,(s. 483) .

ekstern sakkyndig derimot vil basere sin vurdering på samtaler og observasjoner av pasienten over lengere tid, og ha et bedre og bredere grunnlag for sin vurdering.¹⁰⁹

I sak M.T mot Estland, som ble avsagt den 28. oktober i år, i ble det av klager anført brudd på EMK artikkel 5 nr.4, som omhandler retten til å få prøvd ut lovligheten av frihetsberøvelse. Et av spørsmålene som var oppe for EMD var om den nasjonale domstolen i Estland burde ha innhentet en ekstern sakkyndig for å vurdere om pasienten i saken oppfylte vilkårene for tvungent psykisk helsevern. Klager mente at ikke farekriteriet i psykisk helsevernloven var oppfylt, og ønsket sønnen utskrevet. Det var anført av klager at vurderingen som var gjort av sønnens behandlende lege ikke var tilstrekkelig objektiv, uavhengig og grundig. EMD kom i saken frem til at det ikke hadde skjedd noe brudd på EMK artikkel 5 nr.4 som anført. I saken var det relevant at det forelå en ny ekstern vurdering som hadde kommet fram til det samme som den interne vurderingen, og at det forelå tillitsproblemer mellom behandlende lege og pasient. Den skjønsmessige vurderingen den nasjonale domstolen gjorde om å ikke innhente en ekstern psykiatrisk vurdering ble ikke ansett for å være vilkårlig.¹¹⁰

I saken X mot Finland ble det derimot ansett vilkårlig at de ikke hadde tilgang til en ”second opinion” fra en ekstern sakkyndig.¹¹¹

5.9.2 Domstolens bruk av sakkyndige

I alle 14 lagmannsrettsdommene som er blitt undersøkt er det avdelingens overlege, ofte pasientens behandlende lege, såkalte interne sakkyndige blitt ført som vitne i saken og har kommet med sine vurderinger. I alle dommene der interne sakkyndige har kommet med sin vurdering om samtykkekompetanse har domstolene sluttet seg til sakkyndiges vurdering. I kun én dom har domstolen vært uenig med den interne sakkyndiges vurdering. I LG-2018-35336 mener domstolen at overlegens redegjørelse og begrunnelse for hvorfor han oppfatter at A mangler samtykkekompetanse, er preget av at han kun har snakket med pasienten ved én anledning.

Det har ikke blitt brukt eksterne sakkyndige som vitner for retten i noen av lagmannsrettene. I LG-2017-164120 ble overlegen, som hadde vært pasientens behandler gjennom flere år ført

¹⁰⁹ Bente Hustad, ”Retten som kontrollorgan – hvordan anvendes vilkårene for å etablere tvungent psykisk helsevern?” i *Lov og Rett*, s.471-482 (s. 484).

¹¹⁰ M.T. vs. Estonia nr.75378/13.

¹¹¹ X vs.Finland nr.34806/04 .

som vitne. I tillegg ble det under samtykkekompetansevurderingen vist til en psykologspesialist sin vurdering av pasientens samtykkekompetanse, her ble psykologspesialistens journalnotater lagt frem for retten. Overlegen sluttet seg til psykologspesialistens redegjørelse for og vurdering av pasientens manglende samtykkekompetanse. Dersom det hadde oppstått uenigheter mellom behandlende leges og psykologspesialist sine vurderinger ville det blitt vanskeligere for domstolen å klarlegge faktum, men ettersom de to ekspertene var enige, ble dette ikke problematisk for domstolen, som også sluttet seg til psykologspesialistens vurdering av samtykkekompetanse.

I flertallet av dommene som har blitt undersøkt er domstolen enige i den interne sakkyndiges vurderinger, og bygger sin egen vurdering av samtykkekompetanse på det sakkyndige har lagt frem i saken. Mange av domstolene tar altså ikke en selvstendig vurdering av spesielt kriteriet sykdomsinnsikt, men viser kun til det som har blitt vurdert av den interne sakkyndige. Retten er her nokså passive i forhold til de internt sakkyndiges uttalelse. Domstolen henviser til sakkyndiges uttalelser, uten at det blir kommentert nærmere hva som egentlig er domstolens synspunkter bak dette, og stiller seg bak disse vurderingene uten å gi en selvstendig begrunnelse. Dette kan blant annet skyldes at domstolen opplever denne vurderingen problematisk da, dette i stor grad er en psykiatrisk – og helsefaglig vurdering. De interne sakkyndige på sin side vil kunne oppleve utfordringer knyttet til det å måtte anvende vanskelige lovregler og måtte kunne inneha en viss forståelse for juridisk metode og tankemåte for å gjøre en mest mulig korrekt samtykkekompetansevurdering. Dette er utfordringer som oppstår når man er på et felt der grensedragningen mellom helsefaglige og juridiske vurderinger er flytende.

Ut ifra journalnotater og hvordan de interne sakkyndige uttaler seg i retten, gir de i få tilfeller uttrykk for usikkerhet og tvil. Dette kan muligens medføre at den sakkyndiges standpunkt blir enda mer overbevisende for domstolen. Noe som igjen kan bidra til at retten blir mer sikker i sin sak, og at de dermed ikke anser spørsmålet om samtykkekompetansen er bortfalt noe videre problematisk.

Domstolene bruker en del plass på de interne sakkyndiges uttalelser. Gjennomgående siterer domstolene ofte fra de sakkyndige, og viser til uttalelsene i sine vurderinger. Det er nok dermed nærliggende å si at de interne sakkyndiges vurderinger og uttalelser har preget domstolens egne vurderinger i spørsmålet om samtykkekompetanse, og at deres vurderinger har dermed blitt tillagt vekt av domstolen.

5.9.3 Vektlegging av sakkyndige i HR-2018-2204-A

I den nylig avsagte dommen i HR-2018-2204-A uttaler førstvoterende at ”både den behandlingsansvarlige overlegen og kontrollkommissjonen, samt tingretten og lagmannsretten – som begge var satt med en fagkyndig meddommer – konkluderer med at A åpenbart ikke har reell innsikt i sin situasjon. Videre at ”de har dermed et langt bedre grunnlag for å vurdere spørsmålet enn det Høyesterett har. Det er etter mitt syn ikke noe som tilsier at de har avgjort spørsmålet ut fra en uriktig rettslig norm”.¹¹² Her er også Høyesterett tilbakeholden med å overprøve den faglige vurderingen som er gjort i de tidligere instansene, og som de sier selv har disse et langt bedre grunnlag enn Høyesterett har for å vurdere spørsmålet. Det er verdt å merke seg at i sak for Høyesterett ble sakkyndig ikke anvendt.

5.10 Pasienter uten tvungent døgnopphold

5.10.1 Innledning

Av de 14 lagmannsrettsavgjørelsene som er undersøkt er det 6 av disse som omhandler pasienter som ikke er under tvang uten døgnopphold.¹¹³ De resterende 8 avgjørelsene fra lagmannsretten omhandler pasienter som ikke er under tvang uten døgnopphold, men som er innlagt på døgnopphold.¹¹⁴

5.10.2 Vilkårene for TUD

TUD er forkortelsen for tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold. I phvl. § 3-5 tredje ledd er det en åpning som er gitt i loven om at tvungent observasjon eller tvungent psykisk helsevern kan skje ”uten døgnopphold i institusjonen hvor dette er et bedre alternativ for pasienten”. I vurderingen av om tvungen psykisk helsevern uten døgnopphold skal etableres følger det av psykisk helsevernforskriften § 11 at det skal legges vekt på om det kan etableres et samarbeid med det lokale behandlingsapparatet som gjør det forsvarlig at pasienten ikke har opphold i godkjent institusjon.

Det skal legges særlig vekt på pasientens eget ønske. I tillegg skal det tas hensyn til pasientens sykdom, bo- og familiesituasjonen, sosiale situasjonen og individuelle behov samt pasientens pårørende og deres situasjon. Pasientene har mulighet til å bo utenfor institusjonen,

¹¹² HR-2018-2204-A, avsnitt 70.

¹¹³ LF-2018-60479, LG-2018-35336, LG-2018-25533, LG-2018-85750, LG-2017-164120, LF-2017-39507.

¹¹⁴ LH-2017-179380, LG-2018-19912, LB-2017-186895, LB-2017-183734, LB-2018-32742, LF-2018-47287, LG-2018-64339, LB-2018-32742.

og i egen bolig. Dette innebærer at personen fortsatt er pasient selv om han/hun oppholder seg i sitt eget hjem. Mange av TUD-pasientene har i tillegg et tvangsmedisineringsvedtak.

Det ble i forarbeidene uttalt at overgangen til en kompetansebasert modell ville være særlig være aktuell for pasienten under tvungent vern uten døgnopphold, og at modellen kunne være med å redusere tvangsbruken denne gruppen.¹¹⁵ Det blir sagt i NOU 2011:9 at begrunnelsen for tvang uten døgnopphold i hovedsak har vært for å kunne sikre fortsatt medikamentell behandling hos pasienter som ellers ville seponert medikamenter.¹¹⁶ I 2014 var 60 prosent, nærmere 1000 personer av dem som hadde vært under tvungent vern i minst ett på TUD.¹¹⁷

Østenstad fremhever at en viktig utfordringer ved samtykkekompetansevurderingen vil knytte seg til pasienter som er stabilisert, og som er utenfor fasen med klare psykotiske symptomer. Ved vurdering av kompetanse hos disse pasientene vil man lettere komme til at kompetansen foreligger ved spørsmål om å opprettholde vern og i relasjon til spørsmål om behandling. Østenstad fremholder her at det ikke bare er de psykotiske symptomene som har betydning for kompetansevurderingen, men at man i en rolig periode vil kunne tilrettelegge informasjonen, og ta hensyn til den allmenne svekkelse som kan foreligge ved alvorlig psykisk lidelse, og som kan komme på grunn av medikasjon med antipsykotika.¹¹⁸

Høyesterett sin praksis har kommet til at ”alvorlig sinnslidelse” også kan foreligge der pasienten har vært symptomfri gjennom medisinerings.¹¹⁹ Det er snakk om såkalte symptomfrie lidelser.

I Rt.2001 s.1481 uttalte den saksyndige som høyesterett baserte disse vurderingene på at pasienten ” uttrykker (...) innsikt for at han må holde seg borte fra alkohol. (...) Han uttrykker at han vil fortsette med medisin, men synes kanskje ikke fullt ut å ha den samme forståelsen for nødvendigheten av dette som å la være å drikke alkohol”. Det var altså tale om en pasient som hadde en rimelig god forståelse for situasjonen, selv om innsikten ikke var perfekt.¹²⁰

¹¹⁵ Prop.147 L (2015-2016) s. 25.

¹¹⁶ NOU 2011:9 s. 92.

¹¹⁷ Peter Christian Gøtzsche og Ketil Lund, ”Tvangsmedisinering må forbys” i *Lov og Rett* s.118-157 (s.121).

¹¹⁸ Østenstad, s. 313.

¹¹⁹ Østenstad, s. 301.

¹²⁰ Rt.2001 s.1481, s.1488 .

Høyer uttalte seg om en av forløperne til denne dommen, Rt.1993 s.249, som gjaldt et tilfelle der pasienten fremdeles viste ”enkelte restsymptomer”.¹²¹

”Det er for meg vanskelig å skjønne at en person som fungerer så godt som A, ikke skulle ha kompetanse til (å) skjønne at han risikerer å gå inn i en ny psykotisk tilstand ved å slutte med medisin. Det er slått fast at han fungerer optimalt, og at det neppe kan forventes ytterlig bedring, men det kan da ikke ha vært Høyesteretts mening at A i all fremtid skal frakjennes kompetanse til å bestemme over egen behandling?”¹²²

Høier sin kritikk sier noe om hvor vanskelig det vil være å trekke en grense for hvor stor grad av sykdomsinnsikt som vil kreves for at man skal vurderes for å være samtykkekompetent. Spesielt vil dette gjelde for tilfeller der pasienten er optimal behandlet, men ikke har fullstendig sykdomsinnsikt og heller aldri vil oppnå det.

Den praktiske betydningen av rettspraksisen som har blitt kritisert av Høier kan svekkes nå med innføringen av manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvungent vern. Begrunnelsen for dette er at pasienter som er behandlet i en periode og har blitt helt eller delvis symptomfri, i mange tilfeller vil ha gjenvunnet sin samtykkekompetanse og oppfyller dermed ikke lenger vilkårene for tvunget vern. Likevel må dette modifieres noe da dette ikke vil gjelde fullt ut dersom domstolene er tilbakeholdne med å prøve tvangsmedisineringsvedtaket.

5.10.3 TUD pasienter og tvangsmedisineringsvedtak

Som nevnt har mange av TUD-pasientene i tillegg et tvangsmedisineringsvedtak.

Tvangsmedisinering etter phvl.§ 4-4 kan bare gjennomføres uten samtykke overfor en pasient som er underlagt tvungent psykisk helsevern.

I phvl.§ 4-4 er det gitt adgang til tvangsmedisinering. Vilrårene er blant annet at det er forsøkt å oppnå samtykke fra pasienten eller dette er åpenbart nytteløst, at behandlingen med stor sannsynlighet kan føre til helbredelse eller vesentlig bedring eller at pasienten unngår en vesentlig forverring, og at den positive virkningen klart oppveier eventuelle bivirkninger.

¹²¹ Høyer, ”Tilbakeslag i psykiatriske pasienters autonomi og rettsikkerhet” i *Lov og Rett*, 1995 (151-167), s.151.

¹²² Høyer, 1995 s.151.

Helse- og omsorgsdepartementet har to ganger valgt å ikke åpne for domstolsprøving av fylkeslegenes vedtak om tvangsbehandling, som ble foreslått første gang i NOU 1988:8, og senest i NOU 2011:9. I prinsippet kan nok vedtak om tvangsmedisinering etter phvl.§ 4-4 underlegges domstolsprøving. Det som har blitt vurdert og avvist av Helse- og omsorgsdepartementet er å få phvl.§ 4-4 inn i tvistelovens særlige regler i kapittel 36. Fra 1.juli 2017 har pasienter som klager til fylkesmannen om tvangsmedisineringsvedtak rett til 5 timers advokatbistand, men endringen medfører ikke at pasientene får domstolsprøving av vedtaket.

Konsekvensen av at phvl.§ 4-4 ikke omfattes av tvistelovens kapittel 36, er at vedtakene kun vurderes av vedtaksansvarlige, eller fylkesleger. Vurdering av tvangsmedisineringen er holdt utenfor prøving av både kontrollkommisjonen og domstolene. Høyesterett foretar heller ingen prøving av medisinerings i forbindelse med en utskrivningssak. På denne måten kan det bli tatt for gitt at de avveiningene loven forutsetter, har blitt gjort.¹²³

5.10.4 Den relative samtykkekompetansen hos TUD-pasienter

Det fremgår av pasientrettighetsloven § 4-3 2.ledd at pasienten kan tape kompetansen ”helt eller delvis”. Dette innebærer at kompetansespørsmålet må vurderes særskilt i relasjon til ulike typer helsehjelp. Samtykkekompetansen må vurderes konkret i forhold til den helsehjelpen som skal gis, og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Pasienten må få relevant informasjon om diagnose, prognose og behandlingsalternativer på en tilpasset måte. Kravene om samtykkekompetanse vil for eksempel kunne variere avhengig av kompleksiteten i relevant informasjon.¹²⁴ Eksempelvis kan en pasient mangle samtykkekompetanse når det kommer til innleggelse i psykisk helsevern, likevel kan man komme til at pasienten er samtykkekompetent når det gjelder å vurdere legemiddelbehandling. Et annet eksempel kan være at en pasient som er underlagt tvungent vern uten døgnopphold og som mangler samtykkekompetanse i relasjon til tvungent vern og behandling med legemidler, kan ha kompetanse til å samtykke til et frivillig opphold i institusjonen. I dette eksempelet mangler personen forståelse for og anerkjennelse av egen psykoselidelse og behovet for legemiddelbehandling, men erkjenner likevel en sykdomsfølelse eller en tilstand, eksempelvis uro eller angst som han av erfaring vet kan dempes med et opphold i trygge institusjonsrammer, og vedkommende kan uttrykke et

¹²³ Peter Christian Gøtzsche og Ketil Lund, *tvangsmedisinering må forbys*, s. 142-143.

¹²⁴ NOU 2011:9 s. 152.

rasjonelt begrunnet ønske om et institusjonsopphold for å hjelpe på tilstanden.¹²⁵ Dette siste eksempelet illustrerer at en TUD-pasient, som ikke er vurdert som samtykkekompetent i relasjon til det tvungne vernet kan ha kompetanse til å samtykke til et frivillig opphold i institusjonen. Dette vil si at prinsipielt sett kan pasienten være samtykkekompetent for det ene spørsmålet, men ikke for det andre.

I prinsippet kan TUD-pasienter mangle samtykkekompetanse når det kommet til tvungent psykisk helsevern, men ved spørsmål om tvangsmedisinering kan de ha sitt samtykke i behold. Vilkåret for å miste samtykkekompetanse etter phvl.§ 3-3 nr.4 og phvl.§ 4-4 er det samme, for begge disse kreves det etter pasient – og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd at ”samtykkekompetansen mangler dersom vedkommende på grunn av psykisk lidelse ”åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”. Etter phvl.§ 7-1 kan pasienten eller vedkommendes nærmeste pårørende bringe inn kontrollkomisjonens vedtak i sak om tvungent observasjon, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter §§ 3-2, 3-3 og 3-7 inn for tingretten etter reglene i tvistelovens kapittel 36. Vedtak om tvangsmedisinering faller derimot ikke innenfor tvistelovens § 36, og kan dermed ikke bringes inn for domstolen. Ved utskrivingsaker etter phvl.§ 3-3 legger domstolen til grunn at lovens tvangsmedisineringsvilkår er oppfylt til tross for at det ikke er noe rettslig i veien for at domstolen, som skal prøve alle sider av saken etter tvl.§ 36, kontrollerer tvangsmedisineringsvedtak i utskrivingsak, men dette skjer ikke i praksis. I tillegg skal domstolen prøve situasjonen slik den er på domstidspunktet, pasienten kan derfor i realiteten ha gjenvunnet sin samtykkekompetanse tilknyttet tvangsmedisineringen i tiden mellom vedtaket ble truffet og saken kom opp for domstolen. Det kan dermed stilles spørsmål ved at domstolen unnlater å ta denne vurderingen, og om det faktisk er slik at noen pasienter som er under tvungen psykisk helsevern uten døgnopphold faktisk har samtykkekompetanse i behold når det kommer til tvangsmedisinering, og kan med dette i realitet si nei til tvangsmedisineringen. Mange TUD-pasientene er under tvang på grunn av faren for at de vil slutte med antipsykotika, dersom det er slik at de egentlig er samtykkekompetente til å selv ta avgjørelsen om å slutte med medisiner vil det også i mange tilfeller bli formålsløst å iverksette TUD-vedtak.

¹²⁵ IS-1/2017-1 s. 17.

5.10.5 Samtykkekompetanse knyttet til tvangsmedisinering

Kun én av lagmannsrettsavgjørelsene sier noe om pasientens samtykkekompetanse i tilknytning til vedtaket om medisinering. I LG-2018-35336 blir det i saksfremstillingen nevnt at fylkesmannen hadde kommet frem til at det ikke var dokumentert at pasienten manglet samtykkekompetanse knyttet til medisineringen. På grunn av at saken skulle opp til anke i lagmannsretten hadde ikke overlegen truffet et nytt vedtak om medikamentell behandling uten samtykke ettersom han ville avvende utfallet av ankesaken. I realiteten hadde derfor ikke pasienten noe tvangsmedisinering vedtak på tidspunktet saken hans ble fremmet av domstolen. Det blir likevel sagt at ”lagmannsrettens vurdering sammenfaller også med assisterende fylkesleges vurdering per 16.april 2018, knyttet til vedtak om tvungen medikamentell behandling.”¹²⁶ Lagmannsretten tar her ikke selvstendig vurdering av samtykkekompetanse for tvangsmedisineringsvedtaket, men gir uttrykk for at de på bakgrunn av vurderingen som de selv har foretatt om samtykkekompetanse stiller seg bak vurderingen om at pasienten også har samtykkekompetansen i tvangsmedisineringsvedtaket. På en annen side ville det ikke vært noe poeng for lagmannsretten å ta vurderingen i tilknytning til tvangsmedisinering ettersom det ikke gyldig kunne iverksettes når pasienten ikke lenger var underlagt vedtak om tvungent psykisk helsevern.

I LG-2018-19912 legger domstolen derimot vekt på og bygger sin vurdering av samtykkekompetanse i forhold til utskrivelse på samtykkekompetansevurderingen den behandlende legen har gjort i vedtak om behandling av legemidler uten eget samtykke.¹²⁷

Falkanger uttaler i sin artikkel at det er rettssikkerhetsmessig problematisk at domstolsprøving av tvangsmedisineringsvedtak i praksis er avskåret. Da den eneste veien som står åpen for pasienten, er for egen regning å anlegge et ordinært søksmål om gyldigheten av vedtaket, eventuelt fastsettelsessøksmål om brudd på menneskerettighetskonvensjonen, men at dette i praksis ikke skjer. Videre skriver han at domstolene heller ikke tar standpunkt til holdbarheten av tvangsmedisinering i utskrivningssaker, selv om alle sider av saken i prinsippet skal vurderes. Falkanger mener at muligheten for domstolsprøving vil føre til mer holdbare begrunnelser av vedtakene.¹²⁸ Dette er et viktig poeng, spesielt i tilknytning til samtykkekompetansevurderingen som blir gjort av pasienten for tvangsmedisineringen.

¹²⁶ LG-2018-35336.

¹²⁷ LG-2018-19912.

¹²⁸ Aage Thor Falkanger ”psykisk helsevern og tvangsmedisinering” i *Lov og Rett*, 2017 s. 257-258, (s. 258).

Ettersom det er så snever adgang til å få prøvd ut dette vedtaket for domstolene, vil det være en rettsikkerhetsbrist at man ikke også kan få prøvd lovligheten av disse vedtakene.

Kildeliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814. (Grunnloven)

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 02. juli 1999 nr. 62. (Psykisk helsevernloven)

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30. (Menneskerettighetsloven)

Lov om pasient- og brukerrettigheter av 02. juli 1999 nr. 63. (Pasient – og brukerrettighetsloven)

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90. (Tvisteloven)

Forarbeider

Ot.prp.nr.11 (1988-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykatriloven)

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

Dokument 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. Desember 2011.

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

Rundskriv og forskrifter

Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m. m (psykisk helsevernforskriften, 2012)

Rundskriv IS-9/2012, Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer (Helsedirektoratet)

IS-1/2017, Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer (Helsedirektoratet)

Rettspraksis

Høyesterett:

Rt.1981 s.770

Rt.1987 s.1495

Rt.1988 s.634 (Huleboerdommen)

Rt.1995 s.1427 (Naturfredningsdommen)

Rt.2001-752

HR-2016-2554-P (Holeship-dommen)

Rt.2015 s.93 (Maria-dommen)

HR-2016-2591-A

HR-2018-2204-A

Lagmannsrett:

LG-2017-164120 (Gulating lagmannsrett)

LG-2018-19912 (Gulating lagmannsrett)

LG-2018-25533 (Gulating lagmannsrett)

LG-2018-35336 (Gulating lagmannsrett)

LG-2018-64339 (Gulating lagmannsrett)

LG-2018-85750 (Gulating lagmannsrett)

LF-2017-39507 (Frostating lagmannsrett)

LF-2018-47287 (Frostating lagmannsrett)

LF-2018-45574 (Frostating lagmannsrett)

LF-2018-60479 (Frostating lagmannsrett)

LB-2017-186895 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2017-183734 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2018-32742 (Borgarting lagmannsrett)

LH-2017-179830 (Hålogaland lagmannsrett)

Juridisk litteratur og artikler

Bårdsen, Arnfinn, ”Høyesteretts praksis på psykiatrifeltet”, *Kritisk Juss*, volum 42, 03, 2016, s.238-262

Falkanger, Thor Aage, ”psykisk helsevern og tvangsmedisinering”, *Lov og Rett*, volum 56, 5, 2017 s.257-258

Graver, Hans Petter, ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, volum 117, 04, 05, 2004, s.465-498

Gøtzsche, Peter Christian og Ketil Lund, ”Tvangsmedisinering må forbys”, *Lov og Rett*, volum 42, 02, 2016 s.118-157

Hestflått, Guri Gabrielsen, ”Tvang i psykisk helsevern – Paulsrudsutvalgets forslag i et diskrimineringsperspektiv”, *Kritisk Juss*, Volum 38, 03-04, 2012, s.248-260

Hustad, Bente, ”Retten som kontrollorgan – hvordan anvendes vilkårene for å etablere psykisk helsevern?” *Lov og Rett*, volum 54, 08, 2015 s.471-486

Høyer, Georg, ”Tilbakeslag i psykiatriske pasienters autonomi og rettsikkerhet”, *Lov og Rett* 1995, s. 151-167

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett i – Grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*, 5.utgave, 3. opplag, Gyldendal Akademisk forlag (Oslo 2015)

Løvlie, Anders, ”Strafferettslig psykose – bevistema og beviskrav”, *Kritisk Juss*, volum 38, 03/04, 2012, s.158-180

Nisja, Ola Ø og Christian Reusch Reusch, ”Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer”, *Jussens venner*, 04, 2009, s.254-263

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, 3.opplag, Universitetsforlaget (Oslo 2012)

Olsen, Kari Anne Salte, ”Forverringskriteriet i psykisk helsevernloven – strenge lovgiverintensjoner, liberal domstolpraksis?”, *Lov og Rett*, vol. 54, 10, 2015, s. 616-636

Pedersen, Reidar, *Vurdering av beslutningskompetanse*, 2011, vedlegg til NOU 2011:9

Ryssdal, Anders, *Hvordan bruke de sakkyndige*, *Lov og Rett*, volum 53, 10, 2014 s.589-590

Sindig, Henriette Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget (Bergen 2000)

Skoghøy, Jens Edvin A, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget (Oslo 2018)

Storvik, Marius, *Rettslig vern av pasienters integritet i psykisk helsevern*, doktoravhandling, Universitetet i Tromsø, 2017

Syse, Aslak, ”Tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer”, *Kritisk juss*, 2016 s.278-300 (Universitetsforlaget)

Syse, Aslak ”Om medisinsk etikk, medisin og juss”, *Tidsskriftet for Den norske legeforening* nr.12, 2007; 127, s. 1626.

Syse, Aslak, ”Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien”, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter* – vol. 24, nr. 4, 2006, s. 318-242.

Syse, Aslak, ”Helserettslige dommer siden 1985”, *Lov og rett*, nr.7-8, 2004 s.387-439

Syse, Aslak, ”Store endringer i psykisk helsevern”, *Tidsskrift for psykisk helsearbeid*, volum 15, 02-03, 2018, s.236-243.

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

Utredninger

Mujezinović, Kjetil Larsen, Konsekvenser ved eventuell norsk tilslutning til den valgfrie protokollen om individuell klagerett til FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Utredning avgitt til Utenriksdepartementet 28. juli 2015

Rapport ”vurdering av behandlingvilkåret i psykisk helsevernloven (IS-1370)

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK), 1950

Europarådets konvensjon om menneskerettigheter (Oviedokonvensjonen), 1997

FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD), 2006

EMD-dommer

X vs. Finland nr.34806/04, Stratsbourg, (*Chamber*), 3.juli 2012,

M.T. vs. Estonia nr.75378/13, Stratsbourg, (*Chamber*), 28.oktober 2018

Annet

<https://snl.no/selvbestemmelsesrett>: Store norske leksikon om selvbestemmelse

https://sml.snl.no/medisinsk_etikk: Store norske leksikon om medisinsk etikk

<https://www.med.uio.no/helsam/tjenester/kunnskap/etikk-helsetjenesten/praksis/systematisk-etikkarbeid/ace2012.pdf>: Aid To Capacity Evaluation (ACE) – Hjelpemiddel til vurdering av beslutningskompetanse