



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Vilkår for gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetslovens ved
ytelse av helsehjelp i kommunale helse- og omsorgstjenester**

- med særlig vekt på samtykkekompetanse

Anita Turlid

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR3902 V20



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Metode.....	6
2	Rettsutviklingen – fra paternalismen til krav om samtykke som grunnlag for ytelse av helsehjelp.....	6
3	Grunnleggende prinsipper og rettigheter.....	9
3.1	Pasient og brukerrettighetsloven formål	9
3.2	Menneskerettigheter	11
3.3	Hvilken relevans har EMK for selvbestemmelsesretten til helsehjelp.....	12
3.4	Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet	14
3.5	Det helserettslige forsvarlighetskravet.....	17
4	Sentrale begreper.....	20
4.1	Helsehjelp.....	20
4.2	Begrepene: pasient og bruker	22
5	Samtykkekravet ved ytelse av helsehjelp.....	24
5.1	Hovedregelen om samtykke	24
5.2	Kravet om informert samtykke	25
5.2.1	Pasienters rett til informasjon.....	26
5.2.2	Brukers rett til informasjon	29
5.2.3	Ivaretar bestemmelsen om informasjon til pasienter og brukere lovens intensjon	29
5.2.4	Kravet til tilpasset informasjon	32
5.3	Samtykkekravets form.....	33
6	Samtykkekravet og helsepersonells hjelpeplikt	34
7	Samtykkekompetanse.....	36
7.1	Generelt om samtykkekompetanse.....	36

7.2	Hvem har samtykkekompetanse.....	36
7.2.1	Hvorfor er den helserettslige myndighetsalderen satt ved 16 år	37
8	Bortfall av samtykkekompetanse	38
8.1	Vilkår for bortfall av samtykkekompetanse	38
8.2	Rettslig grunnlag for bortfall av samtykkekompetanse.....	39
8.2.1	Hva ligger til vurderingen om samtykkekompetansen er bortfalt, jf. ”åpenbart”? 40	
8.2.2	Krav til årsakssammenheng mellom manglende forståelse og pasientens sykdomstilstand.....	41
8.2.3	Kan det oppstilles et vilkår om at det ”må være åpenbart at den manglende forståelsen skyldes sykdomstilstand”?	43
8.2.4	Hvilken plikt har helsepersonell for å forsøke å avhjelpe den manglende forståelsen.....	45
9	Representasjon av samtykke for myndige som ikke har samtykkekompetanse.....	46
9.1	Begrensningen av hva helsepersonell kan avgjøre om helsehjelp etter pbrl. § 4-6 første ledd.....	47
9.2	Helsehjelp etter pbrl. § 4-6 annet ledd	48
9.3	Forholdet mellom samtykkekravet og behandleransvaret som selvstendig rettsgrunnlag for inngrep.....	51
10	Avsluttende oppsummering og bemerkninger	53
	Kildeliste	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

”Individet har i utgangspunktet full bestemmelsesrett i forhold til sin frihet, sin helse og sitt liv”¹

Slik er innledningen i lovforarbeidene til lov om pasientrettigheter som regjeringen la frem forslag til i 1999. Retten til selvbestemmelse har fått en fremtredende plass i lovverket etter helsereformen i 2001. Et grunnleggende prinsipp er at all helsehjelp skal gis på frivillig grunnlag,² med samtykke som hovedregel og utgangspunkt.³ Til tross for dette rettslige utgangspunktet, kan det foreligge grunner som taler for at dette må vike i tilfeller hvor individet mangler samtykkekompetanse.

Med den relativt sterke selvbestemmelsesretten som bakteppe, vil også grunnlaget for bortfall av retten til selv å bestemme stille krav til denne vurderingen. Det medfører at det stilles strenge krav til hvordan helsepersonell behandler og tar stilling til den materielle og den prosessuelle vurderingen av samtykkekompetanse ved ytelse av helsehjelp. Materielle pasient- og brukerrettigheter handler om lovens vilkår for rett til ytelse av helse- og omsorgstjenester. De prosessuelle vurderingene handler om fremgangsmåten helsepersonell må følge når det gjøres vurderinger.

Tema for oppgaven er å undersøke nærmere innholdet i pasient- og brukerrettighetslovens vilkår for et gyldig samtykke og til samtykkekompetanse ved ytelse av helsehjelp

Tema retter seg i hovedsak mot ”pasienter,” som var pasientrettighetslovens⁴ utgangspunkt. Lovens tittel er i dag pasient- og brukerrettighetsloven og det vil av den grunn være naturlig å knytte tema opp mot ”brukere.”

¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 76

² Før 1999 hadde Norge ingen samlet lov om pasientrettigheter, disse var nedfelt i ulike særlover. Kjennetegnet på disse lovene var at de var utformet som pliktregler for kommuner, fylkeskommuner, sykehus og leger, der pasientens rettighetsbestemmelser ikke fremkom av det daværende lovverket. Helsereformen medførte at Stortinget vedtok fire nye lover 2. juli 1999, nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (spesialisthelsetjenesteloven) nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven), nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) og nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven)

³ Lov 2. Juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-1 første ledd

⁴ Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) ble vedtatt 2.juni 1999 nr. 63 og trådte i kraft 1. Januar 2001. Loven ble endret til pasient- og brukerrettighetsloven som trådte i kraft 1. Januar 2012.

Pasient- og brukerrettighetsloven inneholder pasienters og brukers rettigheter, og disse rettighetene gjenspeiles til en viss grad i helsepersonelloven som plikter for helsepersonell. Pasientrettigheter utgjør de rettslige reguleringer av forholdet mellom pasienter og helsevesenet.⁵

Å ha fått oppfylt retten til informasjon er en grunnleggende forutsetning for å kunne avgi et gyldig samtykke etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Loven inneholder flere krav som gjelder informasjon til brukere og til pasienter.

Gjennom avhandlingen er det en målsetning å analysere de rettslige rammene som er satt rundt kravet om et gyldig samtykke.

Avgrensning

I avhandlingen vil det i hovedsak bli behandlet spørsmål som gjelder de kommunale tjenester, dermed vil det avgrenses mot spesialisthelsetjenesten. Når det er naturlig for fremstillingen vil det kunne trekkes inn rettspraksis og juridisk teori som viser problemstillinger som gjelder generelt for både kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.

Avhandlingen er avgrenset mot spørsmål som gjelder de helserettslig myndighetsalder. Den helserettslige myndighetsalder er 16 år.⁶ Det er også gjort avgrensning for personer mellom 16 og 18 år fordi det inntreffer flere spesielle spørsmål ettersom de er barn i lovens forstand. Grunnlaget for denne avgrensningen er at det ikke er helsepersonell som har avgjørelsesmyndighet i slike tilfeller, men den unges foreldre.

Avhandlingen avgrenses til i hovedsak å omfatte somatisk helsehjelp, og avgrenses med det mot psykiatri. Bakgrunnen for denne avgrensningen er at avhandlingen ellers ville blitt for omfattende.

Det er pasient- og brukerrettighetsloven og helsepersonelloven som primært behandles i oppgaven. Ettersom Norge gjennom Grunnloven og menneskerettsloven er forpliktet til å

Endringen av navnet har sammenheng med at det juridiske skillet mellom helsetjenester og omsorgstjenester ble opphevet. Pasient- og brukerrettigheter ble knyttet til kommunale helse- og omsorgstjenester.

⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 26

⁶ Etter pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b) har personer over 16 år med tilstrekkelig personlig kompetanse i utgangspunktet rett til å foreta helserettslige avgjørelser i forhold til helse- og omsorgstjenester

følge internasjonal rett av betydning for menneskeverdet og pasienters autonomi, vil det være naturlig også å redegjøre for disse, blant annet EMK⁷.

Bakgrunn

Gjennom stortingsmelding nr. 47 (2008-2009) la regjeringen frem samhandlingsreformen – Rett behandling – på rett sted – til rett tid. Reformen trådte i kraft 1. Januar 2012.

Regjeringens mål med samhandlingsreformen var å gi kommunene ansvaret for innbyggernes behov for helsetjenester, uavhengig av hvilke nivå av type tjeneste det var behov for.

Insentivet var at kommunene skulle arbeide mer målrettet med forebygging, som igjen ville føre til mindre belastning på spesialisthelsetjenesten og føre til kostnadseffektivitet i helsevesenet for å nevne noe.

En konsekvens av samhandlingsreformen er at pasienten blir tidligere utskrevet til kommunehelsetjenesten fra spesialisthelsetjenesten etter sykehusbehandling enn før. Konsekvensene for kommunen er at pasientene, som blir overført til kommunene har sammensatte problemstillinger, som krever at kommunene har kompetanse til å ivareta pasientperspektivet både medisinsk, juridisk og etisk. I tillegg øker andelen eldre, og det er stadig flere med sammensatte sykdomstilstander. Tekniske hjelpemidler som respirator, tilbys nå i hjemmet til blant annet ADL pasienter. Dialysepasientene kan bo hjemme med oppfølging av kommunehelsetjenesten, det samme gjelder kreftpasienter. Spørsmål som oppstår: Er for eksempel en hjemmeboende med inkontinens er å regne for pasient, fordi hjemmetjenesten bytter bleie?. Er utskrevne pasienter fra sykehus også pasienter når de kommer hjem, fordi hjemmetjenesten har tilrettelagt boligen med toalett forhøyer og sykeseng?.

Skillet mellom når en etter lovens vilkår er pasient eller bruker, er viktig, fordi det gir ulike juridiske rettigheter. Det gjelder for eksempel når det stilles krav om samtykke for den hjelp som ytes, og når samtykkekompetanse skal vurderes. Alt beror på å forstå lovverket og å kunne anvende det i direkte kontakt med den enkelte og i den gitte situasjon. Det er jurister som primært sett anvender lovverket, men på den andre siden er det helsepersonell, som er i direkte kontakt med pasienten, premissleverandør for at lovverket følges. At helsepersonell

⁷ Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) 4.november 1950

gjennom formell kompetanse har nødvendige forutsetninger for å ivareta pasientens rettigheter er derfor avgjørende for den rettssikkerhet lovverket er ment å ivareta.

1.2 Metode

For å ta stilling til problemstillingen vil det i det følgende redegjøres for rettskilder som er sentrale i oppgaven. I tillegg vil enkelte metodiske spørsmål bli drøftet. Avhandlingen vil i hovedsak ha et rettsdogmatiske perspektiv, det vil si en systematisk fastleggelse av gjeldende rett, der problemstillingene besvares gjennom bruk av juridisk metode.⁸

Rettskildelæren i helseretten er de samme som i den tradisjonelle rettskildelæren. Likevel er helseretten i større grad enn tradisjonell rettskildelære, preget av skjønsmessige, individuelle og konkrete vurderinger. Rettskildebildet for pasientrettigheter går hovedsakelig frem av pasient- og brukerrettighetsloven. I tillegg til loven er forarbeider og diverse forskrifter aktuelle. Det er begrenset rettspraksis innenfor somatisk helserett hvor tema samtykke og samtykkekompetanse er blitt behandlet. Høyesterett har tatt stilling til tema i to dommer. I disse to sakene for Høyesterett er det ikke ren somatikk som retten tar stilling til, men også psykiatri.⁹

Rettskildebildet har medført at noen rettskilder, særlig forarbeider er anvendt i mer utstrakt grad enn andre autorative kilder.

2 Rettsutviklingen – fra paternalismen til krav om samtykke som grunnlag for ytelse av helsehjelp

I et rettshistorisk perspektiv kan pasientrettighetenes historie hevdes å være relativt kort. Fra vedtakelsen av sinnsykeloven i 1849, hvor pasientrettighetene knapt var et tema til vedtakelsen av pasient- og brukerrettighetsloven i 1999. Vestlig medisinsk tradisjon strekker seg derimot langt tilbake i tid, fra oldtidens Hellas i år 430 fvt.¹⁰

⁸ Eckhoff, Torstein, ved Jan E. Helgesen, Rettskildelære, Universitetsforlaget 2001

⁹ I Rt. 1988 s. 634 (huleboerdommen) var en mann født i 1953, som hadde, allerede i studietiden sluttet å vaske seg og ivareta personlig hygiene. Han bosatte seg etter hvert i en "jordhule" nær universitetet. Spørsmålet i denne første dommen var om A sin begjæring om utskrivning fra sykehuset, hvor han var tvangsinnlagt etter lov om psykisk helsevern skulle tas til følge. I Rt. 2010 s. 612, spørsmålet i saken gjaldt om et kommunalt sykehjem kunne skifte sengetøy, utføre kroppsvask og skifte sårbandasjer på en pasient mot hans vilje jf. pasientrettighetsloven § 4-1.

¹⁰ Aasen, Henriette Sinding. Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Bearbeidet utgave av forfatterens avhandling (dr.jur) UIB 1998, Bergen Fagbokforlaget, 2000 s.83

Grunnlaget for den paternalistiske holdningen innen medisinen bygger på legens kunnskap der det var legen som kunne praktisere legekunsten. Det ville stride mot legens avlagte ed å drøfte medisinske spørsmål med noen som ikke var leger.¹¹ Den første legeloven i Norge kom i 1927. Lov om lægers rettigheter og plikter fastsatte rettsforholdene mellom samfunnet, legen og pasienten. Loven hadde sitt grunnlag i et legeperspektiv.¹²

Den hippokratiske paternalismen ble etter hvert noe oppmyket ved folkeopplysninger og ved at individuelle rettigheter kom mer i fokus generelt i samfunnet. En dom fra 1880¹³ viser hvordan retten gjør vurderinger ut fra pasientens perspektiv. Armauer Hansen ønsket å bevise at lepra var en smittsom sykdom, og innpodet med en stjernål materiale fra en leprasyk pasient inn i øyet på en kvinne med en annen form for lepra. Innpodningen skjedde under sterkt motstand fra pasienten. Det fantes på dette tidspunkt ikke medisinsk behandling mot lepra. Armauer Hansen mente seg berettiget til å foreta forsøket,¹⁴ men han fikk ikke medhold i sin argumentasjon. Til tross for at dommen er svært gammel, og at det er en underrettsdom, har den en viss rettslig interesse fordi dommen fastslår kravet om samtykke fra pasienten ved medisinsk behandling.

Et økt fokus på rettssikkerhet for svake grupper kom i 1970-årene, hvor det største engasjementet var rettet mot psykiatriske pasienter og tvang. Dermed ble det også større oppmerksomhet på pasientens autonomi i sosial- og helsetjenesten.

Høyesterett avsa en prinsipiell viktig dom i 1977,¹⁵ som gjaldt ”om pasienten skulle ha rett til innsyn i pasientjournalen, som inntil da var å anse som legens arbeidsredskap. Høyesterett kom til at pasienten hadde innsynsrett, og bygde resultatet på alminnelige rettsgrunnsetninger. I etterkant har dommen blitt et symbol på at pasientautonomien fikk prioritet til fordel for den profesjonelle styringsretten i medisinen.¹⁶

I legeloven av 1980¹⁷ ble legene pålagt flere nye plikter, der noen av pliktene gav pasientene korresponderende rettigheter.¹⁸ Loven var fundamentert fra denne nyere tids

¹¹ Aasen, Henriette Sinding. Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Bearbeidet utgave av forfatterens avhandling (dr.jur) Fagbokforlaget, 2000 s. 85

¹² Syse, Aslak, pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s.38

¹³ Armauer Hansen-dommen 31. Mai 1880

¹⁴ Vogelsang, Thomas M., Gerhard Hendrik Armauer Hansen. Oslo 1968. S. 80-89

¹⁵ Rt. 1977 s. 1035 (journaldommen)

¹⁶ NOU 2004:18 punkt 6.7

¹⁷ Lov 13. juni 1980 om leger (legeloven) opphevet

rettighetstenkning. Hovedbestemmelsen om pasienters medvirkningsrett var legeloven § 25 tredje ledd. Bestemmelsen viste at legen skulle "(...)la pasienten selv medvirke ved behandlingen." Bestemmelsen gav ikke klare holdepunkter for en uberettiget rett til å medvirke, eller en informasjonsplikt. Det var heller ikke eksplisitt krav om at pasienten skulle samtykke. Loven regulerte ikke medvirkningsrett som en plikt for legen eller rettighetsnorm for pasienten, og med det heller ikke til samtykke for helsehjelp. Likevel gav legeloven § 25 tredje ledd et viktig skritt i en mer pasientvennlig retning.

Pasienters rett til informasjon og samtykke ble fastslått i Rt. 1993 s. 1169 (nervesvulstdommen), hvor Høyesterett tok stilling til om det var gitt tilstrekkelig informasjon og om kravet til samtykke var oppfylt.

Saken gjaldt en pasient som var blitt operert for det som så ut som en godartet lungesvulst. Under operasjonen ble det avdekket at svulsten ikke var lungesvulst, men en nervesvulst. Legene valgte å gjennomføre operasjonen, selv om pasienten ikke var informert om at det var en nervesvulst, eller hadde samtykket til denne operasjonen. Operasjonen medførte betydelig større risiko og resulterte i at pasienten fikk en vedvarende funksjonsnedsettelse og feilstilling i venstre hånd.¹⁹ Høyesterett avviste kravet om erstatning, men uttalte at ;

*"det er et grunnleggende krav at det må foreligge samtykke fra pasienten for legebehandling, så fremst det ikke foreligger nødtilstand eller andre særegen omstendigheter. Et slikt samtykke forutsetter at pasienten har tilstrekkelig oversikt over formålet med behandlingen, sannsynligheten for at den vil gi den tilsiktete virkning og hvilke komplikasjoner og bivirkninger som vil kunne oppstå". Særlig har det betydning at det blir gitt opplysninger om slike risikomomenter hvor det er reelle valgmuligheter"*²⁰

Utviklingen viser med det at den tidligere paternalistiske tilnærmingen til pasienten er forlatt og at det nå påhviler pasienten å ta stilling til behandlingen som skal ytes, der helsepersonell har informasjonsplikt.

¹⁸ Kjøenstad, Asbjørn, kompendium i helserett (Pasientrettighetenes fremvekst) Oslo 2003 s. 206

¹⁹ Warberg, Lasse A. Norsk Helserett, universitetsforlaget 2011. S.92

²⁰ Rt. 1993 s. 1169 s. 1174

3 Grunnleggende prinsipper og rettigheter

3.1 Pasient og brukerrettighetsloven formål²¹

Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1 første ledd har dette formålet:

”Lovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på tjenester av god kvalitet ved å gi pasienter og brukere rettigheter overfor helse- og omsorgstjenesten”

Ordlyden ”lik tilgang” viser til en fordelingsrettferdighet for befolkningen ved å sikre helsetjenester uavhengig av bosted, alder, kjønn, etnisitet, økonomisk status osv.²²

Begrepet ”god kvalitet” viser til sammenhengen med kravet til forsvarlighet for tjenesten og for helsepersonell jf. hpl. § 4 og hol. § 4-1. Ordlyden i bestemmelsen viser en fordelingsrettferdighet ved at loven gir rettigheter og at rettigheter sikres prosessuelt.²³

I bestemmelsens andre ledd sies det at en intensjon er å fremme tillitsforholdet mellom pasient/bruker og helse- og omsorgstjenesten. Loven skal også bidra til å fremme ”sosial trygghet og ivareta respekten for den enkelte pasient og brukers liv, integritet og menneskeverd” jf. pbrl. § 1-1 andre ledd.

Det fremgår av forarbeidene at departementets intensjon med denne særlig vide målangivelsen er at de sentrale verdiene som loven skal ivareta er rettsikkerhet, forutberegnelighet, likhet og rettferdighet. Videre skal disse verdiene danne fundamentet for respekt for den enkelte pasients liv, integritet, menneskeverd, selvbestemmelse, tillit mellom

²¹ Formålsbestemmelsen ble endret ved vedtaket av hol. i 2011. Hovedendringen var innføring av «bruker» i både første og andre ledd som jamstilt med «pasient» for hvilken personkrets loven skal sikre rettigheter. Samtidig ble det inntatt at loven skal fremme «sosial trygghet», nettopp på det tidspunktet da sosialtjenesteloven (1991) ble opphevd, og betegnelsen «sosiale tjenester» ble erstattet av betegnelsen «omsorgstjenester». Formålsbestemmelsen kan være av en viss betydning ved fastleggingen av om en pasient er sikret rettigheter etter loven, men vel i noe begrenset utstrekning. Lovens egentlige rettighetsbestemmelser er forsøkt avgrenset til personer med behov for tjenester og der pasientens behov, og mulighet for å imøtekomme dette behovet, er av større betydning for spørsmålet om rettigheter etter loven, enn den mer vage og omfattende, men derved også noe upresise, formålsbestemmelsen.

²² Det overordnede målet for helse- og omsorgstjenesten er identisk med formålsbestemmelsen i pbrl § 1-1. Denne overordnede målsetningen ble fastslått av Stortinget ved behandlingen av Helsemeldingen (st.meld. nr. 50 1993-94) se også innst. S. nr. 165 for 1994-95. Pbrl. skal bidra til å nå dette overordnede målet, men kan ikke være hovedloven for å nå slike ambisiøse målsetninger. Ref. Syse, Aslak. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer s. 140

²³ Syse, Aslak kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven, Gyldendal Rettsdata note 1

pasient og helsetjenesten og likhet i tjenestetilbudet. I tillegg skal de også gi pasienten sikkerhet for en respektfull behandling.²⁴

Formålsbestemmelsen fremhever implisitt betydningen av tillitsforholdet mellom pasient eller bruker og helse- og omsorgstjenesten, ved å vektlegge oppmerksomheten mot personens integritet og dennes menneskeverd.

Pasient- og brukerrettighetsloven viser til ulike områder som gir pasienten og brukere rettigheter, med utgangspunkt i ”pasienten først”. Ved et klart fokus på menneskeverd og integritet vil helsevesenet kunne utøve tillit i utøvelsen. Dette grunnleggende tillitsforholdet i helse- og omsorgstjenesten er avgjørende for at tjenesten skal fungerer tilfredsstillende.²⁵

Formålsbestemmelsen bygger videre på prinsippet om at pasienter og brukere er utgangspunktet for alle tjenester som ytes innenfor helse- og omsorgstjenesten.²⁶ En slik tilnærming viser til et verdigrunnlaget der pasienten og brukeren er i sentrum når helsepersonell vurderer hvilke type helsehjelp det er behov for. Grunnleggende verdier for de fleste av lovens bestemmelser er personens integritet og menneskeverd.

En direkte konsekvens av at menneskeverdet er ukrenkelig, er å anerkjenne den enkeltes rett og kompetanse til å gjøre egne valg. Dette er utgangspunktet for helse- og omsorgstjenesten, og gir myndighetene begrensninger i å relativisere eller rangere menneskeverdet. Respekten for den enkeltes integritet bygger på prinsippet om menneskets ukrenkelighet, der alle mennesker har rett til å bli møtt med respekt til tross for ulikhet i vurderinger og ønsker. Dette er også til tross for manglende evne til å kunne foreta fullstendige rasjonelle valg.²⁷ Den enkeltes rett til selvbestemmelse, det vil si rett til å gjøre egne valg etter egen verdimål og livssyn er kjernen i dette prinsippet.²⁸

²⁴ Ot.prp. nr. 12 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s.33

²⁵ Syse, Aslak kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1, Gyldendal Rettsdata note 1

²⁶ Syse, Aslak. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015. S. 154

²⁷ NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene – Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester, kapittel 6.3

²⁸ NOU 2004: 18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene – Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester, kapittel 6.3

3.2 Menneskerettigheter

Vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 førte til at flere internasjonale konvensjoner ble gjeldende som norsk rett.²⁹ De tre første generelle konvensjonene om menneskerettigheter som ble gjort til norsk rett i 1999 var, EMK³⁰, SP³¹ og ØSK.³² Formålet med menneskerettsloven var ”å styrke menneskerettighetens stilling i norsk rett” jf. § 1

Ved revisjonen av Grunnloven i 2014 gav Stortinget Grunnloven et nytt kapittel E, med overskriften ”Menneskerettigheter”.³³ Grunnloven § 92 pålegger statens myndigheter å ”respekterer og sikre menneskerettighetene, slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norges bindende traktater om menneskerettigheter”. Ordlyden har skapt uklarhet med hensyn til om bestemmelsen tilsier at alle menneskerettighetstraktater Norge er bundet av, har grunnlovs rang.

Høyesterett tok stilling til dette spørsmålet i HR-2016-2554-P (Holshipsaken) Det fremgår av dommen at

”På den bakgrunn finner jeg det klart at Grunnloven § 92 ikke kan tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse, men må forstås som et pålegg til domstolene og andre myndigheter om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.”³⁴

Høyesterett avklarte med det at Grl. § 92 ikke innebærer at menneskerettighetstraktater som Norge er bundet av har grunnlovs rang. Med grunnlag i forrangbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, vil de inkorporerte konvensjonene gå foran norsk rett ved motstrid.

Menneskerettigheter bygger på verdier som frihet, likhet og menneskeverd.³⁵ Disse er å anse som grunnleggende verdier i balansen mellom stat og individ, der individets rettigheter er ukrenkelige uansett retts- eller samfunnssystem.³⁶ Verdiene gjenfinnes i ulik grad og i noe

²⁹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) § 2

³⁰ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 1950

³¹ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 1966

³² FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 1966

³³ Lov 17. Mai 1814 kongeriket Norges Grunnlov

³⁴ HR-2016-2554-P (Holshipsaken) avsnitt 70

³⁵ Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten. Vedferdsrett II. Gyldendal 2017 s.237

³⁶ Molven, Olav. Helse og jus, Gyldendal 2015, Side 61

ulik utforming i de ulike helselovene. De ulike helselovene viser til flere formål som reguleringen skal bidra til.³⁷

EMK håndheves av den Europeiske menneskerettsdomstolen EMD. Ved ratifikasjon av EMK forpliktet Norge seg til at EMD kan dømme i saker der Norge er anklaget for menneskerettsbrudd.³⁸ EMD har et sterkt gjennomføringssystem, hvor individuelle klagesaker har gitt konvensjonene et konkret og forpliktende innhold og en dynamisk rettsutvikling.³⁹ EMK artikkel 46 viser at dommer i EMD er formelt bindende for de involverte stater, og med det for Norge.

3.3 Hvilken relevans har EMK for selvbestemmelsesretten til helsehjelp

EMK Art. 8 nr. 1 som fastslår retten til respekt for privatliv og familieliv:

”enhver har *rett til respekt* for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse” og

*”det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”*⁴⁰

En naturlig forståelse av ordlyden viser at menneskeverdet er ukrenkelig og myndighetenes mulighet til inngrep overfor individet begrenses utfra lovkravet. Bestemmelsens hovedformål er å verne individets privatliv for inngrep fra myndighetene.⁴¹ Ordlyden viser med det at retten til frivillig behandling er basert på et gyldig samtykke. Bestemmelsen viser til at kjernen i vernet av privatlivet er menneskets psykiske og fysiske integritet. Vernet av privatlivet omfatter alle inngrep som medfører tvang i form av overvinning av motstand, og

³⁷ Befring, Anne Kjersti, Kjelland, Morten og Syse, Aslak. Sentrale Helserettslige emner. Gyldendal 2016 s. 77

³⁸ Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten. Vedferdsrett II. Gyldendal 2017 s.237

³⁹ Østenstad, Bjørn Henning, Adolphsen, Caroline, Naur, Eva, Aasen, Henriette Sinding. Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten. Fagbokforlaget 2018 s.15

⁴⁰ min utheving

⁴¹ Aall, Jørgen. Rettstat og menneskerettigheter, Fagbokforlaget 2004 s.215

vil kvalifisere til inngrep i privatlivet. I utgangspunktet vil dette også være tilfelle for ytelse av helsehjelp uten gyldig samtykke⁴²

EMK Art. 8 nr. 1 etablerer et viktig vern for den enkeltes selvbestemmelsesrett. Dersom unntakene i artikkelen skal komme til anvendelse, må det begrunnes ut fra at det må ”være nødvendig i et demokratisk samfunn.” For å kunne gjøre inngrep i individers privatliv for beskyttelse av helse, kan det vises til tilfeller som er omfattet av EMK art. 5, der det går frem at det kan nyttes tvang for å forhindre smittsomme sykdommer.⁴³

I EMD's dom,⁴⁴ i saken Pretty mot Storbritannia⁴⁵ ble EMK artikkel 8 nummer 1 ”retten til respekt for sitt privatliv” drøftet.

”Although no previous case had established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.”⁴⁶

EMD kom til at retten til selvbestemmelse fremgår av innholdet i artikkel 8, til tross for at det ikke var kjent i tidligere saker. Videre mener domstolen at forestillingen om personlig autonomi er et viktig prinsipp som ligger til grunn ved tolkningen av garantiene.⁴⁷

EMD viste videre til at selv om avslag på å godta en bestemt medisinsk behandling kan føre til et dødelig utfall, vil påtvungen behandling være et inngrep etter artikkel 8 nr. 1 når det ikke foreligger et samtykke fra en person som har samtykkekompetanse.

⁴² NOU 2011 :9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern s. 63

⁴³ EMK artikkel 5, punkt 1 e)

⁴⁴ 29. april 2002 Case of Pretty v. The United Kingdom

⁴⁵ Selvbestemmelse over å kunne avslutte livet ved å få hjelp til aktiv dødshjelp var en sak britisk lov tok stilling til i 2001 der ekteparet Pretty anklaget britiske myndigheter for brudd på menneskerettighetene. De viste til at retten til liv jf. EMK art. 2 er meningsløs, dersom det ikke følger en tilsvarende rett til å kunne avslutte livet.⁴⁵ Diane Pretty var diagnostisert med amyotrofisk lateralsklerose.(ALS) Pretty førte saken for den britiske domstolen for å få bekreftelse fra påtalemyndigheten om at hennes mann ikke ville bli straffeforfulgt for å hjelpe henne til å avslutte livet. Dommen var nedslående for ekteparet hvor dommen viser til at; det i følge britisk lov er retten til liv prioritert høyere enn individets rett til å gjøre som en vil med egen kropp. Den britiske dommen ble kommentert slik: ”Den engelske lov og rett begrenser individets rett til kroppslig autonomi for å beskytte individets liv selv mot det egent ønsker. Derfor er det å drepe noen selv med deres egent samtykke mord”

⁴⁶ Pretty v Storbritannia, sak 2346/02, para. 61

⁴⁷ Pretty v Storbritannia, sak 2346/02, para 39

”In the sphere of medical treatment, the refusal to accept a particular treatment might, inevitably, lead to a fatal outcome, yet the imposition of medical treatment, without the consent of a mentally competent adult patient, would interfere with a persons physical integrity in a manner capable of engaging the rights protected under Article 8 § 1 of the Convention ”⁴⁸

En annen sak fra EMD som også viser til prinsippet om selvbestemmelse og autonomi er saken Jehovas vitners mot Moskva v. Russland.⁴⁹ EMD uttalte at friheten til å godta eller nekte spesifikk medisinsk behandling, eller å velge en alternativ behandlingsform, er en del av prinsippet om selvbestemmelse og personlig autonomi. En kompetent voksen pasient kan fritt bestemme om denne ønsker behandling.

”The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. A competent adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or treatment, or by the same token, to have a blood transfusion ”.⁵⁰

Det fremgår klart i dommen at det avgjørende for prinsippet om selvbestemmelse og personlig autonomi er friheten til å nekte eller å aksepterer behandling. Det er ikke rettsplikt til å la seg behandle. Autonomiprinsippet viser til personens valgfrihet, og dersom prinsippet skal fravikes, må det være på bakgrunn av et rettslig grunnlag jf. pbrl § 4-1 første ledd.

3.4 Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, nå lovfestet i Grl. § 113.

Før pasient- og brukerrettighetslovens ikraftsettelse var det antatt at kravet til pasientens samtykke kunne tolkes ut fra legalitetsprinsippet. Det var i litteraturen uttrykt som et krav om hjemmel i lov for offentlig inngrep overfor enkeltindivider.⁵¹ I juridisk litteratur har det vært

⁴⁸ Pretty v Storbritannia, sak 2346/02, para 63

⁴⁹ Jehovas vitners mot Moskva v. Russland av 10.06.2010, no. 302/02, para. 136

⁵⁰ Jehovas vitnes mot Moskva v Russland, no. 302/02, para. 136

⁵¹ Eckhoff, Torstein ved smith, Eivind, Forvaltningsrett, Universitetsforlaget 2014 s. 256 – Prinsippet er nå lovfestet i Grl. §113

delte oppfatninger om krav til gyldig rettsgrunnlag gjaldt kun vedtak, og ikke faktiske handlinger.⁵²

I Rt 2010 s. 612 (Sårstelldommen) viste Høyesterett at rekkevidden av prinsippet også omfatter faktiske handlinger. Det går frem av dommen at ”det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner (...) Dette kravet springer ut fra de alminnelige legalitetsprinsippet.”⁵³

I Sårstelldommen var spørsmålet om en pasient ved et kommunalt sykehjem kunne nekte personalet å gjennomføre sengetøyskift, utføre kroppsvask og foreta sårstell.⁵⁴ Videre var spørsmålet om pasienten ved å ta imot plassen ved sykehjemmet, samtidig hadde akseptert institusjonenes krav til egenhygiene, og at personalet kunne gjennomføre disse. Pasientens egenhygiene var av en slik karakter at det medførte slik sjenanse for de ansatte at det vanskelig lot seg forene med et forsvarlig arbeidsmiljø.

Høyesteretts flertall ga sykehjemmet rett til å gjennomføre handlingene mot pasientens samtykke. Høyesterett fant ikke hjemmel for å tillate denne løsningen verken i lov eller forskrift. Spørsmålet for Høyesterett var om det likevel forelå tilstrekkelig hjemmel for handlingene sykehjemmet ønsket å gjennomføre.

Flertallet viste til at ”også annet grunnlag kan gi hjemmel”.⁵⁵ Av dommen fremgår det;

*”Det meget vidtrekkende helserettslige utgangspunkt om selvbestemmelse og samtykke har nødvendigvis en rekke begrensninger og unntak. Mer generelt gjelder at autonomien innenfor vider rammer – blant annet de som følger av den Europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 8 nr.2 – kan begrenses ved lov eller forskrift. Men også annet rettsgrunnlag kan gi hjemmel.”*⁵⁶

Videre drøftet Høyesterett om det var tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å etablere ulovfestet rett som hjemmel for handlingene. Høyesteretts flertall kom til at i tilfeller som her,

⁵² I Jussens venner 2/2005 viser Hopsnes og Solberg at det skilles mellom rettslig og faktiske disposisjoner.

⁵³ Rt. 2010 s. 612 (sårstelldommen) avsnitt 27

⁵⁴ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 1

⁵⁵ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 31

⁵⁶ Rt. 2010 s. 612 avsnitt 31

hvor pasientens samtykke mangler, må det foreligge et gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelpen mot pasientens vilje. Flertallet kom til at et slikt rettsgrunnlag forelå:

”Det som kreves fra sykehjemmets side er ikke mer enn at A til en viss grad underlegger seg alminnelige og faglige funderte rutiner for personlig hygiene, altså forutsetninger direkte knyttet til selve det lovpålagte omsorgstilbudet som tilbys han, og som det åpenbart ikke var grunn til å nevne særskilt i tilbudet om plass. Det står for øvrig som helt klart for meg at gjennomføring av vask, skifting av sengetøy og sårstell ikke er urimelig byrdefullt for A”⁵⁷

Høyesterett viste med det til at kravet om samtykke kan settes til side, men det forutsetter legitime grunner og det stilles krav om at det må være forholdsmessig.

Mindretallets premisser var at det ikke var rettslig grunnlag for bruk av tvang mot pasienten for å gjennomføre handlingene, slik at pasienten oppfylte institusjonens hygienekrav.

Mindretallet presiserte at ved å akseptere plass ved et sykehjem, kan det ikke stilles vilkår for oppholdet som medfører bruk av tvang.⁵⁸ Mindretallet viste til unntaket for samtykkekravet i pbrl. § 4-1 som angir annet gyldig rettsgrunnlag for bruk av tvang.

Mindretallet viste til manglende formkrav og kontrollregler, (rettssikkerhetsgarantier) som argument mot å tolke pbrl. § 4-1, på en slik måte som åpner for ulovfestet rett som slikt ”annet rettsgrunnlag.”⁵⁹

Domspremissene peker i retning av at legalitetsprinsippets rekkevidde avgrenses, med grunnlag i etablering av ulovfestet rett. Dommen er blitt omtalt i flere fagartikler.⁶⁰ Monsen⁶¹ viser til at han er av en annen oppfatning, og at dommen er i samsvar med legalitetsprinsippet. Monsen mener at ikke ethvert tvangselement aktualiserer legalitetsprinsippets krav om hjemmel i lov eller forskrift. Han viser til at ved avgrensning av legalitetsprinsippets rekkevidde, må det gjøres en bred vurdering, hvor også forvaltningens – sykehjemmets-,

⁵⁷ Rt 2010 s. 612 avsnitt 32-33

⁵⁸ Rt 2010 s. 612 avsnitt 45

⁵⁹ Rt 2010 s. 612 avsnitt 53 Monsen, Erik, Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelledommen.

⁶⁰ Ibid s. 419-429

⁶¹ Ibid s. 419-429

behov må utgjøre et moment i vurderingen.⁶² Dommen kan gi indikasjoner for at det innen helseretten gjelder et svakere legalitetsprinsipp. Siden dommen er omdiskutert, kan det vanskelig hevdes, at det gjelder et mindre strengt legalitetsprinsipp.

3.5 Det helserettslige forsvarlighetskravet

Kravet om forsvarlighet er et overordnet grunnleggende prinsipp i norsk helserett, og kravet kan med det anses blant de rettslige bærebjelkene i helseretten.⁶³ Kravet gjelder på individ nivå og systemnivå.⁶⁴ Med individansvar pålegges helsepersonell et selvstendige ansvar til å opptre i samsvar med forsvarlighetskravet. På den andre siden gjelder systemansvaret som innebærer at eierne av de virksomheter som yter helsetjenester, må organiserer virksomheten på en slik måte at tjenesten er forsvarlig.⁶⁵

Helse og omsorgstjenesteloven § 4-1 fastslår at ”*Helse og omsorgstjenesten om tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige.*” Bestemmelsen viser til et kommunalt ansvar for å tilrettelegge tjenesten slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig, verdig og samordnet helse- og omsorgstilbud. Det går klart frem av ordlyden at det er eierne av virksomhetene som har ansvar for å overholde de lovpålagte plikter, med tilstrekkelig fagkompetanse.

Forarbeidene beskriver tre hovedelementer for en faglige forsvarlige tjenester hvor tjenesten må ha tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.⁶⁶ Kravet om forsvarlighet må forstås som en rettslig standard forankret i autorativt fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer.⁶⁷ Kravet om forsvarlighet vil endre seg i takt med fagutviklingen på områdene, og ved verdioppfatninger.

⁶² Monsen, Erik, Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i Rt. 2010 s. 612. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Undring og erkjennelse

⁶³ Molven, Olav. Helse og jus. Gyldendal Norsk Forlag 2019. s. 228

⁶⁴ Befring, Anne Kjersti, Kjelland, Morten, Syse, Aslak, Sentrale helserettslige emner, Gyldendal 2016 s. 79

⁶⁵ Molven, Olav Helse og jus, Gyldendal 2019 s. 243

⁶⁶ Prop. 91L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven s. 161

⁶⁷ Prop. 91L(2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven avsnitt 20.5

Forarbeidene slår fast at den enkelte helsepersonells plikt til forsvarlig yrkesutøvelse må sees i sammenheng med den plikt helsetjenesten har for en forsvarlig virksomhet.⁶⁸

Helsepersonells plikt til en forsvarlig yrkesutøvelse, som den andre siden av forsvarlighetskravet utgjør det individuelle ansvaret jf. hpl § 4

”Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.”⁶⁹

Etter sin ordlyd viser bestemmelsen til krav for utøvelsen av helsehjelp, der arbeidet skal være ”faglig forsvarlig,” det skal ytes ”omsorgsfull hjelp,” ”helsepersonellens kvalifikasjoner,” ”arbeidets karakter” og ”situasjonen for øvrig.”

Ordlyden ”faglig forsvarlig” refererer til faglige kvalifikasjoner hos den enkelte som utøver helsehjelp. Hva som ansees som ”faglig forsvarlig,” må sees i lys av vedkommendes erfaring, så vel som formell utdanning, og begrenser med det hva helsepersonell kan gi av helsehjelp.⁷⁰ Forarbeidene viser til at helsepersonell skal innrette seg i tråd med sine kvalifikasjoner, og henvise pasienten videre eller søke bistand, dersom det er nødvendig og mulig.⁷¹

Plikten til ”omsorgsfull hjelp” er for helsepersonell en norm som ikke er ny, men ble først lovfestet med helsepersonelloven i 1999. Den rettslige normen viser til en todeling. Det stilles krav til hvordan helsepersonell opptrer og kommuniserer med pasienter eller brukere og pårørende. Det stilles også krav til at pasienten gis bestemte ytelser som pleie, næring osv

Forarbeidene viser til at plikten til å yte ”omsorgsfull hjelp,” må knyttes til hva som kan forventes ut fra kvalifikasjoner og den totale situasjonen.⁷²

Ordlyden ”arbeidets karakter” viser til hvilke type helsetjenester som ytes, og forsvarlighetskravet må sees i sammenheng med hvilke type oppgaver som skal utføres.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 13 Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s.215

⁶⁹ Lov 2. Juli 1999 nr. 64 om helsepersonell (helsepersonelloven) § 4

⁷⁰ Befring, Anne Kjersti, Ohnstad, Bente, Helsepersonelloven kommentarutgave, Fagbokforlaget 2019 s. 38

⁷¹ Ot.prp.nr. 13 (1998-99)Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s.215

⁷² Ot.prp. nr. 13 (1998-99) Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s. 216

Ordlyden ”situasjonen for øvrig” viser til vurderingen av hvordan helsepersonell burde opptrådt i konkrete situasjoner utfra egne kvalifikasjoner, og ikke til det som følger av en ideell situasjon. Begrepet viser til hvordan tilgjengelige økonomiske og faglige ressurser må tas med i vurderingen, som kan gi begrensinger i omfanget av behandlings og pleietiltak.⁷³ Hva som kan forventes må også sees i sammenheng med arbeidets karakter og situasjonene for øvrig.⁷⁴ Den handlefrihet som helsepersonell utøver må sees i sammenheng med pasientens selvbestemmelsesrett, jf. pbrl. § 4-1. Handlinger som strider med samtykkekravet, vil være rettsstridig og med det i strid med kravet til forsvarlighet.⁷⁵

Generelt vil en del av forsvarlighetskravet være at helsepersonell skal søke samarbeid og samhandling med annet helsepersonell fremfor å utsette personer for risiko. Det vil si at dersom leger, sykepleiere eller øvrig helsepersonell blir stilt overfor situasjoner som de ikke finner ut av, ligger det en plikt til å søke råd fra, bistand eller samarbeid med kvalifisert personell som har nødvendige kvalifikasjoner.

Av forarbeidene går det frem at det i begrepet forsvarlighet ligger en faglig og en rettslig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør utøves i ulike sammenhenger. I Juridisk terminologi er begrepet en rettslig standard.”⁷⁶ Bestemmelsen er gjennom teorien ansett for å være lex superior, og med det være et moment ved tolkningen av andre bestemmelser.⁷⁷

Det fremgår videre at forsvarlighetsstandarder er en norm med både objektive og subjektive elementer, som gir grunnlag for at standarden kan defineres ulikt, alt etter hva som er rimelig og hva som kan forventes. Det innebærer at standarden kan gis ulikt innhold for forskjellige grupper helsepersonell i ulike fagterminologi og, i ulike situasjoner, og at innholdet i normen vil endre seg over tid.⁷⁸ Det betyr at innholdet i bestemmelsene vil endres ved fremskritt og endrede forventninger ut fra faglig og teknisk utvikling og med skifte i verdi oppfatninger, det

⁷³ Befring, Anne Kjersti, Ohnstad, Bente Helsepersonelloven kommentarutgave Fagbokforlaget 2019 s. 46

⁷⁴ Ohnstad, Bente, Befring, Anne Kjersti kommentarer til helsepersonelloven. Gyldendal rettsdata note 12, Sist oppdatert 19.12.2019

⁷⁵ Ohnstad, Bente, Befring, Anne Kjersti kommentarer til helsepersonelloven. Gyldendal rettsdata note 12. Sist oppdatert 19.12.2019

⁷⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven punkt 4.2.1 s. 34

⁷⁷ Kjønstad, Asbjørn, Helserett, Pasienters og helsearbeideres rettsstilling, 2007 s. 60

⁷⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven punkt 4.2.1 s. 34

vil si de samlede samfunnsutvikling på området. Helsehjelp og hva som ansees som forsvarlig nå, kan derfor endre seg og bli oppfattet som uforsvarlig på et senere tidspunkt.⁷⁹

Når flere ulike personellgrupper sammen er involvert i å yte helsehjelp, har de med de presumptivt beste faglige kvalifikasjonene, den endelige besluttede myndighet, som innebærer retten til å bestemme aktuell helsehjelp.⁸⁰

4 Sentrale begreper

4.1 Helsehjelp

Helsehjelp er enhver ”*handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål,*⁸¹ og som utføres av helsepersonell.” jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav c og helepersonelloven § 3, hvor begrepet helsehjelp er rettslig definert. Hpl. § 3 tredje ledd samsvarer med ordlyden av begrepet helsehjelp etter pbrl. § 3-1 bokstav c.

Ordlyden viser til både en medisinsk terminologi, og et institusjonelt element. Av forarbeidene går det frem at det medisinske elementet i bestemmelsen angir handlingen og formålet med den.⁸²

Ved forebygging menes tiltak som tar sikte på å forhindre at sykdom, skade, lidelse eller at funksjonshemming oppstår. Med diagnostisering menes de tiltak som, gjennom pasientens sykehistorie og objektive funn foretas for å fastslå pasientens sykdom. Helsehjelp med behandlende siktemål viser til handlinger som er ledd i å endre pasientens helsetilstand. Helsebevarende hjelp er tiltak som skal holde pasienten så frisk som mulig, og hindre at sykdom, lidelse, smerter forverrer seg. Formålet kan være å rehabilitere pasienten eller habilitering, det vil si å gjenopprette funksjoner etter sykdom eller skade, eller oppbygging av manglende funksjoner.⁸³ Pleie- og omsorg vil være tiltak som har til hensikt å opprettholde et best mulig liv, tross for sykdom, alderdomssvekkelse og eller funksjonsnedsettelse. Denne

⁷⁹ Befring, Anne Kjersti C, Jus i helse og sosialtjenesten, Damm 2007 s. 30

⁸⁰ Molven, Olav, Helse og jus, Gyldendal Norsk forlag 2019, s. 236

⁸¹ min utheving. Se legaldefinisjonen mellom ”pasient” og ”bruker” der sistnevnte ikke er bruker om personen mottar helsehjelp.

⁸² Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s.126

⁸³ Rundskriv fra helsedirektoratet, pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer (sist faglig oppdatert 01. Januar 2018)

forståelsen gir inntrykk av at ”omsorgsformål” er omfattet av begrepet helsehjelp, noe som departementet mente det ikke var grunnlag for.⁸⁴

Helsetjenester som ytes i rehabiliterende formål er etter loven å anse som helsehjelp og individet skal etter loven betegnes som pasient. Definisjonen vil ikke være slik oppfattet i helsetjenesten fordi grunnlaget for rehabiliteringen ikke alltid er sykdom, men kan være svekkelse på grunnlag av alder. Rehabiliteringen vil da ha som formål å bevare funksjonsnivået hos personen. En person som får henvisning til fysioterapi hos legen, for rehabiliterende formål vil etter loven være ”pasient”. I begge tilfeller vil det være helsepersonell som utfører rehabiliteringen.

Det institusjonelle elementet er at hjelpen må gis av helsepersonell. Kravet om at personell må yte helsehjelp viser til at støttefunksjoner i helsetjenesten vil falle utenfor. Det kan være rengjøringspersonale, kontorteknisk ansatte osv.⁸⁵

Tradisjonelt sett har det å yte helsetjenester vært brukt synonymt med å gi helsehjelp, men etter nyere lovgivning er begrepet helsehjelp mest brukt.⁸⁶ Bestemmelsen legger til grunn en vid definisjon av begrepet helsehjelp, der hensikten er å inkludere helsehjelp innenfor helsetjenesten. Handlinger som ytes av helsepersonell, hvor formålet er forskning eller utprøvende behandling vil falle utenfor definisjon av helsehjelp, det samme vil være for sosiale tjenester og omsorgstjenester. Disse vil være helsehjelp i lovens forstand.⁸⁷

Loven skiller mellom helse- og omsorgstjenester. Tiltak som i hovedsak oppfattes som omsorgstjenester, vil ikke være omfattet av helsehjelp. Syse viser til at ”dette har ikke så stor betydning i praksis (å skille mellom omsorgstjenester og helsetjenester) så det kan reises spørsmål om denne definisjonene er hensiktsmessig”. Syse viser til at å skille mellom begrepene ikke er viktig med grunnlag i at omsorgstjenester inngår i all helsehjelp, når slike

⁸⁴ Ved vedtakelsen av hol. ble det samtidig gitt en ny definisjon av pbrl. § 1-3 bokstav f. Definisjonene var bruker er nærmest en negativ avgrensning av personer som mottar tjenester etter hol. Om dermed kan har rettigheter etter pbrl. Dersom en person mottar tjenester og/eller har rett til slike tjenester etter bestemmelsen i pbrl. § 2-1 a, og det vedkommende har rett til , ikke er helsehjelp slik at vedkommende ikke legalt blir pasient vik vedkommende motta og eller har rett til omsorgstjenester og vil da være bruker.

⁸⁵ Syse, Aslak kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav, Gyldendal rettsdata, note 11

⁸⁶ Molven, Olav Helse og jus Gyldendal 2019, s.106

⁸⁷ Syse, Aslak, Kommentarer til pasient -og brukerrettighetsloven, Gyldendal rettsdata note 11. Sist revidert 08.09.2018

tjenester er en nødvendig del av selve helsehjelpen slik som ved innleggelse i helseinstitusjon.⁸⁸

4.2 Begrepene: pasient og bruker

Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 inneholder definisjoner av både pasient og bruker. Bestemmelsen om pasient fremgår av lovens bokstav a)

”pasient: en person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle”

Bestemmelsen retter seg mot hvem som har rettigheter etter lovens bestemmelser. Begrepets innhold vil ikke nødvendigvis svare verken til medisinsk eller almen språkbruk.⁸⁹

Forarbeidene viser at ”også ”friske” personer som har bruk for ytelser fra helsetjenesten som for eksempel helsestasjonsvirksomhet, prevensjonsveiledning o.l vil være pasienter.”⁹⁰ Den samme forståelse er lagt til grunn i juridisk teori. Det vil si at også ”friske” personer som henvender seg til helsetjenesten for ulike grunner, som for å få legeerklæring som kreves i ulike situasjoner, svangerskapsoppfølging eller vaksinasjoner ved helsestasjonen osv., vil være pasienter etter denne bestemmelse.⁹¹ En person som tilbys helsehjelp, men som velger å ikke ta imot, vil også defineres som pasient etter lovteksten ”gis eller tilbys.”⁹²

I medisinsk forstand vil personer som får tilbud om ytelser og da velger ikke å ta imot helsehjelpen, ikke være å anse som pasienter. Det samme forholdet vil være når ellers friske personer får behandling forebyggende, det vil si profylaktisk behandling for å minske muligheten for sykdom, de vil heller ikke etter medisinsk terminologi eller i allmenheten være å anse som pasienter.

Videre er det etter bestemmelsen ikke nok bare å være syk, en må ta kontakt med helsetjenesten for å være pasient etter lovens definisjon.

Bestemmelsen gir med det ikke klar veiledning for hvor grensen går for å være pasient.

⁸⁸ Syse, Aslak kommentarer til pasient og brukerrettighetsloven § 1-3 c , Gyldendal rettsdata,note 11

⁸⁹ ibid s. 144

⁹⁰ Ot. prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 126

⁹¹ Syse, Aslak kommentarer til pasient og brukerrettighetsloven, Gyldendal rettsdata,note 6 sist revidert 08.09.2018 Note 6.

⁹² Syse, Aslak pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 160

Pasientrettighetene inntreffer altså når en person fyller vilkårene for ytelse av helsehjelp eller når helsetjenesten oppsøker personen for å tilby eller gi helsehjelp. Samhandlingen som finner sted mellom helsepersonell og den som søker helse- og omsorgstjenester vil nesten utelukkende fylle kravene til helsehjelp, og med det falle inn under definisjonen ”pasient” jf. 3-2.⁹³

Ved vedtakelsen av lov om kommunale helse- og omsorgstjenester⁹⁴ fikk pbrl. § 1-3 tilføyd bokstav f) som angir legaldefinisjonen for begrepet bruker;

”bruker: en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter bokstav c”⁹⁵

Ordlyden i bestemmelsen viser at en ”bruker” kan være en person som mottar tjenester fra kommunen, etter helse- og omsorgstjenesteloven, men negativt avgrenset til ikke å være helsehjelp.⁹⁶ Slike typiske tjenester vil være praktisk bistand, som hjelp til gulvvask, handling osv. Denne type tjenester er å anse som omsorgstjenester.

Lovens legaldefinisjoner må sees som et rettslig begrep for hvem som har rettigheter etter lovens bestemmelse.⁹⁷ Begrepene pasient og bruker er med det sentrale begreper i pasient og brukerrettighetsloven med hensyn til hvem som har rettigheter etter loven.

For eksempel har en bruker svakere rett til informasjon sammenlignet med en pasient . Hvilken terminologi en har vil med det ha betydning, når saksbehandlere i kommunen behandler søknader om helse- og omsorgstjenester. Det er naturlig å hevde at den som pretenderer å ha rettigheter etter loven, ikke kan avvises på formelt grunnlag med henvisning til at vedkommende ikke fyller kravene til å være pasient etter legaldefinisjonen. Hvilke rettigheter vedkommende påberoper seg vil måtte tolkes, for å se om personen har en slik nærhet til kravet, at vedkommende reelt sett fremstår som en person som har potensielle rettigheter etter loven.⁹⁸

⁹³ Syse, Aslak. Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 172

⁹⁴ Lov 24.06.2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m (Helse- og omsorgstjenesteloven)

⁹⁵ ibid

⁹⁶ Syse, Aslak. Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. s. 172

⁹⁷ Syse, Aslak. Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 144

⁹⁸ Syse, Aslak. Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 162

For eksempel vil en person som har hjelp fra kommunen til gulvvask og er med det å anse som bruker. Når helsepersonell er i hjemmet til brukeren som gir uttrykk for smerter i et sår som har oppstått, og brukeren gir klar beskjed om at vedkommende ikke ønsker hjelp til sårstell, vil brukeren ved å avslå helsehjelpen, være å anse som pasient, etter loven med grunnlag i hva som definerer en pasient jf. ”gis eller tilbys.” En konsekvens av at en personen som avslår tilbud om helsehjelp, som er pasient i lovens forstand, er at pasienten har anledning til å klage over at det var manglende informasjon fra helsetjenesten.

For helsepersonell vil imidlertid ikke vedkommende være pasient, men bruker. Det vil si at fordi helsepersonell anser personen til å være bruker, vil informasjonen kunne være tilpasset en bruker. Det kan igjen føre til at informasjonen ikke vil være tilstrekkelig. Som det har vært vist til tidligere er informasjonskravet til brukere ulikt fra pasientperspektivet. Altså på hvilke grunnlag vedkommende har valgt å ikke samtykke til behandlingen kan være utfra hvilken informasjon som gis.

5 Samtykkekravet ved ytelse av helsehjelp

5.1 Hovedregelen om samtykke

Pasient og brukerrettighetsloven § 4-1 inneholder hovedregelen og utgangspunktet om rettslig grunnlag for ytelse av helsehjelp. Bestemmelsen lovfester kravet til informert samtykke som det normale rettsgrunnlag for å yte helsehjelp, der kravet om samtykke dekker alle former for helsehjelp, både somatisk og psykisk.⁹⁹ Bestemmelsen omfatter pleie, omsorg, undersøkelse, innleggelse og behandling.

”Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke.” Samtykke, eksplisitt eller implisitt gitt fra pasienten, er etter ordlyden hovedregelen og det alminnelige rettsgrunnlaget for å kunne yte helsehjelp. I den påfølgende ordlyden ”med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke” fremkommer det flere unntak fra hovedregelen.

⁹⁹ <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/pasient-og-brukerrettighetsloven-med-kommentarer/samtykke-til-helsehjelp>

Lovbestemte unntak fra kravet om samtykke finnes i særlovgivningen, der viktige hensyn kan tilsi at prinsippet om samtykke må vike,¹⁰⁰ blant annet av smittevernloven¹⁰¹ og psykisk helsevernloven.¹⁰²

Spørsmålet om hvem som har samtykkekompetanse, vil bli behandlet i punkt 6.

Hensikten med krav om pasientens samtykke ved tilbud om helsehjelp henger sammen med respekten for pasientens selvbestemmelsesrett, menneskeverd og integritet.¹⁰³

Retten til å samtykke gir også selvbestemmelsesrett for pasienten til å gjøre valg som for andre kan virke kontroversiell, og som ikke blir forstått av omgivelsene. I slike tilfeller vil helsepersonell måtte godta at pasientens rett til å velge vil veie tyngre enn helsepersonells tilbud om helsehjelp. I slike sammenhenger vil pasientens avgjørelse kunne være belastende for helsepersonell som yter den aktive helsehjelpen, men like fullt vil pasientens rett til å kunne ta egne valg om behandling være styrende. I motsatt fall vil helsehjelpen være integritetskrenkende og slik krenke selvbestemmelsesretten.

Det er med det i utgangspunktet ingen plikt å ta imot noen former for helsehjelp. Dersom en fødende ikke ønsker å føde på sykehus, har hun ingen plikt til å ta imot helsetilbudet. Hun står fritt til å velge å føde i hjemmet. Det legger imidlertid føringer for den informasjonsplikt som er gitt helsepersonell slik at den fødende kan fatte en beslutning.

Et unntak fra plikten til å hjelpe selv om pasienten nekter hjelp, er statueret i hpl. § 7, jf. pbrl. § 4-9. Dette er omtalt under punkt 8.

5.2 Kravet om informert samtykke

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 første ledd annet punktum viser at pasienten må ha fått ”nødvendig informasjon” om egen helsetilstand og innholdet i aktuelle helsehjelp, dersom samtykket skal være gyldig. Personene som skal ta stilling til et helsetilbud må vite hva samtykket innebærer, og samtykket må være tatt utfra fri vilje.

¹⁰⁰ Moelven, Olav. Helse og jus. Gyldendal 2015, s.180

¹⁰¹ Lov 2 juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

¹⁰² Lov 5 august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer av (Smittevernloven)

¹⁰³ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) s.82

Forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven viser til at ”det skal som utgangspunkt gis informasjon som tilfredsstillende kravene i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2.¹⁰⁴

Det fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 første ledd at:

”pasienten skal få den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.”

Bestemmelsen angir hovedregelen om pasienters rett til informasjon. Videre angir bestemmelsen at *”pasienten skal informeres om mulige risikoer og bivirkninger.”* Det fremgår ikke direkte av lovteksten hva slags informasjon pasienten har krav på, imidlertid skal informasjonen som gis tilpasses den enkeltes individuelle forutsetninger i den grad det lar seg gjøre. Pasientens rett til informasjon utgjør et nødvendig kriterium for å kunne avgi et gyldig samtykke etter lovens § 4-1. Bestemmelsen er en videreføring og utvikling av tidligere rett.¹⁰⁵

5.2.1 Pasienters rett til informasjon

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 har overskrift *”pasienters og brukeres”* rett til informasjon. Bestemmelsen første ledd viser til at det er pasienten som skal ha fått ”nødvendig informasjon,” til tross for at overskriften inkluderer både pasienter og brukere.

Pasientens rett til informasjon vil i henhold til ordlyden ikke inkludere all tenkelig informasjon som finnes om pasientens helsetilstand, men være begrenset til de opplysninger som er ”nødvendige” for at pasienten kan fatte et forsvarlig beslutningsgrunnlag.¹⁰⁶ Det er informasjon som gir pasienten tilstrekkelig innsikt i sin egen helsetilstand samt hva helsehjelpen innbefatter både i henhold til mulige bivirkninger og prognose.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)s.81

¹⁰⁵ Bestemmelsen er en videreføring og utvikling av tidligere rett der informasjonsplikten kom til uttrykk i den daværende legeloven av 1980, § 25 tredje ledd¹⁰⁵ og Høyesteretts avgjørelse i Rt 1993 s.1169 som er referert til innledningsvis under punkt 2

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) s.81

¹⁰⁷ Syse Aslak kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2, Gyldendal rettsdata note 95 sist revidert 08.09.2018

I følge forarbeidene regulerer bestemmelsen pasienters og brukeres rett til informasjon.¹⁰⁸ De fem første ledd er forbeholdt ”pasienter”, og det siste leddet i bestemmelsen retter seg mot ”brukere”.

Det fremgår av forarbeidene at pasientens rett til selv å bestemme over sitt eget liv og sin egen helse er grunnleggende. Helsehjelp forutsetter med det et samtykke fra pasienten, der pasienten har fått tilstrekkelig informasjon om sin helsetilstand etter helsefaglig vurdering. Kravet om ”samtykke, informasjon og medvirkning” henger med det klart sammen.¹⁰⁹

På bakgrunn av informasjonen skal pasienten ha grunnlag for å avgi et gyldig samtykke til helsehjelpen. Pasientens rett til informasjon er ansett som så sentralt at helsepersonell er pålagt informasjonsplikt etter helsepersonelloven § 10 til å gi informasjon. Det fremgår direkte av loven at pasienter har rett til informasjon om egen helsetilstand.¹¹⁰

I *Cauda equina*-dommen¹¹¹ tok Høyesterett stilling til kravet om informert samtykke og pasientens selvbestemmelsesrett.¹¹² Høyesterett tok stilling til om det forelå informasjonssvikt. Pasienten hadde gitt sitt samtykke til operasjonen, men spørsmålet var om samtykke hadde et ”tilstrekkelig opplyst eller informert grunnlag.” Høyesterett gjennomgikk de juridiske kravene til informasjon pasienten har krav på for å gi et informert samtykke. Deretter tok Høyesterett stilling til den konkrete informasjonen som var gitt. Samtlige dommere kom til at det forelå informasjonssvikt. Deretter ble det tatt stilt spørsmål til om pasienten ville latt seg operere dersom han hadde fått tilstrekkelig informasjon (hypotetisk årsaksvurdering) om risikoen ved operasjonen, noe pasienten bekreftet av han ikke ville. Dommen ble avgitt i disens (3-2) der mindretallet la til grunn pasientens holdning om at han ikke ville latt seg operere.¹¹³

¹⁰⁸ Prop. 100 L (2012–2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (styrking av pasienters, brukeres og pårørendes stilling, kap. 6.3. Se for øvrig prop. 91 L (2010-2011) s. 359 for en nærmere omtale av bakgrunnen for dette

¹⁰⁹ Ot. prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) s. 54, punkt 6.1

¹¹⁰ Prop. 100 L (2012-2013) Endringer i pasient og brukerrettighetsloven m.m s. 14, punkt 4.3

¹¹¹ Rt 1998 s. 1538

¹¹² Saken for Høyesterett var at en pasient i forbindelse med en operasjon i 1990 hadde blitt påført en skade på cauda equina (spinalnerverøttene som springer ut fra nedre del av ryggmargen og henger nedenfor denne inne i ryggmargskanalen) Cauda equina påvirker seksualfunksjonen og urinfunksjonen.

¹¹³ Rt 1998 s. 1538

Det Høyesterett legger til grunn er et presumert samtykke fra en pasient som var samtykkekompetent, der konsekvensene av operasjonen førte til en så alvorlig konsekvens for pasienten som å miste seksualfunksjon. Så lenge pasienten ikke var fullt ut informert om farene ved operasjonen – hadde han ikke en reell mulighet for å kunne ta stilling til om han ønsket å gjennomføre inngrepet.

Dersom tilsvarende spørsmål hadde vært oppe til behandling i Høyesterett etter innføringen av bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 til 3-4 og § 4-1 jf. helsepersonelloven § 10, tilsier det at utfallet ville være at pasientens rett til utfyllende informasjon og selvbestemmelsesrett ville være avgjørende. Saken angikk spørsmålet om erstatning. Det er viktig å være klar over at drøftelsen kan være påvirket av det.

En nyere sak for Høyesterett er HR-2017-687- A tok Høyesterett stilling til hvor langt informasjonsplikten for helsepersonell rekker, når det gjelder fremtidig risiko for sykdom.

Saken gjaldt en pasient som oppsøkte fastlegen, på grunn av høyt blodtrykk. Han var også stresset. Han følte stikking i brystet og hadde muskelsmerter. Han ble behandlet med blodtrykkdempende medisiner og henvist til hjertespesialist. En måned senere var han til undersøkelse hos hjertespesialist. Han fikk ikke påvist hjerte- og karsykdom, men diagnosen myalgi (smerter fra muskulaturen i brystveggen.) Kort tid etterpå fikk mannen hjerteinfarkt.

Det ble ikke gitt informasjon om risiko for sykdom som pasienten ikke hadde ved tidspunktet for undersøkelsen. Høyesterett påpekte at det ikke var omstridt at informasjonssvikt kan være en ”svikt ved ytelse av helsehjelp”. Høyesterett trakk et skille mellom tilfeller som gjelder informasjon om de sykdomstilstander pasienten har og på den andre siden fremtidige sykdommer.

Videre viser Høyesterett til at informasjonsplikten etter forarbeidene viser at informasjon som gis pasienten særlig er begrunnet i at pasient skal kunne gi et informert samtykke til den foreslåtte behandlingen. Det vil ikke være likt for fremtidig sykdom. Høyesterett kommer til at det ikke foreligger en generell plikt for helsepersonellet i samsvar med Rt. 1998 s. 1538 å informere om risiko for sykdom pasienten ikke har, med mindre risikoen overstiger fem prosent.¹¹⁴

¹¹⁴ HR-2017-687-A s. 46

Høyesterett viste videre til at den informasjonsplikten ville måtte vurderes ut fra en generell risiko for utvikling av hjertelidelse, og ikke ut fra det forhold at pasienten faktisk utviklet et hjerteinfarkt¹¹⁵

5.2.2 Brukers rett til informasjon

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 sjette ledd ”*Brukere skal ha den informasjon som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter.*” En naturlig forståelse av ordlyden i bestemmelsen viser til tjenestetilbudet, som må forstås som omsorgstjenester, avgrenset mot helsetjenester.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 siste ledd viser til hvilke informasjon brukere har rett på i forhold til tjenestetilbudet for å kunne ivareta sine rettigheter.

5.2.3 Ivaretar bestemmelsen om informasjon til pasienter og brukere lovens intensjon

Ved lovendringene som ble foretatt i tilknytning til vedtakelsen av hol.,¹¹⁶ uttalte departementet at flere av bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, var tilrettelagt og begrunnet med hensyn til det særlige behovet, som vil være overfor ytelse av helsehjelp. Departementet mente at de samme hensynene ikke var direkte overførbare i forhold til de situasjoner, der brukere mottar omsorgstjenester. Departementet ville av den grunn være varsomme med å endre disse bestemmelsene, uten å kunne forutse konsekvensene av å sidestille rettighetene til pasient og bruker herunder § 3-2 første til femte ledd. Konsekvensen ble med det å tilføre et sjette ledd om brukers rett på informasjon.

Ved å sammenligne bestemmelsens første ledd om informasjon til pasienter opp mot sjette ledd om informasjon til brukere, fremgår det vesensforskjellige hensyn som bestemmelsen legger opp til. Pasientens rett til informasjon er knyttet opp mot hva som er ”*nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen,*” samtidig skal informasjonen være slik at den tilfredsstillende en innsikt ”*om mulige risikoer og bivirkninger ved den aktuelle helsehjelpen.*” For bestemmelsens siste ledd har brukere sin rett til informasjon ”*som er nødvendig for å få tilstrekkelig innsikt i tjenestetilbudet og for å kunne ivareta sine rettigheter.*”

¹¹⁵ HR-2017-687-A s. 48

¹¹⁶ Lov 24.juni 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester (Helse- og omsorgstjenesteloven)

Bestemmelsen definerer et vesentlig skille mellom informasjon til pasienter og informasjon til brukere, der brukere har en klart svekket rett til informasjon sammenlignet med pasienters informasjonsnett.¹¹⁷

Bestemmelsen i § 3-2 første ledd viser til at pasienter skal kunne samtykke til ”helsehjelp”, som etter en definisjon av begrepet helsehjelp, omfatter ”*handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell.*”¹¹⁸ Den informasjonen som pasienten har rett på, skal være nødvendig for å få innsikt i egen helsetilstand og hva helsehjelpen går ut på, i tillegg til eventuelle bivirkninger og risiko. Til bestemmelsens siste ledd har brukere, for å kunne samtykke til helsehjelp (som er kapittel 4 sin overskrift) rett til informasjon som er nødvendig for å kunne ha nok innsikt i det tjenestetilbudet og for ivaretagelse av sine rettigheter.

Bestemmelsen legger opp til at det er to typer av tjenester som ytes, og med det to typer informasjonskrav, en til pasienter og en til brukere. Dette vil nok være tilfelle i forhold til mange typer helsetjenester som når en person for eksempel har hjelp til gulvvask og handling, som utgjør praktisk bistand etter den gamle sosialtjenesteloven, nå omsorgstjeneste. Personen vil da være å anse som bruker, men om personen oppsøker lege for behandling av diabetes vil personen være å anse som pasient, og informasjonskravet for å samtykke til helsehjelpen vil ha en annet innhold, enn informasjon som er behov for i forhold til når personen skal ha hjelp til praktiske gjøremål.

Det som utgjør en særlig utfordring med denne tilnærmingen er endringen i hva som utgjør kommunehelsetjenestetilbudet etter samhandlingsreformen trådte i kraft. Tjenestene som ytes har ikke så klare skiller som tidligere når det gjelder helsehjelp og omsorgshjelp. Den tidlige utskrivningen fra sykehus til kommunehelsetjenesten har ført til endringer i tjeneste ytelsene. Pasienter som utskrives fra sykehus har gjerne et mer omfattende behov for hjelp, og i mange tilfeller er det spesialisthelsetjenesten som følger opp disse pasienter. De samme pasientene kan være de som kun har hjelp til praktisk bistand som for eksempel gulvvask og handling.

Det igjen gjør at intensjonen til bestemmelsen *om informasjon* der det er ”færre mulige risikoer og bivirkninger ved omsorgstjenester,”¹¹⁹ ikke er tidsriktig. Brukere som for

¹¹⁷ Syse, Aslak. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015, s. 336

¹¹⁸ min utheving.

¹¹⁹ Syse, Aslak. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015, s. 336

eksempel har hjelp til gulvvask, og som etter utskrivning fra sykehuset fortsetter med kun denne ytelsen, er å anse som brukere for kommunehelsetjenesten etter loven. På den andre siden kan den samme brukeren være pasient, i å med at personen får videre oppfølging fra poliklinisk avdeling ved et sykehuset. Dette gjør at personens informasjonsbehov vil kunne være dekket av pasienters rett, men omfattes ikke etter loven. Handling av matvarer, gulvvask faller klart utenfor helsehjelpbegrepet, men er praktiske tjeneste hjemlet i hol § 3-2 nr. 6 bokstav b.

Tjenestene som ytes i kommunehelsetjenesten er komplekse i den forstand at brukere også kan være pasienter, der de har hjelp til for eksempel både gulvvask og sårstell. Det betyr at hvilken rett innholdet i informasjonen skal være og som gjør at personen skal kunne samtykke er uklar. I forlengelsen av denne problemstillingen blir også den informasjon helsepersonell har plikt til å meddele uklar. Som det fremgår her, er det et vist misforhold mellom den rett til informasjon brukere har i forhold til den mer utvidede rett pasienten er gitt. Det kan likevel være slik at det i praksis ikke er like sikkert at denne forskjellen er så stor, fordi mange brukere også vil kunne ha behov for helsehjelp i kommunen, som igjen fører til at bestemmelsens første ledd slår til.¹²⁰

Helsepersonells plikt til å gi informasjon fremgår av helsepersonelloven § 10

”Den som yter helse- og omsorgstjenester, skal gi informasjon til den som har krav på det etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-2 – 3-4”.

Pasienters og brukers rett til informasjon for å samtykke til helsehjelp og eller omsorgshjelp jf. pasient og brukerrettighetsloven § 4-1, § 3-2 første og sjette ledd gir på den andre siden helsepersonell en plikt til å gi informasjon.¹²¹

Ordlyden legger opp til, ikke bare en plikt til å gi informasjon, men også å tilse at pasienten mottar den informasjon som skal til for å kunne få innsikt i sin egen helsetilstand og innholdet i den aktuelle helsehjelpen som er lagt til grunn.¹²² Tilnærmingen viser at helsepersonell skal

¹²⁰ Syse, Aslak, Kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven, note 103. Gyldendal rettsdata, sist revidert 8. September 2018

¹²¹ Syse, Aslak, Kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven, note 103. Gyldendal rettsdata, sist revidert 8. September 2018

¹²² Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s. 57 punkt 6.5

sørge for at pasienten gis tilstrekkelig informasjon og kunnskap for å kunne gi samtykke til helsehjelpen.¹²³ Dette kommer jeg tilbake til under punkt 5.4

Hpl. § 10 viser til ”den som yter helse- og omsorgstjenester”. Av forarbeidene går det frem ”den som yter helsehjelp”¹²⁴, altså ikke omsorgstjenester. Det er usikkert hvorfor bestemmelsen inkluderer omsorgstjenester, der forarbeidene viser utelukkende til helsehjelp.

Forarbeidene viser til at den normalt vil være en person som gir informasjon, men at det kan være flere.¹²⁵ Det helsepersonell som er i direkte kontakt med pasienten eller brukeren vil alltid ha en alminnelig plikt til å gi informasjon og til å besvare spørsmål. Det vil med det kunne være ulike grupper helsepersonell som formidler informasjon ut fra hvilke helsetjenester det er tale om, for eksempel vil psykologen gi informasjon til pasienten, eller det kan være legen som informerer i spesialisthelsetjenesten. I helseinstitusjoner pålegger det arbeidsgiver som systemansvarlig å sikre adekvate informasjonsrutiner.¹²⁶

Informasjonsplikten begrenses likevel av den helsehjelpen som ytes av den enkelte – det vil si at det innen egent fagområde og ut fra helsepersonellet sin faglige kompetanse er i stand til å kunne ta stilling til innholdet i informasjonen som skal formidles.¹²⁷ Forarbeidene viser også til den samme begrensingen.¹²⁸

5.2.4 Kravet til tilpasset informasjon

Det fremgår av Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-5 at ”informasjonen skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn.”

Ordlyden viser at helsepersonell som formidler informasjon må tilstrebe at pasienten har forstått hva behandlingen går ut på og innholdet i den helsehjelpen som er foreslått.¹²⁹

Forutsetningen er med det at et gyldig samtykke vil i stor grad vil kunne være basert på om

¹²³ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s. 57, punkt 6.5

¹²⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s. 221

¹²⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell (helsepersonelloven) s. 221

¹²⁶ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer s. 359

¹²⁷ Ohnstad, Bente og Befring, Anne Kjersti, kommentarer til helsepersonelloven. Note 32. Sist hoved oppdatert 5. februar 2018.

¹²⁸ Ot. prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) s. 57, punkt 6.5

¹²⁹ Ohnstad, Bente og Befring, Anne Kjersti, kommentarer til helsepersonelloven. Note 32. Sist hoved oppdatert 5. februar 2018.

informasjonen er tilpasset pasientens individuelle forutsetninger.¹³⁰ Det vil i praksis innebære at helsepersonell må legge til grunn pasientens alder, språk, kultur, og eventuelle funksjonshemninger. Forarbeid viser at bestemmelsen gjelder for alle pasienter, men særlige de med behov for tilpasset informasjon. Det kan være personer som har redusert eller manglende evne til å ivareta sine interesser, personer med manglende kunnskaper i norsk og personer fra minoritetskulturer. I helsedirektoratets rundskriv fremgår det at bestemmelsen gjelder for alle pasienter og brukere, og at bestemmelsen må ses i sammenheng med § 3-2 første ledd og § 4-1 om at pasienten skal ha fått informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet av helsehjelpen.¹³¹

Det vil også bety at et gyldig samtykke vil kunne være forankret i hvordan helsepersonell presenterer informasjonen, for å unngå at en person samtykker til noe som han ikke har forstått rekkevidden av.¹³² Denne forståelsen presiserer også kravet om forsvarlige helsetjenester jf. hpl. § 4

Når helsepersonell skal gi informasjon, vil det være viktig å gi en klar og objektiv framstilling av den helsehjelp som er tiltenkt. Helsepersonell må være bevisst på at nonverbal kommunikasjon og stemmeleie, kan komme til å påvirke pasientens samtykke. Hvordan pasienten får informasjonen, er avgjørende for å avgjøre om det er frivillig og dermed om samtykkets gyldighet.

Det fremgår ikke direkte av ordlyden til pbrl. § 4-1 at samtykket forutsettes å være frivillig, der bestemmelsen viser til at samtykket må være ”gyldig”. I helserettslig litteratur refereres ”det informerte samtykke” til et lovlig eller et ”gyldig samtykke”¹³³ Det vises til at poenget med å koble begrepet samtykke til ”informert,” er å understreke betydningen av at helsepersonell informerer pasienten, samt at pasienten forstår og oppfatter denne informasjonen, og med det avgir sitt samtykke.

5.3 Samtykkekravets form

Hovedregelen om samtykkets form fremgår av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 at:

¹³⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) s. 57, punkt 6.5

¹³¹ Helsedirektoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer § 3-5 informasjonens form. Sist faglig oppdatert 01.01.2018

¹³² Aasen, Henriette Sinding, Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, Fagbokforlaget 2000 S. 338

¹³³ Aasen, Henriette Sinding, Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, Fagbokforlaget 2000 S. 51

”samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Stilltiende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte og omstendigheter for øvrig er sannsynlig at hun eller han godtar helsehjelpen”

Ordlyden viser til at samtykket kan gis uttrykkelig eller stilltiende. Det uttrykkelige samtykket kan være skriftlig eller muntlig, der begge formene vil være bindende. En naturlig forståelse av ordlyden stilltiende samtykke foreligger dersom pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig tilsier at pasienten har akseptert helsehjelpen. Den normale situasjonen er at pasienten samtykker ved konkludent atferd, det vil si at pasienten tilkjennegir med sin oppførsel at han samtykker. Et eksempel er når pasienten møter opp hos legen for å få tatt allergitest, eller at pasienten svelger kontrastvæske for å få utført gastroskopi (røntgenundersøkelse av magesekken). Samtykket gis her ved faktisk handling.¹³⁴

I tilfelle hvor pasienten har oppsøkt helsetjenesten, har fått informasjon og har unnlatt å motsette seg helsehjelpen, må det normalt legges til grunn at pasienten har samtykket til den videre behandlingen. Likevel vil det kunne oppstå situasjoner hvor det ut fra pasientens adferd, og de samlede omstendigheter, vil være nødvendig å kreve et uttrykkelig samtykke. I tilfelle tiltaket er av inngripende art, vil det stilles større krav til sannsynligheten for at pasienten har samtykket. Det gjelder tilfeller dersom undersøkelsene og behandlingen er spesielt smertefulle og der inngrepet kan innebære stor risiko for pasienten.¹³⁵ I slike tilfeller må det stilles større krav til helsepersonells kunnskap om pasientens frivillighet. Denne forståelsen er også indirekte lagt til grunn i forsvarlighetsprinsippet i helsepersonelloven § 4.

6 Samtykkekravet og helsepersonells hjelpeplikt

Retten til å få øyeblikkelig hjelp fremgår av helsepersonelloven § 7

”Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig. Med de begrensninger som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gis selv om pasient ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasient motsetter seg helsehjelpen.”

Ordlyden viser til en ubetinget rett til å kunne motta øyeblikkelig hjelp. Selv om det ikke fremgår eksplisitt av ordlyden, må det legges til grunn at retten til øyeblikkelig hjelp svarer til

¹³⁴ Warberg, Lasse, Norsk Helserett, Universitetsforlaget 2011 s. 91

¹³⁵ Warberg, Lasse, Norsk Helserett, Universitetsforlaget 2011 s. 91

pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1b første ledd, og spesialisthelsetjenesteloven § 3-1 første ledd. Denne pasientrettigheten gir en korresponderende plikt for helsepersonell, jf. helsepersonelloven § 7 første ledd. Ordlyden i bestemmelsen viser at plikten til å yte øyeblikkelig hjelp gjelder bare dersom det er ”påtrengende nødvendig.” Forarbeidene viser til at begrepet innebærer et vist skjønn, der det i vurderingen må legges vekt på om det er fare for liv, eller om det er fare for en alvorlig forverring av pasientens kjente helsetilstand.¹³⁶

Pbrl. § 4-1 første ledd, gir et forbud mot å yte helsehjelp, uten gyldig samtykke mens hpl. § 7 gir helsepersonell en plikt til gi nødvendig helsehjelp uten et gyldig samtykke. Bestemmelsen vil kunne gi inntrykk av motstridende rettsvirkninger. Imidlertid viser pbrl. § 4-1 første ledd til et unntak fra samtykkekravet ”med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke.” Helsepersonelloven § 7 gir gyldig rettsgrunnlag for å fravike kravet om samtykke, dersom lovens vilkår er oppfylt. Det vil si at rettsgrunnlaget for helsepersonells hjelpeplikt etter helsepersonelloven § 7 følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1.

Det følger av forarbeidene at formuleringen ”påtrengende nødvendig” sikter både til hvilken effekt behandlingen gir pasientens helsetilstanden, men også til helsepersonellens mulighet til å yte adekvat hjelp. Det legges til grunn en tidsavgrensning. Det innebærer at når pasienten har fått tilstrekkelig behandling vil faren være over, eller pasienten er døende uten at det kan ytes adekvat helsehjelp, vil hjelpeplikten opphøre. Til tross for at loven og forarbeidene til hpl. er taus om forholdet mellom samtykkekravet og helsepersonells hjelpeplikt, vil opphør av hjelpeplikten medføre at det kravet til gyldig samtykke vil inntre.

Det er særlig viktig at det gjøres fortløpende vurderinger av pasientens helsetilstand, da hjelpeplikten vil kunne inntre igjen dersom pasientens helsetilstand forverres og det igjen blir ”påtrengende nødvendig” med helsehjelp. Bestemmelsen må sees i sammenheng med forsvarlighetskravet i hpl. § 4.

Det fremgår videre av ordlyden i bestemmelsen at hjelpen skal gis ”selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.” Forarbeidet viser at hjelpeplikten er begrunnet ut fra at samfunnet har en særlig interesse av å opprettholde respekten for livet,¹³⁷ som må sees på som

¹³⁶ Ot.prp.nr. 13 Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven)s. 219

¹³⁷ Ot.prp.nr. 13 Om lov om helsepersonell (helsepersonelloven)s. 219

en form for paternalisme, som igjen legitimerer innskrenkningen av i den enkelte pasients autonomi.¹³⁸

7 Samtykkekompetanse

7.1 Generelt om samtykkekompetanse

Norsk rett er basert på et grunnleggende krav til frivillighet og selvbestemmelse.¹³⁹

Utgangspunktet er at det er pasienten som på frivillig grunnlag kan velge deltakelse til undersøkelse, behandling, forsøk osv. Retten til selvbestemmelse i relasjon til helsehjelp inkluderer med det en rett til å gjøre valg som ikke blir forstått av andre. Helsepersonell som yter helsehjelp må respektere pasienters rett til avstå fra helsehjelp, til tross for at avgjørelsen kan ha alvorlige konsekvenser for pasienten. Grunnlaget for å innhente pasientens samtykke i relasjon til ytelse av helsehjelp bygger på respekten for pasientens selvbestemmelse.¹⁴⁰

Dersom samtykket til helsehjelp skal være gyldig, må det være avgitt av en person som har ”tilstrekkelig personell kompetanse”¹⁴¹ for å kunne fatte avgjørelsen. Det stilles med det krav til en persons personlige forutsetninger.

Det fremgår av forarbeidene at lovgiver, i enkelte sammenhenger innenfor helseretten har funnet det nødvendig å avgrense den individuelle bestemmelsesretten.¹⁴² Retten til selvbestemmelse fordrer blant annet at personen har forutsetninger for å forstå innholdet og konsekvensene av slike valg.¹⁴³

7.2 Hvem har samtykkekompetanse

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd viser hovedbestemmelsen om hvem som er samtykkekompetente i relasjon til å kunne samtykke til helsehjelp.

”Rett til å samtykke til helsehjelp har

a) personer over 18 år, med mindre annet følger av § 4-7 eller annen særlig lovbestemmelse

¹³⁸ Befring, Anne Kjersti, Ohnstad, Bente, Helsepersonelloven kommentarutgave, Fagbokforlaget 2019 s. 76

¹³⁹ Warberg, Lasse A. Norsk helserett, Universitetsforlaget 2011 S. 73

¹⁴⁰ Ot.prp. nr 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 76

¹⁴¹ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 409

¹⁴² Ot. prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 82

¹⁴³ Ot. prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 84

b) personer mellom 16 og 18 år, men mindre annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art.

Etter ordlyden har personer over 18 år samtykkekompetanse, dersom de ikke er fratatt rettslig handleevne på det personlige området jf. § 4-7. Det er videre gjort noen unntak i særlovgivningen som fraviker bestemmelsens aldersgrense, som steriliseringsloven¹⁴⁴ § 2 som har satt aldersgrensen til 25 år for å kunne få utført sterilisering.

Videre viser bestemmelsen at personer over 16 år som har ”tilstrekkelig personlig kompetanse,”¹⁴⁵ i utgangspunktet har rett til selv å foreta egne avgjørelser i helserettslige spørsmål. Her fremkommer det altså at den helserettslige myndighetsalderen for å kunne samtykke til helsehjelp er 16 år. Bestemmelsens bokstav a og b viser aldersbestemte regler, som ofte ikke vil by på problemer i praksis.

Innledningsvis er det vist til menneskerettigheter som bygger på verdier som frihet, likhet og menneskeverd, der menneskeverdet er ukrenkelig. Menneskerettigheten bygger på prinsippet om at retten til selv å bestemme over seg selv er iboende i mennesket. Dersom denne retten skal innskrenkes, kan bare gjøres dersom det er helt klart at personen ikke er i stand til å forstå hva samtykket innebærer i det konkrete tilfellet.

7.2.1 Hvorfor er den helserettslige myndighetsalderen satt ved 16 år

Bestemmelsen viser krav til personell kompetanse hos den som skal ta avgjørelsen om helsehjelpen, altså om personen er i stand til å ta en meningsfull beslutning.¹⁴⁶ En slik tolkning støttes av forarbeidene som viser at noe av forutsetningene, som selvbestemmelsesretten bygger på er krav om en viss grad av ”sjelelig modenhet.” I den sammenheng vil alder kunne være et krav for utøvelse av selvbestemmelsesretten, men også et krav om personlige forutsetninger for å kunne forstå hva helsehjelpen innebærer og med de konsekvensene av helsehjelpen.¹⁴⁷ Unntak i særlovgivningen som fraviker aldersgrensen på 16 år, er for eksempel transplantasjonsloven¹⁴⁸ § 1 andre ledd som har satt aldersgrensen til 18 år.

¹⁴⁴ Lov s. Juni 1977 nr. 57 om sterilisering, § 2

¹⁴⁵ Syse, Aslak pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer Gyldendal 2015 s. 427

¹⁴⁶ Pedersen Reidar, Nordtvedt, Per, Etik i psykiske helsetjenester. Gyldendal 2018 s.156

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998.99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 83, punkt 6.7.2

¹⁴⁸ Lov 7.mai 2015 om transplantasjon (transplantasjonsloven)

8 Bortfall av samtykkekompetanse

8.1 Vilkår for bortfall av samtykkekompetanse

Bortfall av samtykkekompetanse er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

”Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis derom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”¹⁴⁹

Ordlyden viser til at samtykkekompetansen kan falle bort dersom pasienten fyller de nevnte vilkårene. Det fremgår av bestemmelsen et krav om årsakssammenheng mellom pasientens tilstand og evnen til å avgi et gyldig samtykke.

Til vurderingen om en pasient er samtykkekompetent må det foreligge en konkret vurdering, der ordlyden ”kan” viser at det er en skjønsmessig vurdering. Siden bestemmelsen gir det offentlige adgang til å gripe inn i individets rettigheter må det i utgangspunktet legges til grunn en streng tolkning av hjemmelsgrunnlaget.¹⁵⁰

Videre viser ordlyden ”helt” eller ”delvis” til at vurderingstermen ikke er konstant, men gir rom for at personen kan ha kompetanse på noen områder til tross for at samtykkekompetansen er vurdert bortfalt på andre områder. Forarbeidene viser den samme forståelse, der det går frem at en persons evne til å kunne avgjøre spørsmål knyttet til sin egen helse, kan variere ut fra hvilke tiltak det gjelder.

Bestemmelsens andre ledd viser at samtykkekompetansen kan være falt bort for enkelte områder, men ikke automatisk for alle områder. Bestemmelsen legger med det føringer for at inngrepet i samtykkekompetansen ikke strekker seg lenger enn pasientens begrensninger og tiltakets art tilsier. For å kunne fastslå pasientens samtykkekompetanse til den aktuelle helsehjelpen, må det derfor foretas en konkret vurdering.¹⁵¹

Pbrl. § 4-3 tredje ledd viser at

¹⁴⁹ Lov 2. Juli 1999 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-3 andre ledd.

¹⁵⁰ Bernt, Jan Fridtjof, Mæhle, Synne sæther, Rett, samfunn og demokrati, Oslo 2007, s. 149

¹⁵¹ Ot.prp.nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) S. 133

”Den som yter helsehjelp avgjør om pasienten mangler kompetanse til å samtykke etter annet ledd.”

Det helsepersonell som avgjør om pasienten er samtykkekompetent. Det innebærer at den som yter helsehjelp må sørge for at samtykket er avgitt og at det er gitt på riktig måte, det vil si at de personlige forutsetningene er tilstede, og at de materielle og prosessuelle betingelsene er ivaretatt. I skjønnet inngår en vurdering av om pasientens personlige forutsetninger for å kunne gi et gyldig samtykke er redusert. Forarbeidene understøtter denne forståelsen.¹⁵²

Dette er vanskelige vurderinger for helsepersonell. Det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er utgitt veiledere som gir helsepersonell retningslinjer ved slike vurderinger. Disse er utviklet gjennom empirisk forskning, etiske refleksjon og i rettspraksis. Sentrale momenter for vurderingen er om pasienten forstår sin helsesituasjon, kan ta et informert valg, og om pasienten er i stand til å vurdere konsekvensene av sine valg etter at tilstrekkelig informasjon er gitt.¹⁵³ Hvor mye det skal forventes av pasienten skal forstå går ikke klart fram av verken loven, forarbeidene eller relevante rundskriv, men i Helsedirektoratets rundskriv¹⁵⁴ fremgår det at;

”for at pasienten skal bli fratatt kompetanse kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, det vil si tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen.”

8.2 Rettslig grunnlag for bortfall av samtykkekompetanse

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 annet ledd viser at samtykkekompetansen kan falle bort på grunn av ”fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming.”¹⁵⁵ Ordlyden i bestemmelsen viser til ulike tilstander som kan gi grunnlag for bortfall av samtykkekompetanse.

Lovteksten viser til tilstander som ”fysiske eller psykiske tilstander” og ”senil demens”. Tilstandene er ikke ”klare” diagnoser, men viser til kategorier av tilstander, som kan omfatte flere sykdommer og/eller lidelser som kan gi grunnlag for bortfall av samtykkekompetanse.

¹⁵² Ot.prp.nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) S. 84, kap. 6.7.2.2

¹⁵³ Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, rundskriv IS-8/2015, Helsedirektoratet s. 77

¹⁵⁴ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter. Helse og sosialdepartementet s. 32

¹⁵⁵ Lov 2. Juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) § 4-3 (2)

Ordlyden i bestemmelsen vil kunne gi inntrykk av at sykdommer som ”senil demens”¹⁵⁶ vil være omfattet av bestemmelsen, men øvrige sykdommer som, Alzheimer sykdom, vaskulær demens og diffus lewylegemesykdom vil falle utenfor. Ettersom ”demens” er en fellesbetegnelse på en rekke sykelige tilstander i hjernen, som kjennetegnes ved ervervet kognitiv svikt, emosjonell kontroll og sviktende funksjonsevne, er det ikke grunn til å anta at det var lovgivers intensjon å begrense mot andre sykdommer som gir flere tilsvarende konsekvenser for pasienten. Denne forståelsen er også klart forutsatt i forarbeidene. At et grunntrekk ved nevnte grupper er, at personene har en redusert evne, riktignok på forskjellig grunnlag, til å oppfatte aspekter ved egen livssituasjon, og med det evne til å se konsekvenser av egne handlingsvalg, som er omfattet av bestemmelsen.¹⁵⁷ Felles for de tilstander bestemmelsen viser til er at, personenes forutsetninger til å foreta og avgi et gyldig samtykke, er redusert. Bestemmelsens vilkår oppstiller med det tilstander som viser til en reduksjon av mental kapasitet. Både forarbeidene¹⁵⁸ og rundskriv¹⁵⁹ viser til at en ”mindre psykisk reduksjon i forstandsevnen, herunder alderdomssvekkelsen, ikke er tilstrekkelig,” og viser til at bestemmelsen må tolkes strengt.

8.2.1 Hva ligger til vurderingen om samtykkekompetansen er bortfalt, jf. ”åpenbart”?

I vurderingen av om samtykkekompetansen er å anse som bortfalt, viser pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd til at vurderingstemaet er hvorvidt pasienten ”åpenbart” ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter. Når ordlyden er ”åpenbart,” tilsier det at det ikke skal være tvil om pasientens evne til å kunne forstå hva begrunnelsen for helsehjelpen som blir gitt er, og hva helsehjelpen innebærer.

Fra forarbeidene går det frem at ”for at pasienten skal bli fratatt kompetanse, kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen, og hva samtykket omfatter, dvs tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen.” Det skal med andre ord en del til, jf. ”åpenbart”^{160, 161} Bestemmelsen oppstiller et skjerpet beviskrav som er klart strengere enn det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt. Kravet er i forarbeidene beskrevet slik:

¹⁵⁷ Ot.prp.nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) S. 84

¹⁵⁸ Ot.prp.nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) kap. 12, s. 133

¹⁵⁹ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (Sosial- og helsedirektoratet)

¹⁶⁰ ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) S. 133

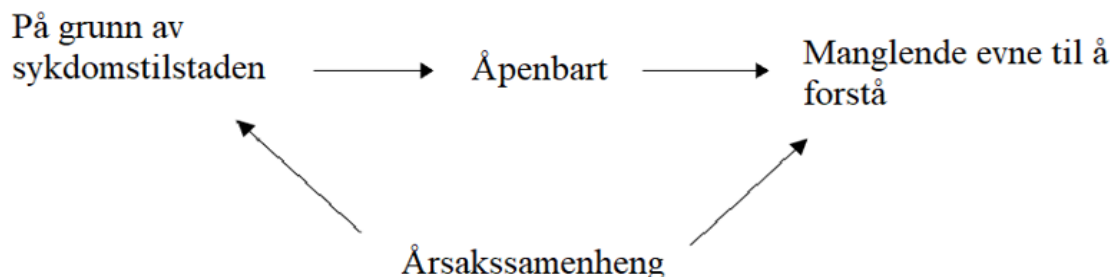
¹⁶¹ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s.32

” for at pasienten skal bli fratatt kompetanse kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, dvs tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen ”

I og med at begrepet ”åpenbart” er brukt tilsier det at pasienten er samtykkekompetent i tilfeller der det ikke er tydelig bevis for noe annet.

Det går klart frem at dersom helsepersonell er i tvil, skal pasienten kunne ta avgjørelsen om han vil ha behandling eller ikke. Denne tilnærmingen er også i tråd med autonomiprinsippet der pasientens selvbestemmelsesrett ikke kan krenkes dersom det er usikkert om pasienten har kompetanse til å avgjøre helsehjelpen. I Helsedirektoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 går det frem at *”siden beviskravet (”åpenbart”) er så høyt, vil mange med redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter, vurderes som samtykkekompetente”*

8.2.2 Krav til årsakssammenheng mellom manglende forståelse og pasientens sykdomstilstand



I pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd går det fram at samtykkekompetanse kan bortfalle (...) hvis pasienten **”på grunn av”** fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.” Bestemmelsen viser til et **sykdomsvilkår** eller **tilstandsvilkår**, et krav om **evne til å forstå** og til en **årsakssammenheng mellom tilstanden og evnen til å forstå**. Bestemmelsen angir tre kumulative vilkår som helt legitimt kan leses ut av lovteksten. Disse tre kumulative vilkår vil være avgjørende i vurderingen for om en pasient er samtykkekompetent.¹⁶²

¹⁶² HR-2018-2204-A s. 39

Et sentralt tolkningsspørsmål til vurderingen vil da være hvor mye skal det forventes at personen må forstå. Bestemmelsen viser til at pasienten ikke må være i stand til å forstå ”hva samtykket omfatter”. Ordlyden ” være i stand til å forstå” gir inntrykk av en vurdering som retter seg mot pasientens kognitive evner, og med det ha innsikt og forståelse for sin egen helsesituasjon.

Det går ikke klart frem verken av loven, forarbeidene eller aktuelle rundskriv hvilke konkrete retningslinjer det er for vurderingen. Forarbeidene viser imidlertid til pasientens evne til å forstå begrunnelsen for helsehjelpen, innholdet i helsehjelpen og hvilke konsekvenser et samtykke eller nektelse for helsehjelpen vil kunne medføre.¹⁶³ I Helsedirektoratets rundskriv går det frem at ”for at pasienten skal bli fratatt kompetanse kreves det at vedkommende åpenbart ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, det vil si tiltakets art og de nærmere implikasjoner av helsehjelpen¹⁶⁴. Hvordan terskelen konkret skal settes er loven taus om, og det vil derfor være opp til helsepersonell å vurdere pasientens evne til forståelse i sammenheng med den aktuelle behandlingen.

Altså i tilfelle samtykkekompetansen skal falle bort må det være fordi evnen til å forstå hva helsehjelpen innbefatter, og at dette åpenbart skyldes sykdomstilstanden. Manglende samtykkekompetanse forutsetter en klar årsakssammenheng mellom den reduserte forståelsen og sykdomstilstanden. (*”dersom pasienten på grunn av (sykdomstilstanden) ikke er i stand til å forstå.”*)

Forhold som ikke er relatert til sykdomstilstanden eller psykisk utviklingshemming vil og falle utenfor vurderingen. Det vil si at dersom pasienten mangler forståelse, som skyldes andre forhold, som språkproblemer, manglende utdanning, kulturelle ulikheter osv. og med dette ikke evner å forstå hva helsehjelpen innbefatter, gir ikke det grunnlag for av bortfall av samtykkekompetanse.

Bestemmelsen avgrensning gir utfordringer i tilfeller hvor pasientsituasjonen er sammensatt, det vil si pasienter som er fremmedspråklige og samtidig har problemer med å forstå innholdet og konsekvensene av helsehjelpen. Et eksempel i denne sammenheng er pasienten fra Syria som før ankomst til Norge ikke har fått behandling for alvorlig diabetes. Ved legekonsultasjon konstateres et blodsukker på fem ganger normalnivå. Det er overhengende

¹⁶³ Ot. prp. nr. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 133

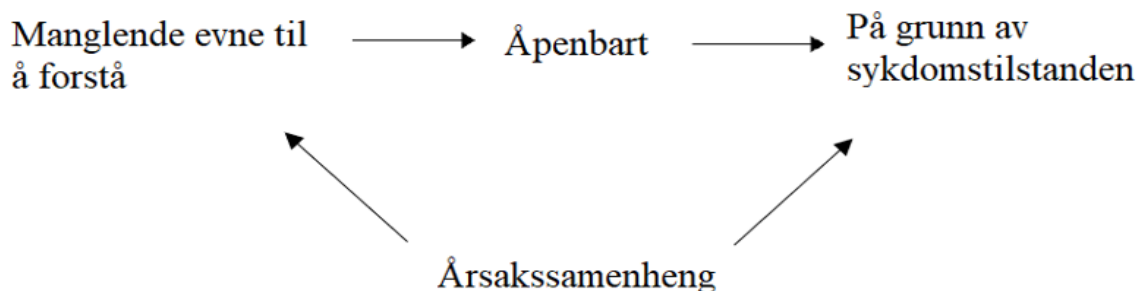
¹⁶⁴ Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter

fare for påfølgende nyresvikt, i tillegg til multiorgansvikt og mors. Pasienten sendes til sykehus, hvor nye prøver foretas. Pasienten forstår verken faren med det høye blodsukkeret eller nødvendigheten av insulinbehandling. Pasienten forstår heller ikke norsk.

I slike tilfeller vil helsepersonell måtte avklare hvilke del av den manglende forståelsen som knytter seg til språkproblemer og hva som er forårsaket av sykdomstilstanden. Forholdene knyttet til språkproblemene, kan ikke føre til manglende samtykkekompetanse etter pbrl § 4-3 annet ledd, men vil måtte løses på annen måte jf. § 3-5

Et annet eksempel er i tilfeller der den manglende forståelsen refererer seg til at inngrepet er særlig omfattende og komplisert. Spørsmålet vil da kunne være om pasientens manglende forståelse knytter seg til sykdomstilstanden, eller om det helt eller delvis er forårsaket av at inngrepet er vanskelig å forstå for enhver. I denne sammenheng vise det til tidligere drøftelse om helsepersonells informasjonsplikt jf. punkt 5.2.1

8.2.3 Kan det oppstilles et vilkår om at det "må være åpenbart at den manglende forståelsen skyldes sykdomstilstand"?



Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd viser til "**åpenbart**"(...) "**ikke er i stand til å forstå**" hva samtykket gjelder. Ordlyden og forarbeidene viser at det langt på vei må være helt uten tvil at pasienten mangler tilstrekkelig forståelses evne for at beviskravet skal være oppfylt. Det må derfor legges til grunn et skjerpet beviskrav som er klart strengere enn et alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt.¹⁶⁵ I Helsedirektoratets rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 går det frem at ettersom beviskravet er så høyt, vil personer med redusert evne til å forstå innholdet i helsehjelpen være å betrakte som samtykkekompetent.¹⁶⁶ (se tidligere fremstilling)

¹⁶⁵ SOM-2018-2278 s. 5

¹⁶⁶ Ot.prp. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven)s. 133

Et annet spørsmål vil være om det kan oppstilles et like strengt beviskrav som gjelder **årsakssammenhengen** mellom **reduksjon i forståelse** hos pasienten og **sykdomstilstanden**. Med andre ord; **må det være "åpenbart" at mangelen på forståelse er forårsaket av sykdommen eller tilstanden**. Tilsynelatende kan dette spørsmålet være å oppfatte som den samme spørsmålsstillingen som drøftet under punkt 7.1.3. Det som her imidlertid rettes spørsmål til er grunnlaget for pasientens manglende forståelse, og årsaken til at pasienten ikke forstår.

Det er ikke klare signaler verken i lovverket, forarbeider eller i teori for å oppstille et slikt beviskrav. En forklaring på at denne spørsmålsstillingen ikke er aktualisert kan være at det vil trekke beviskravet for bortfall av samtykkekompetanse for langt dersom både manglende forståelse og sammenhengen til sykdommen/tilstanden må være åpenbar.

Å avklare om pasienten åpenbart mangler forståelse, vil ikke kreve de største utfordringer. Derimot vil det å avklare at manglende forståelse åpenbart skyldes sykdommen eller tilstanden være en langt mer krevende prosess. For med sikkerhet å kunne fastslå årsakssammenheng vil måtte kreve at helsepersonell i hvert enkelt tilfelle gjennomgår hvilke personlige forutsetninger pasienten hadde før sykdomstilstanden, og med det utelukke andre årsaker til den manglende forståelsen.

For å illustrere problemstillingen kan eksemplet fra tidligere drøftelse der pasienten fra Syria får påvist et fem ganger for høyt blodsukkernivå brukes. Hvilken grad av sikkerhet må en fastslå at er sykdommen som er grunnen til at pasienten ikke forstår hvor viktig behandlingen er, og ikke om det er personlige forutsetninger ved pasienten før sykdommen som er årsaker til den manglende forståelsen.

En vil i slikt tilfelle måtte vurdere om de personlige forutsetningene til pasienten før sykdomstilstanden, ikke er grunnen til at pasientens manglende innsikt i sin situasjon, slik at andre årsaker til den manglende forståelsen i overveiende stor grad kan utelukkes. Et slikt beviskrav vil kreve mye ressurser, og det kan hevdes å trekke beviskravet for langt.

Hvorvidt et slikt krav om årsakssammenheng mellom manglende forståelse, som åpenbart skyldes sykdommen vil derfor måtte avgjøres etter vanlige bevisvurderinger med krav om sannsynlighetsovervekt.

8.2.4 Hvilken plikt har helsepersonell for å forsøke å avhjelpe den manglende forståelsen

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 tredje ledd viser at ”den som yter helsehjelp” avgjør om pasienten mangler kompetanse til å samtykke etter annet ledd. Helsepersonellet skal ut fra pasientens alder, psykiske tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv kan samtykke til helsehjelp, jf. § 3-5.”

Bestemmelsen viser til at helsepersonell skal legge forholdene best mulig til rette med hensyn til pasientens alder, modenhet, psykiske tilstand og erfaringsbakgrunn. Kravet om tilpasset informasjon er også lovfestet i pbrl. § 3-5 som bestemmelsen viser til. Det er en helt klart forutsetning for ytelse av helsehjelp å ta i betraktning at mennesker har ulike ståsted også i spørsmål som angår helse. Kulturelle forskjeller, språk, kunnskap og alder gjør at når bestemmelsen ordlyd viser til ”legge forholdene best mulig til rette,” vil det kreve at helsepersonell tilpasser informasjon opp mot pasientens individuelle forutsetninger. Det kan for eksempel være vanskelig å vite hvordan informasjon oppfattes hos pasienter som ikke responderer normalt. Det kan være slagpasienter som har endret mimikk i ansiktet og tonasjon i stemmen, eller pasienter med afasi eller parkinsonistiske reflekser og sekveler. Hvilke type helsehjelp som ytes vil være tilpasset den enkelte sitt behov og kan være alt fra munnstell, sårstell, dusj, og over til mer inngripende helsehjelp som operasjoner og behandling for alvorlige sykdommer. Individuelle forutsetninger krever at helsepersonell i alle ledd ved utøvelse av helsehjelp har ansvar for å tilpasse informasjonen.

Det forutsettes klart at dersom pasientens manglende forståelse skyldes sykdomstilstand, vil helsepersonell ha ansvar for å søke og avhjelpe den manglende forståelse som er grunnet i sykdommen, så langt som mulig. Denne forståelsen er også lagt til grunn etter pbrl. §§ 3-1 og 3-2, hvor det implisitt fremgår at helsepersonell bør strekke seg langt i å få pasienten til å forstå.

Loven gir imidlertid ikke klare anvisninger på hvor mye helsepersonell er forpliktet til å gjøre for å avhjelpe manglende forståelse. Det er likevel slik at pasientens selvbestemmelsesrett og rettigheter etter pbrl §§ 3-1 og 3-2 kan legges til grunn at helsepersonell bør prøve å avhjelpe pasientens manglende forståelse.

9 Representasjon av samtykke for myndige som ikke har samtykkekompetanse

I tilfeller hvor myndige personer ikke har samtykkekompetanse, fastslår pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 første ledd at kompetansen til å treffe avgjørelser om helsehjelp er lagt til helsepersonell som yter helsehjelp.

”Dersom en pasient over 18 år ikke har samtykkekompetanse etter § 4-3 annet ledd, kan den som yter helsehjelp, ta avgjørelsen om helsehjelp som er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet.”

Bestemmelsen viser videre et vilkår om at helsehjelpen må være i pasientens interesse, og at det er antatt at pasienten ville samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde vært samtykkekompetent. Forarbeidene utdyper bestemmelsen og viser en regel om antatt eller presumert samtykke fra pasienten.¹⁶⁷ Kravet om presumert samtykke forutsettes at helsepersonell som yter helsehjelpen tar stilling til hva pasienten ville ha ønsket dersom vedkommende hadde hatt evne til selv å ta avgjørelsen om helsehjelpen. Denne tilnærmingen der pasienten antas å samtykke til helsehjelpen, viser at helsepersonellet må til en viss grad sette seg inn i pasientens behov. Med pasienten i sentrum for problemstillingen vil forståelsen av grensegangen mellom pasientens antatte samtykke, og hva som ikke kan antas å være i pasientens interesse tre frem. Et antatt samtykke kan ikke legges til grunn for tiltak som pasienten oppfatter, eller antas å ville oppfatte, som nedverdiggende eller krenkende. Denne forståelsen støttes både av forarbeidene¹⁶⁸ og Helsedirektoratets rundskriv.¹⁶⁹

Bestemmelsen viser til at tiltak som er av ”liten inngripende karakter” med hensyn til omfang og varighet, kan helsepersonell ta avgjørelser om. Bestemmelsens første ledd må sees i sammenheng med andre ledd, som forutsetter at den som yter helsehjelpen ikke uten videre kan beslutte alene i tilfeller der helsehjelpen er et ”alvorlig inngrep”. Uavhengig av inngrepet karakter og størrelse, er det en klar forutsetning for helsehjelpen at pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 134 kap. 12

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 84 og s. 134

¹⁶⁹ Rundskriv IS 8/2015 Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer s. 98

Avgrensningen for hva som ansees som et ”lite inngripende” og ”alvorlig inngrep” fremgår av forarbeidene, som beskriver lite inngripende karakter som et operativt inngrep som kun kan utføres dersom dette er helt bagatellmessig,¹⁷⁰ eller det følger av nødrettslige prinsipper. Forarbeidene nevner som eksempel fjerning av fotvorter som hemmer gangfunksjonen.¹⁷¹ Det går videre frem at ”i de situasjoner hvor det ikke kan fastslås med sikkerhet at de gunstige virkningen av medisinen vil oppveie mulige bivirkninger, kan helsepersonell ikke legge til grunn et antatt samtykke.”¹⁷²

Det fremgår bestemmelsens tredje ledd;

”Helsehjelp etter første og annet ledd kan ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, men mindre annet følger av særlig bestemmelser.”

Ordlyden viser at det er gjort unntak fra helsepersonellens inngrepskompetanse etter først og annet ledd, der tiltak hvor pasienten motsetter seg, ikke kan iverksettes.

9.1 Begrensningen av hva helsepersonell kan avgjøre om helsehjelp etter pbrl. § 4-6 første ledd

Ordlyden i bestemmelsen viser at dersom pasienten mangler samtykkekompetanse for den helsehjelpen som er aktuelt å gi, er det helsepersonell som tar avgjørelsen i tilfelle pasienten er over 16 år. Det er likevel et vilkår at tiltaket er av lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet.

Forarbeidene viser til at helsepersonell er avskåret med hjemmel i et antatt samtykke fra å gi pasienten medisiner som kan gi alvorlige bivirkninger og viser til medisiner som for eksempel kortison. Dette fordi de gunstige virkningene av medisinen vil måtte oppveie mulige bivirkninger av medisineren. Denne avveiningen gir begrensninger for hva helsepersonell selv kan ta stilling til etter pbrl. § 4-6 første ledd.

Videre gir bestemmelsen avgrensning som igjen forutsetter at helsepersonell vil måtte fastslå med sikkerhet at de gunstige virkningen av medisinen vil oppveie bivirkningene. Det gir bestemmelsen en snever avgrensning. For med hvilken grad av sikkerhet helsepersonell vil

¹⁷⁰ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Gyldendal 2015 s. 437

¹⁷¹ Ot.prp. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 84

¹⁷² Ot.prp. 12 (1998-99) om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 134

måtte fastslå at behandlingen vil gi større effekt enn mulige bivirkninger er ikke gitt veiledning om i verken forarbeider eller rundskriv.

Avgrensningen viser at pasienten som har utviklet sykdommer som eks. Ulcerøs colitt eller Chrons sykdom,¹⁷³ hvor det er vanlig å behandle med kortisonpreparater som tilleggsmedisin vil være avskåret for helsepersonell å ta avgjørelse om slik behandling. Dette er fordi preparatet kan gi bivirkninger eller uønsket effekt som beinskjørhet, vektoppgang og diabetes type II. Sett fra en medisinsk synsvinkel vil ikke helsepersonell kunne angi hvem som får bivirkninger av denne behandlingen og hvem som ikke får det, det samme gjelder hvor stor grad av bivirkninger medisinen vil gi.

Dersom en legger til grunn denne forståelsen av bestemmelsen gir det lite rom for at helsepersonell kan ta avgjørelsen om ytelse av helsehjelp til pasienten etter pbri. § 4-6 første ledd.

9.2 Helsehjelp etter pbri. § 4-6 annet ledd

Bestemmelsen annet ledd viser at;

*” Helsehjelp som innebærer et **alvorlig inngrep** for pasienten, kan gis dersom det anses å være i **pasientens interesse**, og det er sannsynlig at pasienten vill ha gitt **tillatelse** til slik hjelp. Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten **vill ha ønsket**. Slik helsehjelp kan besluttes av den som er ansvarlig for helsehjelpen, etter **samråd med annet kvalifisert helsepersonell**. Det skal fremgå av journalen hva pasientens nærmeste pårørende har opplyst om, og hva annet kvalifisert helsepersonell har hatt av oppfatninger.”*

Ordlyden i bestemmelsen viser tilfeller av mer inngripende karakter enn hva som omfattes av første ledd jf. ”alvorlig inngrep.” Grensegangen mellom hva som er omfattet av første ledd ”lite inngripende karakter” og alvorlig inngrep” i annet ledd er skjønnsmessig.

Til denne vurderingen skal det blant annet tas hensyn til om tiltaket innebærer inngrep i kroppen, bruk av reseptbelagte legemidler og graden av motstand.¹⁷⁴ Bestemmelsen viser til

¹⁷³ Sykdommene er kroniske inflammatoriske tarmsykdommer. Fordi sykdommene trolig er autoimmune sykdommer, som vil si at kroppens naturlige immunforsvar, som skal beskytte mot infeksjon i stedet begynner å angriper fordøyelseskanalen ved en feiltakelse.

¹⁷⁴ Rundskriv Helsedirektoratet § 4-6

en forutsetning om at helsehjelpen må være i pasientens interesse, og at det er antatt at pasienten ville samtykket til helsehjelpen dersom vedkommende hadde vært samtykkekompetent.

Ordlyden forutsetter, om mulig at pasientens nærmeste pårørende tas med når helsepersonell skal treffe avgjørelse om helsehjelpen. Bestemmelsen angir kravet til dokumentasjon, der det i journalen skal fremgå opplysninger fra eventuelt nærmeste pårørende og helsepersonell som er tilknyttet pasienten.

Bestemmelsen var opprinnelig en representasjonsregel der avgjørelsesmyndigheten for pasienter var lagt til nærmeste pårørende. En regel for representasjon viser til hvem som treffer avgjørelser for pasienten, i tilfeller der vedkommende mangler rettslig og eller faktisk samtykkekompetanse.¹⁷⁵ Bestemmelsen ble endret i 2008.¹⁷⁶ Endringen la til grunn at pårørende burde slippe å ta slike vanskelige avgjørelser på vegne av sine nærmeste,¹⁷⁷ og at det er helsepersonellet som må vurdere om helsehjelpen er i pasientens interesse, og om pasienten ville gitt samtykke til helsehjelpen. Nærmeste pårørende synspunkter bør innhentes og vektlegges for å kartlegge hva pasienten ville ønsket. I tilfeller der helsepersonell og pårørende er uenige, er det helsepersonellet som må ta den endelige avgjørelsen.¹⁷⁸ Gjennom lovendringen ble det altså presisert at bestemmelsen ikke lengre skulle regulere et representert samtykke,¹⁷⁹ men være et anliggende der det er personell kompetanse som står i fokus. Etter annet punktum er pårørende sin rolle i den nye bestemmelsen avgrenset til å bidra med opplysninger til saken gjennom informasjon om hva pasienten ”ville ha ønsket.”¹⁸⁰ Avgjørelsesmyndighet for inngrep som utgjør et ”alvorlig inngrep” for pasienten ble gitt til helsepersonell.^{181, 182, 183} Lovens vilkår for helsehjelpen er at behandlingen er i pasientens interesse og at det foreligger et presumert samtykke fra pasienten. Bestemmelsen bygger

¹⁷⁵ Syse, Aslak. Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer Gyldendal 2015 s. 399

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettsloven og biobanklova

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettsloven og biobanklova punkt 3.5

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettsloven og biobanklova punkt 3.2

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettsloven og biobanklova punkt 3.5 s. 17,

og Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, Gyldendal 2015 s. 438

¹⁸⁰ Østenstad, Bjørn Henning, Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke, Fagbokforlaget 2011 s. 325

¹⁸¹ ibid s. 324

¹⁸² Endringen gav helsepersonell ansvaret til syvende og sist jf. inst. O.nr 91 (1998-1999) s. 28 og ot.prp. nr. 64 (2005-2006) s. 15 om bakgrunnen for denne lovendringen som ble gjort.

¹⁸³ Den nye lovteksten fikk et veldig uklart, nesten uforståelig utforming. For å rette opp i dette ble andre ledd endret ved Lov 4 desember 2006 nr. 33, og som utgjør den teksten som går frem av loven i dag.

dermed på de samme hensyn som skal ivareta pasientens integritet og autonomi, der pasientens selvbestemmelse skal ivaretas i størst mulig grad.¹⁸⁴

Sonderingen mellom inngrep som er lite inngripende etter bestemmelsen første ledd eller alvorlig inngripende etter andre ledd har ikke konsekvenser for den som har endelig avgjørelsesmyndighet. Det går uttrykkelig frem av bestemmelsen at den ansvarlige for behandlingen har avgjørelsesmyndighet. Fra bestemmelsens andre ledd som viser at *”informasjon fra nærmeste pårørende bør innhentes”* og at *”beslutningen skal tas i samråd med annet kvalifisert helsepersonell”* viser forskjellen mellom første og andre ledd.

Etter bestemmelsens andre ledd stilles vilkår om at helsehjelp bare skal ytes, dersom det anses å være i pasientens interesse. Formuleringen i ordlyden innebærer ikke en realitetsforskjell fra vurderingen som skal foretas etter første ledd. Dersom helsepersonell skal ta avgjørelsen om ytelse av helsehjelp vil den åpenbart måtte forvaltes etter pasientens interesser. Denne forståelsen fremgår også av forarbeidene¹⁸⁵ Avgjørelser som er truffet av, og for tiltak som gjennomføres av helsetjenesten og som krever pasientens samtykke, kan helsepersonell legge til grunn et presumert samtykke¹⁸⁶ Denne forståelsen viser at den endelige samtykkekompetansen i realiteten alltid vil forbli hos pasienten, selv om informasjon skal innhentes hos pårørende og annet kvalifisert helsepersonell.

I hvilken grad et antatt samtykke alene kan legges til grunn for et inngrep, gir ikke bestemmelsen klar anvisning på. Det går imidlertid frem av juridisk teori at et antatt samtykke er ansett som et svakt rettsgrunnlag.¹⁸⁷ Forarbeidene gir ikke videre anvisning til avklaring. Likevel er det avgjørende for hvilke helsehjelp som kan ytes, at innholdet i bestemmelsen avklares.

En overføring av spørsmålet om representasjon eller personell kompetanse viser at helsepersonell har et stort ansvar når helsehjelp skal vurderes mot pasienter som mangler

¹⁸⁴ Aasen, Henriette Sinding, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Bergen 2000 s. 338

¹⁸⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999) kap. 6.7.3.3 s. 86

¹⁸⁶ Legalitetsprinsippet krever særskilt lovhjemmel for å gjennomføre inngrep som vedkommende motsetter seg. Se.

¹⁸⁷ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer Gyldendal 2015 s. 418

samtykkekompetanse. Denne forskyvningen av representasjon for pasienten viser til en løsning som tilsier en lovfesting av behandleransvaret.¹⁸⁸

9.3 Forholdet mellom samtykkekravet og behandleransvaret som selvstendig rettsgrunnlag for inngrep

Kort redegjort vil legens plikt være å redde liv, denne plikten er knyttet til legens profesjon, og omtales gjerne som ”behandleransvaret.”¹⁸⁹ Juridisk teori har argumentert for at ansvaret danner et eget rettsgrunnlag som gir avgrensninger i pasientens autonomi, ved at legers plikter får virkninger uavhengig av pasientens vilje.¹⁹⁰

Halvorsen viser til ”at dette behandleransvaret gir legen ”en selvstendig, heteronom kompetanse som under nærmere bestemte omstendigheter gir legen rett til å behandle, selv om det ikke foreligger annet rettsgrunnlag (samtykke eller særlig lovhjemmel).”¹⁹¹

Halvorsen viser til typetilfeller der behandleransvaret etter forfatterens mening, har selvstendig betydning som grunnlag for inngrep: ”Det hender legen står i en situasjon der god legeskikk tilsier å gi behandling, med det er ingen som kan gi tillatelse: Rettsgrunnlaget mangler(...) Felles for disse situasjonene er at legen allerede er i et behandlingsforhold til pasienten. Enten er pasienten i legens varetekt, (typisk at pasienten er på sykehus eller sykehjem), han har oppsøkt henne eller tilkalt henne. Hun er både rettslig og etisk forpliktet til å utøve sin gjerning.”¹⁹²

Halvorsen legger til grunn at ut fra rettspraksis kan det utledes holdepunkter for et behandleransvar,¹⁹³ hvor helsepersonell (legen) foretar vurderinger og tar avgjørelser ut fra hva som er av best interesse for pasienten. For å legitimere et slikt behandleransvar, der pasienten mangler samtykkekompetanse må det etter Halvorsens syn, foreligge en sterk medisinsk indikasjon på at inngrepet må gjennomføres.¹⁹⁴ Indikasjonene må i tillegg også

¹⁸⁸ Syse, Aslak Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer Gyldendal 2015 S. 418

¹⁸⁹ Samsvarer i stor grad med betegnelsen ”profesjonsansvaret” se Kjøenstad (2007) s. 260

¹⁹⁰ Halvorsen, Marit, Rettslig grunnlag for medisinsk behandling Fagbokforlaget 1998 s. 47

¹⁹¹ ibid s. 152 og pasientens rett til selvbestemmelse s. 547

¹⁹² ibid s. 209 og Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling s. 548

¹⁹³ Halvorsen viser i sin argumentasjon til førstvoterendes redegjørelse i Rt. 1981 s. 728. Halvorsen (1998) s. 209

¹⁹⁴ Halvorsen Marit, Rettslig grunnlag for medisinsk behandling Fagbokforlaget 1998 s. 210

gjøre seg gjeldende for inngrepets sannsynlighet for at pasienten kan oppleve å bli merkbart bedre eller frisk av behandlingen.¹⁹⁵

Halvorsens redegjørelse viser at vilkårene, som er oppstilt, materielt sett samsvarer med ordlyden i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd ” helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, kan gis dersom det anses å være i pasientens interesse (..) Der det er mulig skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket”¹⁹⁶ Til tross for at Rt. 1981 s. 728 ikke har prejudikatsverdi er det prinsipielt viktig å vurdere rettslig forankring av behandleransvaret, fordi pasientens samtykke kan bli overflødig dersom legen legger til grunn en særlig rett til å behandle.

Behandleransvaret gir helsepersonell et rettsgrunnlag til å ta avgjørelser og iverksette behandling, uavhengig av pasientens ønske. Halvorsen uttrykker at behandleransvaret skal legges til grunn, som hjemmel for medisinsk behandling, også i tilfeller hvor pårørende ikke har meninger om saken.¹⁹⁷ Denne forståelsen som grunnlag for ytelse av helsehjelp til pasienter som mangler samtykkekompetanse, skiller seg vesentlig fra de forhold som § 4-6 er ment å regulere.

Syse har drøftet muligheten for et hjemmelsgrunnlaget som ligger tett opp til behandlingsansvaret.¹⁹⁸ Syse konkluderer med at helsepersonell i kraft av sin profesjon ikke kan legge til grunn et selvstendig kompetansegrunnlag til integritetskrenkende handlinger, men at inngrepet kan ha forankring etter andre hjemmelsgrunnlag.¹⁹⁹

I likhet med Syse har Aasen også uttrykt at det etter norsk rett ikke kan legges til grunn for å akseptere et behandleransvar, som integritetskrenkende rettsgrunnlag.²⁰⁰ Aasen mener at det

¹⁹⁵ Halvorsen Marit, Rettslig grunnlag for medisinsk behandling Fagbokforlaget 1998 s. 373

¹⁹⁶ Rt. 1981 s.728 kan ikke legges til grunn som prejudikat etter Pasient- og brukerrettighetslovens ikraftsettelse.

¹⁹⁷ Halvorsen, Marit Rettsgrunnlag for medisinsk behandling. Fagbokforlaget 1998 s. 210 Halvorsen legger til grunn saksforholdet i Rt 1981 s. 728 for sin forståelse.

¹⁹⁸ I vedlegget til NOU 1991:20 ”rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming” kaller Syse dette for en prosessuell handleplikt. Syse viser til at profesjonelle i kraft av sin stilling ikke er innehaver av et selvstendig kompetansegrunnlag til integritetskrenkende handlinger, men at inngripen kan være rettmessig ut fra andre hjemmelsgrunnlag. Syse viser blant annet til nødrett som et slikt hjemmelsgrunnlag. Vurderingen er skrevet før pbrl. § 4-6 og er i stor grad dekkende situasjoner som bestemmelsen er ment å dekke.

¹⁹⁹ Syse, Aslak, Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmede i NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming s. 190

²⁰⁰ Aasen, Henriette Sinding, pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. Bearbeidet utgave av forfatterens avhandling (dr.jur) UIB 1998 s. 558

må foreligge en ”interesseovervekt i favør av inngrepet samt en klar presumsjon for at en alminnelig fornuftig pasient ville ha samtykke under tilsvarende omstendigheter.”²⁰¹ Aasen viser til at en samtykkepresumsjon må bygge på hva pasienten ville ha ønsket dersom vedkommende hadde vært i stand til å treffe en beslutning. Til vurderingen fastslår Aasen at inngrepets alvorlighetsgrad og omfang kan legges til grunn for en samtykkepresumsjon.

Pbrl. § 4-6 andre ledd viser at det syn Halvorsen la til grunn for forståelsen av Rt. 1981 s. 7, er i moderat grad lovfestet. En kan argumentere for at denne lovendringen innebærer et steg i retning paternalistisk tilnærming, som bestemmelsen i grunn er ment å forebygge, men bestemmelsen legger vekt på pasientens egenautonomi ved vilkåret om at det bør innhentes informasjon hos pasientens nærmeste pårørende. Dette i tillegg til at helsepersonell alltid må samråde med annet kvalifisert helsepersonell. Behandleransvaret med grunnlag i legens faglige vurderinger, blir med det utelukket som rettsgrunnlag for medisinsk behandling for pasienter som mangler samtykkekompetanse.

Pbrl. § 4-9 gir behandleransvaret en særlig betydning når det er snakk om livreddende behandling. Bestemmelsen snur egentlig problemstillingen på hode når det gjelder pasienters selvbestemmelsesrett. En naturlig forståelse av samtykkereglene i pbrl. kap. 4, skulle tilsi at pasientens selvbestemmelsesrett gjaldt også når det er snakk om å nekte behandling. Likevel har pbrl. § 4-9 positivt angitt at pasienten kan nekte visse behandlingsformer av overbevisningsgrunner. En døende pasient kan etter samme bestemmelse nekte livsforlengende behandling. Når § 4-9 angir særlige grunner for å nekte helsehjelp, må det forstås dithen at pasienten ikke kan nekte å motta livreddende behandling i andre tilfeller. Dette henger sammen med hjelpeplikten i hpl. § 7 som pålegger helsepersonell plikt til å gi øyeblikkelig hjelp selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen. Det er kun i de tilfeller som gir pasienten nektingsrett at øyeblikkelig hjelp etter hpl. § 7 ikke skal gis.

10 Avsluttende oppsummering og bemerkninger

Avhandlingen har omhandlet pasient- og brukerrettighetslovens vilkår for et gyldig samtykke og samtykkekompetanse ved ytelse av helsehjelp.

²⁰¹ Aasen, Henriette Sinding, Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling. UIB 1998 s. 583

Det er vist til hvordan loven rangerer et skille mellom pasient og bruker, med grunnlag i pasienters rett til blant annet informasjon er forankret til helsetjenester. For brukere er begrepet beholdt som rettssubjekt for de som har tjenester etter omsorgsbehov, typisk hjelp til praktiske tjenester som gulvvask, handling osv. Fordi dette skillet gir ulike juridiske rettigheter vil det kreve at helsepersonell, ved direkte utøvelse kjenner til, å følger opp lovens betingelser. Det gjelder for eksempel når det stilles krav om samtykke for den helsehjelp som ytes, og når samtykkekompetanse skal vurderes. Det er vist til både det individuelle ansvaret som påhviler helsepersonell og systemansvaret som pålegger kommunehelsetjenesten å følge opp ansvaret.

Det er gjennom avhandlingen vist at dette skillet er ikke så tydelig lengre, og særlig etter vedtakelsen av samhandlingsreformen, der utskriving fra spesialisthelsetjenesten til kommunehelsetjenesten har medført endringer for tjenesteytelsen. For helsepersonell er det ugunstig å skulle skille mellom begrepene, fordi det verken er et klart skille mellom begrepene i praksis og med det ikke gir klar anvisning til helsepersonell hvilke rettigheter som skal ivaretas.

Det er ikke gjennomgående at når personer utskrives fra sykehus, at de får helsehjelp fra kommunehelsetjenesten. Flere har oppfølging og tilsyn direkte fra spesialisthelsetjenesten, men de har kanskje hjelp til handling og gulvvask fra kommunehelsetjenesten. De samme personene har ofte tilrettelegginger i hjemmet, som toalettforhøyer, dørterskelovergang, rullator, løftestol, trappeheis osv. Etter lovens forstand er de pasienter i spesialisthelsetjenesten, men brukere i kommunehelsetjenesten.

I tillegg viser den raske utskrivingen fra sykehus til kommunehelsetjenesten at det er behov for sammensatte hjelpebehov, hvor gulvvask og kroppsvask, handling og sårstell må koordineres og tilrettelegges. Vedkommende er i så fall pasient etter lovens legaldefinisjon. I praksis ute i helsevirksomhetene er denne tilnærmingen både upraktisk med hensyn til grensegangen og den er uoversiktlig for de som yter helsetjenester. Skillet mellom helsetjenester og omsorgstjenester har samme tilnærming.

Pasient- og brukerrettighetslovens vilkår for samtykke og samtykkekompetanse viser at pasienter har en alminnelig rett til informasjon vedrørende egen helsetilstand og med det til ytelse av helsehjelp. Informasjon om helsetilstand det vil si medisinske tilstand er forankret i at pasienten har et særlig behov for å kunne sette seg inn i og ivareta egne interesser, kunne

foreta valg til å ta imot eller avslå helsehjelp. Retten til informasjon er dermed også forankret i pasientens selvbestemmelsesrett. (autonomi)

Norge har forpliktet seg til internasjonale rett ved vedtakelsen av menneskerettsloven.

Hvordan internasjonale rettsreglers gjennomslagskraft har overfor norske rettsregler, har vist at erkjennelsen av at også det norske rettssystemet må tilpasse seg vår tids

internasjonalisering. Høyesterett har utviklet presumsjonsprinsippet, hvor norsk rett enkelt referert forutsetter å være i overenstemmelse med internasjonale rettsregler. Det er med det interessant å se hvordan EMD tar stilling til spørsmål som vedrører en persons rett til å kunne bestemme over sin eget liv, og hvordan den internasjonale domstolen tar stilling til EMK retten i helserelaterte spørsmål. Dette særlig da det er betenkelig lite rettsavgjørelser som behandler spørsmål innen kommunale helse- og omsorgstjenester, og om samtykke og samtykkekompetanse.

For at loven skal være forutsigbar, er det en forutsetning av bestemmelsene er klart formulert. det er ikke tilfelle for skille mellom helse- og omsorgstjenester og pasient og bruker, der lovtæksten viser til pasienter og brukere, mens forarbeidene viser kun til pasienter, eller det vises til helsetjenester i loven der forarbeidene viser til helse- og omsorgstjenester. Det er et negativt trekk ved en lovgivningen som i særlig stor grad er rettet mot de som burde kunne forstå, som pasienter, brukere og helsepersonell.

Rettspolitiske vurderinger

Velferden skal sikre den enkelte gjennom lovfestede rettigheter til offentlige helsetjenester som er av god kvalitet. Det er ikke tvil om at pasientrettighetene fra sin spede begynnelse har fått stadig større oppmerksomhet politisk, men også faglig. Det vises gjennom den store lovgiveraktiviteten på det helserettslige område. Revisjoner for å innføre nye reformer som for eksempel felles helse- og omsorgstjenestelov,²⁰² og samhandlingsreformen,²⁰³ har ført til endringer og tilpasninger fra lovens utgangspunkt. Den store lovgiveraktiviteten har også ført til flere nye forskrifter og en rekke forskriftsendringer.²⁰⁴ De mange regelendringene har vist seg å ha konsekvenser for hvordan bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven nå er

²⁰² Innføring av felles lov om kommunale helse- og omsorgstjenesteloven 24. Juni 2011 nr.30. Loven hadde til hensikt å samordne og integrerer bestemmelser i den tidligere kommunehelsetjenesteloven (fra 1982) og de gjenstående bestemmelsene i sosialtjenesteloven (fra 1991) i en felles lov

²⁰³ Innføringen av samhandlingsreformen.

²⁰⁴ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, Gyldendal 2015, s. 103

”nærmest umulig å lese og forstå for personer uten juridisk skolering”²⁰⁵ for å siterer Syse. Som avhandlingen var inne på innledningsvis, er det jurister som primært sett anvender lovverket, men på den andre siden er det helsepersonell som skal sørge for at lovverket følges.

Det er med det gode grunner som taler for departementet å ”samle opp” regelendingsbehov, for deretter å komme i gang med en mer omfattende revisjon som kan ta sikte på å endre sentrale deler av loven. For dem som skal forvalte og etterleve lovverket i praksis, vil det være mer hensiktsmessig lovgivningsmåte enn disse stadige små endringene som fører til en uklar lovtekst, og der de færreste kan være sikker på hvilke regler som gjelder på området.²⁰⁶

²⁰⁵ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, Gyldendal 2015, s. 103

²⁰⁶ Syse, Aslak Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer, Gyldendal 2015, s. 103

Kildeliste

Lover:

- Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
- Lov 3. Juni 1977 nr. 57 om sterilisering (Steriliseringsloven)
- Lov 13. Juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven) opphevet. Ny felles lov om helsepersonell (helsepersonelloven)
- Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer av (Smittevernloven)
- Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 2. Juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten med mer (spesialisthelsetjenesteloven)
- Lov 2 juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)
- Lov 2. Juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven - pbrl)
- Lov 2. Juli 1999 nr.64 om helsepersonell mv (helsepersonelloven)
- Lov 20. Mai 2005 nr. 28 Lov om straff (straffeloven)
- Lov 26. Mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)
- Lov 24. Juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester med mer (helse- og omsorgstjenesteloven)
- Lov 7.mai 2015 nr. 25 om transplantasjon (transplantasjonsloven)
-

Forarbeider

- Ot.prp. nr. 12 (1998-99) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)
- Ot.prp. nr. 13 (1998-99) om lov om helsepersonell (helsepersonelloven)
- Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) om lov om endringer i pasientrettslova og biobankloven (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekommetanse)
- Prop. 91L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven)

- Prop.100 L (2012–2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (styrking av pasienters, brukeres og pårørendes stilling m.m)
- Prop. 118 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)

Stortingsdokumenter

- Ot.prp. nr. 1 (1979-80) om *lov om leger og om lov om tannleger*
- St. Meld. nr. 50 (1993-94) *Samarbeid og styring. Mål og virkemidler for en bedre helsetjeneste.*
- NOU 2004: 18 *Helhet og plan i sosial- og helsetjenesten – Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester*
- St. Meld. nr. 47 (2008-2009) *Samhandlingsreformen. Rett behandling-på rett sted – til rett tid*
- NOU 2011 :9 *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. Balansen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern*

Avgjørelser fra Høyesterett:

- Armauer Hansen-dommen 31. Mai 1888
- Rt 1977 s. 1035
- Rt. 1988 s. 634
- Rt. 1993 s. 1169
- Rt. 1998 s. 1538
- Rt. 1998 s.728
- Rt. 2010 s. 612
- HR-2016-2554-P
- HR-2017-687-A
- HR-2018-2204-A
-

Sivilombudsmannen

- Som-2018-2278

Rundskriv

- Rundskriv IS-12/2004 Lov om pasientrettigheter. Sosial- og helsedirektoratet
- Rundskriv IS-8/2015 Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer. Helsedirektoratet
- Rundskriv fra Helsedirektoratet; *helsepersonelloven med kommentarer* (Først publisert 28.06.2018, sist oppdatert 28.06.2018, hentet 1. Mars 2020)

Konvensjoner og andre folkerettslige tekster:

- Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. nov. 1950
- FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966
- FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966

Internasjonale rettsavgjørelser

- <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/HL-2001-Regina-on-the-application-of-Pretty-v.-Director-of-Public-Prosecutions.pdf>
- Pretty v UK, sak 2346/02 - <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60448%22%5D%7D> }
- Case of Jehovah's witnesses of Moscow and others v Russia. Applications nr. 302/02 - <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99221%22%5D%7D> }

Juridisk litteratur

- Beauchamp, Tom L og Childress, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 8th Edition. Oxford og New York 2013
- Befring, Anne Kjersti, Jus i helse- og sosialtjenesten, Damm 2007
- Befring, Anne Kjersti, Ohnstad Bente, *Helsepersonelloven med kommentarer* Fagbokforlaget 2012
- Befring, Anne Kjersti, Ohnstad Bente. *Helsepersonelloven kommentarutgave*, Fagbokforlaget 2019
- Befring, Anne Kjersti. *Helse- og omsorgsrett*. Cappelen Damm AS, Oslo 2017
- Befring, Anne Kjersti, Kjelland, Morten, Syse, Aslak, *Sentrale helserettslige emner* Gyldendal 2016

- Bernt, Jan Fridthjof og Mæhle, Synne Sæther. *Rett, Samfunn og Demokrati*. Gyldendal 2012
- Eckhoff, Torstein, Ved Eivind Smith, *Forvaltningsrett* 6.utgave, Universitetsforlaget 1997
- Eckhoff, Torstein, ved Eivind Smith *Forvaltningsrett* 10.utgave, Universitetsforlaget 2014
- Eckhoff, Torstein, ved Jan E. Helgesen *Rettskildelære*, 5 utgave, Universitetsforlaget 2001
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2007 s. 212
- Halvorsen, Marit, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Fagbokforlaget 1998
- Høstmælingen, Njål. *Internationale menneskerettigheter*. Universitetsforlaget 2015
- Kjønstad, Asbjørn, *Helserett. Pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Gyldendal 2007
- Kjønstad, Asbjørn. Syse, Aslak og Kjelland, Morten. *Velferdsrett II*. Gyldendal 2017
- Moelven, Olav. *Helse og jus*. 8 utgave, Gyldendal 2015
- Moelven, Olav. *Helse og jus*. Gyldendal Norsk Forlag 9. Utgave 2019
- Monsen, Erik, *Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen, (Rt-2010-612)* 2013 Lovdata
- Ohnstad, Bente. *Jus for helse- og sosialarbeidere*. 5. Utgave. Fagbokforlaget 2013
- Ohnstad, Bente og Befring, Anne Kjersti *kommentarer til helsepersonelloven*. Sist hovedoppdatert 5. Februar 2018
- Pedersen Reidar, Nordtvedt, Per *Etikk i psykiske helsetjenester*. Gyldendal 2018
- Syse, Aslak. *Kommentarer til helsepersonelloven*, note 6. Gyldendal rettsdata, sist revidert 8. September 2018
- Syse, Aslak, *Kommentarer til pasient- og brukerrettighetsloven*, note103. Gyldendal rettsdata, sist hovedrevidert 8. September 2018
- Pedersen, Reidar, Hoffmann, Bjørn og Mangseth, Margrethe. *Pasientautonomi og informert samtykke i klinisk arbeid*. Tidsskriftet for den norske legeforening, 2007
- Syse, Aslak. *Pasient og brukerrettighetsloven med kommentarer*. Gyldendal 2015
- Vogelsang, Th. M. *Gerhard Henrik Armauer Hansen 1841-1912 – Leprabasillens oppdager Hans liv og hans livsverk*, Gyldendal Norsk Forlag AS 1968
- Warberg, Lasse A., *Norsk helserett*. 2 utgave, Universitetsforlaget 2011

- Østenstad, Bjørn Henning, Adolphsen, Caroline, Naur, Eva og Aasen, Henriette Sinding. *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*. Fagbokforlaget 2018
- Østenstad, Bjørn Henning. *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*. Fagbokforlaget, 1 utgave. 2011
- Aasen, Henriette Sinding. *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. Bearbeidet utgave av forfatterens avhandling (dr.jur) UIB 1998, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2000
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget 2004

Nettsider

- https://sml.snl.no/hippokratiske_ed (Sist oppdatert 7. September 2018, hentet 1.mars 2020)
- <https://www.legeforeningen.no/om-oss/Styrende-dokumenter/legeforeningens-lover-og-andre-organisatoriske-regler/etiske-regler-for-leger/> (12.februar 2020)
- <https://tidsskriftet.no/2007/06/oversiktsartikkel/pasientautonomi-og-informert-samtykke-i-klinisk-arbeid> (publisert 14. Juni 2007 i utgave 12 juni 2007; Tidsskr. Nor Lægeforen 2007; 127: 1644-7. Hentet 5. Mars 2020)
- <https://www.helsedirektoratet.no/rundskriv/pasient-og-brukerrettighetsloven-med-kommentarer/samtykke-til-helsehjelp>

