

Det juridiske fakultet

Institusjoners kompetanse til å gjennomføre tiltak overfor pasienter innenfor frivillig psykisk helsevern med døgnopphold

Steffen Andreassen

Stor masteroppgave i rettsvitenskap vår 2016

Antall ord: 38 385

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Oppgavens problemstilling og aktualitet	4
1.2 Avgrensning og presisering	7
1.3 Sentrale begreper	9
1.4 Noen rettskildespørsmål	13
1.5 Menneskerettslige spørsmål	15
2. De rettslige utgangspunkt for psykisk helsevern	21
2.1 Retten til selvbestemmelse og utøvelse av privat autonomi	21
2.2 Paternalisme som begrunnelse for innskrenkninger i retten til selvbestemmelse	22
2.3 Pasientens rettsikkerhet, legalitetsprinsippet og kravet om tilstrekkelig kompetanse	25
2.4 Kravet til kompetansens klarhet	29
2.5 Det absolutte lovkravet i Grl § 94	30
2.6 Lovkravet i EMK	31
2.7 Innebærer Phvl § 4-2 (1) et krav om at alle plikter som pålegges pasientene må være "strengt nødvendige"?	34
2.8 Innebærer Phvl § 4-2 (2) en generell begrensning overfor institusjoners kompetanse?	35
2.9 Kan institusjoners kompetanse til å pålegge plikter overfor pasientene variere i lys av hvor tiltaket gjennomføres?	36
2.10 Har pasienten rett til å bestemme innholdet i helsehjelpen?	38
2.11 Kravet til forsvarlighet som begrensning på institusjoners kompetanse	40
2.12 Hva har pasienten rettskrav på?	42
2.13 Er institusjonens ytelse av helsehjelp begrenset til ytelse av psykisk helsevern?	44
3. Etableringen av psykisk helsevern og institusjoners kompetansegrunnlag	44
3.1 Institusjoners kompetanse gjennom samtykke	44
3.1.1 Hovedregelen om at helsehjelp gis på grunnlag av pasientens samtykke	44
3.1.2 Betingelsene for at samtykket skal være gyldig	46
3.1.3 Retten til nødvendig informasjon	49
3.1.4 Kravet til samtykkets form	52
3.1.5 Kravet til samtykkets materielle innhold	55
3.1.6 Pasientens forutsetninger, omstendighetene og rekkevidden av samtykke	55
3.1.7 Kompetanse gjennom pasientens samtykke til en innleggelse	58
3.1.8 Det materielle innholdet i samtykket til en innleggelse	59
3.1.9 Rettslige følger av samtykket til en innleggelse	60
3.1.10 Retten til informasjon om innleggelsens innhold	62
3.1.11 Formkravet og omstendighetene rundt innleggelsen	63
3.2 Institusjoners kompetanse når pasienten ikke samtykker	64
3.2.1 Institusjoners kompetanse gjennom privat eierrådighet	64
3.2.2 Institusjoners kompetanse gjennom straffeloven	69
3.2.3 Institusjoners kompetanse gjennom helsepersonelloven § 7	71
4. Rettslige problemstillinger	73
4.1 Institusjoners kompetanse til å gjennomføre tilsyn på natt	73
4.1.1 Kravet til kompetansens klarhet	73
4.1.2 Kan en pasient samtykke til gjennomføring av tilsyn?	76
4.1.3 Kompetanse når pasienten ikke samtykker	78
4.1.4 Kan en institusjon gjennomføre tilsyn på natt med hjemmel i eierrådigheten?	79
4.1.5 Kan en institusjon gjennomføre tilsyn på natt med hjemmel i helsepersonelloven § 7?	80
4.2 Institusjoners kompetanse til å låse ytterdørene	82
4.2.1 Må en institusjon ha hjemmel i lov for å låse ytterdørene, jf Grl § 94?	82

4.2.2	Kravet til kompetansens klarhet	82
4.2.3	Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i pasientenes samtykke?	85
4.2.4	Institusjoners kompetanse når pasientene ikke samtykker	86
4.2.5	Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i eierrådigheten?	86
4.2.6	Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i Helsepersonelloven § 7?	88
4.3	<i>Institusjoners kompetanse til å foreta innkrenkninger i bevegelsesfriheten</i>	88
4.3.1	Kan en pasient nektes å gå ut mens pasienten er innlagt?	88
4.3.2	Kan en institusjon forby pasientene å gå ut mellom kl 22.00 og 06.00?	94
4.4	<i>Institusjoners kompetanse til å gjennomføre røykestopp overfor pasientene</i>	100
4.4.1	Tobakkskadeloven	100
4.4.2	Kravet til kompetansens klarhet	103
4.4.3	Kan en pasient samtykke til røykestopp?	105
4.4.4	Kan en institusjon pålegge røykestopp med hjemmel i eierrådigheten?	106
5.	Kildeliste	107

1. Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling og aktualitet

I oppgaven vil jeg ta utgangspunkt i rettsforholdet mellom institusjoner innenfor psykisk helsevern med døgnopphold, og pasienter som er formelt frivillig innlagt i institusjonen. Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvilken kompetanse en institusjon har til å gjennomføre ulike handlinger og tiltak både når pasientene er enige og uenige i gjennomføringen av disse. Med kompetanse mener jeg Torstein Eckhoff sin definisjon i vid forstand om både ”det å kunne *bestemme over andre* og det å kunne *binde seg selv*”(Eckhoffs egen kursivering).¹ Kjernen i oppgaven er på den ene siden om og på hvilken måte pasientene kan binde seg til at en institusjon bestemmer over dem. På den andre siden reises spørsmålet om og i hvilken grad de ansatte i en institusjon innenfor frivillig psykisk helsevern kan bestemme over pasientene uavhengig av den enkelte pasientens vilje.

I en institusjon oppstår det til stadighet situasjoner hvor det må foretas beslutninger om alt fra hverdagslige ting som klesvask, mat og bruk av mobiltelefon og fjernsyn, til mer behandlingsrelaterte beslutninger om (ekstra) medisin, om pasienten får eller *må* i samtale med psykolog eller lege, beslutninger om permisjon, utskriving, med mer. Felles for beslutningene er at disse har betydning for den enkelte pasienten og virker inn på individets selvfølelse og opplevelse av frihet og selvstendighet. Én enkelt beslutning kan påvirke pasientens opplevelse og oppfatning av hele institusjonsoppholdet og helsevesenet, og virke inn på den enkelte pasientens medisinske tilstand og utvikling. I følge Helsedirektoratets rapport om bruken av tvang i psykisk helsevern, IS-2452, ble det i 2014 gjennomført ca 1,1 millioner oppholdsdøgn i institusjoner for psykisk helsevern fordelt på over 27.000 personer.² Av disse var 760.000 formelt sett frivillige oppholdsdøgn.³ En kan bare forestille seg hvor mange beslutninger som ble foretatt.

Problemstillingens aktualitet fremgår særlig av den siste tidens mediedekning og debatt om det faktiske og rettslige som foregår innenfor psykisk helsevern. Avsløringene og fokuset har primært vært rettet mot omfattende bruk av tvang og manglende rapportering innenfor

¹ Eckhoff og Smith(2014), s. 42

² IS-2452, *Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2014*, s. 28 og 32

³ IS-2452, s. 28 og 32

tvungent psykisk helsevern, men er ikke mindre aktuelt innenfor frivillig psykisk helsevern.⁴ Også innenfor frivillig psykisk helsevern kan det være aktuelt å anvende tvang og tvangsmidler overfor pasientene. Dette følger av at det kan være like ”syke” eller ”farlige” pasienter innlagt innenfor frivillig psykisk helsevern. Med mindre det er ”åpenbart formålsløst å forsøke” og få pasienten til å samtykke, avgjøres ikke spørsmålet om pasienten skal innlegges frivillig ut fra hvor ”syk” eller ”farlig” pasienten er, jf Psykiske helsevernloven(Phvl)⁵ § 3-2 (1) og 3-3 (1). Innleggelsesstatus beror primært på om pasienten aksepterer innleggelsen, for eksempel om pasienten svarer ”ja” eller ”nei” på spørsmål fra lege, jf. Phvl § 2-1. Hvordan pasientens tilstand utvikler seg det neste døgnet eller de neste månedene, er derimot uvisst. En pasient kan like i forkant eller under en innleggelse ha fått i seg rusmidler⁶ som fører til agering eller på annen måte dramatisk endring i pasientens psykiske og/eller somatiske tilstand. En konsekvens av dette er at Phvl § 4-8 åpner for å anvende tvangsmidler også innenfor frivillig psykisk helsevern.

Av formålsbestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven (Pbrl)⁷, Phvl, helsepersonelloven (Hpl)⁸ og spesialisthelsetjenesteloven (Sphl)⁹ fremgår det at pasientenes menneskeverd, rettssikkerhet og tillit til helsevesenet skal fremmes. Særlig fremtredende er formålet om at helse- og omsorgstjenesten skal respektere individets liv, integritet og menneskeverd. I 2012 lanserte Helse- og omsorgsdepartementet en Nasjonal strategi for bedre kvalitet og økt frivillighet i psykiske helsetjenester.¹⁰ Dette var en videreføring av ”Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern” fra 2006. Formålet følger i stor grad av tittelen. I samme periode ratifiserte norske myndigheter Konvensjonen for mennesker med nedsatt funksjonsevne(CRPD) som har som formål “å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet,” jf artikkel 1 første ledd.

I NOU 2011: 9 *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet*(NOU 2011:9) uttales det at

⁴ Se bl.a: <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/vet-ikke-hvor-mange-som-legges-i-belter/a/23665230/>, sist oppdatert 25.04.2016 22:54, sist lest 28.04.16

⁵ Lov 2. Juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern

⁶ F.eks amfetamin, speed etc.

⁷ Lov 2. Juli 1999 nr 63 om pasient- og brukerrettigheter

⁸ Lov 2. Juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

⁹ Lov 2. Juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.

¹⁰ IS-2452, s. 15

“Rettsikkerhet står helt sentralt i de menneskerettighetskonvensjoner som er av betydning for psykisk helsevern. Dette er uttrykk for enkeltindividets og samfunnets behov for kontroll med utøvere av offentlig myndighet, som i særdeleshet er av betydning når myndighetsutøvelsen griper inn i kjernen av individets integritet slik tilfellet er ved bruk av tvungent psykisk helsevern.”¹¹ Også innenfor frivillig psykisk helsevern vil helsepersonellet sin myndighetsutøvelse kunne gripe inn i pasientens integritet. Med integritet forstås her individets selvstendighet og helhet, både fysisk og psykisk.¹²

Rettsikkerhet defineres i NOU 1991:20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming* som “normer for et forhold mellom den offentlige forvaltning og private rettssubjekter, som åpenbarer seg gjennom lov, forskrifter, retningslinjer eller ulovfestede rettsprinsipper, og som har som formål å sikre den private part fundamentale rettsgoder, rettigheter og menneskeverd gjennom riktige forvaltningsavgjørelser.”¹³ Et sentralt formål med oppgaven er å se på gjeldende rettsregler ettersom kunnskap om reglene er en åpenbar forutsetning for å kunne foreta rettmessige og *riktige* beslutninger.

Pasientenes rettsikkerhet utfordres når pasientene er i en dårlig psykisk tilstand og i liten grad evner å ivareta seg selv. For mange er det utfordrende nok å tilstrebe et minimum av fungering i hverdagen. Dette legger føringer for forutsetninger som legges underveis i oppgaven. Særlig ved vurderinger og beslutning om den konkrete faren for omfattende selvskading og selvmord oppstår det spørsmål om pasientenes rettsikkerhet i tilknytning til avveininger mellom respekten for den enkeltes frihet og selvbestemmelse, og hensynet til å ivareta og beskytte individets liv og helse. Disse vurderingene må tas fortløpende, og beslutningene har (naturligvis) potensielt alvorlige følger. Av hensyn til pasientenes rettsikkerhet og tillit til helsevesenet, er det viktig at helsepersonellet både har kunnskap om relevante regler, og fokus på å håndheve disse reglene.

I kapittel 2 skal jeg gjøre rede for hvorfor en institusjon må ha hjemmel, og omtale den historiske utviklingen og konteksten rettsreglene må anvendes i lys av. I kapittel 3 vil jeg omtale aktuelle hjemmelsgrunnlag de ansatte i en institusjon kan utlede kompetanse fra. I kapittel 4 skal jeg drøfte institusjoners kompetanse til å gjennomføre fire ulike tiltak. Dette er tilsyn på natt(pkt. 4.1), låsing av ytterdørene(pkt. 4.2), innskrenkninger i pasientenes

¹¹ NOU 2011:9, s. 147

¹² NOU 2009:1, s. 36, Aasen(2000), s. 61

¹³ NOU 1991:9, s. 14

bevegelsesfrihet(pkt. 4.3) og røykestopp(punkt. 4.4). Tiltakene har jeg valgt ut blant mange ulike rettslige spørsmål jeg har møtt på som ansatt ved et distriktpspsykiatrisk senter(DPS). Valget av disse tiltakene skyldes deres forskjellige art, reaksjoner fra innlagte pasienter, og en usikkerhet i praksis om hvor de rettslige grensene går. I praksis oppstår det ofte spørsmål om vi ansatte har ”lov” til å gjennomføre ulike ”ting.”

På grunn av lengden på helselovenes navn, for eksempel pasient- og brukerrettighetsloven og psykisk helsevernloven, vil jeg benytte forkortelsene Pbrl, Phvl, Hpl og Sphl om disse lovene. Dette gjør jeg også med øvrige lover, slik at jeg omtaler straffeloven fra 2005¹⁴ som ”Strl 2005.” Dette gjør jeg også midt i setninger i teksten. For å gjøre leseren observant på at det dreier seg om lovene og ikke merkelige ord eller skrivefeil, markerer jeg dette ved å anvende stor forbokstav.

1.2 Avgrensning og presisering

Psykisk helsevern defineres slik i Phvl § 1-2: ”Med psykisk helsevern menes spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever.” Når jeg i oppgaven omtaler ytelse av psykisk helsevern, sikter jeg til ytelse av tiltak eller handlinger som faller innenfor innholdet i definisjonen. Oppgaven omfatter tiltak i institusjoner som primært yter psykisk helsevern med døgnopphold etter Phvl, men er ikke begrenset til institusjoners ytelse av psykisk helsevern. I en institusjon vil det foregå faktiske og rettslige disposisjoner som befinner seg på grensen eller faller utenfor Phvl § 1-2, for eksempel somatisk helsehjelp. Det sentrale for problemstillingen er at pasientene formelt er frivillig innlagt i institusjonen, og at helsepersonellet er ansatt i institusjonen som yter psykisk helsevern med døgnopphold.

Jeg tar ikke opp spørsmål som knytter seg til ytelse av psykisk helsevern i ambulant og poliklinisk form, og heller ikke den faglig ansvarlige sin kompetanse til å fatte vedtak om ufrivillige tiltak og tvangsmiddelbruk med hjemmel i Phvl kapittel 4. Jeg avgrenser også mot regler om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern etter Phvl kapittel 3. Jeg drøfter ikke forholdet mellom nødrettsbestemmelsene i Straffeloven og Hpl § 7 drøftes ikke.¹⁵ Disse omtales hver for seg i punkt 3.2.3 og 3.2.4, mens i kapittel 4 begrenser jeg meg til Hpl § 7.

¹⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

¹⁵ se Aasen(2000), s. 175

Med *rettighetspasienter* menes det her pasienter som oppfyller betingelsene for rett til ”nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten” etter Pbrl § 2-1 b (2). Betingelsene for rettskravet finnes i Prioriteringsforskriften(Pri.forsk)¹⁶ § 2 (1), og beror på om pasienten ”kan ha forventet nytte av helsehjelpen” og om de ”forventede kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt.” Med forventet nytte menes det at helsehjelpen kan ”bedre pasientens livslengde eller livskvalitet med en viss varighet, at tilstanden kan forverres uten helsehjelp eller at behandlingsmuligheter forspilles ved utsettelse av helsehjelpen,” jf. Pri.forsk § 2 (2). Helsehjelp *fra* spesialisthelsetjenesten favner videre enn ytelsen av psykisk helsevern. Samtidig kan ytelsen av psykisk helsevern være tilstrekkelig til å oppfylle rettskravet dersom det som er nødvendig for pasienten er begrenset til definisjonen i Phvl § 1-2.

Det avgrenses mot pasienter som ytes psykisk helsevern med døgnopphold på et rent avtalerettslig grunnlag. Disse pasientene oppfyller ikke lovens betingelser og har dermed ikke rettskrav på helsehjelp. En pasient kan likevel bli tilbudt og gitt en innleggelse, for eksempel fordi institusjonen har ledig kapasitet. Formålet innleggelsen kan være å forhindre at pasientens tilstand forverrer seg slik at pasienten får behov for en innleggelse på et senere tidspunkt. På denne måten kan en institusjonen hindre fremtidige utfordringer dersom mange (andre) pasienter skulle få behov for innleggelse samtidig.

I oppgaven legges det til grunn at pasientene er *samtykkekompetente*, eller kan gjøres i stand til å samtykke. Pasientene forutsettes dermed å være fylt 16 år, og at det ikke er ”åpenbart” at pasienten ”ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter,” jf. Pbrl § 4-3 (2). Det legges også til grunn at pasientene ikke har samtykket til tilbakehold etter Phvl § 2-2. Pasientene har dermed ikke sagt fra seg retten til å trekke tilbake sitt samtykke, og kan i utgangspunktet skrive seg ut og forlate institusjonen når pasienten ønsker dette, jf. Pbrl § 4-1 (2).

Med *institusjonens kompetanse* siktes det her til de ansattes kompetanse, eller rett, til å gjennomføre faktiske handlinger og tiltak med virkning overfor pasientene. Kompetansen kan både utledes av ansettelsesforholdet i institusjonen, og gjennom at de ansatte er helsepersonell, jf hpl § 3. Der kompetansen gjennom ansettelsesforholdet og Hpl overlapper, vil jeg omtale kompetansen utledet fra Hpl, jf nedenfor i punkt 3.2.4. Dette gjør jeg fordi det

¹⁶ FOR-2000-12-01-1208

etter oppgavens problemstilling er uten betydning om institusjonen har plikt til å motta pasienter etter Sphl § 3-2 (2).

Med *pålegging av plikter* menes det her skriftlige og muntlige utsagn om at pasienten må akseptere gjennomføringen av ulike tiltak eller handlinger, og utsagn om at pasientene nektes å utføre bestemte handlinger. Utsagnene har gjennomgående til hensikt å virke som normative påbud eller forbud hvor det kreves at pasienten aksepterer og handler i tråd med utsagnets innhold.

Med *tilsyn på natt* menes det her de ansattes handlinger i form av å liste seg ubemerket inn på pasientens rom på ulike tidspunkt hvor pasienten i utgangspunktet er tiltenkt å sove. Dette er gjerne mellom klokken 22.00 og klokken 06.00. Tiltaket innebærer undersøkelse av pasientens somatiske og psykiske tilstand.

Med *låsing av ytterdørene* siktes det til at dørene ut av institusjonen fysisk låses. Dette innebærer at pasientene ikke kommer seg ut i frisk luft med mindre de ansatte låser pasienten ut, eller at pasienten utløser brannalarmen. Pasienten kan derimot bevege seg fritt omkring i institusjonens fellesarealer.

Med *innskrenkninger i pasientenes bevegelsesfrihet* menes det at den enkelte pasienten ikke skal bevege seg ut gjennom institusjonens dører og ut i frisk luft. Innskrenkninger kan både pålegges som et forbud, og være en konsekvens av at personalet ikke låser opp dørene. Innskrenkningene deler jeg opp i absolutte som gjelder så lenge pasienten er innlagt, og tidsbegrensede som har virkning mellom klokken 22.00 og 06.00 mens pasientene er innlagt.

Med *røykestopp* siktes det til at den enkelte pasienten ikke skal røyke alminnelig nikotinholdig tobakk¹⁷ mens pasienten er innlagt.

1.3 Sentrale begreper

Helsehjelp

Helsehjelp defineres i Pbrl § 1-3 bostav c som “handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og

¹⁷ Lov 9. Mars 1973 om vern mot tobakkskader § 2 (1)

som er utført av helsepersonell. Etter ordlyden er det klart at handlingens art og formål om å virke positivt inn på helsen står sentralt. Ordlyden i hpl § 3 (3) er i høy grad sammenfallende, og bestemmelsen anses å ha tilsvarende innhold.

I følge forarbeidene består definisjonen både av et medisinsk og et institusjonelt element.¹⁸ Det medisinske elementet knytter seg til den konkrete handlingen som utføres i form av undersøkelse, behandling, utredning eller vurdering, samt også formålet med denne handlingen. At handlingens formål er sentral, kan ses i lys av at det aldri er helt sikkert at helsehjelpen faktisk har effekt. Videre omfattes også pleie og omsorg for å opprettholde et best mulig liv. Det presiseres at lovens definisjon er ment å være vid og omfatte de behov for hjelp som følger av helsemessige problemer, og de tjenester som ytes på grunn av dette. Negativt avgrenses det mot blant annet trygdeytelser. Det institusjonelle elementet knytter seg til hvem som yter helsehjelpen, og at dette er helsepersonell etter Hpl § 3, eller andre etter instruksjon fra slikt helsepersonell.

Begrepet helse er i seg selv vidtrekkende, og vil i realiteten kunne anses å omfatte alt i en persons sfære eller liv, siden ethvert stimuli *kan* virke inn på en persons helse, både fysisk og psykisk. Forarbeidene tar ikke til ordet for å innskrenke dette. Verdens helseorganisasjon(WHO) definerer helse som ”en tilstand av fullstendig fysisk, mentalt og sosialt velvære og ikke bare fravær av sykdom og lyte.”¹⁹ Definisjonen har blant annet fått kritikk fordi den gjør alle mennesker syke.²⁰ Helsehjelp etter loven må antas å ha noe høyere terskel og kreve at det foreligger en viss utfordring eller et problem som følge av helsetilstanden. Dette er en forutsetning for at helsepersonells handling skal kunne ha en positiv effekt på helsetilstanden.

Pasient

Som *pasient* regnes enhver “person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp,” eller som ”tilbys eller gis” helsehjelp, jf. Pbrl § 1-3 bostav a. Alle fysiske personer som på eget eller andres initiativ kommer i kontakt med helse- og omsorgstjenesten med formål om at det offentlige skal yte helsehjelp, faller innenfor lovens

¹⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 126

¹⁹ Store Medisinske Leksikon(SML): <https://sml.snø.no/helse>, av Geir Sverre Braut, Sist oppdatert 04.12.15, Lest 22.02.16.

²⁰ SML: <https://sml.snø.no/helse>, av Geir Sverre Braut, Sist oppdatert 04.12.15, Lest 22.02.16.

definisjon. Med helse- og omsorgstjenesten menes både primærhelsetjenesten på kommunalt nivå, spesialisthelsetjenesten på statlig nivå, og private tilbydere av helse- og omsorgstjenester, jf. Pbrl 1-3 d.

Institusjon

I oppgaven brukes begrepet *institusjon* om offentlige institusjoner som hovedsakelig tilbyr institusjonsopphold etter reglene i Phvl. Andre institusjoner som yter helsehjelp, herunder behandling av psykiske lidelse på kommunalt nivå, faller utenfor. Som *institusjon* menes primært psykiatriske sykehus, psykiatriske avdelinger ved andre sykehus og distriktpsykiatriske senter(DPS). Det avgrenses mot ambulant eller poliklinisk behandling som foregår innenfor de samme veggene. Institusjonen og de ansatte er primært underlagt Phvl, men denne vil blant annet utfylles og suppleres av bestemmelser i Sphl, Hpl og Forvaltningsloven (Fvl).²¹ Institusjonen kan derfor ha plikt til å yte helsehjelp utover det som naturlig faller inn under Phvl § 1-2.²²

Helsepersonell

Som helsepersonell regnes enhver som er ansatt i helse og omsorgstjenesten, eller gjennom annen form for avtale med helse- og omsorgstjenesten, og som yter helsehjelp, jf. Hpl § 3, jf. Pbrl § 1-3 bokstav e. I forarbeidene til Hpl uttales det at det sentrale er individets funksjon i helsevesenet, og at dette må ses i lys av reguleringenes formål om å bidra til kvalitet og sikkerhet i helsetjenesten.²³ Det uttales videre at alle som yter helsehjelp for helse- og omsorgstjenesten må omfattes for å oppnå lovens hovedformål om pasientsikkerhet.²⁴ Formålet søkes oppnådd blant annet gjennom å pålegge helsepersonellet selvstendig ansvar. Personer med autorisasjon eller lisens, for eksempel leger og turnusleger, vil til enhver tid falle inn under definisjonen. Leger vil blant annet ha plikt til å yte helsehjelp etter Hpl § 7 også på fritiden. Personer uten autorisasjon eller lisens faller inn under definisjonen når de yter helsehjelp for helse- og omsorgstjenesten, altså bare i arbeidstiden.

²¹ Lov 2. februar 1967 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

²² Se Sphl § 3-1 og Hpl § 7

²³ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 29

²⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 214

Når jeg omtaler de ansatte i oppgaven mener jeg helsepersonell etter Hpl § 3 som arbeider i institusjonen slik denne er definert ovenfor, og som den respektive pasienten er formelt innlagt i. Utenfor faller for eksempel institusjonens renholdspersonell eller ansatte i administrasjon, samt helsepersonell som yter psykisk helsevern i form av ambulant eller poliklinisk undersøkelse og behandling.

Psykisk lidelse – pasientens konkrete opplevelse og smerte, eller en diagnose?

Betegnelsen *psykisk lidelse* kan både forstås i betydningen konkret opplevelse av psykisk ubehag, plager eller smerter, og som en bestemt kategorisert diagnose etter diagnoseverktøyet ICD-10.²⁵

Av definisjonen i Phvl § 1-2 fremgår det at undersøkelse og behandling ytes ”på grunn av psykisk lidelse.” Ordlyden ”på grunn av” forutsetter at psykisk lidelse er årsaken til at spesialisthelsetjenesten undersøker og behandler den enkelte pasienten. Dette taler for at loven anvender psykisk lidelse om pasientens konkrete psykiske smerter eller ubehag, og at dette er uavhengig av eventuell diagnose. Alle pasienter vil ha et første møte med helsevesenet hvor det foregår undersøkelse på grunnlag av pasientens opplevelse av konkrete smerter og plager.

I forarbeidene uttales det at begrepet må forstås i vid forstand, og at dette blant annet kan omfatte ”lettere sinnslidelser som nevrososer og alvorlige sinnslidelser som psykoser.”²⁶ Etter forarbeidene henviser verken psykisk lidelse eller sinnslidelser til konkrete diagnoser, men til ulike typer nevrososer eller psykoser. Nevrososer og psykoser er ikke spesielle diagnoser, men symptomer som kan falle inn under ulike diagnoser. En diagnose er bare en kategorisering eller ”merkelapp” på symptomer i form av konkret ubehag, problemer eller smerter. Paranoid schizofreni (ICD-10 F 20.0) er et eksempel på en diagnose hvor psykose utgjør et symptom.

I Phvl § 3-3 anvendes ”alvorlig sinnslidelse” som betingelse for etablering av tvunget psykisk helsevern. I forarbeidene uttales det at ”[a]lvorlig sinnslidelse er et rettslig begrep som ikke tilsvarer noen klar psykiatrisk diagnose.”²⁷ Dette fremgår også av høyesterettspraksis. I saken

²⁵ <https://helsedirektoratet.no/helsefaglige-kodeverk/kodeverket-icd-10-og-icd-11>, oppdatert 17.11.2005, sist lest 7.4.2016

²⁶ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 42

²⁷ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 154

inntatt i Rt. 2015 s. 913 kom Høyesterett til at pasientens konkrete anoreksi kunne sidestilles med en psykose, og dermed oppfylte betingelsen om alvorlig sinnslidelse i § 3-3. Som det fremgår av avsnitt 53 i dommen var det ikke diagnosen anoreksi som i seg selv oppfylte betingelsen, men at pasientens vrangforestillinger var ”så dominerende og styrende at hun, om hun får anledning, tar til seg så lite næring at det er livstruende.” Dette taler for at ”alvorlig sinnslidelse” omhandler alvorlig lidelse på sinnet i konkret, opplevd form, altså alvorlig psykisk lidelse.

I oppgaven legges det til grunn at det med *psykisk lidelse* siktes til konkrete psykiske smerter, og ikke til diagnoser etter ICD-10. Diagnoseverktøyet ICD-10 anvendes til å kategorisere pasientens opplevelse av ulike psykiske plager, ubehag eller smerter. Disse omtales som symptomer, og utgjør til sammen det som er best kjent som fobi, angst, depresjon og schizofreni, for å nevne noen.²⁸

Spesialisthelsetjenesten

Spesialisthelsetjenesten reguleres av spesialisthelsetjenesteloven, jf. Sphl § 1-2. I forarbeidene uttales det at spesialisthelsetjeneste er en samlebetegnelse på helsetjenester som en mener det ikke er hensiktsmessig å legge på det kommunale nivå, og at dette vil kunne endre seg over tid.²⁹ Begrepet svarer derfor ikke til noe praktisk begrep innenfor medisin, men dette vil i følge forarbeidene sjeldent by på tvil i praksis.

1.4 Noen rettskildespørsmål

Oppgaven bygger på den rettsdogmatisk metode som går ut på å beskrive og vurdere hva som er gjeldende rett i samfunnet.³⁰ Et sentralt formål med oppgaven er å gjøre rede for relevante rettskilder, tolke disse og anvende rettsreglene på konkrete, rettslige problemstillinger, og er i stor grad sammenfallende med formålet med *rettsdogmatikken*.³¹

En utfordring har vært tilgangen på autoritative tolkingsuttalelser. Et kjennetegn ved rettsområdet er nettopp at det i stor grad er preget av medisinfaglig skjønn, og at det i liten grad foreligger formelle vedtak som kan eller blir etterprøvet av domstolene. Derfor har

²⁸ Folkehelse rapporten 2014(2014:4), s. 167, m/ henvisning til Kessler (2005).

²⁹ Ot.prp.nr.10 (1998-1999), s. 24 og 119

³⁰ Bernt og Doublet (2008) s. 17-20

³¹ Graver(2008), s. 159

uttalelser i forarbeidene blitt brukt flittig, særlig i tilknytning til betingelsene for samtykket. I denne sammenhengen kan det nevnes at Henriette Sinding Aasen i sin bok om samtykke til medisinsk behandling fra 2000 uttrykte at de opprinnelige forarbeidene til Pbrl sin behandling av samtykket, retten til informasjon og tilgrensende rettsspørsmål preges av en ”nokså påfallende mangel på presisjon.”³² Jeg tenker at det kan være et bevisst valg om å overlate en del skjønn til forvaltningen. For å ikke innskrenke uttalelsene i forarbeidene, og med det miste nyanser eller elementer, har jeg valgt en del direkte sitering fra forarbeidene.

På grunn av lovendringer foreligger en del nyere forarbeider. De sentrale her er Ot.prp.nr.65 (2005-2006) om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v. og Prop.118 L (2012-2013) om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv.

I førstnevnte, som la grunnlaget for endringer i totalt 37 lovbestemmelser fordelt på Phvl, Pbrl og straffeloven, uttales det at Phvl “er av forholdsvis ny dato, og har etter departementets syn stort sett fungert i tråd med intensjonene. De endringene som foreslås er derfor i hovedsak presiseringer, forenklinger, hamoniseringer og mindre endringer av gjeldende rett.”³³ Dette tilsier at forarbeidene skal tilkjennes betydelig vekt.

Som supplement til forarbeider har jeg også bygget på uttalelser fra anerkjente jurister på rettsområdet, samt tolkingsuttalelser fra Sivilombudsmannen og Helsedirektoratet.

Helsedirektoratet utgir både generelle lovtolkninger i rundskriv og konkrete uttalelser om lovtokningen etter henvendelse fra Kontrollkommisjonen og organisasjoner. Ut fra alminnelig rettskilde- og metodelære er dette kilder av begrenset rettskildemessig betydning og vekt, og anvendes primært som støttemomenter. Samtidig gir disse uttrykk for mulige endringer i rettstilstanden, og bygger på praksis. Eckhoff skriver at slike etterfølgende utsagn dels kan bidra til å klargjøre hva som først var meningen med loven, og dels at myndighetenes etterfølgende praksis kan bli tillagt selvstendig betydning.³⁴ Han viser til Rt. 1979 s. 1079 hvor den ”sinnsyke” ble tilkjent partsrettigheter til tross for en klar ordlyd i straffeprosessloven. I dommen ble det blant annet henvist til rettsutviklingen gjennom forslaget om at ”sinnsyke” skulle tilkjennes partsrettigheter etter den nye straffeprosessloven.

³² Aasen(2000), s. 172

³³ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 10

³⁴ Eckhoff(2001), s. 95

Domstolene er også tilbøyelige til å akseptere og anerkjenne ikke-rettslige tolkingsuttalelser og kilder dersom disse er i tråd med rettsutvikling for øvrig, og bidrar til å ivareta og styrke individets rettigheter. Dommen inntatt i Rt. 1990 s. 874 er et eksempel på dette.³⁵

Domstolenes anerkjennelse av ikke-rettslige kilder fremgår også av Borgarting Lagmannsretts avgjørelse i LB-2014-197486. Saken ble avvist av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2016-436-U med hjemmel i Tvisteloven³⁶ § 30-4. Saken omhandlet spørsmålet om det forelå en erstatningsberettiget ”svikt” i helsehjelpen etter Pasientskadeloven³⁷ § 2. Et sentralt punkt var om helsehjelpen var i tråd med ”vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe,” jf. forarbeidene³⁸. I saken trekkes det frem at nasjonale retningslinjer for forebygging av selvmord måtte ha betydning ved ansvarsvurderingen. Av dommen kan det utledes at Helsedirektoratets uttalelser, særlig faglige retningslinjer, kan tilkjennes betydning ved avgjørelsen av rettsspørsmål. Dette er særlig relevant i tilknytning til forsvarlighetskravet.

I oppgaven benyttes også *Dokument 16 (2011-2012): Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, heretter omtalt som Dokument 16 (2011-2012). Dette er forarbeidene til grunnlovsrevisjonen i 2014. Av mandatet fremgår det at utvalget blant annet skulle “utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.” Videreføringen av tidligere Grl § 110 c, nå Grl § 92, er et resultat av dette.³⁹

1.5 Menneskerettslige spørsmål

Utgangspunktet i norsk rett er den tradisjonelle lære om et klart skille mellom intern norsk rett og internasjonal rett(folkeretten), og at folkeretten må gjennomføres ved aktiv handling av norske myndigheter for å ha direkte rettsvirkning i norsk rett.⁴⁰ Med folkeretten siktes det til de forpliktelser som den norske stat påtar seg gjennom avtale med andre stater eller sammenslutninger av stater.

³⁵ Rt 1990 s. 874 (s. 887), Eckhoff(2001), s. 98

³⁶ Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

³⁷ Lov 15. Juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader m.v

³⁸ Ot.prp.nr.31 (1998-1999), s. 64

³⁹ Dokument 16 (2011-2012), s. 67

⁴⁰ Ruud og Ulfstein(2011), s 52 og 53

Gjennom menneskerettsloven⁴¹ § 2 er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon(EMK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter(SP), FNs konvensjon om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter(ØSK) og FNs konvensjon om barnets rettigheter gjort til norsk rett. Av lovens § 3 følger det at konvensjonene er gitt “forrang” foran norsk rett. Konsekvensen er at en rettsregel etter konvensjonen skal gå foran norsk rett ved motstrid. Rettighetene etter SP anses i primært dekket av EMK, mens personer, frivillige organisasjoner og grupper kan påklage brudd på konvensjonen til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg(EMD).⁴² Gjennom domstolens omfattende domsvirksomhet foreligger det en omfattende tolkingspraksis av EMK. Som følge av dette vil nedenfor begrense meg til å omtale noen relevante konvensjonsbestemmelser etter EMK. Av ØSK artikkel 12 følger det at konvensjonsstatene er forpliktet til å sikre enhver retten til høyeste oppnåelige levestandard. I original tekst lyder dette “the highest attainable standard of physical and mental health.”

I tillegg til forpliktelser som er gjort til norsk intern rett, vil også folkerettslige forpliktelser kunne ha betydning for tolkingen av norsk rett, og innebære rettslige skranker. Dette skyldes blant annet anvendelse av presumsjonsprinsippet som tolkingsprinsipp. Prinsippet bygger på at en antar og legger til grunn at norske myndigheter ved inngåelse av en internasjonal forpliktelse har til hensikt at avtalen skal overholdes, og at norsk rett derfor er og skal være i tråd med avtalen. I Rt. 2000 s. 1811 gjengis en uttalelse fra Ot.prp.nr. 79 (1991-1992) om at “norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser” og at “norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.”⁴³

Et særskilt spørsmål knytter seg til hvordan Grl § 92 virker inn på den resskildemessig betydning av menneskerettighetskonvensjoner som ikke er gjort til norsk intern rett ved eksplisitt rettsakt. Dette gjelder for *Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne(CRPD)*.⁴⁴ Av Grl § 92 følger det at “Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.” I *Dokument 16 (2011-2012)* uttales det at bestemmelsen

⁴¹ Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

⁴² Syse(2006), s. 330

⁴³ Ot.prp.nr. 79 (1991-1992) s. 3, gjengitt i Rt 2000 s. 1811

⁴⁴ Barne- og Likestillingsdepartementets uoffisielle norske utgave av 1.9.2008, korrigert 22.12.2008

blant annet innebærer en ”generell plikt til å ivareta menneskerettighetene.”⁴⁵ Bestemmelsen fremhever også at statene er pålagt en positiv plikt til å sikre at konvensjonsrettighetene ikke bare gir et ”illusorisk vern mot private aktører.”⁴⁶ CRPD kan anses som en “grunnlovsvernet folkerettslig forpliktelse.” Samtidig har myndigheten valgt å ikke ratifisere tilleggsprotokollen som gir individene klageadgang.

I fortalen til CRPD fremgår det av bokstav e) at statene “erkjenner at funksjonshemming er et begrep i utvikling, og at funksjonshemming er et resultat av interaksjon mellom mennesker med nedsatt funksjonsevne og holdningsbestemte barrierer og barrierer i omgivelsene som hindrer dem i å delta fullt ut og på en effektiv måte i samfunnet, på lik linje med andre.”

I forbindelse med ratifiseringen av CRPD uttales det i Prop. 106 S (2011-2012) at norsk rett, med unntak av behov for små endringer i Vergemålsloven og Diskrimineringsombudsloven, anses å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser.⁴⁷ I den første rapporten fra Likestillings- og diskrimineringsombudet(LDO) om tilstanden i norsk rett etter ratifiseringen av CRPD rettes det derimot krass kritikk mot håndhevingen av konvensjonen.⁴⁸ Det uttales at lovgivning, politikk og forvaltningspraksis i ”stor grad” fortsetter som før til tross for ratifiseringen av konvensjonen.⁴⁹ På side 15 i rapporten uttales det at ”Tilnærmingen til funksjonshemmede er stadig innenfor et paternalistisk helse- og omsorgsperspektiv, og ikke et menneskerettsperspektiv. En politikk og en strategi som skal bekjempe diskriminering og fordommer må bygge på et menneskerettsperspektiv og en sosial forståelse av funksjonshemming.”

I rapporten fremheves det at funksjonshemmede ”må få samme rett til selvbestemmelse, uavhengighet og muligheter til deltakelse som resten av befolkningen.”⁵⁰ LDO etterlyser blant annet sterkere virkemidler i form av sanksjoner ved brudd på konvensjonsforpliktelsene. Grunnlovfestingen gjennom Grl § 92, og de forpliktelsene som følger av CRPD kan ses på som støtte for å vektlegge respekten for de innlagte pasientenes integritet og selvbestemmelse i større grad, og for en restriktiv tolking av institusjoners kompetanse.

⁴⁵Dokument 16 (2011-2012), s. 67

⁴⁶ Dokument 16 (2011-2012), s. 66

⁴⁷ Prop. 106 S (2011-2012), s. 25

⁴⁸ *CRPD - Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne - et supplement til Norges første periodiske rapport (CRP-rapport)*

⁴⁹ CRPD-rapport, s. 14

⁵⁰ CRPD-rapport, s. 14

EMK artikkel 2 – Retten til liv

Artikkel 2 innebærer en positiv plikt for konvensjonsstatene til å verne om borgernes liv. I Keenan mot Storbritannia(Keenan-saken)⁵¹ uttales det i avsnitt 89 at statene plikter å positivt gjennomføre “appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction.” Denne plikten er i norsk rett grunnlovsfestet i GrL § 92.⁵² Keenan-saken omhandlet en innsatt i fengsel som tok sitt liv. Et sentralt punkt i saken var “whether the authorities knew or ought to have known that Mark Keenan posed a real and immediate risk of suicide and, if so, whether they did all that could reasonably have been expected of them to prevent that risk.”⁵³

EMD konstaterte i saken Pretty mot Storbritannia(Pretty-dommen)⁵⁴ at artikkel 2 ikke kan tolkes negativt som en rett til å dø.⁵⁵ I avsnitt 39 uttales det at “Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.”

EMK artikkel 3

Artikkel 3 setter et i utgangspunktet et unntaksløst forbud mot at personer utsettes for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I saken mellom Herczegfalvy og Østerrike(Herczegfalvy-dommen)⁵⁶ uttaler domstolen i avsnitt 82 at den underlegne og ofte maktesløse situasjonen som en innleggelse i psykiatrisk sykehus innebærer krever økt oppmerksomhet om det foreligger brudd på konvensjonen. I saken var det spørsmål om også pasienter underlagt tvangsbehandling er beskyttet av artikkel 3. Domstolen tok utgangspunkt i at det for pasienter som er ”entirely incapable of deciding for themselves” er opp til myndighetene å bestemme behandlingens innhold ut fra anerkjent legevitenskap for å bevare pasientenes fysiske og psykiske helse. I utgangspunktet anser domstolen dette å falle utenfor artikkel 3. I avsnitt 82 uttales det at “a measure which is a therapeutic necessity cannot be regarded as inhuman or degrading. The Court must nevertheless satisfy itself that the medical

⁵¹ Application no. 27229/95, avsnitt 89

⁵² Dokument 16 (2011-2012), s. 105

⁵³ Application no. 27229/95, avsnitt 91

⁵⁴ Application no. 2346/02

⁵⁵ Aall(2013), s. 162

⁵⁶ Application 10533/83

necessity has been convincingly shown to exist.” Av siste setning følger det at myndighetene har bevisbyrden for at et inngrep er medisinsk nødvendig.

I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) uttales det at artikkel 3 ikke stenger for bruk av tvang, men at utgangspunktet er at tvangen må være medisinsk ”helt nødvendig” for behandlingen av pasientens lidelse.⁵⁷ Dette fremstår strengere enn EMDs uttalelse i Herczegfalvy-dommen. Videre uttales det at umenneskelig behandling anses etter EMD å foreligger når et tiltak fører til en urettmessig og sterk fysisk eller psykisk lidelse for en person. Nedverdiggende behandling foreligge dersom et tiltak medfører at en person blir ydmyket i andres nærvær, samt at tiltaket er egnet til å skape en følelse av frykt eller mindreverdighet. Både tilsyn på natt, låsing av dørene, forbud mot å gå ut og røyking kan tenkes å føre til følelse av frykt og mindreverdighet, også om begrunnelsen for å gjennomføre tiltakene bygger på allmennkjent legevitenskap, og anses nødvendig av hensyn til behandlingen. Pålegging av plikter og anvendelse av grader av tvang overfor en beslutningskompetent person vil gjerne kunne oppleves nedverdiggende.

EMK artikkel 5

Artikkel 5 sier at ingen må fratras sin “right to liberty and security.” Unntak fra dette kan bare gjøres etter oppramsingen i bokstav a til e. Bokstav e omhandler unntak på grunn av “lawful detention (...) of persons of unsound mind.” I tilknytning til fremstilling her oppstår spørsmålene om rekkevidden av “right to liberty” og innholdet i “lawful.” ”Lawful” viser til EMDs lovkrav, og omtales nærmere nedenfor i punkt 2.6

Med “right to liberty” siktes det primært til beskyttelse og vern av den enkeltes bevegelsesfrihet. Om det foreligger frihetsberøvelse etter artikkel 5 avgjøres ut fra en autonom helhetsvurdering av inngrepets art, varighet, og virkning og gjennomføringsmåte. Dette følger av EMDs dom i saken mellom Engel med flere mot Nederland⁵⁸.

I EMDs dom H.L mot Storbritannia(H.L-dommen)⁵⁹ tok domstolen stilling til spørsmålet om forholdet mellom en formelt frivillig innlegges i institusjon etter nasjonal rett, og frihetsberøvelse etter EMK artikkel 5. I saken fant EMD at frihetsberøvelse etter artikkel 5

⁵⁷ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 33

⁵⁸ Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72

⁵⁹ Application no. 45508/99

skal tolkes autonomt, og at realiteten, og ikke det formelle er avgjørende for om det foreligger frihetsberøvelse etter konvensjonen.

I Storck mot Tyskland (Storck-dommen)⁶⁰ befestet EMD standpunktet fra H.L.-dommen om at spørsmålet om frihetsberøvelse må vurderes ut fra den faktiske situasjonen. Saken omhandlet flere innleggelse av en kvinne ved ulike psykiatriske sykehus og institusjoner. Det var uenighet hvorvidt hun faktisk var samtykkekompetent, og det forelå verken skriftlig samtykke eller noe gyldig tvangsvedtak. Hun også forsøkt å rømme. Domstolen fant det ikke nødvendig å ta stilling til om klagerens sykdomsbilde tilsa at hun faktisk oppfylte betingelsene for en tvangsinnleggelse. Det sentrale var at det rent faktisk verken forelå et gyldig samtykke eller et gyldig tvangsvedtak etter nasjonale regler. Dermed konkluderte domstolen med klageren hadde blitt urettmessig frihetsberøvet ettersom innleggelsen ikke var "lawful." Det forelå derfor brudd på kvinnens rettigheter etter artikkel 5 (1) e.

I forhold til norsk rett innebærer dommene at spørsmålet om det foreligger et brudd på artikkel 5 aktualiseres i tilfeller hvor en pasient hindres i å bevege seg fritt omkring, og når pasienten i realiteten ikke har mulighet til å skrive seg ut og forlate institusjonen.

EMK artikkel 8

Artikkelen verner enhvers rett til respekt for sitt privatliv, familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. I kjernenområdet ligger vernet av den fysiske og psykiske integriteten.⁶¹ At hovedvekten er på integriteten fremgår blant annet av EMDs utvidende tolkning av privatlivets fred til også å gjelde i det offentlige rom. EMD bevisst har latt være å fastlegge klare grenser for rekkevidden av artikkel 8. I Niemietz mot Tyskland⁶² uttaler domstolen at det verken er "possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings." Respekten for privatlivets fred og vernet etter artikkel 8 skal vurderes konkret ut fra i hvilken grad vernet aktualiseres.

⁶⁰ Application no. 61603/00

⁶¹ NOU 2011:9, s. 63 og Aall(2013), s. 195 og 196

⁶² Application no. 1370/88, avsnitt 29

I Pretty-dommen fant EMD at nektelsen av å la klageren få bestemme selv om hun ville dø innebar et inngrep i hennes privatliv etter artikkel 8. I avsnitt 65 uttales det at “The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance.”

Artikkel 8 stiller krav om at inngrep(”interference”) må være i samsvar med ”law,” ha et akseptabelt formål og være ”nødvendig i et demokratisk samfunn.” Med “law” menes det autonome lovkravet etter EMK, og dette omtales nærmere i punkt 2.6. Om et inngrep er nødvendighet avgjøres i grove trekk ut fra en vurdering av forholdsmessigheten mellom samfunnets behov for inngrep, og det konkrete inngrepets art og styrke.⁶³ Etter EMDs praksis er statene tildelt en viss skjønnsmargin(”margin of appreciation”).⁶⁴

2. De rettslige utgangspunkt for psykisk helsevern

2.1 Retten til selvbestemmelse og utøvelse av privat autonomi

Rettsstatens verdigrunnlag bygger på opplysningstidens ideer om menneskeverdet og menneskets selvstendige og ukrenkelige verdi, og tankene om menneskets frihet og likhet.⁶⁵ I frihetsidealet ligger både den enkeltes fysiske og abstrakte frihet, herunder bevegelsesfrihet og tankefrihet. Frihet innebærer blant annet at individet har mulighet til å ta egne beslutningene om liv og helse, og en naturlig konsekvens er retten til selvbestemmelse og utøvelse av privat autonomi. Retten til selvbestemmelse og utøvelse av privat autonomi er i dag sentrale rettsstatsverdier og grunnleggende menneskerettslige prinsipper som setter sitt preg på den rettslige reguleringen.⁶⁶ For pasientens rettssikkerhet, både rettsfilosofisk og rettslig, utgjør retten til selvbestemmelse et viktig element.⁶⁷ I CRPD artikkel 3 bokstav a fremheves ”respekt for menneskers iboende verdighet, individuelle selvstendighet med rett til å treffe egne valg, og uavhengighet” som prinsipper etter konvensjonen.

⁶³ Aall(2013), s. 142-143

⁶⁴ Syse(2006), s. 329

⁶⁵ Bernt og Mæhle(2010), s. 167-169

⁶⁶ Bern og Mæhle (2010), s. 169

⁶⁷ Aasen(2000), s. 33

Henriette Sinding Aasen deler begrepet selvbestemmelse i to, og omtaler dens positive og negative side.⁶⁸ Med selvbestemmelse i positiv forstand mener hun ”frihet til i vid forstand å utforme sitt eget liv og realisere egne muligheter.” I negativ forstand sikter hun til ”individets grunnleggende rett til ikke urettmessig å bli utsatt for andres handlinger eller restriksjoner, altså et vern om den fysiske integritet, privatlivet, bevegelsesfrihet, yringsfrihet m.m.”⁶⁹ Privat autonomi brukes om kompetanse, eller rett, til å anvende sin selvbestemmelse positivt gjennom å gi løfter, inngå avtaler eller på annen måte binde seg overfor andre.⁷⁰

Legalitetsprinsippet (pkt 2.3) og hovedregelen om frivillig, informert samtykke som grunnlag for ytelse av helsehjelp og etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (pkt 3.1), kan ses på som direkte utslag av den enkelte (pasienten) sin rett til selvbestemmelse og utøvelse av privat autonomi.

2.2 Paternalisme som begrunnelse for innskrenkninger i retten til selvbestemmelse

Paternalisme og gjennomføring av tvang kan ses på som motsetninger til selvbestemmelse og utøvelse av personlig autonomi. Dette gjør Bjørn Henning Østenstad i sin doktoravhandling *“Heimelspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente”* hvor han bruker menneskeverd i stedet for rettssikkerhet, og holder pasientens selvbestemmelsesrett og menneskeverd som motsetninger til paternalisme.⁷¹

Begrepet paternalisme stammer fra det latinske ordet ”pater” som betyr far, og det tenkes at samfunnet har et slags faderlig ansvar overfor den enkelte borger.⁷² Innenfor medisin betyr paternalisme at legen avgjør hva som er best for pasienten, i motsetning til pasientautonomi.⁷³ Henriette Sinding Aasen skriver at den medisinske paternalisme kjennetegnes ”nettopp ved at legen, ut fra sine faglige forutsetninger, og ut fra sin oppfatning av om hva som er til pasientens beste, treffer de avgjørende beslutninger med hensyn til valg av behandling,” også om pasienten ikke ønsker og motsetter seg behandlingen.⁷⁴

⁶⁸ Aasen(2000), s. 36

⁶⁹ Aasen(2000), s. 36

⁷⁰ Eckhoff og Smith(2014), s. 49

⁷¹ Østenstad(2009), s. 82-83

⁷² Syse(2007), s. 258, <https://no.wikipedia.org/wiki/Paternalisme>, sist lest 14.02.16,

⁷³ Syse(2015), s. 330, SML: <https://sml.snl.no/paternalisme>, Finn Ø. Winter, oppdatert 13.02.2009, sist lest 14. 02.16,

⁷⁴ Aasen(2000), s. 143

I den nevnte doktoravhandlingen definerer Bjørn Henning Østenstad paternalisme som en ”nemning for at hjelpeapparatet ønskjer å gjennomføre tiltak med den motivasjon å verne eller beskytte den hjelpetrengande, uavhengig av kva vedkomande sjølv måtte meine.”⁷⁵ Av hans definisjonen fremgår helsevesenets *ønske* om å hjelpe den hjelpetrengende som sentral i etter en paternalistisk tankegang.

Høyer med flere snakker om at det foreligger en medisinsk forpliktelse, etisk og moralsk, til å gjøre noe for å redusere pasientens lidelse når han eller hun ikke selv er i stand til å ivareta sitt liv og sin helse, herunder eget behov for behandling.⁷⁶ Slik paternalisme omtales gjerne som individuell paternalisme.⁷⁷ Dette er særlig aktuelt når en pasient hindres i å påfører seg selv skade, for eksempel som en ubevisst følge av utagerende atferd, eller mer eller mindre bevisste handlinger i form av selvskading og suicid. En presumerer på mange måter at pasienten hadde ønsket hjelpen dersom han eller hun var frisk.

I andre tilfeller benyttes paternalisme som begrunnelse for handlinger mot den enkeltes vilje for å beskytte samfunnet og omgivelsene mot at den enkelte mer eller mindre bevisst påfører personer eller gjenstander skader. Dette kan omtales som sosial paternalisme.⁷⁸ Samtidig kan det antas at det også er i det enkelte individets interesse at han eller hun hindres i å påføre andre skade.⁷⁹ På den måten kan en til en viss grad også forankre slike handlinger i tankene om individuell paternalisme. Når helsepersonell eller andre trer inn i den sykes situasjon og bestemmer hva den syke ville ment dersom han eller hun var frisk, er dette utvilsomt et omfattende inngrep i den enkeltes integritet og selvbestemmelse.

Frem til de siste tiårenes omfattende utvikling av pasientrettigheter var paternalismen det rådende innenfor helsevesenet. Gjennom det meste av 1900-tallet sto helsepersonellet, særlig overlege ved sykehusene, i stor grad fritt til å bestemme hvem som skulle motta behandling, når behandling skulle gis, hvilken behandling som skulle gis, og hvor mye informasjon pasienten skulle gis.⁸⁰ Først omkring 1980 ble begrepet pasientrettigheter tatt i bruk innen norsk juridisk litteratur.⁸¹ Likevel skulle dette og pasientenes rettssikkerhet bli sentrale

⁷⁵ Østenstad(2009), s. 63

⁷⁶ Høyer med flere (2002), s. 93

⁷⁷ Syse(2007), s. 258

⁷⁸ Syse(2007), s. 258

⁷⁹ Syse(2006), s. 321

⁸⁰ Syse(2015), s. 31

⁸¹ Kjøenstad og Syse(1993), s. 399

begrep i 80-tallets mediedebatten, rettsforskning, helseforvaltning og innenfor rettsvesenet. Særlig betydning for endringen hadde vedtakelsen av Pasient- og brukerrettighetsloven i 1999.⁸² Med loven ble samtykkekravet og retten til informasjon og medvirkning lovfestet, slik at rettighetstenkningen på helsevesenets område ble positivrettslig forankret.⁸³ I forarbeidene uttales det at det har skjedd en ”demokratiseringsprosess og brukerorientering i retning av samarbeid, medbestemmelse og medansvar som i flere henseender har avløst en tradisjonell paternalistisk hierarkimodell hvor pasientens egen oppfatning ble tillagt liten vekt.”⁸⁴ Det uttales videre at helsepersonellet er spesialister i medisin mens pasienten er spesialist på egen kropp, og at ”Sykdom leges ikke av leger, men ved legers hjelp. Helbredelsen skjer i pasientens kropp med pasientens medvirkning.” Aslak Syse skriver at en har gradvis erstattet ”En årtusengammel paternalistisk medisinsk praksis med røtter tilbake til Hipokrates’ legeed” med et ”lege-pasient-forhold med større vekt på likeverdighet mellom pasient og behandler.”⁸⁵

Innenfor psykiatrien forelå det en viss regulering allerede gjennom psykiatrilovene fra 1848 og 1961. Disse bygget på rettsstatlige prinsipper i form av at myndighetene måtte ha hjemmel i lov for inngrep i borgernes sfære, og at det måtte oppstilles visse rettssikkerhetsgarantier for å hindre misbruk og overgrep.⁸⁶

Selv om paternalismen i stor grad er forlatt rettslig sett, foruten der dette er lovfestet, henger tankegangen gjerne igjen både sosialt, medisinsk og ved tolkingen av rettsregler. Vedtakelsen av Kapittel 4A i Pbrl kan dels ses på som et tilbakeslag for pasientens rett til selvbestemmelse, men dels også som en bekreftelse på at den gjenværende paternalismen bare skal foregå i lovregulert form. Henriette Sinding Aasen skriver i ”*Pasienters rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*” at ”den medisinske profesjon har en tradisjon for å fortolke og praktisere rettsregler ut fra en behandlingsrettet og paternalistisk holdning til pasientene.”⁸⁷

⁸² Heløe(2012), s. 434

⁸³ Aasen(2000), s 33

⁸⁴ Ot.prp. nr.12 (1998-1999), s. 65

⁸⁵ Syse(2015), s. 35 med henvisning til Kjønstad og Syse(1992), ”*Helseprioriteringer og pasientrettigheter.*”

⁸⁶ Syse(2015), s. 31

⁸⁷ Aasen(2000), s. 24

Både ved etablering, gjennomføring og utskrivelse fra institusjon vil det oppstå mange situasjoner som krever tiltak som i varierende grad har sammenheng med selve behandlingen, og hvor helsepersonell gjerne ønsker å gripe inn fordi en ”vet” hva som til pasientens beste. I alle tilfeller aktualiseres spørsmålet om grensen mellom pasientens selvbestemmelse og helsepersonellet sin rett til å gjennomføre tiltak ”uavhengig av kva vedkomande sjølv måtte meine.”⁸⁸ Pasientens rettssikkerhet settes gjerne på spissen i mange ulike situasjoner mens pasienten er innlagt i institusjon.

I motsetning til helsepersonell, er pasientens pårørende og andre i omgivelsene i mindre grad pålagt rettslige begrensninger. Samtidig innebærer Strl 2005 § 251 en skranke også for dem. I medhold av Strl 2005 § 251 straffes den som ved ”straffbar eller annen urettmessig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe.” Pasientens pårørende eller andres handlinger overfor pasienten med formål om å få pasienten innlagt bygger gjerne også på tankene om at en i lys av omstendighetene vet bedre enn pasienten hva som er til pasientens beste. I praksis kan det gjerne være pasientens pårørende, det offentlige i form av helsepersonell eller politi, eller andre, som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten, eller som har motivert eller direkte presset pasienten til selv å ta kontakt for å få helsehjelp. Henvendelser kan føre til alt fra en telefonkontakt mellom pasienten og helse- og omsorgstjenesten, til at det iverksettes full uttrykning i form av ambulanse eller politi. Også i den påløpende prosessen er det gjerne personer rundt pasienten som er involvert, motiverer og til og med presser pasienten til å akseptere et tilbud om en innleggelse. Press fra omgivelsene kan også forekomme under innleggelsen, for eksempel når pasienten selv ønsker å skrive seg ut. Paternalisme spiller gjerne en sentral rolle i alle de nevnte tilfellene, og aktualiserer i høyeste grad spørsmål omkring ivaretagelse av pasientens selvbestemmelse og rettssikkerhet, og i hvilken grad innleggelsen faktisk og rettslig sett kan anses frivillig.

2.3 Pasientens rettssikkerhet, legalitetsprinsippet og kravet om tilstrekkelig kompetanse

Rettsstaten bygger på ideen om at rettsregler skal beskytte individets integritet og selvbestemmelse gjennom å verne individet mot overgrep og vilkårlig maktbruk fra staten, og fra hverandre.⁸⁹ I forholdet mellom individet og staten står spørsmålet om individets

⁸⁸ Østenstad(2009), s. 63

⁸⁹ Bernt og Mæhle(2010), s. 142 og 167

rettssikkerhet sentralt, og forutsetter at individet skal kunne forutse og forsvare sin rettsstilling.⁹⁰ Dette innebærer at staten må være bundet av rettsreglene om hva staten kan gjøre, hvem som kan opptre for staten, samt når og hvordan staten kan handle overfor borgerne.⁹¹ Også når individet trer inn i rollen som pasient, er individets valgfrihet og rettigheter viktige rettsidealer.⁹² Når en institusjon beslutter at det skal iverksettes tiltak overfor pasientene, og pasientene ikke selv er involvert i prosessen, innebærer dette at institusjonen anvender rettslig makt på vegne av staten. Beslutningenes virkning overfor pasientene medfører at det gjøres innskrenkninger i den enkeltes integritet, selvbestemmelse og private autonomi.

Den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet bygger på et strengt forhold til rettsstatens grunnleggende prinsipper om menneskeverd, frihet og selvbestemmelsesrett. En konsekvens av disse prinsippene er ideene om menneskets medfødte rettigheter, menneskerettighetene, og tankene om folkets suverenitet og samfunnskontrakten som ”broen” mellom statens makt og myndighet på den ene siden, og borgernes frihet og vernet overfor statlige inngrep på den andre siden.⁹³ Samfunnskontrakten innebærer at borgerne anvender sin private autonomi og overfører en viss rett til å styre over seg til folkevalgte organer. Samfunnskontrakten innebærer at ”de folkevalgte vil bryte samfunnskontrakten dersom deres beslutninger om inngrep i borgernes rettssfære ikke har den nødvendige hjemmel i lov.”⁹⁴ Dette danner utgangspunktet for at lovgiver utferdiger lover, og at statens myndighet i utgangspunktet bare rekker så langt folket selv har latt seg underkaste dens myndighet. Når rettssystemet bygger på prinsippet om folkets suverenitet, legges det til grunn at det er folket selv som gir lovene.⁹⁵ Myndighetenes rett til å foreta inngrep i borgernes frihet er da begrenset til det folket har gitt lovgiver og øvrige myndigheter ”lov” til. Etter det tradisjonelle legalitetsprinsippet innebærer dette et krav om at myndighetenes inngrep overfor borgerne må ha hjemmel i lov.

Før grunnlovsrevisjonen i 2014 var legalitetsprinsippet, foruten på strafferettens område, ansett som konstitusjonell sedvanerett og gjaldt både myndighetenes beslutninger og faktiske

⁹⁰ Ot.prp.nr. 65 (2005-2006), s. 9, Bern og Mæhle(2010), s. 374,

⁹¹ Bernt og Mæhle(2010), s. 146

⁹² Heløe(2012), s. 434

⁹³ Dokument 16 (2011-2012), s. 47 og 246-247

⁹⁴ Dokument 16 (2011-2012), s. 247

⁹⁵ Eckhoff og Smith(2014), s. 339

handlinger.⁹⁶ I dag følger prinsippet eksplisitt av Grunnloven § 113 om at ”[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.”

I dokument 16 (2011-2012) uttales det at § 113 innebærer en kodifisering av det tidligere ulovfestede legalitetsprinsippet slik dette følger av den tradisjonelle tilnærmingen.⁹⁷

Kodifiseringen skal ikke medføre endringer i rettsstilstanden, slik at prinsippets innhold skal tolkes i lys av eksisterende rettspraksis.⁹⁸

I juridisk litteratur har enkelte tatt til ordet for en annen tilnærming til legalitetsprinsippet, gjerne omtalt som det formelle eller negative legalitetsprinsippet.⁹⁹ En av årsakene til dette er utfordringer tilknyttet spørsmålet om hva som utgjør et inngrep, og det faktum at det offentlige utfører mange disposisjoner som det ikke er like naturlig å omtale som inngrep. Tilnærmingen tar utgangspunkt i at myndighetene trenger et kompetansegrunnlag for å kunne foreta disposisjonen med bindende virkning overfor andre, altså på tilsvarende vis som for private rettssubjekter. Følgene av tilnærmingen er at forvaltningen bare må ha hjemmel i formell lov i den grad den ikke kan bygge på annet rettsgrunnlag.¹⁰⁰ Forvaltningen kan dermed ha kompetanse til å utføre disposisjoner som berører borgernes faktiske og rettslige stilling gjennom eierrådighet og avtalekompetanse, organisasjons- og instruksjonsmyndighet, grunnlovens spesielle kompetanseregler eller annet sedvanerettslig grunnlag. De aktuelle kompetansegrunnlag må tolkes etter alminnelige rettskildeprinsipper, herunder lov, forarbeider, rettspraksis, reelle hensyn med mer. Kommer en til at det ikke foreligger tilstrekkelige kompetanse gjennom øvrige kompetansegrunnlag, må forvaltningen ha kompetanse gjennom hjemmel i formell lov.¹⁰¹

I oppgaven anvendes den nyere tilnærmingen til legalitetsprinsippet, og vil her omtales som kravet om kompetanse. Valget av tilnærming bygger primært på hensynet til den pedagogiske fremstillingen, og at sentrale deler av oppgaven omhandler rettslige spørsmål hvor det er lite praktisk å si at institusjonens disposisjon utgjør et inngrep. Innleggelser bygger på at pasienten selv har frivillig valgt å ta imot helsehjelp, og helsehjelp er i seg selv lite naturlig å

⁹⁶ Dokument 16 (2011-2012), s. 247

⁹⁷ Dokument 16 (2011-2012), s. 246 flg.

⁹⁸ Dokument 16 (2011-2012), s. 248 og 250

⁹⁹ Dokument 16 (2011-2012), s. 247, med videre henvisninger til bl.a Smith og Eckhoff

¹⁰⁰ Dokument 16 (2011-2012), s. 247, Eckhoff og Smith(2014), s. 337

¹⁰¹ Dokument 16 (2011-2012), s. 247, Eckhoff og Smith(2014), s. 19, 42 og s. 337

omtale som inngrep. Oppgavens kjerne ligger i utgangspunktet utenfor en bokstavelig tolking av ordlyden i Grunnloven § 113, og omhandler disposisjoner som ikke fremgår og reguleres direkte gjennom loven. Det er klart at ikke alle tenkelige tiltak og handlinger kan følge direkte av loven, blant annet av hensyn til lovens omfang. Den daglige driftens kompleksitet, og at institusjonen i mange tilfeller er best egnet til selv å gjøre vurderinger og fatte beslutninger, underbygger dette. Mangenelen på lovregulering kan være et bevisst valg fra lovgiver. Samtidig vil enkelte av tiltakene, særlig i mangel på reell medisinfaglig begrunnelse, kunne anses som inngrep etter det tradisjonelle legalitetsprinsippet, og kreve kompetanse fra formell lov.

Mange innleggelser innleder med at pasienten selv tar initiativ og ønsker helsehjelp, for eksempel i form av en innleggelse. I slike tilfeller er det lite naturlig å omtale innleggelsen som et inngrep overfor pasienten. Videre har en frivillig innlagt pasient rett, men ikke plikt til å motta helsehjelpen. Og selv om pasienten først velger å motta helsehjelp, kan pasienten når som helst velge å ikke lenger motta helsehjelpen. Pasienten står i utgangspunktet fritt til å ubegrunnet skrive seg ut og forlate institusjonen når pasienten selv ønsker dette. Det blir derfor lite passende å omtale innleggelsen som et inngrep overfor pasienten.

Til sammenligning er det naturlig å omtale en straffeforfølgning, ekspropriasjon eller en tvangsinnleggelse som et inngrep fra det offentlige side. Når det offentlige beslutter å iverksette tiltakene, er beslutningene absolutte i den forstand at en borger ikke kan avstå fra en straffeforfølgning, ekspropriasjon eller tvangsinnleggelse på noen stadier. En frivillig innleggelse kan pasienten derimot avstå fra når som helst.

I en mellomstilling har en formelt frivillige innleggelser hvor det har vært anvendt fysisk eller psykisk makt i forkant. Selv om innbringelsen til legevakten skyldes maktbruk fra politiet, og pasienten oppfylder betingelsene for innleggelse på tvangsgrunnlag, skal legen likevel forsøke å få pasienten til å frivillig samtykke til innleggelsen med mindre det er ”åpenbart formålsløst å forsøke,” jf. Phvl §§ 3-2 og 3-3. Slike innleggelser viser tydelig fordelene med den negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet. Aksepterer pasienten å bli frivillig innlagt, er innleggelsen rettslig sett like frivillig som når pasienten selv har henvendt seg og ønsket helsehjelp. Skal en i tilfellet se på innleggelsen som et helhetlig inngrep, eller skille mellom politiet og legevaktens utøvelse av offentlig myndighet? Politiets maktbruk innebærer utvilsomt et inngrep, og maktbruken har en klar sammenheng med at pasienten faktisk blir

innlagt. Samtidig blir det misvisende å si at den frivillig innleggelse innebærer et inngrep, i og med at denne skal være frivillig. Ved å anvende den negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet blir det gjennomgående spørsmålet om det offentlige til en hver tid har tilstrekkelig kompetanse. Dette gjelder uavhengig av om det er politiet, legevakten eller institusjonen som utøver offentlig myndighet, og hvilket faktisk og rettslig grunnlag det bygges på.

2.4 Kravet til kompetansens klarhet

I et rettssikkerhetsperspektiv er pasientens forutberegnelighet viktig. For at pasienten skal kunne forutse sin rettsstilling må rettsregelen være tilstrekkelig klar. Det er lite til hjelp for pasienten at det eksisterer en rettsregel dersom denne er uforståelig. Etter den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet beror kravet til lovhjemmelens klarhet på en konkret vurdering. Normen følger av førstvoterende sin uttalelse i dommen inntatt i Rt 1995 – 530. På vegne av et enstemmig høyesterett uttaler han at han “ antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.”¹⁰²

I en artikkel inntatt i festskriftet til Jan Frithjof Bernt argumenterer Erik Monsen for at de samme momentene som oppstilles i vurderingen av lovhjemmelens klarhet vil kunne være relevante ved fastleggingen av legalitetsprinsippets rekkevidde etter den negative tilnærmingen til prinsippet.¹⁰³ Monsen begrunner anvendelsen av klarhetskravet med at det også ved forvaltningsavgjørelser er grunn til å stille spørsmål ved ”om aktuell forvaltningsavgjørelse aktualiserer de hensyn som begrunner legalitetsprinsippet, i så stor grad at det er rimelig grunn til å utløse de rettssikkerhetsgarantier som prinsippet er ment å ivareta og fremme.”

¹⁰² Rt 1995 s. 530, s. 537

¹⁰³ Erik Monsen, *Legalitetsprinsippet og tvangsmessig gjennomføring av vask og stell i institusjon i medhold av et snevert, ulovfestet hjemmelsgrunnlag. En kommentar til Sårstelldommen i [Rt-2010-612]*, inntatt i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Frithjof Bernt, 2013 s. 419-429 - (FEST-2013-jfb-419)*,

Det faktum at de ulike pliktene jeg oppstiller i kapittel 4 vil variere i art, hvordan de rammer og hvor tyngende de er for pasientene taler for at hensynene til pasientens integritet, verdighet og rettssikkerhet vil slå inn med ulik tyngde. Derfor mener jeg at det også i tilknytning til spørsmålet om institusjoner har tilstrekkelig kompetanse er hensiktsmessig å foreta en vurdering av kravet til kompetansens klarhet. På grunnlag av dette vil jeg i kapittel 4 foreta en vurderingen av kravet til kompetansens klarhet i tilknytning til drøftelsene om institusjoners kompetanse til å gjennomføre de ulike tiltakene.

Helsedirektoratets uttalelse i en lovtolkning av 2. November 2011 kan ses på som støtte til klarhetskravet.¹⁰⁴ Uttalelsen omhandler husordensregler og pasientsamtykke som mulige rettsgrunnlag for ransaking. Det uttales her at “Gjennomføring av ransaking forutsetter at det foreligger et tilstrekkelig rettsgrunnlag for tiltaket i hvert enkelt tilfelle. Helsedirektoratet vil bemerke at kravet til klar hjemmel for tiltaket ransaking tilsier at det ikke kan baseres på husordensregler e.l. Pasientens samtykke kan i prinsippet være et gyldig rettsgrunnlag ved ransaking.”

2.5 Det absolutte lovkravet i Grl § 94

Av Grl § 94 følger det at ”Ingen må (...) berøves friheten (...) uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver. Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep”

En naturlig språklig forståelse av ”berøves friheten” er at noen ufrivillig fratras sin frihet, og at dette er det motsatte av at noen frivillig går med på begrensninger i sin frihet. Ordlyder er ikke i veien for at en pasient kan anvende sin selvbestemmelse og private autonomi til å overføre sin frihet eller autonomi til andre, herunder offentlige myndigheter.

I forarbeidene til grunnlovsrevisjonen fremgår det at ”Retten til å være fri, samt trygghet for at man ikke vil bli berøvet friheten vilkårlig, er en grunnleggende menneskerettighet.”¹⁰⁵

Videre uttales det at en frihetsberøvelse er et ”alvorlig inngrep” og at ”frihetsberøvelse som følge av for eksempel psykisk helsevern må ha lovhjemmel.”¹⁰⁶ Bestemmelsen innebærer et

¹⁰⁴ <https://www.helsetilsynet.no/no/Regelverk/Tolkningsuttalelser/Helse-omsorgstjenester/Om-pasientsamtykke-som-rettsgrunnlag-for-ransaking-idet-psykiske-helsevernet/>,

¹⁰⁵ Dokument 16 (2011-2012), s. 113

¹⁰⁶ Dokument 16 (2011-2012), s. 116

absolutt krav til at myndighetene må ha hjemmel i lov for å berøve noen sin frihet. I tillegg følger det at en frihetsberøvelse må gjennomføres i samsvar med lovens prosessuelle regler, at frihetsberøvelsen må være ”nødvendig” og ”ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.”

Kravene om at frihetsberøvelsen må være nødvendig og at det må foreligge en forholdsmessighet mellom mål og middel innebærer en presisering og skjerpelse av kravet om at myndighetsutøvelsen ikke må være vilkårlig.¹⁰⁷ Utover dette er forarbeidene tause om terskelen for at myndighetene faktisk berøver noen friheten.

I medhold av Strl 2005 § 254, samt § 255 og 256, straffes den som ” rettsstridig fratar noen friheten.” Dette kan være innesperring, bortføring eller på annen måte. Ordlyden frata i Strl og berøve i Grl er i stor grad samsvarende. Forbeholdet om at handlingen må være ”rettsstridig” innebærer at det ikke er straffbart å frata noen friheten med kompetanse utledet fra for eksempel pasientens samtykke eller Phvl.

I forarbeidene uttales det med henvisning til den tidligere Strl 1902 § 223 og Rt. 2002 s. 1707 at bedømmelsen av om det foreligger en frihetsberøvelse og hvor grov denne er, avgjøres ut fra en helhetsvurdering av lengden og mulighetene for å komme seg fri.¹⁰⁸ Det fremgår videre at det ikke oppstilles noe krav til frihetsberøvelsens varighet, men at det antas at ”ikke enhver kortvarig frihetsberøvelse” er straffbar. I Rt. 1994 s. 395 ble det lagt til grunn at en hendelse på 45 minutter hvor gjerningsmannen fastholdt og tok kvelertak på en kvinne innebar en frihetsberøvelse etter straffeloven.

2.6 Lovkravet i EMK

Konvensjonens lovkrav følger eksplisitt og forholdsvis likt av artikkel 2, 4, 5 og 8 til 11, samt noe annerledes i artikkel 7. Tross noe forskjellig ordlyd er det i dag sikker rett at lovkravet tolkes likt etter artiklene.¹⁰⁹ Dette stadfestet domstolen i saken *Malone mot Storbritannia*¹¹⁰ hvor EMD uttaler i avsnitt 66 at tolkingen av lovkravet i artikkel 8 må gjøres ”in light of the same principles” som etter artikkel 10 i saken mellom *Sunday Times mot*

¹⁰⁷ Dokument 16 (2011-2012), s. 116

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 137

¹⁰⁹ Aall(2013), s. 103

¹¹⁰ Application no. 8691/79, Aall(2013), s. 104

Storbritannia(Sunday Times-dommen)¹¹¹, og at dette gjelder alle konvensjonens artikler som oppstiller lovkravet. I oppgaven har lovkravet relevans i tilknytning til artikkel 5 og 8.

Utgangspunktet for konvensjonens lovkrav er at "law" tolkes som både lovfestet og ulovfestet rett.¹¹² Kravet til "law" har derfor likhetstrekk med kravet om kompetanse. Begrensninger i pasientenes rettsstilling kan dermed bygge på annen kompetanse enn lov uten å være i strid med konvensjonen så lenge norske regler ikke oppstiller krav om formell lov.¹¹³ På den andre siden kan et tiltak som bygger på formell lov eller annen kompetanse være i strid med EMK dersom kompetansegrunlaget ikke tilfredsstillende EMKs lovkrav.¹¹⁴

Det avgjørende etter EMK er om normen er tilstrekkelig tilgjengelig og presist formulert("adequately accessible and sufficiently precise."¹¹⁵ Sentralt står den enkeltes forutberegnelighet("foreseeability") slik at den enkelte kan til forutse sin rettsstilling og handle deretter.¹¹⁶ EMD omtaler dette i Sunday Times-dommen som at borgeren "have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case."¹¹⁷ Hensynet til forutberegneligheten gjør seg særlig gjeldende overfor frivillig innlagte pasienter ettersom disse pasientene i utgangspunktet står fritt til å bestemme selv.¹¹⁸

I saken Silver m/flere mot Storbritanniakom domstolen til at interne, ikke-publiserte instruksjoner som innskrenket korrespondansefriheten til fanger ikke var tilstrekkelige tilgjengelige, og derfor var i strid med lovkravet.¹¹⁹ Domstolen la vekt på at selv om instruksjonene, omtalt som "those directives," ikke hadde formell kraft som lov, måtte det også stilles visse krav til disse i lys av hensynet til forutberegnelighet, se dommens avsnitt 88 og 89. Det følger av uttalelsen at interne regler, rutiner og retningslinjer må være fysisk tilgjengelige for pasientene.

¹¹¹ Application no. 6538/74

¹¹² Application no. 8691/79, avsnitt 47,

¹¹³ Dokument 16 (2011-2012), s. 248

¹¹⁴ Aall(2013), s. 104

¹¹⁵ Application no. 9006/80, Avsnitt 110, Aall(2013), s. 104

¹¹⁶ Aall(2013), s. 104

¹¹⁷ Avsnitt 49

¹¹⁸ Se Aall(2013), s. 106 som omtaler det faktum hensynet til forutberegnelighet i begrenset grad slår inn overfor tvangsinnlagte pasienter. Dette gjelder motsatt for frivillige innleggelse

¹¹⁹ Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Aall(2013), s. 119

Presisjonskravet innebærer at normen må være tilstrekkelig presist formulert og ikke åpne for en rekke ulike og motstridende tolkninger. Regelen må, som beskrevet i Sunday Times-dommen, være ”formulated with sufficient precision.” Vage og tvetydige rettsregler vil dermed kunne i strid med konvensjonen uavhengig av om disse fremgår av formell lov eller annet kompetansegrunnlag. Samtidig anerkjenner EMD at ikke alt kan fremgå klart. I Silverdommen uttales det at ”the impossibility of absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for certainty may entail excessive rigidity.”¹²⁰

I likhet med normen oppstilt i Rt. 1995 s. 530, er EMKs lovkrav relativt og beror på tiltakets karakter og styrke.¹²¹ Handlinger som griper inn i den personlige frihet, herunder frihetsberøvelse, eksponering for umenneskelig behandling, inngrep i privatlivet og i ytringsfriheten, anses som særlig inngripende. Pliker som griper inn i pasientens integritet og selvbestemmelse, og som ikke følger av formålet med innleggelsen, vil gjerne stride med både kompetansekravet og EMK. I så fall kan en institusjon i liten grad pålegge pasientene plikter på basis av samtykket til innleggelse.

I lovkravet oppstiller domstolen også krav om at “the law itself must provide safeguards against abuse” og at “an individual’s rights should be subject to effective control,” se Silverdommen avsnitt 90. Den enkeltes rettsstilling må blant annet sikres gjennom effektive kontrollmidler (“effective remedies”).

Kontrollfunksjonen ivaretas til en viss grad av Kontrollkommisjonen og Fylkesmannen, selv om dette primært gjelder formelle vedtak. I det frivillige psykiske helsevernet tas det primært beslutninger uten at det fattes formelle vedtak, og det foreligger derfor ikke noe som kan påklages. Den faktiske kontrollplikten har primært den enkelte institusjonen etter Lov 30 mars 1984 nr 15 om statlig tilsyn med helse- og omsorgstjenesten m.m § 3, samt det enkelte helsepersonellet i medhold av forsvarlighetskravet i Hpl § 4. Det kan her stilles spørsmål ved om ikke “bukken passer havresekken.” Kontrollkommisjonen har en viss plikt til å føre kontroll. Av Phvl § 6-1 (2) fremgår det at Kontrollkommisjonen føre kontroll med pasientenes velferd i “den utstrekning det er mulig,” og kommisjonen finner dette “nødvendig.” Kontrollkommisjonen plikter etter psykisk helsevernforskriften (Psyk.forsk) § 65 (1) og (2) å føre “kontroll med bruken av restriktive tiltak” og “påse” at eventuelt

¹²⁰ Avsnitt 88

¹²¹ Aall(2013), s 108

husordensreglementet er i tråd med gjeldende rett. Ved "alvorlige forhold" skal Fylkesmannen varsles, jf. Psyk.forsk § 63 (4).

Institusjoner som er godkjent for tvang skal kommisjonen besøke minst én gang i måneden, mens øvrige institusjoner skal besøkes minst fire ganger i året, jf. Psyk.forsk § 62

2.7 Innebærer Phvl § 4-2 (1) et krav om at alle plikter som pålegges pasientene må være "strengt nødvendige"?

Av Phvl § 4-2 (1) følger det at innskrenkninger i form av restriksjoner og tvang overfor pasientene skal begrenses til det "strengt nødvendige" og at det skal "så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak."

Ordlyden "pasientens syn" taler for at bestemmelsen primært gjelder for konkrete restriksjoner og tvangstiltak rette mot den enkelte pasienten, og ikke gjelder generelle restriksjoner overfor pasientene som gruppe. I motsatt fall vil resultatet av pasientenes ulike syn på reglene kunne virke til at regler som er utferdiget og i utgangspunktet er generelle og gjelder alle, i realiteten vil bli uthulet og vilkårlige.

Av forarbeidene fremgår det at første ledd må ses i lys av lovens øvrige kompetansebestemmelser om tvang og restriksjoner overfor den enkelte pasient, herunder bestemmelser for å beskytte pasienten eller omgivelsene for fare, eller ulike behandlingstiltak uten pasientens samtykke. Det henvises til tiltak med hjemmel i lovens kapittel 4, samt nødrett.¹²² Dette taler for at § 4-2 (1) gjelder når det pålegges så inngripende plikter at institusjonen må bygge kompetansen på formell lov.

I forarbeidene uttales det videre at "omstendighetene" kan gjøre tvangstiltak nødvendige, og at "tvangstiltak og restriksjoner bare skal iverksettes i den utstrekning de ut fra en konkret vurdering av pasienten og hans eller hennes tilstand, framtrer som klart nødvendige enten av hensyn til pasienten selv, eller av hensyn til medpasienter og omgivelsene for øvrig."¹²³

Når de restriksjoner og tvangstiltak som bestemmelsen omhandler bare skal iverksettes ut fra en konkret vurdering av pasientens tilstand, tilsier dette at bestemmelsen ikke gjelder plikter

¹²² Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 99 og 100

¹²³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 100

som institusjonen pålegger pasientene som helhetlig gruppe. Pasientene vil være i kontinuerlig endring, mens generelle plikter vil ha til hensikt å være virke over tid og ivareta en viss stabilitet og forutberegnelighet for pasientene, og være uavhengig av pasientene som til enhver tid er innlagt.

Phvl § 4-2 (1) innebærer ikke et krav om at alle plikter som pålegges pasientene må være ”strengt nødvendige”

2.8 Innebærer Phvl § 4-2 (2) en generell begrensning overfor institusjoners kompetanse?

Pasientens rett til selvbestemmelse under institusjonsoppholdet kommer til uttrykk i Phvl § 4-2 (2). Etter bestemmelsen skal pasienten gis ”mulighet” til å bestemme selv “så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand”

At pasienten skal ha ”mulighet” tilsier at pasienten skal gis anledning til å ta valg og beslutninger selv. Bestemmelsen taler verken for at institusjonen kan tvinge pasienten til å bestemme eller at institusjonen ikke kan bestemme i strid med pasientens valg.

I forarbeidene uttaler departementet at det må ” legges til rette for at pasienten i størst mulig grad” kan bestemme selv.¹²⁴ Det fremgår også at det ” legges her også vekt på de positive tiltak i forhold til pasientens integritet.”¹²⁵ Når det skal legges til rette for, taler dette for at institusjonen har en positiv plikt til aktivt å bidra til at pasienter faktisk tar beslutningene selv. Samtidig tilsier ”størst mulig grad” at selvbestemmelsesretten ikke er absolutt, slik at institusjonen ikke må strekke seg i det uendelig. Institusjonen må heller ikke legge til rette for at pasienten får bestemme dersom dette er umulig av hensyn til formålet og pasientens tilstand. En institusjon kan for eksempel ikke tvinge en pasient til å ta en beslutning, selv om det å ikke ta noen beslutning kan sies å være en beslutning i seg selv.

At institusjonen aktivt skal legge til rette for selvbestemmelse følger i stor grad av rettsutviklingen på området, og styrkes av pasientens rett til informasjon, medvirkning, og at helsehjelpen i størst mulig grad skal være frivillig og ytes samtykkebasert. Dette gjelder også når pasientene er innlagt på tvangsgrunnlag. Bestemmelsene i Phvl §§ 3-2 og 3-3 gjelder bare for kompetansen til å holde pasienten tilbake dersom vedkommende ønsker å forlate

¹²⁴ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999), s. 159

¹²⁵ Ot.prp.nr. 11 (1998-1999), s. 100

institusjonen. Også overfor pasienter innlagt på grunnlag av Phvl §§ 3-2 og 3-3 kreves det særskilt kompetansegrunnlag for øvrige tiltak og innskrenkninger i pasientenes frihet.

Pvhl § 4-2 (2) innebærer bare en begrensning overfor institusjonen, men ingen selvstendig rettighet for pasienten. Dette fremgår av ordlyden og forarbeidene, og legges til grunn av både Riedl og Dahl Elde, og Syse i deres respektive kommentarutgaver.¹²⁶ Det foreligger ikke direkte klageadgang ved påstand om brudd på bestemmelsen, men i følge Syse kan en pasient likevel indirekte påklage brudd på bestemmelsen ved å påklage rigide regler eller kreve seg utskrevet fra tvunget vern overfor Kontrollkommisjonen.¹²⁷ En pasient kan ikke få konstatert menneskerettsbrudd på selvstendig grunnlag, eller som ledd i tvistemål om utskriving etter § 7-1, jf Rt. 2004 s. 583.

Rettslig sett plikter likevel en institusjon å respektere bestemmelsen og dens innhold. Ved spørsmål om rettmessigheten av å pålegge pasientene ulike plikter, må bestemmelsen ha stor vekt. Samtidig verken må eller kan bestemmelsen strekkes så langt at denne hindrer helsepersonellet fra å overholde sin plikt til forsvarlighet etter Hpl § 4.¹²⁸ Helsepersonel er avskåret fra å kunne medvirke til gjennomføringen av pasientens valg dersom dette innebærer en handling eller et tiltak som ikke tilfredsstillter kravene etter Hpl § 4.

Phvl § 4-2 (2) innebærer en generell begrensning overfor institusjonens kompetanse

2.9 Kan institusjoners kompetanse til å pålegge plikter overfor pasientene variere i lys av hvor tiltaket gjennomføres?

Når pasienten i størst mulig grad skal få bestemme selv, taler dette for retten til selvbestemmelse kan relativiseres i lys av hvor i institusjonen dette i størst grad er mulig. Det er for eksempel ikke praktisk mulig å gjennomføre full selvbestemmelsesrett for alle pasientene i fellesmiljøet. Har institusjonen to fjernsyn eller én radio, og fem pasienter ønsker å se eller høre på ulike kanaler, sier resten seg selv. Videre kan en pasient for eksempel ikke få bestemme fullt over egen hygiene, hvor mye vedkommende skal kle på seg, med mer, i fellesmiljøet.

¹²⁶ Riedl og Dahl Elde (2008), s. 130 og Syse (2007), s. 114

¹²⁷ Syse (2007), s. 114

¹²⁸ Syse (2007), s. 383

Mens en pasient er innlagt, vil pasienten normalt tildeles eget rom. Forutsatt at pasienten har eget rom, vil dette rommet ha karakter av å være et mer privat sted enn institusjonens oppholdsrom i form av korridorer, stuer og kjøkken. Når pasienten har enerom, vil det være mulig at pasienten i større grad bestemmer selv og foretar ”dårlige” valg som i mindre går utover andre.

Inne på rommet vil pasienten foreta personlig hygiene og stell, kle på seg, sove og oppbevare personlige eiendeler under oppholdet. En kan si at pasientens mest private sfære og livsutfoldelse under oppholdet foregår her. Forutsatt at pasienten har enerom, er det klart at det i større grad lar seg gjøre å gi pasienten selvbestemmelsesrett på rommet. Når Phvl § 4-2 sier at det skal legges til rette for størst mulig grad av selvbestemmelse, og det i stor grad er mulig inne på pasientens rom, taler dette for en høy terskel for at pasienten ikke skal tilkjennes selvbestemmelse på rommet. Av forarbeidene til Pbrl, Phvl, Hpl og Sphl fremgår det gjennomgående at pasientens integritet og verdighet skal ivaretas og sikres. Så langt det er mulig å gi pasienten selvbestemmelsesrett på rommet, vil begrensninger i pasientens selvbestemmelse på rommet være i strid med lovenes formål.

Samtidig er et sentralt formål med pasientenes innleggelse at institusjonen skal tilby og faktisk yte helsehjelp. En institusjon er et behandlingssted, og ikke et permanent bosted for pasienten. Dette taler for at pasientens selvbestemmelsesrett også må modereres noe av hensyn til de ansatte slik at de ansatte evner å yte helsehjelp.

Praksis fra EMD støtter en relativisering av pasientens selvbestemmelse. EMD har bevisst latt være å fastlegge klare grenser for rekkevidden av artikkel 8. Dette fremgår blant annet av saken mellom Niemietz og Tyskland¹²⁹ hvor domstolen uttaler at artikkel 8s vern av ”inner circle” også kan gjelde i det offentlige og både i fritiden og i arbeidstiden. Samtidig må vernet etter artikkelen vurderes konkret, og vil gjelde med ulik tyngde i lys av hvor og hvordan det respektive tiltaket gjennomføres. Dette følger av forholdsmessighetsvurdering av om inngrepet er ”necessary in a democratic society.” Nødvendigheten av begrensninger i pasientens frihet og selvbestemmelse gjør seg i større grad gjeldende i fellesmiljøet enn inne på pasientens rom. I fellesmiljøet vil det være nødvendig med begrensninger for at institusjonen skal fungere.

¹²⁹ Application no. 13710/88

Dommen inntatt i Rt. 2010 s. 612 kan til dels anses som støtte for at det generelt foreligger en høy terskel for innskrenkninger i den enkeltes rett til selvbestemmelse under institusjonsopphold, men at retten likevel må nyanseres. I avsnitt 30 uttaler førstvoterende at ”Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige, men at “hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter.” Kjernen i saken var spørsmålet om forholdet mellom pasientens selvbestemmelse og hensynet til andre ved opphold på sykehjem. Uavhengig av uenigheter rundt den videre avveiningen og det endelige utfallet i saken, kan dommen ses som støtte til en høy terskel for innskrenkninger i den enkeltes selvbestemmelse, samt at denne retten må nyanseres. Dissensen skyldtes nettopp at mindretallet la større vekt på sykehjemsbeboerens integritet og rett til selvbestemmelse ved avveiningen av om inngrepet var ”uforholdsmessig byrdefullt.”

Dette taler for at pasientens selvbestemmelsesrett er relativ, og at institusjonens kompetanse til å pålegge plikter varierer i lys av hvor plikten pålegges. Det er for eksempel forskjell på å pålegge pasientene å dusje for å få sitte rundt kjøkkenbordet med øvrige pasienter sammenlignet med om pasienten bare sitter alene på rommet sitt.

Phvl § 4-2 (2) innebærer en generell skranke på institusjonens kompetanse til å pålegge plikter, og at bestemmelsen må veie særlig tungt ved spørsmål om å gjennomføre tiltak eller foreta andre innskrenkninger når den enkelte pasienten kan bestemme selv uten at dette går utover andre pasienter.

Institusjoners kompetanse til å pålegge plikter kan variere ut fra hvor tiltaket skal gjennomføres

2.10 Har pasienten rett til å bestemme innholdet i helsehjelpen?

Pasientens mulighet og rett til å påvirke helsehjelpens innhold reguleres av Pbrl § 3-1 (1). Av bestemmelsen fremgår det at pasienten “har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester,¹³⁰” og ved valg av “tilgjengelige og forsvarlige undersøkelses- og behandlingsmetoder.” Medvirkningens form skal vurderes ut fra pasientens evner til å gi og motta informasjon, jf Pbrl § 3-1 (1) siste pkt. Av annet ledd følger det at tjenestetilbudet skal

¹³⁰ Jf. Pbrl § 1-3 (1) bokstav d.

“så langt som mulig utformes i samarbeid med pasient[en].”

I forarbeidene uttales det at pasientens rett til medvirkning springer ut av respekten for den enkeltes liv og integritet.¹³¹ Pasienten har rett, men ikke plikt til å medvirke, og ved medvirkning lempes ikke dette helsepersonellens ansvar for helsehjelpen, og for å overholde sine plikter.¹³² Fordi en anser helsepersonell til å ha de beste kvalifikasjoner for å velge den best egnede metoden, har helsepersonellet det endelige valget og ansvaret for helsehjelpen.¹³³ Helsepersonellet har et grunnleggende ansvar for at helsehjelpen er forsvarlig, jf nedenfor om Hpl § 4. Pasientens syn og vurderinger skal være “tungtveiende argument i avgjørelsen,” og ved likeverdige alternativer er det “naturlig” at pasienten får velge.¹³⁴ Er pasienten uenig med de ansattes valg, kan pasienten kreve ny vurdering eller velge å motta behandling ved et annet sykehus.¹³⁵ Pasienten har derfor bare rett en absolutt rett til å delta og ytre et ønske om bestemte behandlingsformer og –metoder, og videre foreta det endelige valget om pasienten ønsker helsehjelpen som tilbys. I forarbeidene trekkes det frem at ressurs hensyn kan medføre at alternativer ikke anses likeverdige. Bestemmelsen skal føre til at pasienten i større grad inkluderes og blir inneforstått med aktuelle behandlingsalternativer, konsekvenser og det endelige valget av metode. Dette kan øke sannsynligheten for at behandlingen blir vellykket og at pasienten blir tilfreds.¹³⁶

I forarbeidene omtales spesielt behandler-pasient-forholdet innenfor psykisk helsevern.¹³⁷ Det uttales at pasientene ofte kommer i et “avhengighets- eller underlegenhetsforhold til sine hjelpere” og at dette kan gjøre det vanskelig for pasienten å uttrykke sine ønsker.¹³⁸ Pasienten ”må derfor vises imøtekommenhet,” at det ”bør vises romslighet” dersom pasientens alternative ønske ikke går utover institusjonens øvrige behandlingsopplegg.¹³⁹

Pasienten har ikke rett til å bestemme innholdet i helsehjelpen

¹³¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 65

¹³² Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

¹³⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 66

2.11 Kravet til forsvarlighet som begrensning på institusjoners kompetanse

Forsvarlighetskravene i Sphl § 2-2, Hpl §§ 4 og 16 innebærer en begrensning på institusjoners kompetanse til å pålegge plikter.

Etter Sphl § 2-2 plikter institusjonen å tilby og yte forsvarlige helsetjenester og legge til rette for at de ansatte kan overholde sine lovpålagte plikter. Sistnevnte følger også av Hpl § 16. Kravet etter Sphl § 2-2 innebærer at de helsetjenestene skal holde en viss minstestandard.¹⁴⁰ Bestemmelsen gjelder hele lovens virkeområde etter Sphl § 1-2 og må ses i lys av lovens øvrige bestemmelser om blant annet organisering og kvalitetssikring gjennom utvalg og internkontroll, samt bestemmelsene i Hpl.¹⁴¹ Eier og ledelse må blant annet sørge for at personellet har tilstrekkelig kompetanse og at institusjonen har forsvarlige vaktordninger, men hvilke tiltak som er nødvendige å iverksette er opp til eiere og ledere å bestemme.¹⁴²

Helsepersonell har en selvstendig plikt til å utføre sitt *arbeid* i samsvar med “krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp,” jf. Hpl § 4. Kravet er relativt ut fra hva som kan “forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig”

Av ordet “arbeid” følger det at kravet til forsvarlighet rekker lenger enn bare ytelsen av helsehjelp, og i realiteten gjelder alt de ansatte gjør overfor pasientene. Dersom de ansatte hjelper en pasient med å søke om trygdeytelser, må også dette gjøres i samsvar med forsvarlighetskravet. Etter annet ledd plikter helsepersonell å innhente bistand eller henvise pasienten videre dersom dette er “nødvendig og mulig.”

Forsvarlighetskravet innebærer at den enkelte skal opptre i samsvar med en faglig og rettslig norm for yrkesutøvelsen.¹⁴³ Kravet innebærer en minstestandard for hva som er “rimelig å forvente” av det respektive helsepersonellet i lys av objektive og subjektive elementer, og denne normen vil forandre seg over tid.¹⁴⁴ Innholdet i forsvarlighetskravet fastsettes i det enkelte tilfellet i lys av de konkrete omstendighetene.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.10 (1998-1999), s. 35 og 36

¹⁴¹ Ot.prp.nr.10 (1998-1999), s. 35 og 36

¹⁴² Ot.prp.nr.10 (1998-1999), s. 36 og 37

¹⁴³ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 34 og 37

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 34

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 37

I forarbeidene fremgår det videre at forsvarlighetsnormen er strengere enn både det strafferettslig og erstatningsrettslige ansvaret for å beskytte pasientene.¹⁴⁶ Det presiseres at det som er uaktsomt alltid vil anses uforsvarlig. Dette tilsier at det overfor ansatte i en institusjon innenfor psykisk helsevern er “rimelig å forvente” at de ansatte kjenner til og yter sitt arbeid i samsvar med faglige retningslinjer for “vanlig god praksis,” jf Lagmannsrettens dom i sak LB-2014-197486. Den nære tilknytningen mellom spørsmålet om svikt og forsvarlig ytelse av helsehjelp, taler for at helsedirektoratets retningslinjer også kan tilkjennes betydning ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til helsepersonells arbeid i institusjoner for psykisk helsevern.

Forsvarlighetskravet innebærer også en etisk plikt til at helsepersonell skal oppføre seg hensynsfullt og utvise respekt overfor pasientene, og ikke utnytte det avhengighetsforholdet som kan oppstå mellom pasient og helsepersonell.¹⁴⁷

Det enkelte helsepersonellet har blant annet plikt til å innhente tilstrekkelig informasjon om helsehjelpen, og formidle informasjon slik at pasienten har et forsvarlig beslutningsgrunnlag for sitt valg om å motta helsehjelp. Et gyldig samtykke forutsetter at pasienten “forsto” hva det ble samtykket til, og dette skal helsepersonell sørge for.¹⁴⁸

Annet ledd omhandler helsepersonell sitt ansvar for å kjenne egne faglige begrensninger, og plikt til å eventuelt innhente bistand eller henvise videre.¹⁴⁹ Dette vil gjøre seg gjeldende i en institusjon hvor det nesten alltid vil være tilgang på høyt kvalifisert helsepersonell i umiddelbar nærhet, slik at det enkelt kan henvises videre eller innhentes bistand dersom den enkelte har begrensede kvalifikasjoner på området. Det vil derfor som hovedregel være rimelig å forvente en høy faglig standard på det arbeidet som ytes. Samtidig plikter helsepersonellet å sørge for at pasienten blir behandlet av noen med *adekvat* kompetanse, og dette innebærer ikke et absolutt krav om at den best kvalifiserte utfører helsehjelpen, eller at alt mulig gjøres for den enkelte pasienten.¹⁵⁰ Forsvarlighetskravet kan også gjelde unnlattelse av å yte helsehjelp, slik at både beslutninger om å gjennomføre tiltak og beslutninger om å

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 36

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 38-40

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 39

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 37

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 37

ikke gjøre dette kan være uforsvarlige.¹⁵¹

I lovens kommentarutgave uttales det at omsorgsplikten må vurderes ut fra blant annet formålet med institusjonens virksomhet og pasientenes opphold, samt helsepersonell sine kvalifikasjoner.¹⁵² Et minimum vil være grunnleggende behov som ernæring, søvn og hygiene, samt livreddende behandling.

Av Phvl § 1-2 følger det at psykisk helsevern også omfatter den pleie og omsorg som undersøkelse og behandling av psykisk lidelse “krever.” Ordlyden taler for en begrenset rekkevidde. Samtidig kan det utledes en mer omfattende omsorgsplikt av Hpl § 4.

Kort oppsummert vil det være forskjell på hva som kreves etter Hpl § 4 overfor en overlege og en ufaglært, om vedkommende skal plastre et sår eller iverksette gjenoppliving, og om det er mulig og nødvendig å innhente hjelp fra andre med bedre kvalifikasjoner. Selv om det respektive helsepersonellet ikke har overtrådt forsvarlighetskravet i Hpl § 4, kan institusjonens praksis som helhet være i strid med kravet etter Sphtj § 2-2.¹⁵³ Den enkeltes manglende mulighet til å innhente nødvendig hjelp kan skyldes uforsvarlig bemanning ved institusjonen. Kravet gjelder alle sider ved institusjonen og det enkelte helsepersonellet sin virksomhet og ytelse av helsehjelp. Forsvarlighetskravet gjelder både vurderinger, beslutninger og gjennomføringen av tiltak. Også unnlattelse av å gjennomføre et tiltak eller pålegge en plikt vil kunne være uforsvarlig.¹⁵⁴

2.12 Hva har pasienten rettskrav på?

Av ordlyden følger det at pasienten har krav på ”nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten,” jf. Pbrl § 2-1 b.

I forarbeidene til siste endring av Pbrl § 2-1 b uttales det at pasientene har krav på nødvendig helsehjelp av en ”forsvarlig standard, basert på en individuell vurdering av behov.”¹⁵⁵ Av forarbeidene fra 1999 fremgår det at forsvarlighetskravet setter standard både for kvaliteten

¹⁵¹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 35

¹⁵² Befring og Ohnstad(2010), s. 58

¹⁵³ Ot.prp.nr.10 (1998-1999), s. 36

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 35

¹⁵⁵ Prop.118 L (2012-2013), s. 102

og kvantiteten av helsehjelpen, og innebærer en minstestandard.¹⁵⁶

I de nyeste forarbeidene uttales det videre at omfanget og nivået skal vurderes konkret, og at det derfor vanskelig å angi positivt hva pasienten har krav på.¹⁵⁷ Pasienten har ikke krav på en presist definert ytelse, med mindre en bestemt type tjeneste er eneste forsvarlige alternativ.¹⁵⁸ Det skal tas hensyn til pasientens ønsker og synspunkter, og pasientens skal gis en reell mulighet til medvirke, jf. Pbrl § 3-1. I ytterste konsekvens kan nekte å motta helsehjelpen, jf. Pbrl 4-1(2).

Av formålsbestemmelsen i Pbrl § 1-1 følger det at loven skal bidra til at pasienten sikres helsetjenester av ”god kvalitet,” mens Sphl § 1 skal ”bidra til å sikre tjenestetilbudets kvalitet.”

I følge Syse følger rettskravets innhold allerede av betingelsene for at pasienten skal ha rett til helsehjelp, se § 2-1b, jf. Pri.forsk § 2.¹⁵⁹

Etter betingelsene for rettskravet skal pasienten ha ”forventet nytte” av helsehjelpen, og dette innebærer at det må foreligge vitenskapelig dokumentasjon for at helsehjelpen faktisk kan gi forbedring i pasientens helsetilstand, jf. Pri.forsk § 2.¹⁶⁰

Videre må kostnadene ved å yte den respektive helsehjelpen stå i et ”rimelig forhold til tiltakets effekt.” Det skal dermed foretas en kost/nytte-vurdering både ved avgjørelsen om pasienten har rettskrav og ved avgjørelsen av hva pasienten har rettskrav på. Pasienten vil kunne ha krav på en lite kostbar ytelse med noe effekt istedenfor en veldig, men veldig kostbar ytelse. Samtidig må det materielle innholde helsehjelpen som ytes være ”nødvendig” for pasienten, jf. ordlyden.¹⁶¹

Aslak Syse skriver at det vil foreligge ”en viss motsetning mellom skjønnsmessige og helsefaglige vurderinger på den ene siden og klarheten i det juridiske rettighetspreget på den

¹⁵⁶ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999), s. 58

¹⁵⁷ Prop.118 L (2012-2013), s. 102

¹⁵⁸ Prop.118 L (2012-2013), s. 102

¹⁵⁹ Også Syse(2015), s. 198

¹⁶⁰ FOR-2000-12-01-1208, s. 7.

¹⁶¹ Se Syse(2015), s. 198

andre. Denne tilsynelatende motsetningen står helt sentralt ved tolkingen av – og vurderingen av – innholdet i den materielle rettigheten.”¹⁶²

2.13 Er institusjonens ytelse av helsehjelp begrenset til ytelse av psykisk helsevern?

Av Phvl § 1-2 fremgår det at ytelse av psykisk helsevern i utgangspunktet bare utgjør en del av spesialisthelsetjenestens ytelse av helsehjelp. Samtidig er også institusjoner innenfor psykisk helsevern underlagt bestemmelsene i Sphl, samt at helsepersonellet har selvstendige plikter etter Hpl.

I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) uttales det at psykisk lidelse må forstås i vid forstand, og at avgrensningen mot somatikken ikke utelukker “psykiatriske tilstander som helt eller delvis har organiske årsaker.”¹⁶³ Det fremgår videre at det foreligger en “gråsoner mellom somatikk og psykiatri som bare kan klargjøres gjennom medisinsk praksis.” Pasientens helhetsbehov skal være i sentrum, og at det derfor ikke er snakk om noe “lukket behandlingssystem.”

Helsepersonell har selvstendig plikt etter Hpl § 4 til å yte helsehjelp i tråd med den enkeltes faglige kvalifikasjoner, og skal innhente bistand eller henvise pasienter til andre dersom dette er “nødvendig og mulig.” Har en pasient behov for øvrig helsehjelp, vil det kunne være i strid med forsvarlighetskravet dersom de ansatte ikke yter nødvendig helsehjelp, innhenter bistand eller henviser videre til annet kvalifisert helsepersonell.

At institusjonen skal sørge for at pasienten får nødvendig helsehjelp kan til dels også utledes av Phvl § 1-2. Etter definisjonen omfatter ytelsen av psykisk helsevern også ”den pleie og omsorg” som undersøkelse og behandling av pasientens psykisk lidelse ”krever.” Krever pasientens psykiske lidelse at pasienten først ytes annen helsehjelp, må institusjonen sørge for at pasienten tilbys dette.

Dersom pasienten har behov for nødvendig helsehjelp utover ytelsen av psykisk helsevern, plikter institusjonen å enten yte helsehjelpen selv, eller innhente bistand fra andre innenfor helsetjenesten.

Institusjonens ytelse av helsehjelp er ikke begrenset til ytelse av psykisk helsevern.

3. Etableringen av psykisk helsevern og institusjoners kompetansegrunnlag

3.1 Institusjoners kompetanse gjennom samtykke

3.1.1 Hovedregelen om at helsehjelp gis på grunnlag av pasientens samtykke

¹⁶² Syse(2015), s. 176

¹⁶³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 42 og 43

Hovedregelen om at psykisk helsevern ytes på grunnlag av ”samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven” fremgår av Phvl § 2-1(1). Av bestemmelsen følger det at utgangspunktet er betingelsene for et gyldig avgitt samtykke etter Pbrl kapittel 4, og at det ved fravær av samtykke bare kan ytes psykisk helsevern på grunnlag av ”loven her.” Sammenholdt med Phvl § 1-2 innebærer dette at det vil foreligge tvang etter loven ved ethvert tilfelle av ”undersøkelse og behandling av mennesker på grunn av psykisk lidelse, samt den pleie og omsorg dette krever” hvor pasienten ikke har avgitt et gyldig samtykke.¹⁶⁴

Pasient- og brukerrettighetsloven bygger på det prinsipielle utgangspunktet om at helsehjelp ytes på grunnlag av et informert, frivillig samtykke, slik dette blant annet fremgår av Europarådets biokonvensjon artikkel 5 og det menneskerettslige vernet om privatlivet etter EMK artikkel 8.¹⁶⁵ Det helserettslige prinsippet følger i fortsettelsen av det alminnelige utgangspunktet om at ethvert menneske over 18 år er et autonomt individ med full selvbestemmelsesrett over sin frihet, sin helse og sitt liv.¹⁶⁶ For helserettslige spørsmål har personer i utgangspunktet kompetanse til å ta selvstendige beslutninger fra fylte 16 år, jf. Pbrl § 4-3. Aslak Syse omtaler 16 år som den ”helserettslige myndighetsalderen,” og dette er også utgangspunktet for ytelse av psykisk helsevern.¹⁶⁷

I forarbeidene trekkes det frem at samtykkets sentrale plass i behandlingssituasjonen kan begrunnes både fra en etisk og helsefaglig synsvinkel.¹⁶⁸ Etisk sett underbygger samtykkekravet respekten for menneskets integritet og menneskeverd. Å være pasient innebærer som regel en spesielt sårbar situasjon, og det å bli avskåret fra å bestemme over egen kropp og sjel er ikke mindre krenkende når individet er syk. Helsefaglig bygger samtykkekravet på at selvbestemmelse og medvirkning kan fremme pasientens tillit til helsevesenet, samt pasientens motivasjon og egeninnsats. I følge forarbeidene er det bred enighet om at pasientdeltakelse ofte vil være en forutsetning for et vellykket behandlingsopplegg.¹⁶⁹ Et samtale- eller miljøterapeutisk behandlingsopplegg vil ha begrenset eller ingen effekt dersom pasienten ikke selv er motivert og deltar aktivt i gjennomføringen.

¹⁶⁴ Aasen(2009), s. 1176

¹⁶⁵ Aasen(2009), s. 1176

¹⁶⁶ Syse, (2015), s. 382

¹⁶⁷ Syse, (2015) s. 409 og 56 flg.

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 80

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 80

Selv om pasienten først har samtykket til behandling, kan pasienten når som helst trekke dette tilbake, jf. Pbrl § 4-1 (2). I forarbeidene uttales det at ”Pasienten har på ethvert trinn av undersøkelsen eller behandlingen mulighet for å trekke sitt samtykke tilbake.”¹⁷⁰ Dette kan ses i sammenheng med at ”[e]thvert inngrep overfor enkeltmennesket, også innenfor helsevesenet, krever gyldig rettsgrunnlag.”¹⁷¹

Individet har i utgangspunktet ”full bestemmelsesrett i forhold til sin frihet, sin helse og sitt liv.”¹⁷² Denne retten blir som nevnt ansett som et helt sentralt hensyn, eller verdi, i vårt samfunn. Det er derfor unntakene som må rettferdiggjøres og begrunnes både gjennom lovgivningsprosesser, og i det enkelte tilfellet.¹⁷³ Samtykkereglene følger som en naturlig konsekvens av dette, og medfører at samhandlingen mellom pasient og personell i stor grad blir rettsliggjort.¹⁷⁴ Dette underbygges gjennom at det i utgangspunktet kreves samtykke for hver enkelt ytelse av helsehjelp.¹⁷⁵ Samtidig kan det leses ut av forarbeidene at samtykket ikke innebærer et alminnelig kontraktsforhold, og ikke må leses i ”mønster av hvordan normalindividet” fremstår i kontraktssammenheng.¹⁷⁶ Behandlingssituasjonens spesielle karakter og det faktum at samhandlingen og relasjonen mellom pasient og helsepersonell forutsetter et muntlig og flytende relasjonelt preg, særlig innenfor psykisk helsevern, innebærer at forholdet i utgangspunktet er lite egnet for formaliteter og rettslig regulering. Dette omtales nærmere nedenfor i forbindelse med formkravet.

3.1.2 Betingelsene for at samtykket skal være gyldig

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 flg. oppstiller flere betingelser for at samtykket skal være gyldig. Pasienten må ha fått tilstrekkelig informasjon, samtykket må være avgitt i riktig form, samtykket må gjelde et saksforhold som pasienten rettmessig kan samtykke til og pasienten må ha kompetanse til å kunne avgi samtykket. I tillegg må samtykket ha kommet i stand under rettmessige omstendigheter. I forarbeidene uttales det at samtykket må oppfylle

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 132

¹⁷¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 76

¹⁷² Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 76

¹⁷³ Syse(2006), s 318-319

¹⁷⁴ Syse(2015), s. 380

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 76

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 80

de alminnelige betingelsene til et gyldig samtykke, og heller ikke lide av tilblivelsesmangler i form av tvang.¹⁷⁷ I motsatt fall ville dette stride med kravene til forsvarlig helsevirksomhet.

I NOU 2011:9 oppsummeres og sammenfattes rettstilstand med henvisning til forarbeidene¹⁷⁸. I utredningen uttales det at “Kravene til et gyldig samtykke er relative og ikke uavhengig av hverandre. Jo mindre de personlige forutsetningene er hos pasienten, jo strengere må situasjonen rundt inngåelsen av samtykket vurderes for å utelukke at det foreligger tvang, svik, utbytting eller annet utilbørlig press. Jo mer inngripende tiltaket er, desto strengere krav må stilles til kvaliteten på samtykket med hensyn til informasjonskravet, beslutningskompetansen, samtykkets form og samtykkets rekkevidde.”¹⁷⁹

Aslak Syse skriver i samsvar med forarbeidene at også avtalerettslige ugyldighetsregler vil være relevante ved vurderingen av samtykkets gyldighet i en forvaltnings- og helserettslig sammenheng.¹⁸⁰ Syse oppstiller tre grunnleggende betingelser for at samtykket skal være gyldig. Betingelsene omtaler han som kravene til *personell kompetanse*, *prosessuell kompetanse* og *materiell kompetanse*.¹⁸¹ Disse forstår jeg som samsvarende med den vurderingen som også utredningen NOU 2011:9 legger opp til. Av pedagogiske årsaker velger jeg å gå nærmere inn på, og anvende Syse sin tilnærming. Når jeg omtaler de tre betingelsene han oppstiller samlet, bruker jeg begrepet kompetansebetingelsene for å skille dem fra kravet om kompetanse og kravet til kompetansens klarhet, se punkt 2.3 og 2.4.

Kravet til *personell kompetanse* innebærer at pasienten eller dennes representant må ha *formell rettshandelsevne* gjennom å være den riktige personen til å samtykke. Den som samtykker må videre ha nødvendig *habilitet* gjennom å ha tilstrekkelige forutsetning til å forstå situasjonen og konsekvensene av å samtykke.¹⁸²

I oppgaven legger jeg til grunn at pasientene er kompetente til å samtykke, jf. Pbrl § 4-3 (1). Samtidig vil det ut fra pasientens tilstand, hva det skal samtykkes til, og omstendighetene for øvrig, stilles ulike krav til de ansattes bidrag for å gjøre pasienten kompetent til å samtykke.

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81

¹⁷⁹ NOU 2011:9, s. 24

¹⁸⁰ Syse(2015), s. 387

¹⁸¹ Syse(2015), s. 388

¹⁸² Syse(2015), s. 388

Kravene til pasientens evne til å forstå det underliggende forholdet og konsekvensene av å samtykke vil variere i lys av tiltakets innhold. Dette kan lese ut av både informasjonskravets relativitet for at samtykket skal være gyldig, jf. nedenfor i punkt 3.3, og at helsepersonell plikter å legge forholdene til rette slik at pasienten kan samtykke, jf Pbrl § 4-3 (3) 2. Pkt. Endelig har helsepersonellet en selvstendige plikt til å sørge for at pasienten forstår hva vedkommende samtykker til, jf punkt 2.11.

Kravet til *prosessuell kompetanse* innebærer at samtykket må være avgitt på en formriktig måte under rettmessige omstendigheter. Dette deler Syse opp i tre underliggende betingelser. For det første må det ikke foreligge noen *tilblivelsesmangler* i form av svik, trusler eller lignende *fra* omgivelsene (pkt. 3.1.7.). Det må videre ha tilstrekkelig *kvalitet* ut fra omstendigheten, for eksempel at pasienten har fått tilstrekkelig informasjon (pkt 3.1.3) og avgitt samtykket frivillig. Selv om pasienten er under et sterkt press fra omgivelsene, kan samtykket likevel være avgitt frivillig, for eksempel dersom pasienten selv ønsker innleggelsen. Til slutt må samtykket også oppfylle eventuelle særskilte formkrav (pkt 3.1.4).

Kravet til *materiell kompetanse* innebærer at samtykket må gjelde et underliggende saksforhold som pasienten rettmessig kan samtykke til (pkt. 3.1.5).¹⁸³

I følge Syse vil samtykket kunne anses ugyldig ved brudd på en av betingelsene, men må samtidig ses i lys av hvilken type mangel eller mangler samtykket har.¹⁸⁴ I avtaleretten skilles det mellom om en tilblivelsesmangel er sterk eller svak, og om ugyldigheten innebærer helt eller delvis ugyldighet.¹⁸⁵ Avtalelovens¹⁸⁶ ugyldighetskapittel gjelder bare på ”formuerettens omraade,” jf. § 41, men kan bli anvendt analogisk utenfor avtaleretten.¹⁸⁷ Syse viser til at det er forskjell på om omgivelsene forsettlig utøver grov tvang, eller i god tro presser pasienten til å samtykke. Utgangspunktet her er at pasienten skal samtykke til noe som er fordelaktig *for* pasienten, og som må tilfredsstillende krav til både medisinfaglighet og omsorgsfull hjelp. Kravene til de ulike betingelsene vil altså kunne være avhengige av hverandre.¹⁸⁸ I det

¹⁸³ Syse(2015), s. 389

¹⁸⁴ Syse(2015), s. 389

¹⁸⁵ Giertsen(2014), s. 143 og 157-158

¹⁸⁶ Lov 31. Mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljesærklæringer

¹⁸⁷ Giertsen(2014), s. 157

¹⁸⁸ Syse(2015), s. 390

følgende vil jeg omtale de tre kravene samlet som kompetansebetingelsene for å skille disse fra den negative tilnærmingen til legalitetsprinsippet som jeg omtaler som kompetansekravet, jf punkt 2.3 og 2.4.

Kravet til pasientens personlige forutsetninger må ses i lys av hvilket tiltak samtykket gjelder, hvilke omstendigheter samtykket gis under, og hvilket formkrav som (bør¹⁸⁹) stilles. Har pasienten begrensede forutsetninger, eller samtykket gjelder et omfattende og risikofylt tiltak, kan, og må, pasientens personelle kompetanse styrkes gjennom at informasjonen om tiltaket tilpasses og formidles på en slik måte at pasienten forstår omfanget og eventuelle konsekvenser av tiltaket. Tilsvarende kan samtykkets kvalitet styrkes gjennom at det innhentes et uttrykkelig eller skriftlig samtykke. I nødsituasjoner vil det derimot være lite praktisk å innhente et informert samtykke, slik at kravene til alle betingelsene lempes.¹⁹⁰ I følge Syse vil et gyldig samtykke være betegnelsen på et resultat av en rettslig prøving av de tre kompetansebetingelsene, og resultatet vil i praksis være uavhengig av om en velger en forvaltningsrettslig eller avtalerettslig tilnærming til etterprøvingen.¹⁹¹ I fortsettelsen vil jeg ha som mål å gjøre rede for hva de ansatte må gjøre for at samtykket skal bestå en prøving av kompetansebetingelsene.

3.1.3 Retten til nødvendig informasjon

For at samtykket skal være gyldig må pasienten ha fått “nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen,” jf. Pbrl § 4-1 (1) 2.pkt. Informasjonen skal pasienten gis uten å måtte be om det.¹⁹² Etter Hpl § 10 har helsepersonell plikt til å gi denne informasjonen.

Reglene i Pbrl gjelder for etableringen og gjennomføringen av psykiske helsevern, jf. Phvl § 1-5. Av Pbrl § 3-2 (1) 1.pkt følger det at pasienten skal ha ”den informasjon som er nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen.” I utgangspunktet skal det gjøres unntak dersom å gi informasjon er i strid med pasientens ”uttrykte vilje,” jf. Pbrl § 3-2 (2). Videre *kan* det unnlates i gi informasjon dersom det er ”påtrengende nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv,” eller at å gi

¹⁸⁹ Formkravet er relativt og må ses i lys av øvrige kompetansebetingelser

¹⁹⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81

¹⁹¹ Syse(2015), s. 392

¹⁹² Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 70

pasienten informasjon er “klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær,” jf. Pbrl § 3-2 (3).

Ordet ”nødvendig” taler for at kravet til informasjon er relativt og beror på en konkret vurdering av pasientens behov og nytte av informasjon i det enkelte tilfellet. Dette underbygges av at informasjonen gjelder den enkelte pasienten *sin* helsetilstand, og innholdet i helsehjelpen. Ordet ”innsikt” i Pbrl § 3-2 taler for at bestemmelsen skjerper kravet etter § 4-1. Innsikt forutsetter en viss subjektiv forståelse av informasjonen, mens informasjon bare innebærer at pasienten fysisk har fått opplysninger om noe. En pasient vil ha fått informasjon, men neppe innsikt i helsetilstanden dersom vedkommende bare får utdelt et skriv hvor helsetilstanden er beskrevet med de latinske faguttrykkene. I forarbeidene presiseres dette gjennom at “informasjon er det som oppfattes av pasienten – ikke det som blir uttalt overfor vedkommende.”¹⁹³

Informasjonen må tilpasses pasientens individuelle forutsetninger som alder, modenhet, erfaring, samt kulturelle og språklige bakgrunn, jf. Pbrl § 3-5. Av ordlyden fremgår det at formidlingen skal foregå på en hensynsfull måte, og det skal ”så langt mulig” sikres at pasienten har forstått innholdet og betydningen av opplysningene. Forbeholdet om så langt mulig følger av det ikke alltid vil være mulig å formidle en pasient informasjon, for eksempel dersom helsepersonellet og pasienten ikke har et felles språk å kommunisere gjennom.

Pasientens rett til informasjon omtales som en sentral del av pasientens autonomi og integritet, og anses som et sentralt element av rettssikkerhetsidealet.¹⁹⁴ Informasjon kan være viktig for pasientenes forutberegnelighet, og bidra til tillit og tilfredshet.¹⁹⁵ Det fremgår videre at hensynet til pasientens integritet tilsier at pasienten *regelmessig* skal ha adgang til opplysninger om sin helsetilstand og den helsehjelpen som ytes. At pasienten fortløpende skal oppdateres kan ses i sammenheng med at pasientene vanligvis etablerer et frivillig forhold til helsevesenet, og at pasientene i utgangspunktet kan trekke seg fra behandlingen når som helst, jf. Pbrl § 4-1 (2).¹⁹⁶ Innføringen av elektronisk tilgang til egen helsejournal bidrar positivt til å styrke pasientens tilgang til opplysninger, så fremst pasienten har evner og fysisk tilgang til å logge seg på internett.

¹⁹³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 73

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 69

¹⁹⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 69

¹⁹⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 76

I forarbeidene trekkes pasientens funksjonsnivå og eventuelle funksjonshemminger frem som grunnlag for å tilpasse formidlingen av informasjon.¹⁹⁷ Pasientens psykiske lidelse kan berøre pasientens evne til å oppfatte informasjon, og derfor kreve særlig tilpasning. Det avgjørende er at pasienten oppfatter informasjonens innhold. Helsepersonellet plikter eventuelt å tilpasse informasjonen, for eksempel ved å gi informasjon skriftlig, på døvespråk, blindeskrift eller ved å innhente tolk.¹⁹⁸ Det skal ikke gjøres unntak eller lempes på pasientens rett til informasjon selv om pasientens forutsetninger gjør formidlingen av informasjonen krevende eller medfører ekstra arbeid.¹⁹⁹

Pasienten har rett til nødvendig informasjon om det enkelte tiltaket, formålet, diagnose, prognose og alternative behandlingsmåter, samt den videre tiltente behandlingen.²⁰⁰ Pasienten skal ha informasjon om ”mulige risikoer og bivirkninger,” jf Pbrl § 3-2 (1) 2.pkt.

Informasjonen må være tilstrekkelig til at pasienten faktisk har mulighet til å medvirke i samsvar med Pbrl § 3-1, og kan avgi et gyldig samtykke.²⁰¹ Selv om legen forutsettes å vite best, er det pasienten som skal ta den endelige beslutningen om pasienten ønsker helsehjelpen.²⁰² Det er ikke pasienten som bestemmer hva helsehjelpen skal bestå i, jf. ovenfor om retten til medvirkning. Samtidig går informasjonsplikten lenger enn det som er nødvendig for å dekke disse formålene, herunder at pasienten vil kunne ha behov for informasjon for å kunne planlegge sitt fremtidige liv.²⁰³

Omfanget av informasjon må ses i lys av tiltakets art, hvor omfattende, smertefullt eller risikofullt tiltaket er, og om tiltaket eventuelt kan medføre spesielle komplikasjoner. Også omstendighetene må tas i betraktning, slik at kravet vil anses lempeligere i akutte situasjoner hvor det må ytes øyeblikkelig hjelp, for eksempel dersom pasienten er i livsfare.²⁰⁴

Enhver pasientene vil ha ulik helsetilstand, forskjellig psykisk lidelse, diagnose, prognose og faktisk utvikling som vil påvirke innholdet i helsehjelpen. Det faktiske sykdomsforløpet vil være individuelt og dynamisk.²⁰⁵ I tilknytning til det enkelte tiltaket er det forskjell på hvor

¹⁹⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 73

¹⁹⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 73

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 73

²⁰⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 69 og 132

²⁰¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 70

²⁰² Ot.prp nr.12 (1998-1999), s. 76

²⁰³ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 70

²⁰⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

²⁰⁵ Se debatten om innføring av ”pakkeforløp” innen psykiatrien,

mye informasjon som er nødvendig ved blodprøvetaking sammenlignet en blindtarmoperasjon. Tilsvarende er det forskjell mellom samtalerapi, medikamentell behandling og ECT-behandling.

Retten til informasjon omfatter alle former for helsehjelp og begrenser seg ikke til den enkelte behandlingen.²⁰⁶ Det sentrale er at pasienten har et “forsvarlig beslutningsgrunnlag” og at informasjonen er tilstrekkelig til at pasienten etter omstendighetene kan avgi et gyldig samtykke til undersøkelsen eller behandlingen.²⁰⁷ Samtidig er retten etter Pbrl avgrenset til informasjon om pasientens helsetilstand og helsehjelpen, slik at informasjon om andre rettigheter som sosial- og trygdeytelser, faller utenfor.²⁰⁸ For å yte arbeidet i tråd med kravene til ”omsorgsfull hjelp” kan helsepersonell likevel ha informasjonsplikt utover Pbrl § 3-2, jf Hpl § 4.

Henriette Sinding Aasen skriver at informasjonssvikt som innebærer at samtykket er utilstrekkelig vil krenke pasientens negative selvbestemmelsesrett, og samtidig vil manglende informasjon kunne krenke pasientens mulighet til å anvende sin positive selvbestemmelsesrett i en beslutning av betydning for pasientens videre liv.²⁰⁹

3.1.4 Kravet til samtykkets form

Etter Pbrl § 4-2 (1) kan samtykket gis ”uttrykkelig eller stilltiende.” Av forarbeidene fremgår det at samtykkeformene i utgangspunktet er sidestilt, og at en antar at stilltiende samtykke vil være det mest vanlige.²¹⁰ Det foreligger ikke krav til skriftlighet etter Pbrl, mens Phvl bare krever skriftlighet for samtykke til tilbakehold etter § 2-2. Følgelig kreves det ikke skriftlighet i tilknytning til verken etableringen eller gjennomføringen av frivillige innleggelse. I et avtalerettslig perspektiv er formkravet heller ikke av betydning, slik dette følger av prinsippet om at muntlige og skriftlige avtaler er like bindende.²¹¹

<http://henrikvogt.com/2015/09/21/dette-er-en-samleside-for-debatten-om-pakkeforlop-i-psykiatri/>, særlig <http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Debatt-om-psykisk-helse-n-pakke-for-alle-8125295.html>, Tor Levin Hofgaard, president i Norsk psykologforening, publisert 14.08.15 kl 13.41, oppdatert 14.08.15 kl 13.41, sist lest 20.03.2016

²⁰⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 69

²⁰⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81 og 132, s. Aasen(2000), s. 405

²⁰⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 69

²⁰⁹ Aasen(2000), s. 38

²¹⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81

²¹¹ 5-1-1 i Kong Christian Norske Lov 15. April 1687.

Et uttrykkelig samtykke vil foreligge dersom pasienten i skriftlig eller muntlig form uttrykker overfor helsepersonellet at det gis tillatelse til å iverksette det enkelte tiltaket.²¹²

Etter Pbrl § 4-2 (1) 2.pkt foreligger det et stilltiende samtykke dersom det kan antas at pasienten godtar helsehjelpen ”ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig.” Dette uttales tilsvarende i forarbeidene til Phvl § 2-1.²¹³ Ordet ”og” taler for at det må gjøres en samlet vurdering hvor pasientens handlemåte ikke er tilstrekkelig alene. Foreligger det omstendigheter som tilsier at pasienten ikke har gitt sin tilslutning til det materielle innholdet, må samtykket anses ugyldig. Dette har helsepersonell plikt til å forsikre seg om, jf. Pbrl § 3-5 og Hpl § 4. Slike omstendigheter kan være at pasienten er i sjokktilstand, blir overrumplet eller at pasienten er under et utilbørlig press fra omgivelsene.

I forarbeidene til Pbrl uttales det at en må kunne gå ut fra at pasienten har samtykket dersom vedkommende ikke protesterer mot tiltaket “etter å ha fått tilstrekkelig informasjon etter § 3-2 og har fått mulighet til å medvirke etter § 3-1.”²¹⁴ Dette forutsetter at det ut fra pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig ikke anses nødvendig med et uttrykkelig samtykke. I forarbeidene til Phvl § 2-1 presiseres det at ”fravær av motstand ikke [er] nok.”²¹⁵

Uttalelsen tilsier at pasienten må gjøre et eller annet aktivt som gir holdepunkter for at pasienten faktisk gir sin aksept av det materielle innholdet i samtykket. Tore Roald Riedl og Wenche Dahl Elde legger også dette til grunn i sin kommentarutgave til Phvl. De skriver at ”[r]en passivitet fra pasientens side er således ikke tilstrekkelig.”²¹⁶

Departementet bemerker at det overfor pasienter tilhørende visse kulturkretser må vurderes om det er tilstrekkelig med et stilltiende samtykke.²¹⁷ Etter samiske kultur gjelder for eksempel uttrykket ”den som tier samtykker ikke.”²¹⁸ Videre fremgår det at visse typer helsehjelp kan kreve mer gjennomtenkning og vurdering. Dette kan skyldes potensielt alvorlige komplikasjoner, bivirkninger eller at helsehjelpen oppstiller viktige etiske spørsmål. I så tilfelle kan det være nødvendig med et mer uttrykkelig samtykke.

²¹² Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81

²¹³ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 153

²¹⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 132

²¹⁵ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 153

²¹⁶ Riedl og Dahl Elde (2008), s. 52

²¹⁷ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81

²¹⁸ Brenna(2005), s 271

Henriette Sinding Aasen skriver at begrunnelsen for ”relativiseringen av samtykkekravet er at hensynet til *selvbestemmelse* gjør seg gjeldende med ulik styrke: Jo alvorligere inngrep det er snakk om, jo større interesse har individet i å ta stilling til om inngrepet skal gjennomføres(Aasens egen kursivering),” siden det gjør seg gjeldende en stigende formodning om at pasienten har motforestillinger mot inngrepet.²¹⁹

I forarbeidene til Pbrl drøftes spørsmålet om det skal innføres et generelt krav om skriftlig samtykke. Departementet kommer etter hvert til at et krav om skriftlig samtykke kan føre til at pasienten bare tilbys skriftlig informasjon, og at man “legger mindre vekt på den personlige samtalen mellom helsepersonell og pasient.”²²⁰ Det følger videre at “et eventuelt krav om skriftlig samtykke ikke kan erstatte kravene til tilfredsstillende informasjon fra helsepersonell, og at et skriftlig samtykke rettslig sett ikke har større verdi enn et muntlig eller stilltiende samtykke.” Departementet foreslår derfor egen forskriftshjemmel om at det kan gis forskrift om ytterligere formkrav.²²¹ Denne fremgår av Pbrl § 4-2 (2). Forskriftshjemmelen er ikke anvendt innenfor psykisk helsevern. Kravet om skriftlig samtykke til tilbakehold i institusjon følger direkte av lov, jf Phvl § 2-2.

Spørsmålet om formkravet tas på nytt opp i NOU 2011:9 hvor en med henvisning til forarbeidene kommer frem til en sammenfallende konklusjon.²²² Her presiseres det at “et skriftlig samtykke ikke nødvendigvis [vil] bety at samtykket faktisk er gyldig. Det må derfor understrekes at et krav om skriftlighet ikke kan erstatte helsepersonellens plikt til å sørge for å etablere et forsvarlig beslutningsgrunnlag for pasienten, at informasjonsformidlingen skal tilpasses pasientens forutsetninger og behov, og at pasienten er samtykkekompetent.” Er helsepersonellet i tvil om pasienten har forstått informasjonen eller hva det samtykkes til, må helsepersonellet forsikre seg om dette. Eventuelt må informasjonen gis på nytt, og det må innhentes et nytt samtykke.

Kravet til samtykkets form og kravet til kompetansens kan ses i sammenheng ettersom begge skjerpes i takt med tiltakets omfang og/eller alvorlighet. Et uttrykkelig samtykke er et klarere kompetansegrunnlag enn et stilltiende. Tilsvarende er et skriftlig samtykke enda klarere enn et muntlig. Samtidig er ikke det faktum at pasienten skriver under på et papir ensbetydende med at pasienten har forstått konsekvensene av å skrive under på papiret. Som det fremgår like

²¹⁹ Aasen(2000), s. 274

²²⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 81 og 82

²²¹ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

²²² NOU 2011:9, s. 27

ovenfor, var dette begrunnelsen for å ikke lovfeste et krav om skriftlig samtykke. Det vil i ettertid være vanskelig for pasienten å nå frem med at samtykket ikke er gyldig dersom dette var avgitt skriftlig. En pasient som fullt ut har forutsetninger til å sette seg inn og forstå hva samtykket innebærer, kan likevel på grunn av omstendigheter som sykdom, tvang, uvitenhet, faktisk villfarelse eller likegyldighet være midlertidig ute av stand til å avgi et gyldig samtykke.²²³

3.1.5 Kravet til samtykkets materielle innhold

Samtykket må gjelde et underliggende forhold som pasienten rettmessig kan samtykke til. Pasienten kan for eksempel ikke samtykke til noe som er forbudt. Et samtykke til helsehjelp i strid med forsvarlighetskravet i Hpl § 4, eller barmhjertighetsdrap er derfor ikke gyldig, jf. Rt. 2000 s. 646.²²⁴ I forarbeidene til Pbrl uttales det at et samtykke fra pasienten om å ta pasientens liv er ugyldig, og at handling vil være straffbart både etter Hpl og Strl.²²⁵ Et samtykke til tilbakehold må gjøres etter betingelsene i Phvl § 2-2.

Frihagen skriver at den private som berøres av myndighetenes tiltak kan ha adgang til å ”godta tiltaket ved avtale eller ved ensidig samtykke,” men forutsetter at det ”ikke må være lovbestemmelser eller direktiver fra overordnede organer som forbyr forvaltningen å foreta det det her er snakk om.”²²⁶ Han viser til at når loven selv angir hvordan ekteskapet skal oppløses og hvilken betydning partenes enighet skal tilkjennes, kan ikke myndighetene uten videre treffe vedtak om å oppheve ekteskapet selv om partene samtykker.²²⁷

3.1.6 Pasientens forutsetninger, omstendighetene og rekkevidden av samtykke

I oppgaven legges det til grunn at pasientene har personell kompetanse til å kunne samtykke. Det vil si at pasientene under normale forhold har evne til å forstå hva samtykket innebærer. Etter Pbrl § 4-3 kan kompetansen helt eller delvis bortfalle dersom det er ”åpenbart” at pasienten ”ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.” Av ordlyden følger det at terskel er høy for at kompetansen skal bortfalle. Samtidig må pasientens kompetanse til å samtykke vurderes konkret ut fra pasientens forutsetninger, hva det skal samtykkets til, og

²²³ Aasen(2000), s. 151

²²⁴ Syse(2015), s. 384

²²⁵ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 76

²²⁶ Frihagen(1991), s.133

²²⁷ Frihagen(1991), s.131

omstendighetene for øvrig. Det vil si at en pasients samtykkekompetanse kan variere fra dag til dag og i lys av hva det er snakk om å samtykke til. Det er forskjell på om pasienten skal samtykke til en blodprøve eller en blindtarmoperasjon, jf også retten til informasjon i punkt 3.3.3.

Etter tredje ledd plikter helsepersonell å legge til rette for at pasienten i størst mulig grad kan samtykke til helsehjelp. Selv om det legges til grunn at pasienten til slutt kan samtykke, vil dette være betinget av at de ansatte i ulik grad tilpasser situasjonen, herunder informasjonen, slik at pasienten kan avgi et gyldig samtykke.

I spesielle situasjoner eller under visse omstendigheter kan enhver person bli så preget at vedkommende ikke evner å ta inn over seg informasjon, og videre forstå innholdet og virkningene av å samtykke til noe. Det å være innlagt på institusjon og møte mange nye mennesker i ukjente omgivelser, bli underlagt nye rutiner, samt forholdet mellom helsepersonell og pasient, vil kunne innebære at pasienten har vansker med å forholde seg til ”alt det nye.”

Både strafferettslig og avtalerettslig kan omstendigheter rundt en handling tilkjennes betydning for handlingens rettslige virkning. Etter Strl 2005 § 25 kan en ellers straffbar handling likevel bli straffri dersom gjerningsmannen hadde en feilaktig oppfatning av den faktiske situasjonen, såkalt faktisk uvitenhet, på handlingstidspunktet. Dette gjelder uavhengig av om gjerningsmannen ellers anses som normalt forstandig og var tilregnelig på handlingstidspunktet.

Av Avtaleloven § 33 følger det at virkningen av en ellers gyldig ”viljeserklæring” kan bortfalle dersom det ut fra omstendigheter som det antas at den andre part kjente til, ville stride mot redelighet eller god tro om avtalen ble gjort gjeldende. Et frivillig samtykke kan langt på vei anses som en ”viljeserklæring,” selv om dette ikke gjelder et gode formuerettens område. Hensynet til respekt for pasientens integritet og selvbestemmelse, samt forsvarlighetskravet, taler for at et avgitt samtykke som ellers oppfyller lovens betingelser, ikke skal gis bindende virkning overfor pasienten dersom de ansatte ut fra omstendighetene måtte anta at pasienten ikke var innforstått med hva han eller hun faktisk samtykket til. I

forarbeidene uttales det eksplisitt at samtykket ikke gis under tvang, trusler eller utilbørlig press.²²⁸

I avtaleretten er et grunnleggende prinsipp at avtaler tolkes i tråd med partenes forståelse av avtalen, eller som det uttales i Rt. 1993 s. 564 (s. 569); ”Det primære formål ved all kontraktstolking er å finne ut hva partene har ment.” I relasjon til samtykket er spørsmålet hva pasienten har forstått og videre ”ment” å samtykke til. Hva pasienten har ment å samtykke til, kan være både mer og mindre enn den formidlede informasjonen. Pasienten kan for eksempel ha spesielle forutsetninger for å kjenne innholdet og følgene av tiltaket. Så lenge samtykket dekker det respektive tiltaket, og øvrige betingelser er oppfylt, vil det være uten betydning at pasienten eventuelt har sett for seg at tiltaket skulle være mer omfattende.

Forsvarlighetskravet tilsier at de ansatte må foreta en faglig forsvarlig vurdering av om pasientens forutsetninger og omstendighetene for øvrig tilsier at pasienten evner å oppfatte og ta stilling til den informasjon pasienten er gitt, og videre om pasienten i tilstrekkelig grad evner å forstå hva det respektive samtykket innebærer. I forarbeidene til Hpl uttales det et gyldig samtykke forutsetter at pasienten ”forsto” hva pasienten faktisk samtykket til.²²⁹

Har pasienten svekket personell kompetanse, må dette kompenseres gjennom styrking av prosessuell kompetanse. I slike tilfeller må de ansatte i større grad sikre at pasienten skjønner innholdet og konsekvensene av å samtykke. Har pasienten omfattende personell kompetanse, for eksempel inngående kunnskap om tiltaket og hva dette innebærer, kan dette lempe på kravet til den prosessuelle kompetansen. I så tilfelle kan det stilles mindre krav til at pasienten formidles informasjon.

Har pasienten gode forutsetninger til å forstå hva det samtykkes til, lempes både kravet til å gi informasjon, til måten informasjonen formidles på og til å forsikre seg om at pasienten forstår konsekvensene av å samtykke. Likevel må de ansatte forsikre seg om at pasienten faktisk har forstått hva han eller hun til enhver tid samtykker til. Det er ikke alltid samsvar mellom det en person uttaler og det en annen person oppfatter, og her plikter de ansatte å sikre at pasienten har oppfattet informasjonen. Tiltakets kompleksitet, dets konsekvenser eller risiko, kan også

²²⁸ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

²²⁹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 39)

innebære at de ansatte i større grad plikter å informere utfyllende om tiltaket for at pasienten i tilstrekkelig grad skal forstå hva han eller hun samtykker til.

Videre må være *påregnelig* at pasienten har overskuet eventuelle konsekvenser av sitt samtykke.²³⁰ I motsatt tilfelle må det innhentes særskilt tillatelse for å iverksette tiltaket. I tilknytning til stilltiende samtykke uttales det at pasienten må ha hatt mulighet til å vurdere sin situasjon, for deretter å foreta et valgt som fremgår av atferden.²³¹ Altså at pasienten må gis tid til å faktisk kunne vurdere om vedkommende ønsker å samtykke eller ikke. Hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse taler for at dette gjelder uavhengig av samtykkeform, men at dette er særlig aktuelt i tilknytning til samtykke gjennom konkludent atferd. Forsvarlighetskravet og helsepersonell sitt ansvar for å sikre at samtykket er gyldig innebærer at de ansatte har en selvstendig plikt til å sørge for at pasienten ikke foretar en forhastet beslutning om å samtykke. Dette underbygges også av lovens formålsbestemmelse om ivaretagelse av respekten for pasientens integritet og menneskeverd, og hensynet til å fremme tillitsforholdet mellom pasient og helse- og omsorgstjenesten.

3.1.7 Kompetanse gjennom pasientens samtykke til en innleggelse

Av Phvl § 2-1 følger det at en frivillig etablering av psykisk helsevern, og innleggelse i institusjon, bare kan bygge på et gyldig samtykke etter reglene i Pbrl kapittel 4. For at samtykket til innleggelsen skal være gyldig, må samtykket tilfredsstillende betingelsene om personell, prosessuell og materiell kompetanse. Samtykket må være avgitt frivillig, informert og i riktig form, samt at innleggelsen og det materielle innholdet i institusjonsoppholdet må være rettmessig. Samtykkets materielle innhold gjelder det faktum at institusjonen, uavhengig av pasientens vilje, plikter å respektere de rettslige skranker som påligger institusjonen.

Rekkevidden av samtykket til innleggelsen er begrenset til innleggelsen som selvstendig tiltak. Helsepersonell kan ikke “sette i verk undersøkelses- eller behandlingstiltak som har en helt annen karakter enn det pasienten har gitt samtykke til.”²³² For disse kreves det selvstendig kompetansegrunnlag.²³³ I forarbeidene eksemplifiseres dette med at et samtykke til undersøkelse ikke nødvendigvis innebærer at pasienten samtykker til å eventuelt iverksette

²³⁰ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999), s. 82

²³¹ Ot.prp.nr. 12 (1998-1999), s. 81

²³² Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

²³³ Ot.prp.nr 12 (1998-1999), s. 76

behandling av det undersøkelsen avdekker.²³⁴ Det følgende spørsmålet blir hva som er innleggelsens karakter, og hva samtykket til innleggelsen faktisk og rettslig innebærer, og i hvilken grad institusjonen kan utlede kompetanse av dette.

Eckhoff og Smith skriver at erklæringer om at pasienten ”er kjent med” eller ”forplikter seg å overholde” husregler eller lignende som innebærer ”vesentlig sterkere frihetsinngrep” enn de respektive reglenes utgangspunkt, vil kreve hjemmel i lov.²³⁵ De omtaler her reglene i Helse- og omsorgsloven § 12-4. Sivilombudsmannen legger til grunn det samme i sin uttalelse i sak 634/2011.

3.1.8 Det materielle innholdet i samtykket til en innleggelse

Det karakteristiske med en innleggelse er at pasienten løsrives fra sine vanlige omgivelser og midlertidig flytter inn i institusjonen. Pasientens adgang til institusjonens bygninger og tildelingen av en seng å sove i, kan omtales som en del innleggelsens statiske innhold. Enhver innleggelse i institusjon innebærer nærhet til faglig kvalifisert helsepersonell som tilbyr og yter av helsehjelp. Videre innebærer en innleggelse tilfredsstillende av grunnleggende behov for mat, et rom med seng, trygge omgivelser, et visst sosialt miljø. Disse sidene av innleggelsen er i utgangspunktet fordelaktig for pasientene, og kan i liten grad sies å gripe inn i pasientens integritet. Dette er forhold som den enkelte pasienten må kunne forventes å forstå uavhengig av pasientens tilstand, og om dette blir eksplisitt formidlet til pasienten. Også at en innleggelse innebærer innskrenkninger i pasientens selvbestemmelse i form aksept av visse regler og rutiner, må en kunne forvente at en pasient forstår. Dette er i tråd med uttalelsen i forarbeidene om ”påregnelige” konsekvenser, og førstvoterende i Rt. 2010 s. 612 om ”naturlige konsekvenser av institusjonsoppholdet.”²³⁶ Institusjoners nærmere kompetanse til å utferdige egne regler omtales så vidt nedenfor i punkt 3.1.10, og primært i punkt 3.2.1 om institusjoners kompetanse med hjemmel i eierrådigheten.

Til tross for et spesielt faktum og klare forskjeller mellom innleggelse i institusjon og sykehjemsopphold, kan førstvoterende sin uttalelse ha mye for seg også for andre typer institusjonsopphold. Hva som er ”naturlige konsekvenser” kan vurderes konkret i forhold til

²³⁴ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 82

²³⁵ Eckhoff og Smith(2014), s. 354

²³⁶ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 79 (s. 82), Rt 2010 s. 612, avsnitt 32

ulike typer institusjonsopphold i lys av institusjonens art og formål, og hva som er påregnelige konsekvenser av det respektive institusjonsoppholdet.²³⁷

Formålet med at pasienten løsrives fra sine vannte omgivelser kan i seg selv være å bedre eller forhindre forverring av pasientens psykiske lidelse. Bare det at pasienten skånes fra sine hverdagslige omgivelser *kan* virke inne på pasientens tilstand. Opplever pasienten egne omgivelser, for eksempel familiemedlemmer som aggressive eller skremmende, kan det at pasienten midlertidig bor borte og skånes fra sine vanlige omgivelser bedre pasientens psykiske lidelse. Samtidig vil den enkelte pasientens behov og eventuelle nytte av en innleggelse i stor grad følge av årsaken og formålet med den enkelte innleggelsen. Dette vil variere mellom de ulike pasientene, og knytter seg til innleggelsers dynamiske og individuelle side. I en institusjon foregår det mye aktivitet både med tilknytning til undersøkelse og behandling, og andre sider av å bo tett på andre mennesker. Dette beror til enhver til på individuelle forhold ved pasientene og de ansatte, og dreier seg om konkrete handlinger i form av alt fra utdeling av medisin, behandlingsrelaterte samtaler til uformelle samtaler og gåturer, klesvasking og matlaging.

Pasienter som lider av angst, frykt eller depresjon vil normalt ha et særlig behov for aktive handlinger i form av tryggende og positiv stimulering. Motsetningsvis vil en pasient som lider av ulike former og grader av hypomani gjerne vil ha behov for minst mulig stimuli fra omgivelsene. Dette tilsier at innleggelser ikke har et absolutt innhold, eller karakter, utover det statiske innholdet, og *tilbudet* om ulike undersøkelses- og behandlingstiltak ut fra formålet med innleggelsen, og pasientens tilstand og behov. Det karakteristiske ved innleggelser kan sies å være at pasienten flytter inn, sover, spiser og sosialiserer i institusjonen, og videre *tilbys* helsehjelp innenfor institusjonens vegger.

3.1.9 Rettslige følger av samtykket til en innleggelse

Gjennom samtykket aksepterer pasienten å motta institusjonens tilbudet om etablering av psykisk helsevern med døgnopphold, altså innleggelsen, og det oppstår et lovbundet avtalelignende forhold mellom institusjonen og pasienten. Pasienten har rett på nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, og institusjonen plikter å yte helsehjelp i samsvar med

²³⁷ Se Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 79 (s. 82) om påregnelige konsekvenser av smertefulle eller risikofylte undersøkelsestiltak

de rettslige skranker som foreligger. Institusjonens ledelse plikter å legge til rette for at helsepersonell kan ivareta sine selvstendige plikter, jf. Sphl § 2-2. De ansatte plikter blant annet å utføre sitt arbeid i samsvar med kravene til forsvarlig og omsorgsfull hjelp, jf. Hpl § 4, og yte øyeblikkelig helsehjelp etter Hpl § 7. Forsvarlighetskravene gjelder hele institusjonens virksomhet, og innebærer en absolutt begrensning både på institusjonens kompetanse til å pålegge plikter, og hva institusjonen kan etterkomme av ønsker fra pasienten. Ønsker pasienten å få gjennomført noe i strid med forsvarlighetskravet, herunder et behandlingstiltak, kan institusjonen likevel være avskåret fra å gjøre dette. Motsetningsvis vil både institusjonen og ansatte bli sanksjonert eller straffet etter Hpl og Strl 2005, samt erstatningsansvarlig etter Pasientskadeloven(Passkl).²³⁸

Pasientens samtykke til innleggelsen innebærer også at institusjonen kan fatte vedtak om inngripende tiltak etter Phvl, blant annet om konvertering etter Phvl § 3-4, skjerming etter Pvhl § 4-3 og bruk av tvangsmidler etter Phvl § 4-8.

En naturlig og uunngåelig konsekvens av innleggelsen er at den enkelte pasient aksepterer å la seg underlegge visse interne regler. Pasientene kan ikke stå fritt til å gjøre hva som helst innenfor institusjonens vegger, slik at det må følge visse plikter gjennom samtykket til innleggelsen.

Institusjonens kompetanse til å faktisk pålegge pasientene å etterleve de interne reglene følger av samtykket, og er en konsekvens av at innleggelsen og institusjonens kompetanse etableres og opphører gjennom pasientens samtykke. Når pasienten trekker tilbake samtykket har ikke reglene lenger virkning overfor pasienten. Samtykket innebærer at pasienten i realiteten anvender sin autonomi til å overføre en viss kompetanse til institusjonen. Dette taler for at det må stilles strenge krav til både pasientens personlige og prosessuelle kompetanse i tilknytning til innleggelsen. Samtidig kan pasienten når som helst trekke tilbake sitt samtykke, og dette plikter helsepersonell å sørge for at pasienten kjenner til. Mens pliktene følger av samtykket, beror den materielle kompetansen til å utferdige de interne regler på institusjonens eierrådighet. Dette omtales nærmere nedenfor i avsnittet om institusjonens kompetanse gjennom eierrådigheten.

²³⁸ Lov 15. Juni 2001 nr 53 om erstatning ved pasientskader mv.

3.1.10 Retten til informasjon om innleggelsens innhold

Pasienten må gis nødvendig informasjon og ”innsikt” i ”helsetilstanden og helsehjelpen” for at samtykket skal være gyldig, og videre ha forståelse av hva samtykket innebærer. Av ordlyden følger det at informasjonskravet er begrenset til pasientens ”helsetilstand og helsehjelpen.” Innleggelsen kan både ses på som en del av helsehjelpen, og innebærer en absolutt forutsetning for at institusjonen skal kunne yte psykisk helsevern overfor pasienten i tråd med pasientens rettskrav. Krav til informasjon vil også følge av alminnelige avtalerettslige prinsipper om at en avtalepart ikke kan inngå en avtale han eller hun ikke kjenner innholdet i.

I retten til informasjon ligger det et relativt krav til informasjon ut fra tiltakets art, formål, fordeler, konsekvenser, risikoer, med mer. Som det fremgår ovenfor om det materielle innholdet, følger det primært fordeler og i liten grad ulemper og negative konsekvenser av innleggelsen. Innleggelsens art innebærer i utgangspunktet ingen risiko for smerte, bivirkninger eller komplikasjoner verken i samtid eller i ettertid, og pasienten kan i utgangspunktet forlate institusjonen når vedkommende ønsker dette. Pasienten kan bare nektes å forlate institusjonen dersom pasienten utgjør en fare for seg selv eller andre, jf. Phvl § 3-4 (2), Phvl § 4-8 og nødrettsbetraktninger.²³⁹ Også utenfor institusjon risikerer pasienten at omgivelsene griper inn i slike tilfeller, jf punkt 3.2.3 ovenfor, og begrunnes i hensynet til pasienten selv. Dette tilsier for at pasienten ikke må gis informasjon om at samtykket til innleggelsen innebærer at en institusjon kan iverksette slike tiltak dersom betingelsene er oppfylt.

Samtidig innebærer pasientens samtykke til innleggelsen at institusjonen også kan iverksette tiltak på grunn av pasientens tilstand. Skjerming kan både iverksettes fordi pasienten utgjør en fare for andre og av ”behandlingsmessige grunner” på grunn av ”pasientens tilstand,” jf Phvl § 4-3. Dersom pasientens tilstand ved avgivelsen av samtykket innebærer at skjerming er et aktuelt tiltak, tilsier pasientens rett til informasjon at pasienten må informeres om dette. Dette underbygges av at skjerming er en omfattende innskrenkning i pasientens bevegelsesfrihet, og innebærer en krenkelse av pasientens fysiske integritet og selvbestemmelse.

²³⁹ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 64

Omstendighetene rundt innleggelsen vil i mange tilfeller tale for et skjerpet informasjonskrav. Dette knytter seg både til pasientens tilstand preget av psykisk lidelse, situasjoner og hendelser i forkant av selve etableringen av innleggelsen, og alt det nye, gjerne ukjente som følger av innleggelsen. Mens pasienten under normale omstendigheter i større grad ville hatt evner og forutsetninger for å både ta inn over seg eksplisitt informasjon, og også forstå hva som implisitt følger av innleggelsen, foregår gjerne innleggelsen under spesielle omstendigheter. Innleggelsen innebærer gjerne mye nytt i form av ukjent bygning, fremmede mennesker og nye rutiner og regler å forholde seg til. Uavhengig av pasientens psykiske lidelse, er det begrenset hvor mye informasjon ethvert menneske er mottakelig for og evner å ta inn over seg på kort tid i en ny og gjerne ubekvem situasjon. I lys av kravet om omsorgsfull hjelp og at formålet med informasjonen er innsikt, vil omstendighetene i mange tilfeller tilsi et skjerpet krav overfor de ansatte i forhold til formidlingen av informasjon både ved selve etableringen av innleggelsen, og etter hvert som situasjonen og omstendighetene rundt pasienten roer seg.

3.1.11 Formkravet og omstendighetene rundt innleggelsen

Innleggelsens art og begrensede innhold taler for at det ikke stilles noe strengt krav til samtykkets form, og at et stilltiende samtykke kan aksepteres. Samtidig vil omstendighetene rundt den respektive innleggelsen kunne variere i like stor grad som det er antall innleggelser. Mens noen innleggelser bygger på at pasienten selv henvender seg og ønsker innleggelsen, bygger andre på at pasienten har blitt fraktet til legevakten gjennom anvendelse av fysisk eller psykisk makt. Pasienten kan i praksis oppfylle øvrige betingelser for en innleggelse er Phvl § 3-2 eller § 3-3, men selv ha valgt å samtykke til en frivillig innleggelse. Dette stiller skjerpede krav til at helsepersonell forsikrer seg om at pasienten faktisk samtykker.

Dersom pasienten selv henvender seg til helse- og omsorgstjenesten²⁴⁰ og ønsker innleggelse, kan henvendelsen i seg selv anses som et uttrykkelig samtykke. Ankomsten til avdelingen vil videre kunne anses som en bekreftelse gjennom pasientens konkludente atferd. Også ved innleggelser som bygger på andres initiativ vil etableringen av innleggelsen gjerne være en lengre prosess hvor pasienten gjennomgående forutsettes å samtykke uttrykkelig eller

²⁴⁰ Innleggelser forekommer både gjennom primærhelsetjenesten (fastlege, legevakt) og spesialisthelsetjenesten (ambulant team). Se <https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/psykisk-helse/spesialisthelsetjeneste-psykisk-helsever/id439529/>.

stilltiende. Prosessen rundt innleggelsen starter gjerne utenfor institusjonen og gir pasienten en rekke muligheter til å trekke tilbake samtykket. Pasienten kan for eksempel trekke tilbake samtykket bare ved å ikke møte opp.

Dersom pasienten ankommer i følge med andre personer taler dette for at det må innhentes et eksplisitt samtykke etter at omstendighetene har roet seg, og at øvrige personer har forlatt. Når pasienten ankommer med andre gir dette holdepunkter for at pasienten kan ha vært under et press, og at samtykket lider av en tilblivelsesmangel. Avgir pasienten et nytt, uttrykkelig samtykke, vil innleggelsen eventuelt bygge på dette samtykket. Led det tidligere samtykket av en tilblivelsesmangel, omfattet en eventuell ugyldighet bare dette samtykket, og ikke et etterfølgende samtykke. Pasienten vil uansett ha rettskrav på innleggelsen så lenge pasienten oppfyller lovens betingelser, og vil kunne samtykke til en ny ”avtale.” En risiko ved å skulle innhente et nytt samtykke er at pasienten ikke samtykker (på nytt). Samtidig vil innleggelsen og grunnlaget for institusjonens kompetanse til å pålegge plikter overfor pasientene være urettmessig dersom pasienten ikke har avgitt et gyldig samtykke. Dette innebærer en klar krenkelse av pasientens integritet og selvbestemmelse, og vil svekke tilliten til institusjonen.

3.2 Institusjoners kompetanse når pasienten ikke samtykker

3.2.1 Institusjoners kompetanse gjennom privat eierrådighet

Eiendomsretten og den private autonomi bygger på menneskets frihet og selvbestemmelse, og innebærer som utgangspunkt at den som eier noe disponerer fritt over eiendelen både faktisk og rettslig. Dette forutsetter at det ikke foreligger rettslige begrensinger gjennom lov, avtale eller annet gyldig rettsgrunnlag.²⁴¹ Eiendomsretten er dermed negativt avgrenset som en ”restrett.”²⁴² I rettspraksis, med støtte fra rettslig litteratur, legges det til grunn at både private og offentlige, fysiske og juridiske rettssubjekter kan ha privat autonomi og avtalekompetanse, og har rettslig kompetanse på dette grunnlaget.²⁴³

Av Lov 15. juni nr. 93 om helseforetak m.m(Hfl) § 2, jf. §§ 8 og 9, fremgår det at staten er overordnet eier av de regionale helseforetakene, og disse igjen eier de enkelte helseforetakene. Av Hfl§ 6 fremgår det at det regionale helseforetakene har selvstendige

²⁴¹ Eckhoff og Smith(2014), s. 351

²⁴² Falkanger og Falkanger(2013), s. 40

²⁴³ Falkanger og Falkanger(2013), s 39, se bl.a Rt 1963 s. 1263 (s. 1267-1268)

rettigheter og kan påta seg avtalerettslige plikter. Videre fremgår det at staten i utgangspunktet står som eier av eiendelene, jf. Hfl § 50.

Som eier av helseforetaket, bygningene og inventar det offentlige, i denne sammenhengen institusjonen, privat eiendomsrett og råderett over sine eiendeler. Dette tilsier at institusjon kan ha kompetanse til å råde over dens drift, bygninger, med mer, også på privatrettslig grunnlag.

Arvid Frihagen skriver i Forvaltningsrett Bind I²⁴⁴ at "[d]et offentlige vil ofte kunne opptre uten særskilt lovhjemmel på tilsvarende måte som private borgere" og vil langt på vei "ha samme adgang til å utnytte eiendomsrett og til å foreta faktiske handlinger som private rettssubjekter."²⁴⁵ I følge ham kan også det offentlige ha privat autonomi, og i begrepet legger han det offentliges rett til "*utnyttelse av eiendomsrett, adgang til faktiske tiltak, og adgang til å rettslig binde seg.*"²⁴⁶ Også Smith og Eckhoff omtaler det offentliges rådighet over eiendom som et av de rettslige grunnlag for forvaltningens virksomhet, og at dette bygger på "privatautonomi," tilsvarende som for private.²⁴⁷ Uttalelsene åpner for at institusjoner kan pålegge pasientene plikter, samt tildele rettigheter, med kompetanse fra eierrådigheten. Dette utgangspunktet deler tilsynelatende også Falkanger JR og SR i sin bok Tingsrett.²⁴⁸

Falkanger JR og SR skriver at "[p]rinsipielt står det offentlige som eier med de samme beføyelser som den private eier," og viser til dommen inntatt i Rt. 1979 s. 869 hvor staten kunne nekte snøscooterkjøring i kraft av å være grunneier.²⁴⁹ Med beføyelser mener de både kompetanse til å foreta rettslige og faktiske disposisjoner.

Frihagen skriver videre at forvaltningen, i kraft av eierrådigheten, *kan* ha "videre handlefrihet enn borgerne i tilsvarende situasjon i og med at den i større grad har plikt til å opptre og ivareta allmenne interesser."²⁵⁰ Samtidig påpeker han på at det faktum at "statens og kommunens eiendom er bestemt til særlige formål kan føre til at det offentlige får mindre adgang til å fastsette restriksjoner på eiendommens bruk enn private i tilsvarende stilling."²⁵¹

²⁴⁴ Frihagen(1991), s. 152 og 153

²⁴⁵ Frihagen(1991), s. 153 og 154

²⁴⁶ Frihagen(1991), s. 153

²⁴⁷ Eckhoff og Smith(2014), s. 343

²⁴⁸ Falkanger og Falkanger(2013), se s. 39

²⁴⁹ Falkanger og Falkanger(2013), s. 39

²⁵⁰ Frihagen(1991), s. 153

²⁵¹ Frihagen(1991), s. 155

Uttalelsene taler for at forvaltningens kompetanse gjennom råderetten vil kunne variere ut fra formålet med det som eies, og allmenne samfunnsinteresser.

Eckhoff og Smith vektlegger også det offentlige formål, og hevder at ”hvilke rutiner pasienten vil måtte la seg underkaste, må bero på institusjonens formål.”²⁵²

Innenfor psykisk helsevern vil det overordnede formålet være å yte faglig forsvarlig helsehjelp slik at pasientene oppnår en best mulig psykisk tilstand, enten dette er å forhindre forverring eller bidra til bedring av pasientens psykiske lidelse, eller unngå forspillelse av behandlingsmuligheter.

3.2.1.1 Institusjoners kompetanse til å utferdige interne regler

En følge av eiendomsrettens er at den som eier noe kan overføre hele eller deler av råderetten til andre, beslutte begrensninger overfor andre, og helt eller delvis nekte andre tilgang til eiendelen.²⁵³ Dette gjelder både materielle eiendeler og mer abstrakte gjenstander som ideer, tjenester, bedrifter eller foretak. Når institusjonen har kompetanse å råde over sine eiendeler, taler dette for at institusjonen også må kunne utferdige egne regler for å ivareta og beskytte gjenstanden for eiendomsretten.

Phvl § 4-2 (3) bokstav c omtaler husordensreglement, men bestemmelsen innebærer bare en negativ begrensning på institusjonens kompetanse. Dette følger av at bestemmelsen gjelder hvor langt en institusjon må strekke seg for å legge forholdene til rette for at den enkelte pasienten gis et aktivitetstilbud, og gir ikke institusjonen positiv kompetanse til å utferdige egne regler. Samtidig forutsetter bestemmelsen at det er adgang til å fastsette husordensreglement

I Phvl § 4-2 (5) er det gitt hjemmel til å utferdige forskrift om husordensreglement for institusjoner, men denne er ikke anvendt per tid. Følgelig må eventuelle husordensreglementer bygge på annet kompetansegrunnlag.

²⁵² Eckhoff og Smith(2014), s. 355

²⁵³ Falkanger og Falkanger, s. 40 og 41

Frihagen uttaler at en institusjon ”må som utgangspunkt kunne stille opp nødvendige ordensregler for adgang til og bruk av offentlig eiendom og institusjoner.”²⁵⁴ Dette støttes av helsedirektoratets rundskriv til Phvl, IS-9/2012, hvor det uttales eksplisitt at adgangen til å fastsette egne husordensregler følger av institusjonens ”eierråderett.”²⁵⁵

Det faktum at forskriftshjemmelen ikke er anvendt, gjør at uttalelsene i forarbeidene må stå sentralt og tilkjennes betydelig vekt ved vurderingen av om husordensregler er rettmessige. I Ot.prp.nr.11 (1998-1999) omtales den gitte forskriftshjemmelen, og at det må være adgang til å fastsette ”visse interne regler for at institusjonen skal fungere best mulig som et sosialt fellesskap der alle tar hensyn til hverandre.”²⁵⁶ Videre fremgår det at eventuelle regler skal både ivareta ”hensynet til pasientenes rettigheter, integritet og verdighet” og virke som ”miljø- og behandlingsfremmende normer ved institusjonen.” Departementet viser til at dette er regler som vanligvis gjelder når mange mennesker befinner seg under samme tak og understreker at det ikke dreier seg om tiltak av så sterk karakter som øvrige bestemmelser i loven.²⁵⁷

Rundskrivet IS 9/2012 viderefører i stor grad uttalelsene i forarbeidene, men bygger også på på 11 års praksis siden Phvl trådte i kraft. Hensynet til lik praktisering taler for at rundskrivet skal tilkjennes en viss vekt. I tillegg til å gjenta forarbeidene, fremgår det at det er ”adgang til å regulere nevnte forhold i den grad det vurderes som nødvendig av driftsmessige hensyn eller av hensyn til medpasienter.” Med nevnte forhold siktes det til bruk av radio, tv, PC, telefon, faste tidspunkt for felles måltider, nattero, steder for røyking med mer. Behovet og omfanget av reguleringene skal vurderes konkret ved den enkelte institusjonen. Det poengteres at husordensreglementet ikke kan inneholde bestemmelser av så omfattende karakter som bestemmelsene Phvl kapittel 4, og at reglene må begrenses til det som er ”absolutt nødvendig.”

Uttalelsen i rundskrivet taler for et strengere nødvendighetskrav enn det som følger av forarbeidene. At rundskrivet tar til ordet for et strengere nødvendighetskrav kan ses i lys av generelle rettsutviklingen fra forarbeidene ble utgitt i 1998, blant annet ratifiseringen av CRPD, til utgivelsen av rundskrivet i 2012. I den senere tid er menneskerettighetene

²⁵⁴ Frihagen (1991), s. 155

²⁵⁵ IS-9/2012, s. 59

²⁵⁶ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 99

²⁵⁷ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 100

ytterligere styrket gjennom Grl. Den senere tid har det også vært fokus på forebygging av formell og uformell tvang, og styrking av pasientenes rett til selvbestemmelse. Dette følger blant annet av utredningen NOU 2011:9. Dette støtter et strengt nødvendighetskrav i tilknytning til fastsettelse av interne regler ved den enkelte institusjon.

3.2.1.2 Plikter av hensyn til driften

Driften, eller den daglige virksomheten, ved en institusjon er kompleks og består av mange ulike faktiske og rettslige disposisjoner. Disse utføres av forskjellige yrkesgrupper, herunder helsepersonell, renholdere, kokker og vaktmestere og kan i varierende grad knyttes til selve undersøkelsen og behandlingen av pasientenes psykiske lidelser. Disse handlingene utgjør i stor grad grunnleggende forutsetninger for at institusjonen skal kunne ivareta sine plikter overfor pasientene, herunder yte helsehjelp. Denne siden av driften kan til dels ses på som en del institusjonens ansvar for å yte påkrevd pleie og omsorg mens pasientene er innlagt, jf. Phvl § 2-1, og dels ses i sammenheng med institusjonens overordnede formål.

Formålsbestemmelsene i Pbrl, Phvl, Hpl og Sphl, definisjonen av psykisk helsevern, betingelsene for pasientenes rettskrav etter Pri.forsk § 2 og forsvarlighetskravene i Sphl § 2-2 og Hpl § 4 gir en viss pekepinne på institusjonens formål. Sett i sammenheng kan en si at formålet med institusjonen er å tilby og yte et faglig forsvarlig tjenestetilbud i form av helsehjelp av en viss kvalitet som innebærer individuelt tilpasset undersøkelse og behandling som bidrar til forbedring eller hindrer forverring i pasientens psykiske lidelse, eller hindrer at pasienten går glipp av behandlingsmuligheter.

Av Sphl § 2-2 følger det overordnede kravet om at institusjonens tjenester skal være “forsvarlige.” Av bestemmelsen følger det videre at institusjon skal “tilrettelegge sine tjenester” slik at helsepersonell kan overholde sine lovpålagte plikter. Institusjonen er dermed underlagt et generelt forsvarlighetskrav. Det kan derfor være nødvendig av hensyn til driften at institusjonen pålegger visse plikter overfor pasientene for å ivareta kravet til forsvarlighet.

3.2.1.3 Plikter av hensyn til medpasienter

Nødvendigheten av visse regler og restriksjoner av hensyn til medpasienter gjør seg i stor grad gjeldende innenfor institusjonens vegger hvor det til enhver tid befinner seg mennesker med ulike behov, interesser, ønsker, vaner og samfunns- og livssyn på et begrenset område.

Den enes frihet og selvbestemmelse vil gjerne gå på bekostning av andres, slik at det oppstår et behov for ”nødvendige” reguleringer i form av retningslinjer, rutiner og regler for å beskytte og ivareta den enkeltes integritet i møte med mange andre. Det vil i praksis være umulig å ivareta alle pasientenes selvbestemmelse på en gang, og eventuelle uenigheter vil kunne gå ut over pasientene, behandlingsmiljøet og kunne virke hemmende på formålet med både institusjonen og den respektive pasientens innleggelse.

3.2.2 Institusjoners kompetanse gjennom straffeloven

Straffeloven inneholder flere bestemmelser som innebærer både kompetanse og plikt for det enkelte individet til å gripe inn i andres integritet og selvbestemmelsesrett. Bestemmelsene gjelder uavhengig av om situasjonen befinner seg fysisk i institusjonen og om pasienten er formelt innlagt. Kompetansen gjelder for enhver, både helsepersonell, andre ansatte i institusjonen, medpasienter og besøkende.

Av Strl 2005 § 17 fremgår det at en ”handling” som foretas med formål om “å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte” er lovlig dersom skaderisikoen er “langt større” enn skaderisikoen ved avvergeseshandlingen.

Bestemmelsen innebærer at en ellers straffbar handling, for eksempel krenkelse av en annens integritet og selvbestemmelse, er “lovlig.” Etter bestemmelsen er kravet til faregrad mindre enn handlingsplikten i Strl 2005 § 196. Samtidig må avvergeseshandlingen være den som fremstår som den mest rimelige, og den handlingen det er fare for at pasienten skal utføre må ha “langt større” skaderisiko enn avvergeseshandlingen.

Med “annen rimelig måte” siktes det til at en person ikke alltid må ofre egne fremfor andres verdier.²⁵⁸ Ved bedømmelsen skal en legge til grunn den enkeltes oppfatning av den faktiske situasjonen, jf Strl 2005 § 25.

At skaderisikoen skal være “langt større” innebærer et strengt krav til forholdsmessigheten mellom skaderisikoen ved at pasienten ikke hindres, og den skade som avvergeseshandlingen kan påføre pasienten. Dette innebærer en klar begrensning for valget av type

²⁵⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004), s. 418

avvergeseshandling, og hvordan avvergeseshandlingen kan gjennomføres overfor den respektive pasienten. Det kan for eksempel ikke utføres fysiske handlinger som kan påføre pasienten skade dersom pasienten på grunn av begrensede fysiske forutsetninger ikke kan påføre noe eller noen skade av et visst omfang. I slike tilfeller vil ikke pasientens handling kunne påføre “langt større” skade enn avvergeseshandlingen.

Foruten unntakene oppstilt i Pbrl § 4-9, kan nødrett ytes selv om det ikke foreligger samtykke, og mot den den enkeltes vilje.²⁵⁹

Etter Strl 2005 § 287 plikter enhver å hjelpe en person som er i “åpenbar fare for å miste livet eller bli påført betydelig skade på kropp eller helse.” Av bestemmelsen følger det at hjelpeplikten gjelder uavhengig av årsaken til faren, slik at dette også gjelder om pasienten utgjør en fare for seg selv. Det avgjørende er at det foreligger en “åpenbar fare” og at konsekvensen av faren er “betydelig skade.” Betydelig skade defineres i Strl 2005 § 11 som “tap eller vesentlig svekkelse av en sans, et viktig organ eller en viktig kroppsdel, vesentlig vansirethet, livsfarlig eller langvarig sykdom, eller alvorlig psykisk skade.”

Av Strl 2005 § 196 følger det at enhver har plikt “å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den” dersom det er “mest sannsynlig at handlingen” vil bli begått. Etter bestemmelsen er det tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at pasienten kommer til å utføre en straffbar handling mot seg selv eller andre. Den straffbare handlingen som pliktes å avverge må være av et visst omfang, jf Strl § 2005 § 196 (1) bokstav a til c. Pasientens handling må for eksempel være egnet til å påføre pasienten selv, eller andre, betydelig kroppsskade etter Strl 2005 § 274, mens avvergelse av kroppskrenkelse eller kroppsskade etter Strl §§ 271 til 273 faller utenfor. Strl 2005 § 196 gjelder for eksempel ikke dersom pasienten ikke har fysiske forutsetninger for å kunne påføre betydelig skade.

Den som “medvirker til at noen påfører seg selv betydelig skade på kropp eller helse” kan straffes i medhold av Strl 2005 § 277. I forarbeidene til medvirkningsbestemmelsen i Strl § 2005 § 15 uttales det at den som har en spesiell plikt til å hindre at en straffbarhandling blir begått, kan straffes for medvirkning gjennom passivitet.²⁶⁰ Dette tilsier at enhver, herunder

²⁵⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004), s. 418

²⁶⁰ Ot.prp.nr.90 (2003-2004), s. 412

helsepersonell, kan straffes dersom de ser på at noen påfører seg selv skade i det omfang bestemmelsen omtaler.

3.2.3 Institusjoners kompetanse gjennom helsepersonelloven § 7

Helsepersonelloven § 7 gir helsepersonell selvstendig rett og plikt til straks å yte den ”helsehjelp” de ”evner” når det ”antas” at hjelpen er ”påtrengende nødvendig.” Ved ”tvil” om helsehjelpen er påtrengende nødvendig *skal* helsepersonell foreta nødvendige undersøkelser. Bestemmelsen gir kompetanse til å gripe inn i konkrete situasjoner tross fravær av samtykke, og bygger på den samme begrunnelsen som borgerplikten i Strl 2005 § 196(Strl 1902 § 387).²⁶¹ Foruten de uttømmende unntakene i Pbrl § 4-9, gir bestemmelsen både kompetanse og plikt til å gripe inn uavhengig av om pasienten ønsker eller motsetter seg helsehjelpen.²⁶²

Av forarbeidene fremgår det at formålet med bestemmelsen er å markere at helsetjenestens fremste oppgave er å verne om livet, og at en ønsket en strengere profesjonsplikt enn hjelpeplikten i Strl.²⁶³ Departementet drøftet forholdet mellom pasientens autonomi og helsepersonellet sin rett og plikt til å gripe inn og kom til at pasientens autonomi måtte vike også i de tilfeller hvor pasienten bevisst påfører seg selv skade eller forsøker å ta sitt liv.²⁶⁴ Begrunnelsen for dette var at det blant annet ville harmonere dårlig med det strafferettslige utgangspunktet om at medvirkning til selvmord og alvorlig helseskade er straffbart etter daværende Strl 1902 § 236, nå Strl 2005 § 277, dersom det skulle være opp til det enkelte helsepersonell i den akutte situasjonen å foreta en skjønnsmessig vurdering av om en kan og skal gripe inn. Foruten unntakene Pbrl § 4-9, har helsepersonell derfor en absolutt plikt til å yte helsehjelp dersom hjelpen antas påtrengende nødvendig.²⁶⁵ Dette innebærer at pasienten har plikt til å motta nødvendig helsehjelp i Hpl §7-tilfeller.

Helsehjelpen må være ”påtrengende nødvendig.” Dette innebærer både en begrensning i faregrad og nærhet i tid, og at pasienten faktisk kan ha effekt av helsehjelpen. Dersom pasientens tilstand eller helsepersonellet sine manglende evner fører til at helsehjelpen ikke

²⁶¹ Befring og Ohnstad(2010), s. 91

²⁶² Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

²⁶³ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 51 og 52

²⁶⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

²⁶⁵ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

kan ha effekt på helsetilstanden, opphører kompetansen.²⁶⁶

Av forarbeidene fremgår det et krav om at det må foreligge et konkret, akutt behov for undersøkelse og behandling.²⁶⁷ Det skal “ganske mye til” for at situasjonen anses akutt, men i dette ligger det “et visst skjønn.”²⁶⁸ Dette følger til dels av at formålet med bestemmelsen er å fange opp situasjoner som krever innsats for å avverge betydelig helseskade eller redde liv.²⁶⁹ Faren for liv gjelder også andres liv, for eksempel i psykose-tilfeller.²⁷⁰ Det konkrete skadepoensialet i situasjonen vil ha betydning ettersom det skal legges vekt på om det faktisk er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av helsetilstanden.²⁷¹ Det kan ikke gjennomføres tvangsbehandling innenfor psykisk helsevern med hjemmel i Hpl § 7.²⁷² Behandling reguleres uttømmende av Phvl § 4-4, og forutsetter innleggelse med hjemmel i Phvl § 3-3, eller overføring med hjemmel i Phvl § 3-4(2).²⁷³ Helsepersonelloven § 7 gir bare kompetanse til å foreta undersøkelser ved “tvil,” og eventuelt kompetanse til å avhjelpe situasjonen.²⁷⁴

At helsepersonell skal yte den helsehjelp de ”evner,” påvirker også kravet til helsehjelpens kvalitet. Den enkelte plikter å gjøre så godt den kan for å hjelpe pasienten ut av den akutte situasjonen, men kravet til kvaliteten må blant annet ses i lys av lovens vide definisjonen av helsepersonell, og omstendighetene for øvrig. For enkelte grupper helsepersonell er ikke kravet til hjelpens kvalitet strengere enn det som forventes etter den alminnelige hjelpeplikten i Strl.²⁷⁵ Det stilles ulike krav overfor en ufaglært og en overlege, og til om helsehjelpen gjelder et hastetilfelle på liv og død, eller en oversiktlig situasjon hvor helsehjelpen skal hindre skade. Hpl § 4 innebærer at alle beslutninger og handlinger må foretas i tråd med kravene til faglig forsvarlighet. Både beslutningen om å gripe inn, og hvordan det eventuelt velges å gripe inn, må tilfredsstillende kravene i bestemmelsen. Uriktige eller manglende opplysninger vil kunne lempe ansvaret helt.²⁷⁶

²⁶⁶ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁶⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

²⁶⁸ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁶⁹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁷⁰ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁷¹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁷² Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

²⁷³ Ot.prp. nr 13 (1998-1999), s. 107, 108 og 163

²⁷⁴ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219

²⁷⁵ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219)

²⁷⁶ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52

Bestemmelsen gir kompetanse til å gripe inn og yte helsehjelp i konkrete situasjoner, og gjelder overfor den som befinner seg i en akutt fare. Kompetansen gjelder bare så lenge det foreligger en fare, og så lenge hjelpen anses påtrengende nødvendig. Dette innebærer at bestemmelsen ikke kan anvendes til å beslutte tiltak utover det som er nødvendig mens faresituasjonen pågår. Når den konkrete faresituasjonen er over, eller at annet faglig kvalifisert helsepersonell påtar seg ansvaret, jf. Hpl § 7 (3), opphører kompetansen etter Hpl § 7.

Av Psyk.forsk § 1 (1) og (2) fremgår det at utpekte institusjoner eller avdelinger etter Sphl § 3-1 (2) skal “straks” motta pasienter for undersøkelse og nødvendig behandling dersom pasientens tilstand anses å være “livstruende eller meget alvorlig, eller pasienten på grunn av sin sinnstilstand anses å være til vesentlig fare for andre.” Av annet ledd følger en ikke uttømmende liste over tilstander som kan utløse plikt til å yte øyeblikkelig hjelp. I forarbeidene til Hpl uttales det at i institusjoner og avdelinger med mottakspunkt vil “helsepersonellens plikt til å yte øyeblikkelig hjelp ha liten selvstendig betydning.”²⁷⁷ Her vil hjelpeplikten følge av ansettelsesforholdet. Samtidig innebærer Hpl § 7 at helsepersonell i alle institusjoner, også institusjoner som ikke er utpekt etter Sphl § 3-1 (2), har en tilsvarende plikt til å yte øyeblikkelig hjelp. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i helsepersonell sin kompetanse med hjemmel i Hpl § 7.

4. Rettslige problemstillinger

4.1 Institusjoners kompetanse til å gjennomføre tilsyn på natt

4.1.1 Kravet til kompetansens klarhet

Tilsyn på natt innebærer at de ansatte går inn på pasientens rom og undersøker om han eller hun sover. Formål med tiltaket er å undersøke pasientens psykiske og somatiske tilstand om natten. For en institusjon vil tiltaket gi begrenset, men i enkelte tilfeller viktig informasjon for den helhetlige ytelsen av helsehjelp overfor pasientene. Tilsynet avdekker normalt om pasienten lever, om pasienten er våken eller sover.

²⁷⁷ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 53

Dersom pasienten er våken kan tilsynet avklare pasientens tilstand, for eksempel om pasienten er urolig, har angst- eller depresjonssymptomer, eller på andre måter lider fysisk eller psykisk. Ut fra hva tilsynet avdekker, danner dette grunnlag for å eventuelle beslutninger om å iverksette ytterligere tiltak overfor pasienten. Dette kan være alt fra livredning til betryggende ord, hente pasienten et glass vann eller å tilbud om medisin. Disse sidene av tilsynet er utvilsomt positive også *for* pasienten, og har et klart preg av omsorg. Dette taler mot at tiltaket er krenkende og tyngende for pasienten.

Tiltakets nære tilknytning til innleggelsens art støtter et lempelig krav til kompetansens klarhet. At tiltaket faktisk forekommer på institusjonen er påregnelig. Det er her snakk om undersøkelse og kontroll av pasientens tilstand under et frivillig opphold på en helseinstitusjon. Forskjellene mellom psykisk helsevern med døgnopphold på den ene siden, og ambulant og poliklinisk helsevern på den andre siden, og de fordeler institusjonen har av hensyn til å gjennomføre slike undersøkelsestiltak, støtter et lempelig krav til kompetansens klarhet. Pasientens samtykke til etableringen av psykisk helsevern innebærer også en viss aksept av den pleie og omsorg som undersøkelse og behandling krever. Gjennomføringen av tilsyn på natt, og på dagtid for øvrig, har både tilknytning til undersøkelse og behandling av pasientens psykiske lidelse, samt også et visst omsorgsformål. Dette taler mot at tilsynet kan anses tyngende for pasienten.

Samtidig foregår tiltaket på pasientens rom, og fortrinnsvis mens pasienten sover. At pasienten både kan, og fortrinnsvis skal, sove under gjennomføringen fører til at tiltaket gjerne oppleves skremmende for pasienten, og at tiltaket befinner seg i kjernen av pasientens integritet.

Når pasienten sover, råder nattevakten fullt og helt over situasjonen. Den manglende kontrollen oppleves gjerne skremmende i forkant av av gjennomføringen, og kan skape engstelse og frykt. Dette kan virke negativt inn på den øvrige behandlingen av pasientens psykiske lidelse, og forsterkes gjerne dersom pasienten ikke har møtt nattevakten før pasienten legger seg. Dersom pasienten sover før vaktskiftet gjennomføres, vil nattevakten kunne være en helt fremmed person. Dette tilsier at tiltaket kan virke tyngende for pasienten, og taler for et strengt klarhetskrav.

Hvordan tilsynet rammer og hvor tyngende det er vil i stor grad bero på subjektive forhold ved den enkelte pasienten, og dermed variere i styrke. Dette knytter seg både til personlige egenskaper, holdninger, preferanser, hvor tungt pasienten sover, den enkelte pasientens psykiske lidelse, og hvor stor tillit pasienten har til det enkelte helsepersonellet og helsevesenet for øvrig.

Pasientens rett til informasjon om helsehjelpen innebærer at pasienten vil ha krav på informasjon om tiltaket i tilknytning til innleggelsen. Er innleggelsen planlagt vil pasienten ha krav på informasjon i forkant av innleggelsen. Ved akutte innleggelser etter Pbrl § 2-1b (1) vil pasienten ha rett til informasjon ved etableringen av det psykiske helsevernet, eller eventuelt fortløpende dersom pasientens tilstand og omstendighetene for øvrig innebærer at det foreligger tvil om pasienten har forstått at tiltaket vil bli gjennomført. I sist nevnte tilfelle taler omstendighetene for et lempeligere krav til informasjonen. Hensynet til pasientens selvbestemmelse i lys av formålet og pasientens tilstand vil gjøre seg gjeldende i mindre grad.

I utgangspunktet har tiltaket til hensikt å ikke berøre pasientene i det hele tatt, ettersom det ønskelige er at pasientene sover. Våkner pasienten av tilsynet vil tiltaket kunne ha negativ innvirkning på pasientens søvn, og eventuelt gi et feilaktig bilde av om pasienten sover om natten. Det at en pasient eventuelt observeres våken ved tilsyn kan skyldes at pasienten våkner i tilknytning til gjennomføringen, eller at pasienten har ligget våken hele natten. Den faktiske søvnen til en pasient, og pasientens opplevelse av egen søvn er ikke nødvendigvis samsvarende.²⁷⁸ En pasient som ønsker sovemedisin vil normalt underrapportere egen søvn, uavhengig av om dette er bevisst eller ikke. For å oppnå den undersøkende siden av tilsynet, må tilsynet derfor gjennomføres så skånsomt som mulig for unngå muligheten for at pasienten våkner av tilsynet. At tiltaket må gjennomføres skånsomt taler både for og mot at tiltaket er inngripende.

Det faktum at nattevakten må liste seg inn på pasientens rom kan føre til at det oppstår en meget ubehagelig situasjon for pasienten, og nattevakten. For pasienter som lett våkner vil tiltaket også isolert sett kunne virke negativt på deres søvn. Det at en pasient er våken eller våkner, og at det plutselig står en person inne på rommet, kan føre til en omfattende reaksjon i form av frykt, redsel, vrangforestillinger, med mer, og forsterke pasientens psykiske lidelse.

²⁷⁸ http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=14459&a=2, Tidsskrift for Norsk Psykologforening, Vol 44, nummer 4, 2007, s. 378-393, Pallesen, Bjorvatn m/flere

Tilsynet kan på grunn av dets stille gjennomføring lede til en traumatisk opplevelse for pasienten, og forsterke årsakene til pasientens psykiske lidelse. Dette vil motvirke formålet med innleggelsen. For pasienter som har opplevd overgrep kan en slik opplevelse gi ”flashback” og ha omfattende negative konsekvenser. Dette taler for at tiltaket kan ramme pasienter på en svært inngripende måte, og at det må stilles et strengt krav til kompetansens klarhet.

Det faktum at tiltaket foregår på pasientens rom mens pasienten i utgangspunktet skal sove, samt mulige konsekvenser for pasienten og behandlingen av dennes psykiske lidelse, taler i seg selv for et strengt krav til kompetansens klarhet. Samtidig må tiltaket ses i lys av dets nære tilknytning til institusjonsoppholdet og de ansattes ansvar for at helsetjenesten er forsvarlig. Tiltaket har ikke en ”helt annen karakter” enn selve innleggelsen. Dette underbygges av at psykisk helsevern også kan ytes ambulant og poliklinisk.

4.1.2 Kan en pasient samtykke til gjennomføring av tilsyn?

I utgangspunktet har tilsyn på natt en nær sammenheng med innleggelsens art og samtykket til innleggelsen. Dette taler mot at institusjonen i det hele tatt behøver kompetanse utover det som kan utledes av pasientens samtykke til innleggelsen. Samtidig tilsier hvordan tiltaket potensielt kan ramme pasientene at den respektive pasienten må gis informasjon om tiltaket, og samtykke til dette utover bare samtykket til innleggelsen. Dette underbygges av hensynet til at det sentrale ved helsehjelpen skal være pasientens behov, og at institusjonen plikter å respektere pasientens integritet. Hensynet til pasientens deltakelse og rett til å medvirke støtter også at pasienten må samtykke eksplisitt til gjennomføringen av tiltaket.

Pasientens rett til informasjon for at samtykket skal være gyldig

Pasientens rett til informasjon innebærer at pasienten må gis tilstrekkelig informasjon om tiltakets formål, ventede fordeler for pasienten, hvordan det gjennomføres, og mulige konsekvenser av tiltaket i lys av pasientens forutsetninger og omstendighetene for øvrig. Etter forarbeidene er det sentrale at pasienten har et “forsvarlig beslutningsgrunnlag,” og helsepersonell har plikt til å sørge for at pasienten har forstått hva han eller hun samtykker til.

Isolert sett har tilsyn på natt et enkelt og lettfattelig innhold. I utgangspunktet vil enhver forstå hva tiltaket går ut på og hvordan dette gjennomføres. Så lenge det informeres i forkant om at

tiltaket vil bli gjennomført, taler tiltakets art for at pasienten heller ikke behøver å ha særlige forutsetninger for å skjønne hva tiltaket innebærer. At tiltaket gjennomføres på institusjonen er samtidig ikke overraskende og unaturlig. På den andre siden er informasjon en forutsetning for at pasienten skal kunne medvirke i behandlingen, og medvirkning kan eksempelvis være viktig dersom pasienten har lett for å våkne. Pasienten må derfor få informasjon om formålet, fordelene og ulempene tilknyttet tiltaket.

Hvordan tilsynet *potensielt* rammer taler for at pasienten må gis utfyllende informasjon om hva tiltaket innebærer, hvordan det gjennomføres og eventuelle konsekvenser eller situasjoner som kan oppstå. Det er ingen selvfølge at pasienten faktisk har fortalt de ansatte om alle forhold ved seg selv, slik at en uinformert gjennomføring av tiltaket kan ha omfattende konsekvenser for pasienten, dens psykiske lidelse og den videre behandlingen. Samtidig er dette enkel informasjon å formidle. At det må informeres nærmere om tiltakets innhold kan også ses i lys av kravet til forsvarlig og omsorgsfull hjelp. I tillegg til eventuelle følger av tilsynet, vil pasienter med vrangforestillinger, traumelidelser og lignende gjerne ha svekkede forutsetninger for å motta og forstå informasjon. Dette tilsier et skjerpet krav til formidlingen slik at pasienten skjønner hva tiltaket faktisk går ut på.

Et spørsmål i forhold til informasjonskravet er hvor spesifikt pasienten må gis informasjon om når tiltaket gjennomføres. Informeres det om at tilsynet gjennomføres på faste tidspunkt, har pasienten i utgangspunktet bare samtykket til at tilsynet gjennomføres på disse tidspunktene. Dette vil i enkelte tilfeller kunne hemme den del av formålet med tilsynet, for eksempel ved usikkerhet om en pasient underrapporterer søvn med ønske om sovemedisin.²⁷⁹ Gjennomføres tilsynet til eksakte tider, vil pasienten kunne stille vekkerklokken i forkant av gjennomføringen slik at vedkommende alltid er våken når tilsynet gjennomføres. Dette medfører at tilsynet lett kan medføre feilrapportering. Derfor vil det gjerne være nødvendig å foreta tilsynene med en viss spredning over tid, herunder stikkprøver, for å oppnå denne siden av formålet med tiltaket. For å beslutte at det skal gjennomføres stikkprøver overfor pasienten, tilsier informasjonskravet at pasienten må informeres om at dette kan bli gjennomført, og formålet med dette. Informasjonskravet vil da være oppfylt dersom pasienten

²⁷⁹ F.eks benzodiazepiner: legemidler som brukes som sovemedisin, beroligende middel og mot epilepsi. Det er utbredt medisinsk bruk, men også misbruk av disse stoffene, <http://www.fhi.no/artikler/?id=49972>

opplyses, forstår og avgir et tilstrekkelig samtykke til at tiltaket i utgangspunktet, men ikke alltid, gjennomføres på eksakte tidspunkt.

Krav til samtykkets form

Tiltakets enkle innhold taler for at det i utgangspunktet er tilstrekkelig med et stilltiende samtykke. Det er ikke snakk om et tiltak med komplisert, medisinskfaglig innhold. Tiltaket har nær tilknytning både til det å være innlagt på institusjon, og institusjonens ansvar for å yte forsvarlig helsehjelp. Samtidig taler hvordan tiltaket kan ramme enkelte pasienter, for eksempel pasienter som lider av vrangforestillinger eller har opplevd traumatiske opplevelser, for at det må kreves et mer uttrykkelig samtykke.

Av drøftelsen ovenfor følger det at institusjonen må bygge på et forholdsvis klart kompetansegrunnlag for å kunne gjennomføre tilsyn på natt. Ettersom pasientens samtykke utgjør institusjonens kompetansegrunnlag for å kunne gjennomføre tilsynet, taler dette for at institusjonen må innhente et eksplisitt samtykke forut for gjennomføringen av tilsynet. Av Hpl § 39 og 40 følger det at helsepersonell plikter å journalføre ”relevante og nødvendige opplysninger om pasienten og helsehjelpen.” Både hvordan tiltaket kan ramme pasienter og i enkelte tilfeller viktigheten av å gjennomføre tilsynet av hensynet til behandlingen og pasientens tilstand, taler for at det vil være både relevant og nødvendig å journalføre om pasienten har samtykket til gjennomføringen. Dette støttes både av hensynet til respekten for pasientens integritet, pasientens behov og tilliten til helsevesenet. Kravet til journalføring virker positivt til at helsepersonell forsikrer seg om at pasienten har avgitt et gyldig samtykke, særlig etter inføringen av øyeblikkelig tilgang til egen sykejournal på internett.

4.1.3 Kompetanse når pasienten ikke samtykker

Når det ikke foreligger et gyldig samtykke fra pasienten, oppstår spørsmålet om institusjonen kan pålegge at tilsynet skal gjennomføres så lenge pasienten er innlagt.

Av Phvl § 4-2 (2) følger det at pasienten skal gis mulighet til å bestemme selv ”så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand.” Bestemmelsen tilsier at at det må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfellet hvor det sentrale er formålet med innleggelsen og pasientens konkrete tilstand, og kan ses i sammenheng med forsvarlighetskravet. Kravet gjelder både beslutning om å pålegge at et tiltak skal gjennomføres, og at dette ikke skal

pålegges. Er pasienten i en dårlig tilstand vil det gjerne anses uforsvarlig å ikke gjennomføre tilsyn på natt. Dette underbygges blant annet av Helsedirektoratets retningslinjer for forebygging av selvmord innenfor psykisk helsevern, IS-1511. Tilsvarende vil det være forsvarlig å ikke gjennomføre tilsyn dersom det foreligger en faglig forsvarlig vurdering av pasientens tilstand som tilsier at det foreligger noen risiko ved å ikke gjennomføre tilsynet.

Av Phvl § 4-2 (2) følger det også at pasientens selvbestemmelsesrett i større grad kan fravikes dersom tilsyn på natt har sammenheng med formålet med innleggelsen. Dersom pasienten ikke ønsker å nyttiggjøre seg av tiltak som utgjør formålet med innleggelsen, vil innleggelsen kunne være formålsløs og pasienten vil i mindre grad ha nytte av innleggelsen. I så tilfelle kan pasienten ha tilsvarende nytte av å ytes psykisk helsevern i ambulant eller poliklinisk form.

Klarhetskravet og Phvl § 4-2 (2) taler for et særlig strengt krav til kompetansens klarhet dersom formålet med innleggelsen eller pasientens tilstand ikke tilsier at tilsyn på natt må gjennomføres av hensyn til forsvarlighetskravet. Motsetningsvis er ikke Phvl § 4-2(2) til hinder for at institusjonen fraviker pasientens selvbestemmelsesrett dersom formålet eller pasientens tilstand tilsier dette. Tilsyn på natt vil også ha en nærmere tilknytning til samtykket til innleggelsen når innleggelsens formål eller pasientens tilstand taler for at tilsynet skal gjennomføres.

4.1.4 Kan en institusjon gjennomføre tilsyn på natt med hjemmel i eierrådigheten?

Institusjonens eierrådighet er egnet til å gi institusjonen kompetanse til å utferdige interne regler av hensyn til ”effektiv drift og et godt tilrettelagt behandlingsmiljø.”²⁸⁰ Det fremheves at det dreier seg om alminnelige regler som regulerer situasjonen når mange mennesker befinner seg under samme tak.

I rundskrivet IS 9/2012 uttales det at det kan gjøres interne reguleringer i den grad det vurderes ”nødvendig av driftsmessige hensyn eller av hensyn til medpasienter.”²⁸¹ Det uttales videre at det er viktig at reglene ikke er strengere enn ”absolutt nødvendig.” Drøftelsen ovenfor om kompetansekravet taler for et skjerpet krav til kompetansens klarhet, og støtter en streng tolking av kompetansegrunnlaget.

²⁸⁰ Ot.prp nr.11 (1998-1999), s. 97

²⁸¹ IS-9/2012, s. 59 og 60

Institusjonens drift knytter seg primært til de underliggende forutsetningene for at institusjonen skal kunne yte helsehjelp, og ikke til selve ytelsen av helsehjelp overfor den enkelte pasienten. Både den enkelte pasienten og de ulike pasientene vil kunne ha nytte og behov for mange ulike undersøkelses- og behandlingstiltak. Noen pasienter har psykiske lidelser som henger sammen med søvn, mens andre derimot sover både mye og godt. På samme måte har noen pasienter behov for tett oppfølging, mens andre ikke har det. Tilsyn på natt vil derfor ikke være et absolutt tiltak for at en institusjon skal kunne yte faglig forsvarlig psykisk helsevern overfor alle pasientene. En institusjon vil kunne fungere effektivt og driftes i tråd med sitt formål uten at det må utføres tilsyn på natt hos alle pasientene.

En institusjon kan ikke gjennomføre rutinemessige tilsyn på natt med hjemmel i eierrådigheten

4.1.5 Kan en institusjon gjennomføre tilsyn på natt med hjemmel i helsepersonelloven § 7?

Helsepersonell sin kompetanse og plikt til å gjennomføre undersøkelser ved ”tvil” om helsehjelp er ”påtrengende nødvendig” fremgår av Hpl § 7 (2). Er helsepersonell i tvil om betingelsene i nødhjelpsplikten er oppfylt, skal helsepersonell foreta undersøkelser for å bekrefte eller avkrefte tvilen. Helsepersonelloven § 7 innebærer både kompetanse og plikt til å gjennomføre undersøkelser.

En naturlig språklig forståelse av tvil er usikkerhet eller uvisshet.

I Ot.prp.nr.13 (1998-1999) uttales det at undersøkelsesplikten følger av forsvarlighetskravet, og at undersøkelsesplikten strekker lenger enn hjelpeplikten.²⁸² Dette tilsier at det i hvert tilfelle må foretas en konkret, faglig forsvarlig vurdering *om* det foreligger ”tvil” om at pasienten har et akutt behov for helsehjelp.

Myndighetenes plikt til positivt å beskytte livet som et ukrenkelig gode, jf Keenan-dommen, taler for en lav terskel for at helsepersonellet skal gjennomføre tilsyn på natt.

I en institusjon vil de motstående hensynene til å ivareta pasientens integritet og selvbestemmelse, og hensynet til å ivareta pasientenes helse og livet som ukrenkelige goder

²⁸² Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 52 og 220

stå mot hverandre. Av drøftelsene og de avveininger som utføres i forarbeidene til Hpl § 7, fremgår det at hensynet til å ivareta pasientens liv og helse skal veie tyngre i akutte situasjoner. At det gjennomføres tilsyn ved tvil, er en forutsetning for å kunne hindre at pasientene påfører seg seg selv eller andre skade. Dette taler for en lav terskel for å utføre undersøkelser med formål å avdekke eller avkrefte om helsehjelp er påtrengede nødvendig. Institusjonen og psykisk lidelsers egenart, samt formålet med å gjennomføre undersøkelser av pasientens tilstand, støtter en lav terskel for å gjennomføre tilsyn.

Av drøftelsen ovenfor om forsvarlighetskravet og spørsmålet om svikt ved helsehjelpen, fremgår det at et absolutt minstekrav er at helsepersonell etter beste evne utøver sitt arbeid i tråd med gjeldende retningslinjer for yrkesutøvelsen.

Dersom pasienten er vurdert å være kronisk suicidal, eller at pasienten i etterkant av en risikovurdering har gitt uttrykk for tanker eller planer om selvskadning eller suicid, taler retningslinjene for forebygging av selvmord for en lav terskel for at helsepersonellet plikter å gjennomføre tilsyn på natt. Av retningslinjene for forebygging av selvmord følger det at dersom en en konkret, faglig vurdering tilsier at det foreligger en viss risiko for selvmord, *bør* det gjennomføres kontinuerlig eller intervallobservasjon.²⁸³ For pasientens psykiske lidelse og dennes tanker og/eller ønske om å skade seg, vil det i utgangspunktet være uten betydning om klokken er 22.00, 03.00 eller 06.00. Den psykiske lidelsen avtar ikke automatisk fordi det er natt. Når det vil kunne være en svikt ved helsehjelpen om institusjonen ikke gjennomfører observasjon i samsvar med retningslinjene, tilsier dette at institusjonen, i de tilfeller som berøres av retningslinjene, *må* gjennomføre observasjon i form av tilsyn på natt.

En lempelig terskel er i utgangspunktet ikke i strid med pasientens mulighet til selvbestemmelse etter Phvl § 4-2 (2). Dette følger av at tilsynet vil være i tråd med formålet med innleggelsen og pasientens tilstand.

Tvilen kan være ytterligere styrket dersom pasienten tidligere har utført selvskadning eller forsøk på suicid. Observeres det støy fra pasientens rom om natten vil det også lett foreligge tvil om det foreligger et akutt behov for helsehjelp. Forsvarlighetskravet støtter at helsepersonell plikter å gjennomføre tilsyn på natt så lenge en faglig forsvarlig vurdering tilsier at det er tvil om helsehjelpen er "påtrengende nødvendig."

Når det observeres støy kan tilsynet også gjennomføres ekstra skånsomt gjennom at nattevakten kan banke på døren før vedkommende går inn. På denne måten skånes pasienten for noen av de integritetskrenkende følgene som tilsynet ellers fører med seg. Dette lemper kravet til kompetansens klarhet. Dersom pasienten ikke svarer når nattevakten banker på, vil dette styrke tvilen og grunnlaget for undersøkelsesplikten.

En institusjon kan gjennomføre tilsyn på natt med hjemmel i Helsepersonelloven § 7

4.2 Institusjoners kompetanse til å låse ytterdørene

4.2.1 Må en institusjon ha hjemmel i lov for å låse ytterdørene, jf Grl § 94?

Når en institusjon beslutter at dørene skal låses, innebærer dette en faktisk innskrenkning i pasientene og andre sin bevegelsesfrihet. Virkningen av låsingen har en absolutt virkning overfor pasientene ettersom de må akseptere det ikke går an å gå ut når dørene blir låst. Forutsettes det at pasientene ikke nektes eller i urimelig grad blir hindret i å gå ut når de ønsker dette, vil ikke låsingen innebære at pasientene frarøves sin frihet. I så tilfelle utgjør ikke låsingen en frihetsberøvelse etter Grl § 94.

En institusjon må ikke ha hjemmel i lov for å låse dørene

4.2.2 Kravet til kompetansens klarhet

Låsning av dørene er isolert sett et svært inngripende tiltak i den enkeltes bevegelsesfrihet. Når dørene er låst vil passivitet medføre at pasientene er avskåret fra å fysisk bevege seg ut av institusjonen, og at pasienten frarøves sin frihet etter Grl § 94 og Strl 2005 § 254. Dette taler for et strengt krav til kompetansens klarhet.

Som virkemiddel for en institusjon kan låsning av dørene tjene mange formål med tilknytning til institusjonen, dens drift og ansvar for pasientene. Av hensyn til driften og ivaretagelse av pasientenes sikkerhet vil låsingen hindre at uvedkommende kommer inn og eventuelt påfører pasienten skade. Låsingen vil også ivareta hensynet til pasientens personvern gjennom at låsingen hindrer andre å tilegne seg kunnskap om at den enkelte pasienten er eller har vært innlagt. For den enkelte pasienten kan dette være av vesentlig betydning. Når dørene er låst kan heller ikke pasientene ubemerket snike seg ut, og eventuelt bevisst eller ubevisst påføre seg selv eller andre skade. Tiltaket vil dermed bidra til å ivareta institusjonens ansvar for

pasientene mens de er innlagt. Den enkelte pasientens tilstand kan tidvis medføre et skjerpet ansvar for institusjonen. Låsingen styrker institusjonens forutsetninger for å ha kontroll og oversikt over hvem som til enhver tid er innenfor institusjonens vegger. Dette er til gunst for både institusjonen og pasientene.

Sammenlignet med låsing av den enkelte pasientens romdør, vil låsingen av ytterdørene innebære et mindre inngripende tiltak. Pasientene vil til enhver tid kunne bevege seg fritt omkring inne i institusjonen og ha tilgang til institusjonens sosiale og materielle fasiliteter. Låsingen vil ikke være like inngripende som skjerming etter Phvl § 4-3. Dette taler mot et strengt krav til kompetansens klarhet.

Det sentrale i forhold til både kravet til kompetansens klarhet hvordan tiltaket faktisk gjennomføres, hvordan det rammer og hvor tyngende tiltaket er for pasientene.

Dersom pasientene låses ut, og inn igjen, på en effektiv måte, vil tiltaket ha begrenset innvirkning på pasientenes frihet. Dersom pasienten ønsker å gå ut, og ikke får tak i de ansatte, vil pasientens bevegelsesfrihet derimot være like begrenset som når de ansatte bevisst nekter pasienten å gå ut. Pasientens integritet og selvbestemmelse vil rammes i tilsvarende grad i begge tilfeller, selv om den psykiske integriteten rammes hardere når pasienten forbyr å gå ut. Dermed vil de ansattes tilgjengelighet ha vesentlig betydning for hvordan tiltaket gjennomføres i praksis.

Hvor lett tilgjengelig de ansatte er vil variere med bemanningssituasjonen, antall pasienter og de innlagte pasientenes tilstand. Når behovet for låsingen er størst av hensyn til oversikt og kontroll over institusjonen som helhet, for eksempel på grunn av mange urolige og observasjonskrevende pasienter, vil de ansatte samtidig være minst tilgjengelige for å gjennomføre utlåsing. Likevel vil forsvarlighetskravet etter Sphl § 2-2 innebære en klar begrensning for hvor lite tilgjengelig de ansatte kan være. Dersom alle de ansatte er opptatt med noen få pasienter, og mangler oversikt og kontroll over institusjonen som helhet, vil dette gjerne i strid med forsvarlighetskravet. I slike tilfeller vil forsvarlighetskravet kreve at institusjonen skaffer mer helsepersonell slik at det til enhver tid er tilstrekkelig med ansatte til at institusjonen som helhet har oversikt og kontroll over alle pasientene. Forsvarlighetskravet fordrer i lys av institusjonens art at det er helsepersonell tilgjengelig dersom det oppstår uventede situasjoner. At det vil oppstå uventede situasjoner i institusjonen vil være ventet i

lys av institusjonens art. Dette innebærer en klar begrensning på hvor lite tilgjengelig de ansatte faktisk kan være, og videre hvor lite effektivt utlåsing kan gjennomføres i praksis.

Uavhengig av hvordan låsing faktisk gjennomføres, vil tiltaket etter dets art ramme pasientene ulikt, både med og uten tilknytning til den enkelte pasientens psykiske lidelse. For enkelte pasienter kan låste dører oppleves svært tyngende og bidra negativt i forhold til deres behandling. Når pasienten gjennomgående møter en låst dør kan dette forsterke og underbygge pasienters opplevelse av underdanighet og det å være underlagt tvang.²⁸⁴ Den enkelte pasient vil ikke kunne bestemme seg for å gå ut, og deretter stå fritt til å gå ut. Pasientens frihet vil hele tiden være betinget av de ansattes aksept, og at de faktisk låser pasienten ut. Låste dører kan derfor styrke grunnlaget for pasienters psykiske lidelse i form av fobi, frykt eller angst. Særlig tyngende vil det kunne være for pasienter med vrangforestillinger eller klaustrofobiske lidelser. Disse pasientene kan tro at de faktisk er avskåret fra å gå ut, og føle seg maktesløse og isolert fra omverden. Låsing kan fremprovosere og utløse frustrasjon, sinne og andre følelsesbetonte reaksjoner som pasienten ellers ville vært foruten. Således vil tiltaket også kunne virke hemmende for å oppnå formålet med deres innleggelse. Dette taler for at det må stilles et strengt krav til kompetansens klarhet.

Låsing av dørene kan også ha en positiv virkning for pasientene og deres psykiske lidelse gjennom å styrke deres trygghetsfølelse. Når dørene er låst, hindres også pasientene at uvedkommende i å komme seg inn. Dette kan ha stor betydning for enkelte pasienter. Det at uvedkommende er fraskåret fra å kunne komme seg inn, kan virke positivt inn på pasientens psykiske lidelse, og kan brukes aktivt som en del av behandlingen. Dette taler mot et strengt krav til kompetansens klarhet.

Hensynet til de som rammes hardest av tiltaket taler for at de eventuelle fordelene for enkelte pasienter må tilkjennes mindre betydning. Prinsipielt tilsier respekten for den enkeltes integritet og ukrenkelige menneskeverd at en pasients fordeler, eller nytelse, ikke kan legitimere en annens lidelse, med mindre dette har vært underlagt en prinsipielle drøftelser og avveininger gjennom demokratiske prosesser. Dette taler for et strengt krav til kompetansens klarhet.

²⁸⁴ NOU 2011:9, s. 402. Litteraturgjennomgangen omhandler akuttpost, men tilsvarende hensyn kan antas å gjelde generelt for institusjonsopphold innen psykisk helsevern.

Samtidig må tiltaket ses i lys av dets nærhet til innleggelsens art og det ansvaret som pålegges institusjonen når pasienten har samtykket til innleggelsen. Låsingen kan også gjennomføres skånsomt gjennom at de ansatte gjennomgående informerer pasientene om at de kan bevege seg ut, samt at de ansatte gjennomfører utlåsingene effektivt. Dette vil de ansatte ha plikt til å gjøre av hensyn til kravet om ”omsorgsfull hjelp” etter Hpl § 4, og taler for et lempelig krav til kompetansens klarhet. At det foreligger visse innskrenkninger eller ulemper av hensyn til pasientenes frihet ved gjennomføringen av institusjonsopphold, må en kunne akseptere uten at det stilles et strengt krav til institusjonens hjemmel.

4.2.3 Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i pasientenes samtykke?

En beslutning om å låse dørene vil ha virkning overfor alle pasientene, både de som per tid er innlagt og de som fortløpende blir det. En pasient kan i utgangspunktet samtykke til at en institusjon låser ytterdørene. Samtidig har den enkelte pasient bare kompetanse til å binde seg selv, slik at den enkeltes samtykke bare gjelder i forholdet mellom den respektive pasienten og institusjonen. En institusjon kan ikke utlede kompetanse fra en pasients samtykke til å gjennomføre tiltak som innskrenker andre pasienters frihet. Dersom én pasient ikke avgir et gyldig samtykke til at institusjonen kan låse dørene, vil låsingen være rettsstridig overfor denne pasienten. Konsekvensen av at en pasient ikke samtykker, vil derfor være at låsingen urettmessig.

Betingelsene for at samtykket skal være gyldig innebærer her en klar begrensning gjennom at samtykket ikke må avgis under utilbørlig press. I praksis vil omstendighetene rundt etableringen av innleggelser, samt den påfølgende gjennomføringen føre til at det skal lite til for at pasientene ikke vil være under et utilbørlig press dersom en institusjonen ønsker å låse dørene, og må innhente et eksplisitt samtykke til dette fra alle pasientene. Dermed vil det gjerne være urettmessig å låse dørene på grunnlag av pasientenes samtykke, og dette vil medføre lite stabilitet ettersom en institusjon til stadighet vil være nødt til å endre sin praksis med låsingen av dørene dersom én pasient ikke har avgitt et gyldig samtykke. At institusjoners kompetanse til å utferdige interne regler bygger på eierrådigheten, kan ses på som en konsekvens av samtykkets begrensninger som kompetansegrunnlag. Samtidig er det rettslig sett ingenting i veien for at en institusjon låser dørene så lenge alle pasientene avgir et gyldig samtykke.

En institusjon kan låse dørene med hjemmel i pasientenes samtykke

4.2.4 Institusjoners kompetanse når pasientene ikke samtykker

Innebærer låsing av dørene en restriksjon, jf Phvl § 4-2 (1)?

Av Phvl § 4-2 (1) følger det at ”restriksjoner” skal begrenses til det ”strengt nødvendige.” Som det fremgår ovenfor i punkt 2.7, skal bestemmelsen ses i lys av øvrige tiltak etter loven som retter seg mot den enkelte pasienten, og ikke mot pasientene som helhet.

Selv om låsing har mange likhetstrekk med skjerming etter Phvl § 4-3, bruken av mekaniske tvangsmidler som hindrer pasientens bevegelsesfrihet og kortvarig anbringelse bak låst dør etter Phvl § 4-8 (2) bokstav a og c, er låsing av ytterdørene i liten grad sammenlignbar når det forutsettes at pasientene står fritt til å gå ut og inn av institusjonen, og at de når som helst kan skrive seg ut og forlate institusjonen. Til tross for at pasientene i realiteten befinner seg bak en låst dør som hindrer deres bevegelsesfrihet inntil dørene blir låst opp, er låsing av ytterdørene et mindre ingripende tiltak. Pasientene kan for eksempel bevege seg fritt omkring inne i institusjonen.

Låsing innebærer ikke en restriksjon etter Phvl § 4-2 (1).

4.2.5 Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i eierrådigheten?

Av eierrådigheten følger det at den som eier noe kan råde positivt og negativt over sin eiendel, jf punkt 4.2.1. Kompetansen innebærer blant annet rett til å nekte andre fysisk adgang til den materielle gjenstanden, og til å iverksette tiltak for å beskytte denne. Beskyttelsestiltak kan være å forby andre adgang gjennom å sette opp skilt eller ved å faktisk låse dørene. I medhold av strl § 268 er det forbudt å “uberettiget” skaffe seg adgang til, eller forbli, i en annens hus eller et annet sted som ikke er fritt tilgjengelig. At det offentlige kan nekte borgerne adgang følger blant annet av den ovenfornevnte dommen inntatt i Rt. 1979 s. 869. Av forarbeidene og rundskrivet IS-9/2012 følger det at innskrenkninger på grunnlag av eierrådigheten må være *nødvendig* av hensyn til institusjonens drift, behandlingsmiljøet eller hensynet til medpasienter, og vurderes konkret ved den enkelte institusjonen. IS-9/2012 taler for at

Forholdet mellom pasientens samtykke til innleggelsen og eierrådigheten taler for at pasienten eventuelt må informeres om at ytterdørene til institusjonen låses ved innleggelsen, eller så snart en eventuell beslutning om å låse blir foretatt.

Når en institusjon låser dørene vil låsing ha virkning overfor alle pasientene uten at låsing påvirker forholdet mellom pasientene. Av dette kan det slutes at låsing eventuelt bare kan være nødvendig av hensyn til institusjonens drift og behandlingsmiljøet.

Sentrale momenter i vurderingen vil for eksempel være institusjonens beliggenhet og den risikoen nærmiljøet utgjør, bemanningssituasjonen, når på døgnet og i hvor stor del av døgnet låsing gjennomføres, hvilke psykiske lidelser de innlagte pasientene har og hvor tett oppfølging disse krever. I det siste ligger særlig hva som følger av kravet til forsvarlighet.

Ved institusjoner i sentrumsnære strøk vil hensynet til å hindre uvedkommende å komme inn kunne tale sterkt for at låsing av dørene er nødvendig av hensyn til å skåne pasienter fra at uvedkommende kommer inn, og hindre at allmennheten får kjennskap til at pasienten er innlagt. Låsing vil virke positivt for å ivareta pasientens integritet og personvern overfor omgivelsene utenfor institusjonen.

Tidspunktet for låsing sammenholdt med bemanningssituasjonen vil også ha innvirkning på i hvilken grad det kan anses nødvendig å låse dørene. Det faktum at institusjonen skal ta hensyn til ressursbruken tilsier at bemanningen ved institusjonen vil variere i løpet av døgnet og om det er ukedag eller helg. Sett i sammenheng med at pasientenes behov for tett oppfølging i tilknytning til undersøkelses- og behandlingstiltak vil variere i løpet av døgnet, tilsier dette at bemanning vil og bør variere. Pasientene vil for eksempel ikke ha behov eller nytte av en-til-en-oppfølging, som for eksempel samtaleterapi, hele døgnet.

Når bemanningen minker, vil institusjonens ansatte ha svekkede forutsetninger for å ha oversikt og kontroll over alle pasientene. Låsing av dørene vil bidra positivt til at de ansatte kan ivareta nødvendig kontroll med alle pasientene, og til at den daglige driften ved institusjonens er helsefaglig forsvarlig. Av hensyn til en ressurseffektiv og samtidig helsefaglig forsvarlig drift, kan det derfor anses nødvendig å låse dørene. Dette gjør seg særlig gjeldende på ettermiddager, om natten og i helgene hvor det i mindre grad foregår

undersøkelse og behandling, og av samme årsak er mindre behov for helsepersonell i institusjonen.

De ansattes forutsetninger for å ivareta ansvaret overfor pasientene vil også kunne variere med hvor mange pasienter som til enhver tid er innlagt, hvilke typer psykiske lidelser pasientene har og hvor alvorlige pasientenes psykiske lidelser er. Dersom en faglig forsvarlig vurdering tilsier at mange pasienter må ha *kontinuerlig observasjon*²⁸⁵ for at helsehjelpen skal være forsvarlig, vil dette gjerne tale for at låsing er nødvendig for at institusjonens helhetlige drift skal kunne anses forsvarlig etter Sphl § 2-2. Ved at dørene låses legges det til rette for at helsepersonellet kan ivareta deres selvstendige plikt til forsvarlighet etter Hpl § 4. Det kan derfor være nødvendig å låse dørene inntil situasjonen på institusjonen roer seg, eller til institusjonen har mer helsepersonell tilgjengelig.

En institusjon kan beslutte låsing av dørene av hensyn til driften

4.2.6 Kan en institusjon låse dørene med hjemmel i Helsepersonelloven § 7?

Hpl § 7 gir kompetanse til å yte ”helsehjelp” dersom dette er ”påtrengende nødvendig” Av forarbeidene følger det at formålet med bestemmelsen er at en person som er i akutt fare skal få behandling, og at bestemmelsen bare gjelder helsehjelp overfor denne personen.²⁸⁶

Kompetansen er begrenset til tiltak overfor den enkelte pasienten, og ikke til tiltak med virkning overfor alle innlagte pasienter. Låsingen av ytterdørene vil ha virkning overfor alle pasientene. En institusjon kan derfor ikke utlede kompetanse til å låse dørene med hjemmel i Hpl § 7.

En institusjon kan ikke låse dørene med hjemmel i Helsepersonelloven § 7

4.3 Institusjoners kompetanse til å foreta innkrenkninger i bevegelsesfriheten

4.3.1 Kan en pasient nektes å gå ut mens pasienten er innlagt?

4.3.1.1 Må en institusjon ha hjemmel i lov for å nekte en pasient å gå ut, jf. Grl § 94?

IS-1511s. 21

²⁸⁶ Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 51 (s. 51)

Det sentrale i vernet etter Grl § 94 er om pasienten faktisk berøves eller fratras sin frihet. Den enkeltes frihet og rett til selvbestemmelse innebærer også at den enkelte har kompetanse til å binde seg selv overfor andre. Samtykket til innleggelsen bygger nettopp på pasientens autonomi. Så lenge pasienten faktisk kan velge mellom å være innlagt i institusjonen og blant annet bli nektet å gå ut, eller velge å skrive seg ut, vil ikke et forbud mot å gå ut innebære at pasienten berøves sin frihet. Grl § 94 er ikke et hinder for at pasienten kan anvende sin frihet til å binde seg til andre. Dersom pasienten i realiteten ikke kan skrive seg ut, vil pasienten derimot være berøvet sin frihet når pasienten nektes å gå ut. I så tilfelle må institusjonen ha hjemmel i lov.²⁸⁷

En institusjon må ikke ha hjemmel i lov

4.3.1.2 *Kravet til kompetansens klarhet*

Når en pasient forbyes å bevege seg ut av institusjonen innebærer dette en klar begrensning på pasientens bevegelsesfrihet, og rammer en grunnleggende frihet. Tiltaket befinner seg i kjernen av pasientens integritet og selvbestemmelse. I det øyeblikk pasienten nektes å gå ut innebærer nektelsen etter sin art at pasienten faktisk berøves sin frihet etter Grl § 94. Samtidig bygger nektelsen på pasientens samtykke til innleggelsen, og det forutsettes her at pasienten når som helst kan trekke dette tilbake og forlate institusjonen.

Formålet med å nekte en pasient å gå ut kan være å skjerme pasienten mot å eksponere seg selv overfor andre mens pasienten er syk. For mange pasienter kan deres handling mens de er syke føre til depresjon i etterkant av en sykdomsperiode. Nektelsen kan også avlaste eller skjerme pasientens pårørende mot pasienten. Ofte har pasientens lidelse i forkant av innleggelsen vært slitsom også for de pårørende. Gjennom at de får en pause fra pasienten forebygges det at de pårørende sliter seg helt ut, og en bidrar til at de pårørende får hvilt seg og er i bedre stand til å ivareta pasienten når pasienten etter hvert forlater institusjonen. Dette er både en fordel for de pårørende og pasienten selv. Formålet kan også være å skjerme pasienten mot inntrykk og stimuli som kan påvirke pasientens psykiske lidelse og behandlingen mens pasienten er innlagt. At pasienten faktisk befinner seg i institusjonen er også en forutsetning for at institusjonen skal kunne yte psykisk helsevern overfor pasienten,

²⁸⁷ jf. Avsnitt 3.5

og dette er kjernen i formålet med innleggelsen. Ellers kan pasienten motta behandling på annet vis.

På den ene siden vil pasienten ha frihet innenfor institusjonens vegger. Pasienten vil kunne bevege seg fritt omkring inne i institusjonen, og ha tilgang til institusjonens materielle og sosiale fasiliteter. Tiltaket innebærer ikke at pasienten avskåres fra å se på TV, data, telefon eller ha direkte kommunikasjon med andre mennesker. Pasienten vil kunne kommunisere med de ansatte og medpasienter, samt ha kontakt med omverden gjennom å få besøk, eller kommunisere gjennom telefon, data eller lignende. Tiltaket innebærer således ikke skjerming etter Phvl § 4-3, begrensning i kontakten med omverden etter Phvl § 4-5.

På den andre siden har forbudet klare likhetstrekk med skjerming etter Phvl § 4-3 og, forutsatt at dørene er låst, også med innelåsning etter Phvl § 4-8. Selv om nektelsen ikke er like omfattende, rammer tiltaket likevel på lignende vis. Dette taler for at institusjonen må ha kompetanse fra hjemmel i lov.

Når en pasient nektes å gå ut kan pasienten i realiteten velge mellom å være innlagt å motta helsehjelpen i institusjon, noe pasienten har rettskrav på, eller velge å skrive seg ut og motta helsehjelp på annen måte. For en pasient vil nektelsen og det å stå overfor et slikt valg oppleves tyngende og bidra til en opplevelse av underdanighet og tvang. Omstendighetene rundt valget vil innebærer et omfattende press på pasienten til å akseptere nektelsen. Dette kan virke negativt inn på pasientens psykiske lidelse. Av betingelsene for pasientens rettskrav følger det også at pasienten i utgangspunktet er vurdert til å ikke bare ha behov, men også tilstrekkelig stor *nytte* av en innleggelse sammenlignet med helsehjelp på annen måte. Dette taler for et strengt krav til kompetansens klarhet.

Kravet til kompetansens klarhet tilsier at det må stilles et strengt krav til kompetansens klarhet, og at en institusjon må ha hjemmel i lov.

4.3.1.3 Kan en pasient samtykke til å ikke gå ut?

En pasient kan i utgangspunktet fritt samtykke til å ikke gå ut som et selvstendig behandlingstiltak. Pasientens avgitte samtykke kan være tilstrekkelig til at pasienten finner roen i institusjonen i tråd med formålet med tiltaket. Av Pbrl § 4-1 (2) følger det at pasienten

når som helst kan trekke sitt samtykke tilbake, og således kan gå ut. Selv om pasienten har uttrykkelig samtykket til forbudet, kan pasienten trekke samtykket tilbake bare ved å gå ut. Det følger av kravet om at ”fravær av motstand” ikke er tilstrekkelig til at samtykket er gyldig, at det er institusjonen som må bevise at det foreligger et gyldig samtykke.

Institusjoners kompetanse til å nekte en pasient å fysisk forlate institusjonen tross pasientens tilbaketrekking av samtykket, følger av den særlige, lovbundne samtykkeregelen i Phvl § 2-2, og Phvl §§ 3-2, 3-3, unntaket i Phvl § 3-4 (2) og tilbakeholdsrett på ulovfestet nødrettslig grunnlag.²⁸⁸

Etter Phvl § 2-2 kan en pasient *ved etableringen* av psykisk helsevern, og på bestemte betingelser, samtykke til at institusjonen kan holde pasienten tilbake i *inntil* 3 uker fra etableringen av vernet.²⁸⁹ Når pasienten trekker tilbake sitt samtykke og likevel nektes å gå ut, vil dette innebære tilbakehold etter Phvl § 2-2. Dette kan, og må, pasienten samtykke til i samsvar med reglene i Phvl § 2-2. En pasient kan ikke samtykke til en fravikelse av Pbrl § 4-1 (2) på annen måte enn etter Phvl § 2-2.

Tiltakets lettfattelige innhold og begrensede konsekvenser taler for at det ikke må stilles strenge krav til informasjon om tiltaket utover at pasienten må informeres om at vedkommene når som helst kan trekke samtykket tilbake. Eneste konsekvens eller følge av at pasienten samtykker til tiltaket er at pasienten bare oppholder seg innendørs inntil pasienten trekke samtykket sitt tilbake. Dette skiller tiltaket særlig fra tilsyn på natt ettersom gjennomføringen av ett enkelt tilsyn kan være tilstrekkelig til å gi pasienten en traumatisk opplevelse. Dette gjelder i utgangspunktet ikke for forbudet mot å gå ut. Siden pasienten når som helst kan trekke samtykket tilbake taler dette for at det ikke må stilles noe krav til samtykkets form.

Det sentrale i tilknytning til vurderingen av samtykkets gyldighet og rekkevidde vil være omstendighetene rundt samtykket, og i hvilken grad pasienten avgir samtykket frivillig. Dette følger særlig av at en nektelse og et frivillig samtykke i utgangspunktet er motsetninger. Av samtykkereglene fremgår det at samtykket ikke er gyldig dersom det er avgitt under utilbørlig press, tvang eller svik. De ansatte må forsikre seg om at pasienten ikke samtykker under slike omstendigheter, jf forsvarlighetskravet. Videre må de ansatte også forsikre seg om at

²⁸⁸ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 63 og s. 88

²⁸⁹ Ot.prp.nr.11 (1998-1999), s. 61 og s. 63

pasienten ikke presses til å opprettholde sitt samtykke til tiltaket. Så lenge samtykket er gyldig, kan pasienten forbys å gå ut med hjemmel i pasientens eget samtykke.

En pasient kan samtykke til et forbud mot å gå ut

4.3.1.4 Kan en institusjon nekte en pasient å gå ut med hjemmel i Helsepersonelloven § 7?

Hpl § 7 innebærer pliktmessig kompetanse for helsepersonell til å yte ”helsehjelp” straks dersom dette er ”påtrengende nødvendig.”

Kan nektelsen anses som helsehjelp?

Som det fremgår ovenfor i kapittel 2 og 3, er definisjonen av helsehjelp tilsiktet å være vid og omfatte ulike tiltak. Det sentrale er formålet med det som utføres. Departementet bemerket blant annet at ”alle sider av de tjenester helsevesenet yter [bør] være dekket” og at også helsehjelp som skal ”sørge for at pasientens tilstand ikke forverres” bør inngå.²⁹⁰ Videre uttales det at omsorg og pleie kan inngå i alle sammenhenger. Som pleie- og omsorgstiltak sikter en til ”hjelp til å opprettholde et best mulig liv til tross for sykdom, funksjonssvikt eller alderdom.”

Formålet med nektelsen er å hindre pasienten i å skade seg selv eller andre, og forebygge forverring og bevare pasienten eller andres helse. Formålet kan også sies å være å yte omsorg overfor en syk person når det er fare for at vedkommende skal utføre en urettmessig handling. Konsekvensen av å ikke nekte pasienten å gå ut, er at det foreligger fare for at pasienten vil gå ut å påfører seg selv eller andre skade. Årsaken til at pasienten ønsker å gå ut og påføre skade, kan for eksempel være et ønske om å avslutte pasientens psykiske lidelser og livet med absolutt virkning, eller at pasienten har befalende stemmer gjennom vrangforestillinger(psykose). Faresituasjonen kan derfor ha tilknytning til pasientens psykiske lidelse. Et muntlig forbud mot å gå ut kan være tilstrekkelig til at pasienten overtales til å ombestemme seg, eller at pasienten evner å stå imot stemmene.

Når pasienten nektes å gå ut, innebærer pålegging av nektelsen en handling. Dette taler for at påleggningen av forbudet kan anses som en handling utført av helsepersonell.

²⁹⁰ Ot.prp.nr.12 (1998-1999), s. 33 (s. 37)

Nektelsen kan anses som helsehjelp

Kan en nektelse være "påtrengende nødvendig" for å hindre pasienten i å påføre seg selv eller andre skade?

I Ot.prp.nr.13(1998-1999) uttales det at spørsmålet om påtrengende nødvendig innebærer "et visst skjønn" og at det skal legges vekt på om det er fare for liv eller alvorlig forverring av helsetilstanden.²⁹¹ Etter forarbeidene skal det "ganske mye til" for at plikten inntreffer.

Bestemmelsen skal fange opp situasjoner hvor det må ytes innsats for å redde liv eller avverge alvorlig helseskade, slik at den enkelte sikres hjelp til å komme seg ut av en akutt situasjon, og forutsetter at helsehjelpen kan ha effekt. Kompetansen gjelder ikke dersom pasienten ikke kan ha effekt av hjelpen og kan skyldes mangel på muligheter for å hjelpe pasienten, at denne er døende eller at pasienten har fått tilstrekkelig hjelp til at faren er over.²⁹²

Om situasjonen kan antas å være akutt og skadepotensialet er tilstrekkelig stort beror etter forarbeidene på et visst skjønn, og må ses i lys av eventuelt uttalt mål, spesiell hendelse, pasientens symptombilde med tanke på depresjon, psykose eller lignende, pasientens historikk med tanke på suicidforsøk. Videre kan det ha betydning om det er kort vei til motorvei, bru, brygge eller lignende. Også pasientens fysiske forutsetninger for å faktisk kunne påføre seg selv eller andre skade, og pasientens skade- eller forsøkshistorikk kan ha betydning for om situasjonen er akutt og skadepotensialet tilstrekkelig stort.

I Ot.prp.nr.65 (2005-2006) uttales det i tilknytning til opphevelsen av det absolutte overføringsforbudet i Phvl § 3-4 at institusjoner i enkelte tilfeller kan nekte pasienter å gå ut av institusjonen på nødrettslig grunnlag. I følge forarbeidene kan institusjonen holde en pasient tilbake i institusjonen dersom pasienten vurderes til å utgjøre en "alvorlig fare for seg selv eller andre" og denne faren antas å vare en "meget kort tidsperiode, for eksempel et par døgn på grunn av en spesiell hendelse."²⁹³ I så tilfelle bør kontrollkommisjonen varsles om tilbakeholdet så snart som mulig av hensyn til pasientens rettssikkerhet.²⁹⁴

Om forholdet til Hpl § 7 og dens nedre grense uttales det at bestemmelsen ikke gir

²⁹¹ Ot.prp.nr 13 (1998-1999), s. 219

²⁹² Ot.prp.nr.13 (1998-1999), s. 219-220

²⁹³ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 64

²⁹⁴ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 63

kompetanse utover det som er “nødvendig for å avverge den akutte faren for pasientens helsetilstand.”²⁹⁵ Videre uttales det at om pasienten fortsatt ønsker å gå ut når faresituasjonen er over, må pasienten eventuelt få skrive seg ut.²⁹⁶ Eventuelt følger det av drøftelsen ovenfor at pasienten vil ha rett til å gå ut uavhengig av om pasienten velger å skrive seg ut. Dette underbygger at Hpl § 7 bare gir kompetanse så lenge den akutte faresituasjonen vedvarer, og at institusjonen ikke kan nekte en pasienten å gå ut når den konkrete faresituasjonen vurderes å være over.

Antas det at pasienten vil utgjøre en “nærliggende og alvorlig fare” for eget eller andres liv og helse “på grunn av sinnslidelsen” over noe tid, “bør” pasienten i følge forarbeidene overføres til tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern slik at tvangen vedtas formelt og pasienten kan påklage vedtaket i ettertid.²⁹⁷ Som eksempel vises det til antakelse om at faren vil vedvare ett par døgn. Overføringen begrunnes i hensynet til pasientens rettssikkerhet.²⁹⁸

En nektelse kan være påtrengende nødvendig

Av drøftelsen fremgår det at en institusjon kan forby en pasient å gå ut såfremt det følger av en faglig forsvarlig vurdering at pasienten befinner seg i en akutt fare for å påføre seg selv eller andre alvorlig helseskade. Dersom en faglig forsvarlig vurdering tilsier at det ikke foreligger en akutt fare, eller at nektelsen ikke kan ha effekt, eller at den aktuelle faresituasjonen er over, må institusjonen oppheve beslutningen om å nekte pasienten å gå ut. Opprettholdes forbudet vil forbudet være urettmessig.

En institusjon kan nekte en pasient å gå ut med kompetanse fra Hpl § 7

4.3.2 Kan en institusjon forby pasientene å gå ut mellom kl 22.00 og 06.00?

4.3.2.1 Må forbudet ha hjemmel i lov, jf. Grl § 94?

Et generelt forbud overfor alle pasientene med virkning mellom kl 22.00 og 06.00 utgjør primært en innskrenkning i pasientenes frihet, og ikke en berøvelse. Dette fremgår tydeligere om en sammenligner forbudet med en konkret nektelse overfor en enkelt pasient, jf. ovenfor i

²⁹⁵ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 73

²⁹⁶ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 63

²⁹⁷ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 63 og 64

²⁹⁸ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 88

punkt 4.2.1. Øvrige tider på døgnet vil pasientene kunne bevege seg fritt ut og inn. Forbudet hindrer ikke at pasientene kan skrive seg ut og forlate institusjonen. Innleggelsen forutsettes dermed å fortsatt bygge på pasientens samtykke, og innebærer derfor ikke en berøvelse av pasientens frihet.

En institusjon må ikke ha hjemmel i lov

4.3.2.2 Kravet til kompetansens klarhet

Forbudet innebærer at pasientenes bevegelsesfrihet mellom kl 22.00 og 06.00 er innskrenket til å gjelde innenfor institusjonens bygning. Pasientene vil for eksempel være avskåret fra å trekke frisk luft, dra på butikken eller på besøk i det gitte tidspunktet. Dette griper inn i pasientens integritet, og innebærer en innskrenkning i pasientens integritet og selvbestemmelse. Av Phvl § 4-2 (1) og (2) følger det at pasientene må få mulighet til å bestemme selv så langt dette er fornelig med formålet med innleggelsen og pasientens tilstand, og at ”restriksjoner og tvang” må begrenses til det ”strengt nødvendige.”

Formålet med tiltaket vil i stor grad være samsvarende med formålet med å nekte en pasienten å gå ut. For den enkelte pasienten og pasientene som helhetlig gruppe, kan forbudet bidra til å sette rammer rundt innleggelsen og skape et roligere behandlingsmiljø. Forbudet vil kunne redusere aktiviteten ut og inn av institusjonen, og bidra positivt for stressnivået i institusjonen. Samtidig vil pasienten en viss bevegelsesfrihet innenfor institusjonens vegger. Forbudet gjelder bare det å fysisk bevege seg ut gjennom institusjonens dører, og innebærer ikke i seg selv øvrige begrensninger i pasientens frihet. Det er altså ikke snakk om et så inngripende tiltak som skjerming etter phvl § 4-3.

Når forbudet gjelder uavhengig av den enkelte pasientens psykiske tilstand, kan forbudet formidles i forkant av planlagte innleggelser, og ved akutte innleggelser kan forbudet informeres ved etableringen av det psykiske helsevernet. Dermed kan pasientens forutberegnelighet i større grad ivaretas, og tiltaket vil i mindre grad ramme den enkelte pasienten. Ved akutte innleggelser vil ikke hensynet til pasientens forutberegnelighet slå inn med like stor kraft på grunn av pasientens tilstand. Et generelt forbud vil heller ikke ramme den enkelte pasientens integritet i like stor grad som en konkret nektelse overfor bare den

enkelte pasienten. Et generelt forbud ”deler” pasienten med de andre pasientene. Dette taler mot et strengt krav til kompetansens klarhet.

Tidspunktet for forbudet taler i utgangspunktet mot at forbudet vil ramme pasientene i særlig grad. Påbudet er begrenset til å gjelde sent på kvelden og om natten når pasientene forutsetningsvis skal sove, og kan ses i sammenheng med institusjonens art. At pasientene fysisk befinner seg i institusjonen er en forutsetning for at institusjonen skal kunne yte helsehjelp til pasientene. Dersom pasientene i liten grad er til stede i institusjonen, vil dette gå ut over institusjonens effektivitet av hensyn til undersøkelse og behandling, og pasientenes nytte av selve innleggelsen vil svekkes. I så tilfelle vil pasienten heller kunne motta behandlingen ambulant eller poliklinisk.

På den andre siden innebærer forbudet en klar begrensning dersom pasienten for eksempel ikke klarer å få sove, og ønsker å trekke frisk luft og avlede tankene. Forbudet vil i så fall, uavhengig av tidspunktet og hvor stort tidsrom det gjelder, oppleves svært integritetskrekkende og være egnet til å bidra til negative følelser og reaksjoner. Nektelsen kan støtte opp under pasientens opplevelse av skjevhet i forholdet mellom pasienten og institusjonen, og underbygge pasientens opplevelse av underdanighet og tvang.²⁹⁹ Dette underbygger hvordan forbudet kan ramme pasientene.

Hvordan forbudet oppleves vil i stor grad bero på samhandlingen og kommunikasjonen mellom de ansatte og pasientene, og hvordan påbudet formidles overfor pasientene. Jo tidligere og i større grad pasientene informeres om forbudet og begrunnelsen for dette, samt jo mer skånsomt og respektfullt informasjonen formidles, desto mindre inngripende vil forbudet oppleves for pasientene når den enkelte pasienten ønsker å gå ut. Formidles forbudet for første gang om natten når pasienten gjerne er frustrert over den psykiske lidelsen og manglende søvn, vil forbudet gjerne ramme ekstra hardt. Foruten innleggelse etter Pbrl § 2-1 b (1) kan forbudet for eksempel formidles i innkallingspapirene. Dette taler for at det ikke må stilles et veldig strengt krav til kompetansens klarhet.

4.3.2.3 Kan en institusjon pålegge forbudet med hjemmel i eierrådigheten?

²⁹⁹ Se bl.a. Nou 2011:9, s. 373, 376 og s. 389

Eierrådigheten kan gi kompetanse til å innføre regler som er ”nødvendig” av hensyn til en effektiv drift, et godt behandlingsmiljø og av hensyn til medpasienter. Formålet med reglene skal være å legge til rette for at den daglige virksomheten i institusjonen skal fungere som helhet slik at institusjonen kan drive undersøkelse og behandling av psykisk lidelse. Kravet til kompetansens klarhet taler for et strengt nødvendighetskrav. Dette støttes av rundskrivet IS 9/2012 om at reglene ikke må være strengere enn ”absolutt nødvendig.”

Av Phvl § 4-2 (2) fremgår det at pasientene skal gis “mulighet” til å bestemme selv “så langt det er forenlig med formålet og den enkeltes tilstand.” En generell husordensregel som forbyr pasientene å gå ut mellom kl. 22.00 og 06.00 vil blant annet frata alle pasientene mulighet til å bestemme om de vil gå ut å trekke frisk luft, gå på butikken eller på besøk uavhengig av pasientens tilstand og formålet med innleggelsen. For enkelte pasienter kan det å bevege seg ut og møte andre mennesker være formålet med innleggelsen. Dette gjelder spesielt pasienter som lider av angst eller frykt. I så fall vil forbudet stride med innleggelsens formål. Dette taler mot at institusjonen kan innføre et generelt påbud.

I forarbeidene til Phvl § 4-2 (5) og rundskrivet IS 9/2012 omtales adgang til å ha regler om ”nattero.” Hva som ligger i ”nattero” er derimot uklart, og kan sikte til at pasientene ikke får gå ut om natten. På den andre siden kan det like gjerne sikte til at pasientene ikke får drive aktiviteter inne i avdelingen som kan forstyrre andre pasienter. Øvrige uttalelser om at reglene skal ivareta hensynet til behandlingsmiljøet og medpasienter, og at husordensreglene skal være regler som en vanligvis må respektere når mange mennesker oppholder seg under samme tak, taler for at det med ”nattero” siktes til at det skal være stille inne i institusjonen. Kravet til kompetansens klarhet taler for at uttalelsen er for vag til at det kan legges vekt på denne.

Når en pasient ønsker å gå ut gjør ikke hensynet til medpasienter seg gjeldende. At en urolig pasient går ut kan derimot virke positivt for andre pasienter ettersom vedkommende ikke kan lage støy og forstyrre innendørs. En nektelse kan derimot føre til reaksjoner og støy som forstyrre andre pasienter.

Av hensyn til driften og behandlingsmiljøet vil et generelt påbud ha mange fordeler for institusjonen. Påbudet kan bidra til et roligere miljø i avdelingen, og til at pasientene klarer å etablere god døgnrytme og daglige rutiner. Når pasienten vet at han eller hun ikke kan vandre

gatelangs om kveldene, kan dette virke til at pasienten finner ro til å sove om natten. Også de øvrige pasientene vil påvirkes dersom det om kveldene er merv”trafikk” ut og inn av institusjonen enn det som følger av plikten til å hele tiden motta pasienter etter Sphl § 3-1. At pasientene er fysisk i avdelingen er også en forutsetning for at institusjonen skal kunne observere pasienten i relasjon til behandlingen, samt ivareta pasientens sikkerhet. Sistnevnte gjør seg spesielt gjeldende om kvelden og natten når det av hensyn til ressursbruken er mindre ansatte i institusjonen. Pasientenes døgnrytme er også viktig av hensyn til behandlingen. Dersom pasienten er våken om natten medfører dette gjerne at pasienten sover om dagen. At pasienten er våken på dagtid er en forutsetning for at institusjonen skal kunne drive behandling overfor pasienten.

Forsvarlighetskravet i Hpl § 4 stiller krav til at helsepersonell til enhver tid skal opptre og yte helsehjelp i tråd med faglig forsvarlighet. I dette ligger det at de ansatte plikter å foreta faglig forsvarlige vurderinger av pasientenes tilstand og de tiltak som iverksettes i tråd med gjeldende retningslinjer. Plikten gjelder uavhengig av tid og sted. Dersom pasienten har omfattende psykisk lidelse og tanker om selvskading eller suicid, vil det kunne være uforsvarlig å la pasienten gå ut. Ved lite bemanning om natten kan det være utfordrende å få gjort tilstrekkelige vurderinger sammenlignet med på dagtid. Dette taler for at det kan være nødvendig å innføre et generelt forbud mot at pasientene får gå ut mens bemanningen er redusert. Gjennom forbudet unngår en at det i det hele tatt må foretas omfattende vurderinger om natten.

På den andre siden følger det av Sphl § 2-2 at det må legges til rette for at helsepersonell kan ivareta sine plikter, herunder kravet til forsvarlighet. Institusjonen kan og skal ta hensyn til ressursbruken ved utformingen av helsetjenesten. Likevel må det av hensyn til forsvarlighetskravet forutsettes at institusjonen til enhver tid har tilstrekkelig med ansatte i institusjonen til at det kan foretas faglig forsvarlige vurderinger av den enkelte pasientens tilstand. Dette er en forutsetning for at institusjonen skal kunne faglig forsvarlig helsehjelp overfor den enkelte pasienten, også uavhengig av om vurderingen skyldes at pasienten ønsker å gå ut. En del av psykiske lidelses egenart er at den enkeltes tilstand endrer seg fort, og dette taler for at det til enhver tid må være tilstrekkelig med helsepersonell tilgjengelig til at det kan foretas vurderinger av pasientenes tilstand for å eventuelt kunne iverksettes konkrete tiltak. Dette kan for eksempel være tiltak etter Phvl kapittel 4.

Samtidig er det en lang vei fra at det foreligger et behov for å nekte pasientene å gå ut, til at et absolutt forbud kan anses nødvendig. Både institusjonen, behandlingsmiljøet og medpasientene kan fint fungere selv om pasienter beveger seg inn og ut av institusjonen. At det dreier seg om et betydelig innhugg i den enkelte pasientenes integritet og selvbestemmelse følger av drøftelsen om kompetansekravet. Når pasienten skal gis mulighet til å bestemme selv så langt det er forenelig med formålet og pasientens tilstand, taler dette for at det må gjøres konkrete vurderinger i det enkelte tilfellet, og at det ikke kan innføres et generelt forbud.

Departementet åpner i Ot.prp.nr.65 (2005-2006) for at det kan gjøres restriksjoner i utgang gjennom husordensreglementet. I merknad til Phvl § 4-3 om skjerming uttales det at momenter i vurderingen av om det skal treffes vedtak om skjerming “vil blant annet være restriksjoner i husordensregler, for eksempel rutiner for utgang.”³⁰⁰ Det forutsettes altså at det *kan* gjøres restriksjoner i pasientenes mulighet til utgang gjennom husordensreglementet. Samtidig må uttalelsen ses i lys av at dette er en indirekte merknad, og at det kan stilles spørsmålsteget ved hvor gjennomarbeidet kommentaren er. Dette taler for å tilkjenne uttalelsen begrenset rettskildemessig vekt.

En forholdsvis ny lovuttalelse fra Helsedirektoratet avgitt 7. November 2014³⁰¹ taler for at institusjoner ikke kan nekte pasienter å gå ut. På spørsmål om en avdeling kunne rutinemessig og uten skjermingsvedtak nekte pasienter å gå ut i friskluft fordi pasienten hadde ”kontinuerlig/intervall observasjon,” uttales det at pasienter som er frivillig innlagt med hjemmel i Phvl § 2-1 ”kan ikke underlegges restriksjoner med hensyn til utgang, men kan derimot når som helst avslutte behandlingen og forlate institusjonen.” Uttalelsen kan ses på som støtte for at institusjoner må ha hjemmel i lov for å innføre restriksjoner av hensyn til å nekte en pasient å gå ut. Samtidig er uttalelsen noe uklar ettersom en kobler sammen spørsmålet om å nekte en pasient å gå ut med spørsmålet om tilbakeholdsrett. Tilbakeholdsrett innebærer at pasienten nektes å forlate institusjon selv om pasienten har trukket tilbake samtykket til innleggelsen, mens forbudet jeg omtaler er begrenset til at pasienten ikke skriver seg ut. Forbudet innebærer ikke at pasienten nektes å forlate institusjonen dersom pasienten først velger å skrive seg ut.

³⁰⁰ Ot.prp.nr.65 (2005-2006), s. 90

³⁰¹ <https://helsedirektoratet.no/lover/psykisk-helsevernloven>,
<https://helsedirektoratet.no/Documents/Lovfortolkninger/Psykisk%20helsevernloven/Skille%20mellom%20kontinuerlig%20observasjon%20og%20skjerming.pdf>

Eierrådighetenes vaghet og kravet til kompetansens klarhet taler i seg selv mot at eierrådighetene er tilstrekkelig kompetansegrunnlag. Hensynet til pasientens integritet og rett til selvbestemmelse etter Phvl § 4-2 (2) underbygger dette. Selv om det vil foreligge et generelt behov for regelen, anses dette ikke tilstrekkelig nødvendig på generelt grunnlag. Helsedirektoratets lovtolking kan ses i lys av den rettslige utvikling på området, særlig gjennom ratifiseringen av CRPD. I tillegg har det vært et betydelig fokus på psykiatrien i samfunns- og mediedebatten. Dette fremkommer gjennom utredningen NOU 2011:9. Det øvrige rettskildetallet taler for at de over 10 år gamle uttalelsene i forarbeidene ikke er gjeldende for rettstilstanden i dag.

En institusjon kan ikke innføre et generelt forbud mot å gå ut mellom klokken 22.00 og 06.00.

4.4 Institusjoners kompetanse til å gjennomføre røykestopp overfor pasientene

4.4.1 Tobakkskadeloven

Et forbud mot å røyke må ses i lys av Tobakkskadeloven (Tobskl)³⁰². Etter Tobskl § 1 er lovens formål å begrense helseskader som følge av tobakksvarer gjennom å redusere forbruket og “på sikt bidra til å oppnå et tobakksfritt samfunn.” Videre skal loven “forebygge at barn og unge begynner å bruke tobakksvarer, fremme at de som allerede bruker tobakksvarer, slutter og beskytte befolkningen mot eksponering for tobakksrøyk.” Lovgivers intensjon er kort sagt å utrydde bruken av tobakk.

Hovedregelen om at lufta skal være røykfri “i lokaler og transportmidler hvor allmennheten har adgang,” samt i “arbeidslokaler,” følger av Tobskl § 25 (1) 1. og 2. Pkt. Av tredje punktum fremgår det at også “inngangspartier til helseinstitusjoner” skal være “røykfrie.”

Annet punktum om arbeidslokaler gjør seg gjeldene ettersom en institusjon ikke er et sted hvor allmennheten i utgangspunktet har adgang. Dette følger til dels av drøftelsen ovenfor om kompetansen til å låse dørene, og hensynet til pasientenes personvern.

Er institusjonen et arbeidslokale?

³⁰² Lov 9. Mars 1973 Nr. 14

Det følger naturlig av ordlyden at arbeidslokaler er et sted eller rom innendørs hvor noen utfører handlinger gjennom et ansettelsesforhold. Helsepersonellet er ansatt i spesialisthelsetjenesten for å yte helsehjelp til pasientene mens pasientene er innlagt. Dette taler for at forbudet også gjelder i en institusjon hvor allmennheten ikke har adgang, så lenge det foregår arbeid. I en institusjon vil det være ansatte som arbeider hele døgnet, og som gjennom psykiske lidelsers art er avhengig av å ha forholdsvis nær og kontinuerlig kontakt med pasientene.

At forbudet om arbeidslokaler også gjelder institusjonen som ikke er åpne for allmennheten støttes av Tobskl sin formålsbestemmelse. Helsepersonellet bør i like stor grad beskyttes mot eksponering av helseskadelig tobakk i slike institusjoner som ansatte i andre typer institusjoner og virksomheter. Dette taler for at institusjonen kan anses som et arbeidslokale etter annet punktum.

Av bestemmelsens annet ledd fremgår det at røyking “kan likevel tillates i følgende lokaler,” for eksempel “beboelsesrom i institusjoner som erstatter pasientens hjem.” Ordet *likevel* taler for at det i utgangspunktet foreligger et forbud mot å røyke i institusjoner.

I Prop.55 L (2012-2013), forarbeidene til dagens § 25 hvor det tidligere unntaket i § 12 (1) 3.pkt om røykerom ble opphevet, foreslås det “enkelte unntak fra hovedregelen i første ledd om røykfrie lokaler.”³⁰³ Det fremgår at unntakene i Tobskl § 25 (2) for “institusjoner som erstatter beboernes hjem” videreføres, og at dette omfatter sykehjem, men ikke sykehus. Når unntakene ikke gjelder sykehus, forutsetter dette at det allerede foreligger et forbud som det kan gjøres unntak fra. Etter forarbeidene gjelder unntakene for røyking på pasientrom eller adgangen til å ha røykerom bare for institusjoner hvis opphold er av en “mer permanent karakter.”³⁰⁴ Unntaket om sykehjemslignende institusjoner begrunnes i vernet om privatlivet og det faktum at sykehjemmet utgjør beboernes hjem. Selv om sykehusopphold kan strekke seg over lengre tid, vektlegges det at sykehuset ikke er en “reell erstatning for vedkommendes hjem.”³⁰⁵ Videre fremgår det at det i slike institusjoner kan gjøres unntak i forbudet mot røykerom, men dette er en ”kan-regel” og ikke en plikt for

³⁰³ Prop.55 L (2012-2013), s. 53

³⁰⁴ Prop.55 L (2012-2013), s. 74

³⁰⁵ Prop.55 L (2012-2013), s. 74

”institusjonseiere/arbeidsgivere.”³⁰⁶ Det fremgår av forarbeidene at ytterligere innskrenkninger i adgangen til å røyke “er i tråd med rettsutviklingen på området.”³⁰⁷

Etter oppgavens definisjon omfatter institusjonen mer enn alminnelige sykehus, for eksempel distriktpsikiatriske sentre(DPS). Samtidig har oppholdene i både sykehus, DPS og øvrige institusjoner som faller inn under oppgavens definisjon av institusjon, som felles formål å være midlertidige. Pasientene skal motta helsehjelp for så å dra hjem igjen. Institusjonen er ikke ment å skulle være en reell erstatning for pasientenes hjem. Dermed er den klare hovedregelen at det er forbudt for pasientene å røyke i institusjonen, og at det ikke kan gjøres unntak.³⁰⁸

Institusjonens er et arbeidslokale

Hvor langt rekker institusjonens inngangsparti?

Av Tobskl § 25 (1) 3. Pkt følger det at “inngangspartier” skal være røykfrie.

I bestemmelsens femte ledd er det inntatt en forskriftshjemmel for å gi nærmere bestemmelser om krav til røykfrie buffersoner ved inngangspartier. Denne er ikke anvendt per tid.

En naturlig språklig forståelse av “inngangspartier” er at dett er et område i tilknytning til inngangen til institusjonen, og at dette strekker seg lenger enn inngangsdøren. Hvor langt dette området strekker seg gir ikke ordlyden noen veiledning om.

Formålsbestemmelsen taler for en vid tolking av ordlyden. Lovens formål er blant annet å beskytte enhver mot å bli eksponert mot helseskadelig tobakksrøyk. Dette tilsier at inngangspartiet er det området på eiendommen til institusjoner som enhver må passere for å komme inn i institusjonen, og at disse områdene skal være “røykfrie.” Lovens formål om å forebygge at personer begynner å røyke, og virke til at personer slutter, støtter en vid tolking av inngangspartiets rekkevidde.

I forarbeidene uttales det at det er “en selvfølge at alle skal kunne ta seg inn til en helseinstitusjon eller en offentlig virksomhet uten å bli hindret av tobakksrøyk ved

³⁰⁶ Prob.55 L (2012-2013), s. 53

³⁰⁷ Prob.55 L (2012-2013), s. 54

³⁰⁸ Prop.55 L (2012-2013), s. 54

inngangspartiet”, og at det er “naturlig at helseinstitusjoner går foran som et godt eksempel.”³⁰⁹ Utover dette fremgår det ikke av forarbeidene hvor langt institusjonens inngangsparti rekker, og hva som ikke anses som institusjonens inngangsparti. Til tross for at flere av høringsinstansene etterlyser ytterligere regulering av røyking utendørs, viser departementet bare til målsetningen om et tobakksfritt samfunn, og at det kan bli aktuelt med ytterligere reguleringer i tråd med samfunnsutviklingen.³¹⁰

At departementet bevisst har unnlatt å definere grensene for hva som utgjør institusjoners inngangsparti, taler for at at institusjonene selv kan, og må, foreta en skjønnsmessig vurdering ut fra de konkrete forholdene ved institusjonen. De store variasjonene i institusjoners utforming kan ses på som en forklaring på at departementet i liten grad definerer hva som anses som en institusjons inngangsparti. Uttalelsen i forarbeidene utelukker ikke at pasientene kan røyke på institusjonens parkeringsplass eller gangvei, så lenge dette ikke er en del av institusjonens inngangsparti. Ved enkelte institusjoner kan hele eller deler av parkeringsplassen naturlig anses som en del av inngangspartiet, for eksempel dersom institusjonen har et omfattende tak som dekker både inngangsdøren og parkeringsplassen. En vil lettere kunne avgrense mot andre frittstående uteområder som ikke fysisk grenser til området rundt inngangsdøren. Dette gjelder for eksempel verandaer, uteplatter, hageområder og lignende. På disse stedene er utgangspunktet at pasientene kan røyke. Dette tilsier at rekkevidden av institusjonens inngangsparti må vurderes konkret ved den enkelte institusjonen.

4.4.2 Kravet til kompetansens klarhet

Røykestopp griper inn den enkelte pasientens selvbestemmelse med hensyn til egen helse og livsstil. Foruten på offentlig området hvor lufta skal være røykfri etter Tobskl § 25, kan enhver person over 18 år fritt kjøpe og anvende tobakksvarer³¹¹.

Tiltaket kan også ses i lys av unntakene om ”beboernes hjem” i Tobskl. § 25 (2), og begrunnelsen i den enkeltes private sfære. Unntakene er et bevisst valg av lovgiver i

³⁰⁹ Prop.55 L (2012-2013), s. 63 (s. 76)

³¹⁰ Prop.55 L (2012-2013), s. 63 (s. 76)

³¹¹ Tobskl. § 2 (1)

spørsmålet om hvorvidt hensynet til pasientens autonomi og integritet skal veie tyngre enn hensynet til fellesskapet og helsepersonell.³¹² Dette underbygger tiltakets inngripende art.

I Rt. 2010 s. 612 uttaler førstevoterende i avsnitt 30 at ”Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige.” Mindretallets votum forstås i retning av å vektlegge pasientens integritet og rett til selvbestemmelse enda tyngre. Dette støtter at røykestopp er et inngripende tiltak.

Førstvoterende sin videre uttalelse i avsnitt 30 om at “hensynet til pasientens autonomi nødvendigvis må veie mindre der klart uheldige valg også får betydelige negative følger for andre, eller kommer i konflikt med andres rettigheter,” anses ikke aktuell her. På grunn av forbudet mot røyk i institusjonens lokaler og i inngangspartiet, kan utgangspunktet kan ikke pasientene røyke så nært institusjonen at røykingen går utover verken øvrige pasienter eller ansatte.

På den andre siden er tiltaket medisinsk legitimt og i tråd med ”rettsutviklingen på området.”³¹³ Formålet og virkningen av tiltaket er positiv for pasienten og dennes helsetilstand, særlig på lengre sikt. Mottar pasienten medikamentell behandling, vil tiltaket kunne ha en ytterligere positiv effekt på virkningen av disse.

En nektelse av å røyke kan oppleves svært tyngende for en pasient. Det følger blant annet av at det er en sikker oppfatning i samfunnet om at det er krevende å slutte og røyke, og at det vanligvis følger bivirkninger med å slutte. Eksempelvis trekker avdelingsoverlege Tor Ole Klemsdal ved Ullevaal Universitetssykehus frem at folk må være forberedt i forkant av beslutninger om å slutte å røyke på grunn av vanlige bivirkninger som irritasjon, trøtthet, depresjon, slim og hoste, vektøkning, konsentrasjonsvansker og savn.³¹⁴ Dette er bivirkninger som kan spille negativt inn på pasientens psykiske tilstand og behandlingen av pasientens psykiske lidelse, i hvert fall på kort sikt. Uttalelsen hans tilsier at en pasient som i utgangspunktet lider av depresjon, kan få depresjonslidelsene ytterligere forsterket. Dette

³¹² Prop.55 L (2012-2013), s. 74

³¹³ Prop.55 L (2012-2013), s. 46

³¹⁴ <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/dette-skjer-naar-du-slutter/a/229052/>, oppdatert 02.06.2004 19:08, lest 19.03.2016

underbygger at røykestopp er et inngripende tiltak, og taler for at tiltaket krever et klart kompetansegrunnlag.

En institusjon må ha et klart kompetansegrunnlag

4.4.3 Kan en pasient samtykke til røykestopp?

Pasienten kan samtykke til å ikke røyke mens pasienten er innlagt. Dette kan pasienten gjøre bare ved å ikke røyke. Som det fremgår ovenfor vil en eventuell røykeslutt påvirke pasientens helsetilstand og behandlingen av pasientens psykiske lidelse, og kan på initiativ fra institusjonen anses som et behandlingstiltak. Tiltaket faller dermed inn under samtykkekravet. Så lenge det foreligger et gyldig samtykket, kan pasienten nektes å røyke. I det øyeblikk pasienten ønsker å trekke tilbake samtykket, og faktisk trekker dette tilbake, kan ikke institusjonen lenger nekte pasienten å røyke. Dette følger av Pbrl § 4-1 (2).

For at samtykket skal være gyldig må pasienten gis informasjon om formålet, ventede fordeler og mulige farer eller konsekvenser i forbindelse med tiltaket. Omfanget og kravene til informasjonens form må vurderes ut fra pasientens forutsetninger og omstendighetene for øvrig.

Særlig formålet med nektelsen vil ha sentral betydning for pasientens forståelse av tiltaket og hvordan dette rammer pasienten. Tiltaket kan både begrunnes i somatiske og psykiske forhold av betydning for pasientens tilstand, og behandlingen av pasientens psykiske lidelse. I tillegg vil tiltaket ha omfattende betydning for pasientens somatiske helse, som også vil spille inn psykisk, og gi positive helsegevinstene. Eksempelvis vil tiltaket kunne virke inn på pasientens effekt av den medikamentelle behandlingen. Retten til informasjon taler for at pasienten må informeres om disse fordelene ved tiltaket.

Et samtykket om at pasienten ikke skal røyke kan virke positivt inn på pasientens søvn, og døgnrytme. Det høytidelige rundt "avtalen" vil kunne motvirke pasientens trang og avhengighetsforhold til røyk, herunder om natten, og videre bidra til at pasienten får mer ro til å sove.

Både de kortsiktige og langsiktige følgene av røykeslutt taler for et skjerpet informasjonskrav. Det faktum at pasientens psykiske tilstand, og lidelse, vil kunne påvirkes i negativ retning på kort sikt, taler for at pasienten må gis informasjon om dette. De gunstige helsegevinstene på lengre sikt tilsier at de ansatte plikter å informere pasienten om forelene ved å slutte.

Pasienten vil når som helst kunne trekke samtykket tilbake uten at det tidligere forbudet vil ha negative virkninger for pasienten. Dette taler mot at det må stilles et strengt krav til informasjon eller formkrav. Pasienten vil i realiteten kunne trekke tilbake samtykket bare ved å ta seg en røyk. Med mindre formålet med innleggelsen er at pasienten skal slutte å røyke, vil tilbaketrekkingen av samtykket bare ha virkning for røykeforbudet som selvstendig behandlingstiltak. Tilbaketrekkingen av samtykket vil i så fall ikke ha virkning for innleggelsen som sådan. At røykestopp kan knyttes til formålet med innleggelsen følger av røykingens innvirkning på medisiner.

4.4.4 Kan en institusjon pålegge røykestopp med hjemmel i eierrådigheten?

Av forarbeidene og IS-9/2012 følger det at en institusjon kan innføre regler som er nødvendige av hensyn til effektiv drift, et godt behandlingsmiljø eller av hensyn til medpasientene. Det faktum at det allerede foreligger et lovforbud mot å røyke i institusjonen og inngangspartiet, innebærer at forbudet ikke er nødvendig av hensyn til behandlingsmiljøet eller medpasienter. Pasientene kan uansett ikke røyke i institusjonens lokaler eller i inngangspartiet slik at røykingen går utover andre pasienter.

I Prop.55 L (2012-2013) oppsummeres gjeldende rett før vedtakelsen av et generelt forbud om at også inngangspartier skal være røykfrie.³¹⁵ Det fremgår her at loven per tid ikke regulerte røyking utendørs, men at som eier av en bygning eller et område, kunne eier i kraft av sin eierrådighet “i stor grad” regulere røyking ved inngangspartier og andre utendørsområder. Det fremgår ikke videre noe som taler for at institusjoners kompetanse er innsnevret. Vedtakelsen av det generelle forbudet, retts- og samfunnstviklingen for øvrig, og formålsbestemmelsen i Tobskl., kan ses på som støtte for at institusjoner i dag kan regulere dette fullt ut, og ikke bare “i stor grad.” Således kan institusjoner forby røyking på deres uteområder.

³¹⁵ Prop.55 L (2012-2013), s. 75

Av IS-9/2012 fremgår det at institusjoner kan regulere “steder for røyking.”³¹⁶ Uttalelsen taler i utgangspunktet mot at en institusjon kan forby pasientene å røyke. Det er et langt steg fra å regulere hvor det kan røykes, til å innføre et totalt forbud mot å røyke. Det faktum at innsnevringene i Tobskl. § 12 og § 25 ikke var trådt i kraft, og at rundskrivet ikke er en autoritativ rettskilde, taler for at uttalelsene i forarbeidene kan tilkjennes større vekt. Den øvrige rettsutviklingen på området støtter dette.

At en institusjon eventuelt kan forby røyking på eiendommen sin innebærer derimot ikke at en institusjon kan forby pasientene å røyke utenfor institusjonens eiendom. I lys drøftelsen ovenfor om kompetansen til å nekte en pasient å gå ut, vil pasientene som det klare utgangspunkt stå fritt til å gå ut. Dermed kan pasientene bevege seg utenfor institusjonens eiendom og røyke der. Hvorvidt det foreligger et forbud mot røyking på naboeiendommen, blir et spørsmål om naboens kompetanse.

Spørsmålet om institusjoner har kompetanse til å forby pasientene å røyke av hensyn til driften blir i fortsettelsen tilsvarende som drøftelsen om pasienten kan nektes å gå ut. Av hensyn til driften og behandlingsmiljøet er det uten betydning om pasienten anvender sin frihet til å gå ut og trekke frisk luft, eller om pasienten velger å puste inn tobakk. At pasientens selvbestemmelse også omfatter uheldige helsemessige valg, følger blant annet av den nevnte dommen inntatt i Rt. 2010 s. 612.

En institusjon kan ikke pålegge røykestopp med hjemmel i eierrådigheten

5. Kildeliste

Lover

5-1-1 i Kong Christian Norske Lov 15. April 1687.

Lov 22. Mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Strl 1902) - Opphevet

³¹⁶ IS-9/2012, s. 60

Lov 2. februar 1967 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 9. Mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakkskader (Tobskl)

Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 2. Juli 1999 Nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (Phvl)

Lov 2. Juli 1999 nr 63 om pasient- og brukerrettigheter (Pbrl)

Lov 2. Juli 1999 Nr. 64 om helsepersonell m.v.(Hpl)

Lov 2. Juli 1999 Nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (Sphl)

Lov 15. Juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader m.v

Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (Strl 2005)

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

Forskrifter

Forskrift nr. 1208 av 2000 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften)

Forskrift nr. 1258 av 2011 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften)

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

Forarbeide/proposisjoner

Ot.prp.nr. 79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Ot.prp.nr.10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m

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

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

Ot.prp.nr.13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)

Ot.prp.nr.31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

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

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Prop. 106 S (2011-2012) Prop.106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne

Prob.55 L (2012-2013) Endringer i tobakksskadeloven (bevillingsordning mv.)

Prop.118 L (2012-2013) Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven mv. (rett til nødvendig helsehjelp og pasientrettighetsdirektivet m.m.)

Rettspraksis

Rt. 1963 s. 1263
Rt. 1979 s. 869
Rt. 1979 s. 1079
Rt. 1990 s. 874
Rt 1994 s. 395
Rt. 1995 s. 530
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2000 s. 646
Rt. 2002 s. 1707
Rt. 2004 s. 583
Rt. 2010 s. 612

Underrettspraksis

Borgarting Lagmannsretts dom 10. Desember 2015 i sak nr 14. LB-2014-197486
(HR-2016-436-U)

Rettspraksis fra EMD

Engel m/ flere mot Nederland: Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72
Herczegfalvy mot Østerrike: Application 10533/83

H.L mot Storbritannia: Application no. 45508/99
Keenan mot Storbritannia: Application no. 27229/95,

Lithgow m/flere mot Storbritannia: Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81;
9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81

Malone mot Storbritannia: Application no. 8691/79

Niemietz mot Tyskland: Application no. 1370/88

Pretty mot Storbritannia: Application no. 2346/02

Silver m/flere mot Storbritannia: Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75;

7107/75; 7113/75; 7136/75)

Sunday Times mot Storbritannia: Application no. 6538/74

Storck mot Tyskland: Application no. 61603/00

Uoffisielle oversettelser

Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne(CRPD), Barne- og Likestillingsdepartementets uoffisielle norske utgave av 1.9.2008, korrigert 22.12.2008

Offentlige utredninger og rapporter

NOU 1991:20 Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming

NOU 2009:1 Individ og integritet — Personvern i det digitale samfunnet

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

Nasjonalt folkehelseinstituttets rapport 2014, *Folkehelse rapporten 2014. Helsetilstanden i Norge*(2014:4), utgitt desember 2014.

Likestillings- og diskrimineringsombudets CRPD-rapport 2015, *Ombudets rapport til FNs komité for rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne - et supplement til Norges første periodiske rapport*, utgitt oktober 2015.

Rundskriv og veiledere

IS-1511: Nasjonale retningslinjer for forebygging av selvmord i psykisk helsevern, utgitt januar 2008

IS-9/2012: *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforordningen med kommentarer*, utgitt november 2012

IS-2452/2016, *Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2014*, utgitt mars 2016

Lovuttalelser fra Helsetilsynet og Helsedirektoratet

<https://helsedirektoratet.no/lover/psykisk-helsevernloven>

<https://www.helsetilsynet.no/no/Regelverk/Tolkningsuttalelser/Helse-omsorgstjenester/Ompasientsamtykke-som-rettsgrunnlag-for-ransaking-idet-psykiske-helsevernet/>

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen sak 634/2011

Litteratur

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad, *Helsepersonelloven – Med kommentarer*, Fagbokforlaget AS(2010), 3. utgave

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, , *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Fagbokforlaget 2008, 1.utkast, 6.opplag.

Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal Norsk Forlag(2007), 3. Opplag, 2010.

Brenna, Wenche, *Samene i rettssystemet: en undersøkelse om språklige og kulturelle barrierer i samhandlingen mellom samiske brukere og rettssystemet i Finnmark*, CálliidLágádus (2005)

Eckhoff, Thorstein, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget AS (2001), 5. Utgave, 4. Opplag, 2010.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, Universitetsforlaget AS (2014), 10. Utgave 2014.

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, Universitetsforlaget AS(2013), 7.utgave 2013

Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett – Bind I: Forvaltning og kompetanse*, Forlaget A. Frihagen AS(1991), 3. Utgave 1991.

Giertsen, Johan, *Avtaler*, Universitetsforlaget(2014), 3.utgave, 2014.

Riedl, Tore Roald. og Wenche Dahl Elde, *Psykisk helsevernloven med nøkkelkommentarer*, Cappelen Damm AS, Oslo (2008).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Universitetsforlaget (2011), 4. Utgave 2011

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag AS(2007), 2. Utgave, 3. Opplag 2011.

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag (2015), 4.utgave. 1. Opplag 2015

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget (2004), 3. Utgave 2011, 2. Opplag 2013

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

Tidsskrifter og artikler

Heløe, Leif Arne *Fra paternalisme til pasientrettigheter*, Tidsskrift for Norsk Legeforening, nr 4, 132, 2012; side 434 – 436

Høyer, Kjellin, Engberg, Kaltiala-Heino, Nilstun, Sugurjonsdottir, Syse, *Paternalism and autonomy: A presentation of a Nordic study on the use of coercion in the mental health care system*, International Journal of Law and Psychiatry 25 (2002), side 93-108

Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak *Pasientrettighetene i Norge - framvekst og*

utviklingsmuligheter. Lov og Rett 1993, s. 387-405 - (LOR-1993-387)

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-2010-612], inntatt i Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 2013 s. 419-429 - (FEST-2013-jfb-419), s.*

Syse, Aslak, *Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøyemed innenfor psykiatrien*, Nordisk Tidsskrift for menneskerettigheter, Vol 24, Nr. 4, S.318-342. ISSN 1503-6480 (Universitetsforlaget 2006).

Pallesen, Ståle m/flere, *Søvn sykdommer – En oversikt*, Tidsskrift for Norsk Psykologforening, Vol 44, nummer 4, 2007, side 378-393,
http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=14459&a=2,

Aasen, Henriette Sinding, *Frivillighet, tvang og menneskeverd ved innleggelse i det psykiske helsevernet: Etiske og juridiske utfordringer*, Tidsskrift for Norsk Psykologforening nr 46, 2009, side 1175-1181, http://www.psykologtidsskriftet.no/index.php?seks_id=99220&a=3

Doktoravhandling

Østenstad, Bjørn Henning, *“Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente,”* avhandling for graden philosophiae doctor (Universitetet i Bergen 2009).

Nettsider

Helsedirektoratet:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/helse-og-omsorg/psykisk-helse/spesialisthelsetjeneste-psykisk-helsever/id439529/>.

Store Medisinske Leksikon(SML) på nett: <https://sml.snl.no/helse>

Verdens Gang (VG) på nett:

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/tvang-i-psykiatrien/vet-ikke-hvor-mange-som-legges-i-belter/a/23665230/>,

Oppsummering av debatten om pakkeforløp i psykiatri(uavhengig samleside)

<http://henrikvogt.com/2015/09/21/dette-er-en-samleside-for-debatten-om-pakkeforlop-i-psykiatri/>

Tor Levin Hofgaard, president i Norsk psykologforening om pakkeforløp i psykiatri

<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/Debatt-om-psykisk-helse-n-pakke-for-alle-8125295.html>