



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

## **Manglende samtykkekompetanse som vilkår for tvungent psykisk helsevern**

Begrenser CRPD adgangen til å stille et slikt vilkår?

Eline Stenstrøm Moshuus

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, Høsten 2020

# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Oppgavens avgrensning og struktur.....	4
2	Metodiske spørsmål.....	4
2.1	En rettsdogmatisk framstilling.....	4
2.2	Rettspraksis.....	5
2.3	Uttalelse fra Sivilombudsmannen.....	5
2.4	Helsedirektoratets rundskriv.....	6
2.5	NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven.....	7
2.6	Stillingen til menneskerettighetene i norsk rett.....	7
2.6.1	Generelt om menneskerettighetene ved tolking av nasjonal lovgivning.....	7
2.6.2	Generelt om CRPD sin betydning i norsk rett.....	8
2.6.3	Betydningen av CRPD-komiteens uttalelser i norsk rett.....	9
3	Et historisk tilbakeblikk.....	11
3.1	Holdningsendring fra fokus på paternalismen til selvbestemmelsesrett.....	11
3.2	Innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven.....	12
4	Det menneskerettslige vernet mot tvang.....	13
4.1	Våre grunnleggende rettigheter.....	13
4.1.1	Vernet mot frihetsberøvelse.....	13
4.1.2	Retten til respekt for privatliv og familie.....	14
4.1.3	Legalitetsprinsippet.....	14
4.2	CRPD sin påvirkning på tvungent psykisk helsevern.....	15
4.2.1	Alle skal ha det samme menneskerettslige vernet.....	15
4.2.2	Selvbestemmelsesretten.....	15
4.2.3	Retten til helse.....	16

4.2.4	Vernet mot ulovlig frihetsberøvelse .....	17
5	Vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern .....	17
5.1	Generelt om vilkårene .....	17
5.2	Materielle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern .....	18
5.2.1	Frivillighetsvilkåret .....	18
5.2.2	Diagnosevilkåret.....	18
5.2.3	Vilkåret om manglende samtykkekompetanse.....	19
5.2.4	Kravet til institusjonens faglige og materielle kompetanse .....	19
5.2.5	Vilkåret om skjønnsmessig helhetsvurdering .....	20
5.3	Prosessuelle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern.....	21
5.3.1	Krav om legeundersøkelse .....	21
5.3.2	Pasientens adgang til å uttale seg .....	21
6	Vilkåret om manglende samtykkekompetanse.....	22
6.1	Generelt om vilkåret.....	22
6.2	Kravet om at det må foreligge en psykisk forstyrrelse.....	23
6.3	Kravet om årsakssammenheng mellom den psykiske forstyrrelsen og manglende forståelse.....	24
6.4	Kravet om at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå» hva samtykket omfatter .....	25
6.4.1	Høy terskel for at samtykkekompetansen skal bortfalle .....	25
6.4.2	Vurderingen av manglende kognitiv evne .....	27
6.5	Helt eller delvis bortfall av samtykkekompetanse .....	30
6.6	Unntaket til kravet om manglende samtykkekompetanse.....	32
6.7	Forholdet mellom vilkåret om manglende samtykkekompetanse og vilkåret om «alvorlig sinnslidelse».....	34
7	Begrenser CRPD adgangen til å stille vilkår om manglende samtykkekompetanse?.....	36
7.1	Utgangspunkt: Norge og CRPD-komiteen har ulik tolkning.....	36

7.2	Forholdet mellom CRPD-komiteens tolkning av artikkel 12 og norske reguleringen av psykisk helsevern.....	37
7.2.1	CRPD-komiteens tolkning av vernet om selvbestemmelsesretten.....	37
7.2.2	Forskjellen mellom mentale handleevne og rettslige handleevne.....	38
7.2.3	Forholdet mellom tvungent psykisk helsevern og «substitute» eller «supported decision-making» regime .....	40
7.3	Rekkevidden av CRPDs krav til støtte ved utøvelsen av selvbestemmelsesretten ..	41
7.3.1	Forholdet mellom samtykkekompetanse, tilrettelegging og frivillighet .....	41
7.3.2	Praktisk tilrettelegging .....	43
7.3.3	Tilrettelegging gjennom personlig støtte.....	44
7.4	Samtykke gjennom tolkning gjennom av pasientens vilje og preferanse .....	47
7.4.1	Tolkning av pasientens vilje og preferanse .....	47
7.4.2	Utfordringer med å skulle tolke pasientens vilje og preferanse .....	48
7.4.3	Forholdet mellom en adgang til å etablere psykisk helsevern ved en tolkning av pasientens vilje og preferanse og norsk rettstradisjon.....	50
7.5	Vernet av frihetsberøvelse i forbindelse med psykisk helsevern .....	51
7.6	Konklusjon .....	53
	Referanseliste .....	55
	Lov- og forskriftregister .....	55
	Internasjonale konvensjoner, erklæringer, komite-uttalelser og EMD-praksis.....	55
	Forarbeidsregister.....	56
	Høyesterettspraksis, Sivilombudsmannen og rundskriv .....	57
	Litteratur.....	58

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Temaet for oppgaven er den rettslige reguleringen av vilkårene for etablering av tvang innenfor psykisk helsevern for pasienter som mangler samtykkekompetanse.

Utgangspunktet er at helsehjelp skal skje på grunnlag av samtykke, og tvang er unntaket. Dette utgangspunktet er likt innenfor både somatikken og psykisk helsevern, jf. henholdsvis pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) § 4-1 og psykisk helsevernloven (phvl.) § 2-1, og § 1-5 som gjelder forholdet mellom de to lovene.<sup>1</sup> Pasienten bestemmer følgelig selv hvilken helsehjelp vedkommende ønsker at skal bli etablert.

Med tvungent psykisk helsevern menes den undersøkelse og behandling, samt nødvendig pleie og omsorg, mennesker får på grunn av psykisk lidelse av spesialisthelsetjenesten uten at vedkommende har samtykket til det, jf. phvl. § 1-2 første og tredje ledd. Tvungent psykisk helsevern kan innebære flere forskjellige type tiltak – med eller uten døgnopphold. Med tvungent psykisk helsevern med døgnopphold menes tiltak der pasienten er påtvunget å oppholde seg på institusjonen og kan holdes tilbake selv om vedkommende ønsker å forlate den. Tvungen legeundersøkelse og tvangsmedisinering er andre tiltak som kan fattes som en del av tvungent psykisk helsevern. Slike vedtak kan fattes enten som eneste tiltak eller sammen med tvungent psykisk helsevern med døgnopphold.

I 2017 ble vilkårene endret ved at det ble tatt inn et nytt tilleggsvilkår om manglende samtykkekompetanse som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern, jf. phvl. § 3-3 nr. 4. Dersom pasienten har samtykkekompetanse kan det altså ikke fattes vedtak om å etablere tvungent psykisk helsevern. Formålet med innføringen av vilkåret var økt selvbestemmelsesrett for flere.<sup>2</sup> I forarbeidene ble det pekt på at en forutsetning for å kunne utøve selvbestemmelsesretten er at pasienten kan forstå hva vedkommende samtykker eller nekter til. For at flere skal kunne utøve selvbestemmelsesretten sin er det derfor viktig med hjelp i beslutningsprosessen og tettere oppfølging slik at vedkommende sin forståelse blir

---

<sup>1</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.); Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.)

<sup>2</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 25

styrket.<sup>3</sup> Det finnes tilfeller der tilrettelegging ikke vil medføre tilstrekkelig forståelse av hva han eller hun samtykker eller nekter til. I disse tilfeller vil det være aktuelt å vurdere om vedkommende mangler samtykkekompetanse.

Det finnes ingen klar definisjon av begrepet samtykkekompetanse i lov eller forarbeid. I litteraturen vises det til at begrepet samtykkekompetanse kan forstås som en henvisning til en persons individuelle forutsetninger for å kunne binde seg til et samtykke. Individuelle forutsetninger kan innebære mye, men to eksempler på individuelle forutsetninger er alder og viss kognitiv modenhet.<sup>4</sup> Vilkåret om manglende samtykkekompetanse åpner for en vanskelig vurdering. Det er ikke lett å vurdere hvordan en annen persons mentale evne til å fatte en beslutning er. En slik vurdering innebærer en vurdering av det som skjer på innsiden av hodet til et annet menneske. I tillegg kan en slik vurdering lett bære preg av individuelle forskjeller hos den som skal gjennomføre vurderingen. Dette mener jeg skaper mye usikkerhet rundt hvordan vurderingen av samtykkekompetanse skal gjøres. Noe av usikkerheten grunner også i at begrepet samtykkekompetanse oppfattes som et vagt og upresist begrep som trenger retningslinjer for hvordan vurderingen av bortfall skal gjøres.<sup>5</sup>

Vilkåret om manglende samtykkekompetanse reiser spørsmål om det inntreffer en konflikt mellom CRPD, ettersom et krav om manglende samtykkekompetanse betyr at selvbestemmelsesretten ikke gjelder for enkelte personer.<sup>6</sup> CRPD har påvirket synet på det menneskerettslige vernet mot tvang overfor mennesker med nedsatt funksjonsevne. CRPD-komiteen har problematisert nasjonal helselovgivning som etablerer tvang på grunnlag av pasientens manglende kognitive evne. I bemerkningene til rapporten som Norge har sendt til CRPD-komiteen i etterkant av ratifiseringen av konvensjonen viser CRPD-komiteen til at de er bekymret over Norges lovgivning om ufrivillig frihetsberøvelse og tvungen behandling av pasienter med psykososiale funksjonsnedsettelse uten deres samtykke.<sup>7</sup> Norge og CRPD-

---

<sup>3</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet side 141

<sup>4</sup> Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer* (2015) side 381

<sup>5</sup> Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven», *TPH* 2018 s. 236-243 på side 240

<sup>6</sup> Convention on the rights of persons with disabilities, New York, 13. December 2006 (Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne – CRPD)

<sup>7</sup> CRPD-Comitee, «Avsluttende merknader til Norges første rapport», 2019, <https://www.saf.no/wp-content/uploads/2019/09/CRPD-2019-Avsluttende-bemerkninger-til-Norges-f%C3%B8rste-rapport.pdf>, (sist sjekket 12.12.2020)

komiteen har ulike tolkninger av konvensjonen. De ulike tolkningene har bakgrunn i en debatt om hvordan sentrale menneskerettigheter skal tolkes og hvilke som skal vektlegges ved konflikt spesielt i forbindelse med tvang innenfor helseretten.<sup>8</sup> Også nasjonalt er det en debatt vedrørende adgangen til vilkåret om manglende samtykkekompetanse sett i lys av CRPD.<sup>9</sup> I denne oppgaven skal jeg redegjøre for det menneskerettslige vernet mot tvang. Jeg skal se på hvordan CRPD har påvirket debatten om bruk av tvang overfor personer med langvarig nedsatt funksjonsevne. Det sentrale i oppgaven er hvorvidt CRPD begrenser adgangen for å ha et vilkår om manglende samtykkekompetanse i phvl. § 3-3 nr. 4 som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern.

Det menneskerettslige vernet for etablering av tvungent psykisk helsevern er en aktuell tematikk fordi det vedtas en betydelig mengde tvangsvedtak årlig. I andre tertial 2020 var 20,8 prosent av innleggelsene til døgnbehandling i psykisk helsevern for voksne, tvangsinnleggelse. Dette innebærer 2 919 tvangsinnleggelse.<sup>10</sup> Det er en økning på 5 prosent sammenlignet med samme periode i 2019. De siste årene er det i gjennomsnitt fattet 8000 vedtak om tvangsinnleggelse per år.<sup>11</sup> Blant disse tvangsinnleggelsene er både tvungen observasjon etter phvl. § 3-2 og tvungent psykisk helsevern etter § 3-3.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er todelt. For det første er spørsmålet hva som er det materielle innholdet i vilkåret om manglende samtykkekompetanse ved etablering av tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 nr. 4 og dernest er spørsmålet om CRPD begrenser adgangen til å stille vilkår om manglende samtykkekompetanse som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern.

---

<sup>8</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet side 60

<sup>9</sup> Blant annet NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven Vedlegg. Generell dissens; NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet Vedlegg 1. Selvbestemmelse og frihet på lik linje med andre: Lovutvalg for vurdering av regler om tvang mv. i psykisk helsevern

<sup>10</sup> Helsedirektoratet (2020), <https://www.helsedirektoratet.no/statistikk/kvalitetsindikatorer/psykisk-helse-for-voksne/tvangsinnleggelse-i-psykisk-helsevern-for-voksne>, (sist sjekket 12.12.2020)

<sup>11</sup> Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven», TPH 2018 s. 236-243 på side 236

## 1.2 Oppgavens avgrensning og struktur

Oppgaven omhandler etablering av tvungent psykisk helsevern. Problemstillinger som knytter seg til gjennomføringen av tvungent psykisk helsevern vil derfor ikke omfattes av oppgavens tematikk.

De problemstillinger som knytter seg til barn vil heller ikke bli behandlet. Det gjelder også for barn mellom 16 og 18 år som kan være omfattet av reglene i phvl. § 3-3.<sup>12</sup> Denne avgrensningen gjøres fordi det inntreffer enkelte problemstillinger for barn, som jeg av plasshensyn ikke vil gå nærmere inn på.

Innledningsvis tar jeg for meg noen metodiske spørsmål i kapittel 2. I kapittel 3 gis det en kort fremstilling av det historiske perspektivet for å vise utviklingen av selvbestemmelsesretten innenfor psykisk helsevern. I kapittel 4 redegjør jeg for det menneskerettslige vernet mot tvang. Deretter foretar jeg en kort fremstilling av vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern i kapittel 5. Etter denne framstillingen analyserer jeg innholdet i vilkåret om manglende samtykkekompetanse i kapittel 6. I denne analysen ser jeg på vilkåret ut ifra nasjonale rettskilder. Deretter foretar jeg en analyse av om CRPD begrenser adgangen til vilkåret om manglende samtykkekompetanse i kapittel 7. I denne delen drøfter jeg det menneskerettslige vernet mot tvang som fremkommer av CRPD opp mot vilkåret om manglende samtykkekompetanse i phvl. § 3-3 nr.4.

## 2 Metodiske spørsmål

### 2.1 En rettsdogmatisk framstilling

Oppgaven har en rettsdogmatisk tilnærming til problemstillingene. Det vil si at jeg gjennom redegjørelse, vurderinger og analyse av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i phvl. § 3-3 nr. 4 skal klargjøre hvilken rettsregel som følger av vilkåret.<sup>13</sup> For å besvare oppgavens problemstillinger om det materielle innholdet i vilkåret om samtykkekompetanse og eventuell begrensning for adgangen til et slikt vilkår i CRPD, bruker jeg juridisk metode.<sup>14</sup> Jeg skal se på de hvordan de nasjonale rettskildene skal tolkes opp mot hverandre og opp mot de

---

<sup>12</sup> Se pbrl. § 4-3 første ledd bokstav b); Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 133

<sup>13</sup> Skoghøy, *Retts og rettsanvendelse* (2018) side 25

<sup>14</sup> Hans Petter Graver «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» *TfR* 2008 s.149-178 på side 167



grunnleggende prinsippene innenfor helse retten. I tillegg skal jeg se på disse tolkningsresultatene opp mot de forpliktelser Norge har etter CRPD.

## 2.2 Rettspraksis

Høyesterett har kun ved to anledninger vurdert innholdet i vilkåret om manglende samtykkekompetanse for etablering er tvungent psykisk helsevern.<sup>15</sup>

Det er også relevant å se på rettspraksis knyttet til de øvrige vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern i phvl. § 3-3. Disse vilkårene er de samme som før innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i 2017.

Rettspraksis knyttet til samtykkekompetanse innenfor somatikken vil kunne være relevant fordi det lenge har vært lovfestet et generelt krav til samtykkekompetanse etter pasient- og brukerrettighetsloven. Det er særlig én relevant dom fra somatikken som tar for seg terskelen til bortfall av samtykkekompetanse.<sup>16</sup>

Ved tre anledninger har Høyesterett behandlet forholdet mellom norsk rett og CRPD.<sup>17</sup> To av dommene knytter seg til psykisk helsevernloven § 3-3, mens den siste gjelder vergemålsloven. Dommen om vergemålsloven er relevant fordi vergemålsloven åpner for begrensninger i selvbestemmelsesretten. Både psykisk helsevernloven og vergemålsloven omhandler innholdet av selvbestemmelsesretten som CRPD-komiteen behandler i sine generelle kommentarer. I disse dommene drøfter Høyesterett hvilken vekt CRPD og CRPD-komiteens uttalelser har i norsk rett.

## 2.3 Uttalelse fra Sivilombudsmannen

Jeg har også sett på en uttalelse fra Sivilombudsmannen.<sup>18</sup> Uttalelsene fra sivilombudsmannen anses som sekundær kilder da de ikke gir direkte rettsvirkning.<sup>19</sup> En uttalelse fra

---

<sup>15</sup> HR-2018-2204-A; HR-2020-1167-A

<sup>16</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

<sup>17</sup> HR-2020-1167-A; HR-2016-1286-A; HR-2016-2591-A

<sup>18</sup> SOMB-2018-2278; Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven – ombml.) § 3

<sup>19</sup> Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) side 44

sivilombudsmannen vil kunne gi sammenstilling og avveining av rettskildebildet og dermed gi en redegjørelse for de primær kildene.<sup>20</sup> Uttalelsen vil ikke bli tillagt stor vekt.

## 2.4 Helsedirektoratets rundskriv

For denne oppgaven er Helsedirektoratets to rundskriv om psykisk helsevernloven og om pasient- og brukerrettighetsloven av betydning.<sup>21</sup> Rundskriv har tradisjonelt liten rettskildemessig vekt i seg selv. De inneholder ofte mye som er direkte hentet fra andre rettskilder, som lov og dens forarbeider, og denne informasjonen vil ha den rettskildemessig verdi som kilden det er hentet fra. De kan også gi uttrykk for etablert praksis og vil i så fall ha vekten til den etablerte praksisen. Tilsvarende vil det være hvis rundskrivet etablerer ny praksis. Hvis rundskrivet ikke gir uttrykk for verken etablert praksis eller danner ny praksis vil rundskrivets tolkninger og uttalelser utover det som følger av lov eller forarbeider ha samme vekt som juridisk teori.<sup>22</sup> Juridisk teori er en sekundærkilde og har mindre vekt.<sup>23</sup>

I både rundskrivet til psykisk helsevernloven og rundskrivet til pasient- og brukerrettighetsloven er det vist til FARV-kriteriene som er momenter som skal vektlegges ved vurderingen av bortfall av samtykkekompetanse. Momentene er formulert tilnærmet identisk i de to rundskrivene. Både i forarbeidene og rettspraksis er det blitt vist til vurderingsmomentene i rundskrivet.<sup>24</sup> Dette taler for at rundskrivene har etablert ny praksis ved utviklingen av vurderingsmomentene. Vurderingsmomentene er derimot ikke inkorporert i lovteksten.<sup>25</sup> Tvangsutvalget har vist til at vurderingsmomentene er en del av en mer omfattende skjønnsmessig vurdering og de gir ikke uttrykk for absolutte vilkår.<sup>26</sup> Det resterende innholdet i rundskrivene må vurderes konkret vurdering ut ifra om de gir uttrykk for etablert praksis eller ikke. Som helhet har rundskrivene vekt som sekundærkilde.

---

<sup>20</sup> Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) side 234

<sup>21</sup> IS-2017-A om psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer; IS-2015-8 om pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer

<sup>22</sup> Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) side 237

<sup>23</sup> Skoghøy, *Rettsanvendelse* (2018) side 215

<sup>24</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 26; for eksempel HR-2018-2204-A avsnitt 45

<sup>25</sup> Inkorporeringen av momentene ble foreslått i NOU 2011: 9 Selvbestemmelse og rettssikkerhet side 236. Det ble ikke fulgt opp av Prop. 147 L (2015-2016) eller NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven side 448-449

<sup>26</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven side 448 - 449

## 2.5 NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven

Til NOU 2019:14 Tvangsbegrensingsloven har det vært satt ned et utvalg som blant annet har hatt som mandat om å gjennomgå og utrede behovet for revisjon og modernisering av regelverket om tvang i helse- og omsorgssektoren.<sup>27</sup> Fordi forslaget nylig har vært ute på høring har det foreløpig ikke blitt fulgt opp med en ny lov. Beskrivelsen av gjeldende rett i NOUen og forslaget om ny lov er relevant for denne oppgaven. NOUen har rettskildemessig verdi på lik linje med juridisk teori.

## 2.6 Stillingen til menneskerettighetene i norsk rett

### 2.6.1 Generelt om menneskerettighetene ved tolking av nasjonal lovgivning

Norge har ratifisert en rekke menneskerettighetskonvensjoner og er derfor forpliktet til å følge disse. Det norske rettssystem baserer seg på dualismen som innebærer at etter ratifisering av en konvensjon må den inkorporeres eller transformeres for at borgerne skal kunne utlede rettigheter etter konvensjonen. Det betyr at norsk rett har forrang over menneskerettighetskonvensjonene ved konflikt.<sup>28</sup>

Grunnloven § 92 grunnlovsfester statens myndigheters plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.<sup>29</sup> I HR-2016-2554-P (Holship) drøftet Høyesterett om Grl. § 92 innebar inkorporering av menneskerettighetene. Høyesterett kom fram til at Grl. § 92 ikke var en inkorporasjonsbestemmelse, men en oppfordring om å håndheve menneskerettighetene på det nivået de er gjennomført i norsk rett.<sup>30</sup>

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) har en sentral rolle innenfor norsk rett.<sup>31</sup> Bakgrunnen for dette er at den er inkorporert i menneskerettsloven som innebærer at EMK skal gjelde som norsk lov og med forrang ved konflikt med annen norsk lovgivning, jf.

---

<sup>27</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven side 50

<sup>28</sup> Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkeretten* (2018) side 59

<sup>29</sup> Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1815 (Grunnloven – Grl.)

<sup>30</sup> HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 70

<sup>31</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

mrl. § 2 og § 3.<sup>32</sup> Det er uklart hvilken betydning inkorporering i menneskerettighetsloven har for vekten til praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i norsk rett. Justiskomiteen fremmet i innstilling til Stortinget i forbindelse med opprettelsen av menneskerettsloven at det overordnede målet må være at norsk rettspraksis så mye som mulig er i overensstemmelse med gjeldende internasjonal tolkningspraksis.<sup>33</sup> Høyesterett har nylig presisert i tre dommer som ble behandlet i sammenheng i storkammer, at norske lovbestemmelser må praktiseres innenfor de rammer som følger av EMDs praksis.<sup>34</sup>

Ved tolkning av bestemmelser i Grunnloven som er utformet tilnærmet likt som bestemmelser i EMK, har Høyesterett sagt at EMDs praksis har betydning for tolkningen av disse bestemmelsene i Grunnloven.<sup>35</sup> Selv om Grunnloven skal tolkes i lys av EMDs praksis er det Høyesterett som har oppgaven om å «tolke, avklare og utvikle» menneskerettighetene i Grunnloven.<sup>36</sup>

## 2.6.2 Generelt om CRPD sin betydning i norsk rett

CRPD er ratifisert, men ikke inkorporert verken ved menneskerettighetsloven eller annen lovgivning. Konvensjonen er derfor gjennomført ved en passiv transformering.<sup>37</sup> At konvensjonen ikke er inkorporert innebærer at borgerne ikke kan påberope seg rettigheter etter konvensjonen, selv om staten Norge er bundet til den.

Det er uklart hvilken betydning det har for vekten til konvensjonen at den ikke er inkorporert i menneskerettsloven. Ved opprettelsen av menneskerettsloven ble det sagt noe generelt om dette. Kun de konvensjonene som ble ansett som grunnstammen for menneskerettighetene ble inkorporert.<sup>38</sup> Hensikten med menneskerettsloven og inkorporeringen av konvensjonene var å

---

<sup>32</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.)

<sup>33</sup> Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Menneskerettsloven side 6

<sup>34</sup> HR-2020-661-S avsnitt 171. Tolkningen er bekreftet, men ikke videre utdypet i HR-2020-662-S og HR-2020-663-S.

<sup>35</sup> HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81

<sup>36</sup> Rt. 2015 s. 93 A avsnitt 57

<sup>37</sup> I Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkeretten* (2018) side 64 står det at passiv transformasjon innebærer at Norge legger til grunn at kravet som konvensjonen stiller til nasjonal lovgivning allerede er oppfylt i norsk rett, altså konstateres det rettsharmoni.

<sup>38</sup> Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Menneskerettsloven side 6

gi en oppfordring styremaktene om å vektlegge menneskerettighetene.<sup>39</sup> Justiskomiteen begrunnet at særkonvensjoner ikke ble inkorporert, med at loven ville bli uoversiktlig hvis for mange konvensjoner ble tatt inn. Departementet presiserte at det ikke var meningen at inkorporering av enkelte særkonvensjoner skulle oppfattes som rangering av ulike grupper og typer rettigheter.<sup>40</sup>

Presumpsjonsprinsippet går ut på at norsk lovgivning så langt det lar seg gjøre skal tolkes i samsvar med de folkerettslige forpliktelser som Norge har.<sup>41</sup> Prinsippet er spesielt relevant for de konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk lov. Presumpsjonsprinsippet ble drøftet i HR-2016-2591-A i forbindelse med forholdet mellom vergemålsloven og CRPD. Dommen drøfter rekkevidden av presumpsjonsprinsippet ved klar motstrid mellom norsk lovgivning og folkerettslige prinsipper. Høyesterett viser til forarbeidene ved gjennomføringen av EØS-avtalen for tolkning av innholdet i presumpsjonsprinsippet.<sup>42</sup> Av disse kildene fremkommer det at dersom lovgiver uttrykkelig gir uttrykk for at ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i strid med folkerettslige forpliktelser, innebærer det at folkeretten må vike for norsk lov.

### **2.6.3 Betydningen av CRPD-komiteens uttalelser i norsk rett**

I CRPD artikkel 36 som presiserer CRPD-komiteens rolle står det at komiteen skal gå gjennom rapportene fra statene og legge fram forslag og generelle kommentarer. CRPD-komiteen skal derfor både gjennomgå rapport fra statene og komme med bemerkninger. I tillegg skal de utarbeide generelle kommentarene som er anbefalinger som CRPD-komiteen anser som hensiktsmessig. Det fremgår av HR-2016-2591-A at artikkel 36 ikke gir CRPD-komiteen et tolkningsmandat, men at det er naturlig å tolke i forbindelse med å gi de generelle anbefalingene. En problemstilling knyttet til CRPD er hvilken vekt CRPD-komiteens uttalelser har ved vurderingen av om norsk rett er i samsvar med konvensjonen.

I HR-2016-2591-A drøfter Høyesterett vekten til komitéuttalelser på generelt basis i forbindelse med tolking av CRPD. Det vises til høyesterettspraksis deriblant Rt. 2015 s. 1388

---

<sup>39</sup> Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Menneskerettsloven side 4

<sup>40</sup> Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Menneskerettsloven side 6

<sup>41</sup> HR-2016-2591-A avsnitt 48

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) side 3; Innst. O. nr. 14 (1992-1993) Lov EØS-avt. gj.føring side 4

der det legges til grunn at Barnekomiteens uttalelser på generelt grunnlag ikke er bindende.<sup>43</sup> I Rt. 2008 s.1764 har Høyesterett uttrykt at konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomite skal tillegges betydelig vekt.<sup>44</sup> Av Rt. 2015 s. 1388 følger det at det avgjørende for om en komitéuttalelse har vekt er hvor klart den gir uttrykk for partenes forpliktelser etter konvensjonen. I tillegg vektlegges det om uttalelsene er uttrykk for tolkningen av konvensjonen eller om de er en anmodning om hvordan statene på optimal måte oppfyller konvensjonens forpliktelser.<sup>45</sup>

I HR-2016-2591-A tillegges ikke CRPD-komiteens vekt fordi tolkningserklæringen til Norge i sammenheng med artikkel 12 i konvensjonen ifølge Høyesterett medfører at konvensjonen får begrenset betydning.<sup>46</sup> Dommen omhandler vergemålsloven § 22 som knytter seg til fratakelse av rettslig handleevne. Problemstillingene som tas opp i dommen gjelder fratakelse av rettslig handleevne, selv om det er vergemålsloven som regulerer rettsområdet til dommen. HR-2016-2591 trekker i retning av at tolkningserklæringen begrenser vekten til konvensjonen og CRPD-komiteens uttalelsene på dette området. Norge har kommet med tilsvarende tolkningserklæring knyttet til artikkel 14 og 25. Heller ikke i HR-2016-1286-A er komitéuttalelsene vurdert.<sup>47</sup> Tolkningserklæringen har begrenset vekten til eventuelle motstridende komitéuttalelser. Denne tolkningen er videreført i HR-2020-1167-A.<sup>48</sup>

I kommentarutgaven til Syse sies det at det er tvilsomt om CRPD-komiteen «radikale forståelse» av konvensjonen vil få tilslutning innenfor nasjonal rett.<sup>49</sup> CRPD-komiteens uttalelser strekker seg langt og det kan være et spørsmål om uttalelsene gir uttrykk for tolkning av konvensjonen eller politikk. Norge har avgitt en tolkningserklæring som har en annen tolkning enn CRPD-komiteen av artikkel 12, 14 og 25.<sup>50</sup> Dette viser at det finnes flere tolkninger av konvensjonen. Det kan tale for at CRPD-komiteens tolkning ikke grunner i en objektiv tolkning av ordlyden, men er påvirket av politiske meninger om hvordan

---

<sup>43</sup> HR-2016-2591-A avsnitt 57; Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 151

<sup>44</sup> Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 81

<sup>45</sup> Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 152

<sup>46</sup> HR-2016-2591-A avsnitt 58

<sup>47</sup> HR-2016-1286-A avsnitt 30

<sup>48</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 60

<sup>49</sup> Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* (2016) side 466

<sup>50</sup> Prop. 106 S (2011-2012) Vedlegg 2 Erklæringer som foreslås avgitt i forbindelse med ratifikasjon

konvensjonen burde påvirke statenes nasjonale lovgivning. Dette innebærer at CRPD-komiteens uttalelse skal tillegges mindre vekt som rettskilde.

### **3 Et historisk tilbakeblikk**

#### **3.1 Holdningsendring fra fokus på paternalismen til selvbestemmelsesrett**

Etter andre verdenskrig ble det et økt fokus på de rettigheter mennesker har i kraft av å være et menneske. FNs verdenserklæring om menneskerettigheter ble vedtatt i 1948 og dannet utgangspunktet for en rekke konvensjoner.<sup>51</sup> Selvbestemmelsesretten er en menneskerettighet som kommer til uttrykk i blant annet EMK i 1950. Selvbestemmelsesretten innebærer at pasienten selv kan bestemme over de ting som angår en selv. I EMK fremkommer selvbestemmelsesretten av en rekke artikler i konvensjonen, spesielt viktig er artikkel 3 forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling, artikkel 5 vernet mot frihetsberøvelse og artikkel 8 vernet om retten til privatliv.<sup>52</sup>

Selvbestemmelsesretten ble også fremhevet i CRPD artikkel 12 i 2006. Bakgrunnen var at historisk sett har mennesker med nedsatt funksjonsevne og langvarige psykiske lidelser blitt utsatt for mye diskriminering.<sup>53</sup> Det har vært brukt tvang som en sentral del av behandlingen innenfor psykisk helsevern.<sup>54</sup> Behandlingen av psykiske syke har hatt et paternalistisk preg, som betyr at det har vært en holdning om at legen vet best hvilken helsehjelp som er best for pasienten og at legen dermed har kompetansen til å bestemme hvilken helsehjelp pasienten skal motta.<sup>55</sup> Det har derfor vært et behov for en konvensjon som vektlegger menneskerettighetene for personer med nedsatt funksjonsevne og langvarig psykiske lidelser. Hensikten med CRPD artikkel 12 har vært å sørge for at denne gruppen mennesker har

---

<sup>51</sup> Universal Declaration of Human Rights, Paris 10. December 1948 nr. 501 (Verdenserklæringen om menneskerettigheter – Menneskerettighetserklæringen)

<sup>52</sup> Bjørn Henning Østenstad «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk» *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* 2018 s.11-34 på side 15

<sup>53</sup> NOU 2016: 17 På lik linje, grunnleggende rettigheter for utviklingshemm. side 13

<sup>54</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven

<sup>55</sup> Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete* (1996) side 35

samme rett til selvbestemmelse som andre. Motpolen til paternalismen er selvbestemmelsesrett.<sup>56</sup>

### **3.2 Innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse i psykisk helsevernloven**

I NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet foreslo Paulsrud-utvalget innføring av en kompetansebasert modell som innebar vilkår om manglende samtykkekompetanse for etablering av tvungent psykisk helsevern. Utredningen ble delvis fulgt opp ved at det i Prop. 147 L (2015-2016) ble foreslått å innføre vilkåret om manglende samtykkekompetanse. I 2017 ble vilkåret om manglende samtykkekompetanse innført i psykisk helsevernloven. Hensikten med innføringen av vilkåret var blant annet å følge opp det internasjonale fokuset knyttet til CRPD om å styrke selvbestemmelsesretten.

Frem til dette tidspunktet hadde det ikke vært trukket opp et skille mellom de som har den kognitive evnen til å avgi et gyldig samtykke og de som ikke innehar denne evnen.<sup>57</sup> Før innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse ble det ikke foretatt en vurdering av pasientens kognitive forutsetninger ved vedtak om etablering av tvungent psykisk helsevern. Det var da graden av belastning som var avgjørende for om tvang var rettmessig. For å vurdere belastningen av tvang ble det vurdert hvor inngripende tvangen var og om den var forholdsmessig overfor pasienten. Denne vurderingen er i dag en del av helhetsvurderingen i phvl. § 3-3 første ledd nr. 7.<sup>58</sup>

Innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse ble av helse- og omsorgsdepartementet begrunnet med at reglene om etablering av tvang innenfor psykisk helsevern skulle ivareta menneskerettighetene. Spesielt ble vern om personlig frihet og integritet vektlagt.<sup>59</sup> Vilkåret om manglende samtykkekompetanse ble innført i psykisk helsevernloven bestemmelsene om tvungen observasjon i phvl. § 3-2, tvungent psykisk

---

<sup>56</sup> Bjørn Henning Østenstad, «Grunnverdier og grunnomgrep i debatten om bruk av tvang mot utviklingshemma og demente» *NtoM* 2006 s. 343-362 på side 346

<sup>57</sup> Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven», *TPH* 2018 s. 236-243 på side 238

<sup>58</sup> Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven», *TPH* 2018 s. 236-243 på side 239

<sup>59</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 12



helsevern i phvl. § 3-3 og ved undersøkelse og behandling uten samtykke ved gjennomføringen av psykisk helsevern i phvl. § 4-4.

Pasient- og brukerrettighetsloven kom i 1999 og innebar en styrking av de alminnelige pasientrettighetene. Disse rettighetene skulle også gjelde for de som omfattes av psykisk helsevernloven, men kun «så langt det passer». I 2006 ble denne begrensingen fjernet, noe som betydde at rettighetene til pasientene innfor psykisk helsevern ble styrket. Endringene innebar et verdisyn om at alle har de samme grunnleggende pasientrettighetene.<sup>60</sup> Innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse innenfor psykisk helsevern var en ytterligere harmonisering av pasientrettighetene. I kapittel 4A i pasient- og brukerrettighetsloven som ble vedtatt i 2006, er adgangen til tvungen helsehjelp avgrenset til personer uten samtykkekompetanse, jf. pbrl. § 4A-2 første ledd. Departementet begrunnet endringene i psykisk helsevernloven med at de ønsket nettopp denne harmonisering mellom de to lovverkene. De ville ha de samme føringene for etablering og gjennomføring av tvang overfor de som omfattes av psykisk helsevernloven som de som omfattes av pasient- og brukerrettighetsloven innenfor somatikken.<sup>61</sup>

## **4 Det menneskerettslige vernet mot tvang**

### **4.1 Våre grunnleggende rettigheter**

#### **4.1.1 Vernet mot frihetsberøvelse**

Av menneskerettighetene følger det visse friheter som enhver har i kraft av å være menneske, deriblant bevegelsesfriheten. Inngrep i bevegelsesfriheten er særlig aktuelt ved etablering av tvungent psykisk helsevern. Av Grl. § 94 følger det et vern mot frihetsberøvelse. I andre punktum i Grl. § 94 åpnes det opp for at frihetsberøvelsen kan skje dersom den er nødvendig og den ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep. EMK artikkel 5 nr. 1 oppstiller et tilsvarende vern. Konvensjonen åpner også for en adgang til en begrensning i vernet mot frihetsberøvelse. Artikkel 5 nr. 1 bokstav a) til f) oppstiller visse tilfeller som gir adgang til unntak. I bokstav e) åpnes det opp for frihetsberøvelse av «persons of unsound mind» eller personer med sinnslidelse. I tillegg følger det av EMD praksis, herunder *Winterwerp mot Nederland*, at ordlyden «i samsvar med en framgangsmåte forskrevet ved lov» viser både til at det må

---

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 10

<sup>61</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 17

foreligge en nasjonal lovhjemmel og at den nasjonale lovgivningen må være i samsvar med konvensjonens generelle prinsipper.<sup>62</sup> Det vises til både de prinsipper som kommer direkte til uttrykk i konvensjonen og indirekte. Spesielt er prinsippet om rettferdig og ordentlig prosess, herunder at frihetsberøvelse skal bli passende organ og det skal ikke skje vilkårlig.<sup>63</sup> EMDs praksis viser en forsiktighet ved overprøving av inngrep som er begrunnet i medisinsk nødvendighet innenfor psykiatrien. Samme forsiktighet finnes ikke innenfor andre rettsområder slik som barnevernssaker.<sup>64</sup>

#### **4.1.2 Retten til respekt for privatliv og familie**

Etter Grl. § 102 har enhver rett til respekt for privatliv og familieliv. I EMK artikkel 8 finnes et tilsvarende vern. Konvensjonen oppstiller et unntak som åpner opp for begrensinger i vernet om privatliv og familieliv. For at staten skal kunne gjøre begrensinger i denne friheten må adgangen til inngrep være hjemlet i lov, det må kunne begrunnes i et lovlig formål i et demokratisk samfunn og inngrepet må være nødvendig. Ett av de opplistede lovlige formålene er hensynet til å beskytte helse og andres rettigheter og friheter. Et slikt unntak følger ikke av Grunnloven. Også ved denne vurderingen har EMDs praksis hatt en tendens til å gi statene en stor skjønnsmargin i de saker som omhandler de med «unsound mind».<sup>65</sup>

#### **4.1.3 Legalitetsprinsippet**

I Grl. § 113 står det at det kreves hjemmel i lov for at myndighetene skal kunne gjøre et inngrep overfor borgeren. Dette er en kodifisering av legalitetsprinsippet. Klarhetskravet er en del av legalitetsprinsippet som går ut på «arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes» avgjør kravet om hvor klar lovhjemmelen må være, jf. Rt. 1995 s. 530 side 537. Tvang er veldig inngripende overfor den det brukes mot. Dette innebærer et utgangspunkt om at i norsk rett kreves det en klar lovhjemmel ved bruk av tvang. Dette utgangspunktet må ses i sammenheng med og vurderes opp mot ivaretagelsen av andre grunnleggende menneskerettigheter.

---

<sup>62</sup> *Winterwerp mot Nederland* [J] 1979, no. 6301/73 avsnitt 45

<sup>63</sup> *Winterwerp mot Nederland* [J] 1979, no. 6301/73 avsnitt 45

<sup>64</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet side 63

<sup>65</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, *Velferdsrett I* (2017) side 469

## **4.2 CRPD sin påvirkning på tvungent psykisk helsevern**

### **4.2.1 Alle skal ha det samme menneskerettslige vernet**

I Grunnloven § 98 står det at alle er like for loven. Det betyr at alle skal kunne utlede de samme rettigheter og friheter fra alle lover. EMK har tilsvarende formulering. Artikkel 1 viser til at «everyone» skal være sikret rettighetene og frihetene som følger av konvensjonen.

Personer med nedsatt funksjonsevne har gjennom historien blitt utsatt for et dårligere vern av menneskerettighetene til tross for at både grunnloven og menneskerettighetskonvensjonene egentlig skal gi alle mennesker samme vern.<sup>66</sup> De generelle menneskerettighetskonvensjonene har ikke vært tilpasset den særregulering som mennesker med nedsatt funksjonsevne trenger for at de skal ha samme vern som andre.<sup>67</sup> Det har derfor vært behov for en egen konvensjon for denne gruppen. Formålet med opprettelsen av CRPD var således å sikre det menneskerettslige vernet til personer med nedsatt funksjonsevne, jf. artikkel 1 første ledd.

### **4.2.2 Selvbestemmelsesretten**

En av de mest sentrale artiklene i CRPD ved etablering av tvang er artikkel 12. Bestemmelsen gir uttrykk for vernet av selvbestemmelsesretten. Et av de generelle prinsippene som konvensjonen bygger på er at staten skal respektere menneskers individuelle selvstendighet ved å gi adgang til at vedkommende kan ta egne valg, jf. artikkel 3 bokstav a). Artikkel 12 konkretiserer prinsippet i artikkel 3 bokstav a).

Konvensjonens artikkel 12 nr. 1 presiserer at også mennesker med nedsatt funksjonsevne har en rett til å bli anerkjent som person i rettslig sammenheng. Av nr. 2 følger det at også mennesker med nedsatt funksjonsevne har rettslige handleevne på alle livets områder. Med rettslig handleevne viser konvensjonen til evnen til å foreta juridiske beslutninger. Et eksempel på utøvelse av rettslig handleevne er adgangen pasienten selv har til å beslutte om vedkommende ønsker behandling for en psykisk lidelse. Staten skal sikre at personer med nedsatt funksjonsevne skal kunne utøve sin rettslige handleevne ved å tilby støtte. Kravet til å legge til rette for slik støtte som trengs for å kunne utøve sin rettslig handleevne, fremkommer av artikkel 12 nr. 3. I tillegg pålegger konvensjonen i artikkel 12 nr. 4 at staten skal ha hensiktsmessige og effektive beskyttelsesmekanismer for de tiltak som gjelder for utøvelse av

---

<sup>66</sup> NOU 2016: 17 På lik linje, grunnleggende rettigheter for utviklingshemm. side 13

<sup>67</sup> Arnardóttir og Quinn, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (2009) side 19

rettslig handleevne. Disse beskyttelsesmekanismene skal blant annet sikre at pasienten sine rettigheter og viljen og preferanse til pasienten blir respekter. Samlet sett legger artikkel 12 til rette for å ivareta selvbestemmelsesretten også for mennesker med nedsatt funksjonsevne. Selvbestemmelsesretten har stor betydning for spørsmål knyttet til tvungent psykisk helsevern.

Personer med nedsatt funksjonsevne har urettmessig over tid blitt fratatt selvbestemmelsesretten og dette innebærer en diskriminering.<sup>68</sup> Tradisjonelt har mennesker med nedsatt funksjonsevne blitt fratatt retten til å bestemme til fordel for at andre skal gjøre det beste valget for dem. Dette bygger på en tanke om at noen andre har en bedre evne til å vurdere hva som er best for vedkommende.<sup>69</sup> Hensikten med artikkel 12 er å sikre de med nedsatt funksjonsevne den samme selvbestemmelsesretten som andre. CRPD-komiteen understreker at artikkelen ikke skal gi et videre omfang av selvbestemmelsesretten, men heller presisere de ulike elementene som statene må ha med i vurderingen for at de med nedsatt funksjonsevne skal ha samme selvbestemmelsesrett som andre.<sup>70</sup>

### **4.2.3 Retten til helse**

Av artikkel 25 i CRPD fremkommer det at personer med nedsatt funksjonsevne har rett på den høyeste oppnåelige helsestandard uten å være utsatt for diskriminering. Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 12 regulerer også høyeste oppnåelige helsestandard.<sup>71</sup> Forskjellen på CRPD artikkel 25 og ØSK artikkel 12 er at CRPD inneholder en mer detaljert opprømsing av de forhold som må være tilstede for at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal få høyest oppnåelig helsestandard. Bakgrunnen for dette er at personer med nedsatt funksjonsevne ofte har et større behov for helsehjelp enn andre. Dette gjør at behovet for bedre tilgjengelighet, spesialtjenester, lavere kostnader med mer utgjør viktige faktorer i hverdagslivet til de med nedsatt funksjonsevne. CRPD-komiteen har ikke kommet med generelle kommentarer til CRPD artikkelen 25, men ØSK-komiteen har kommet med kommentarer til ØSK artikkel 12.

---

<sup>68</sup> CRPD-comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 8

<sup>69</sup> CRPD-comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 7 og 13

<sup>70</sup> CRPD-comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 1

<sup>71</sup> International Convention on Economic, Social and Cultural Rights, 16. December 1966 (Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – ØSK)

Disse generelle kommentarene til ØSK kan bidra til tolkningen av CRPD artikkel 25 også, da retten til helse i CRPD bygger på den tilsvarende bestemmelsen i ØSK artikkel 12. I den generelle kommentaren presiserer ØSK-komiteen at retten til helse innebærer rettigheter og friheter. Inkludert i frihet er friheten til å kontrollere sin egen kropp.<sup>72</sup>

#### **4.2.4 Vernet mot ulovlig frihetsberøvelse**

I CRPD artikkel 14 reguleres retten til frihet og personlig sikkerhet. Det sentrale i bestemmelsen er at de med nedsatt funksjonsevne skal på lik linje med andre være vernet mot ulovlig frihetsberøvelse. I artikkel 14 nr. 1 bokstav b) følger det at ikke skal skje ulovlig eller vilkårlig frihetsberøvelse. I tillegg presiseres det at nedsatt funksjonsevne ikke skal være grunnlaget for å rettferdiggjøre frihetsberøvelse. Artikkelen må tolkes i samsvar med prinsippet om ikke-diskriminering i artikkel 3 bokstav b). Frihetsberøvelsen skal med andre ord ikke ha et diskriminerende grunnlag.

## **5 Vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern**

### **5.1 Generelt om vilkårene**

I phvl. § 3-3 er det syv kumulative vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern. Det er den faglige ansvarlige som har vedtakskompetanse. Den faglige ansvarlige er etter phvl. § 1-4 en lege med relevant spesialistgodkjenning eller klinisk psykolog med relevant praksis. Den særskilte faglige kompetansen fungerer som en rettssikkerhetsgaranti for å forhindre unødvendig tvangsbruk.<sup>73</sup> Faglig ansvarlig skal ut ifra informasjonen fra legeundersøkelse etter § 3-1 og eventuelt tvungen observasjon etter § 3-2, vurdere om vilkårene for tvungent psykisk helsevern i phvl. § 3-3 er oppfylt. Vilkaene for etablering av tvungent psykisk helsevern kan deles inn i materielle og prosessuelle vilkår. I det følgende skal jeg gi en oversikt over disse vilkårene for å gi et helhetlig bilde av de samlede vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern, før jeg i kapittel 6 går mer i dybden på vilkåret om manglende samtykkekompetanse.

---

<sup>72</sup> ESCR-comitee, General Comment No. 14 (2000) avsnitt 8

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 54

## 5.2 Materielle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern

### 5.2.1 Frivillighetsvilkåret

Det første vilkåret for etablering av tvungent psykisk helsevern er at frivillighet skal være forsøkt eller det er åpenbart formålsløst å forsøke, jf. phvl. § 3-3 nr. 1. Vilåret om frivillighet er en understrekning av hovedregelen om at helsehjelp skal være basert på et frivillig samtykke. Herigjennom fremheves respekten for den enkeltes fysiske integritet, selvbestemmelsesrett, menneskeverdet og menneskerettighetene generelt, slik lovens formålsbestemmelse, § 1-1, viser til.<sup>74</sup> Frivillighetsvilkåret legger til rette for mildeste inngreps prinsipp.<sup>75</sup>

### 5.2.2 Diagnosevilkåret

Diagnosevilkåret knytter seg til at pasienten må ha en alvorlig sinnslidelse, jf. phvl. § 3-3 nr. 3. Vilåret er i forarbeidene omtalt som hovedvilkåret.<sup>76</sup> I forarbeidene fremgår det at begrepet alvorlig sinnslidelse ikke tilsvarer en spesifikk diagnose, men at det heller er et rettslig begrep. Alvorlig sinnslidelse er likevel nært knyttet til psykose, selv om det ikke er begrenset til kun denne diagnosen.<sup>77</sup> Det finnes noen grensetilfeller der andre tilstander kan kvalifisere for tvungent psykisk helsevern. Av forarbeidene fremgår det at hvilke tilfeller som vil omfattes av vilåret vil bero på en helhetsvurdering der utslagene av sykdomstilstanden er tildeles stor vekt. Det avgjørende er om lidelsen medfører tap av mestrings- og realitetsvurderingsevnen.<sup>78</sup> Omtalen i proposisjonen bygger her videre på Rt. 1988 s. 634. I dommen kom Høyesterett frem til at det kunne etableres tvungent psykisk helsevern selv om vedkommende ikke hadde psykose, men en alvorlig tvangslidelse med grensepsykotiske trekk. Ut ifra en skjønnsmessig vurdering kom Høyesterett fram til at sykdomstilstanden påvirket den kognitive evnen i så stor grad at diagnosevilkåret var oppfylt.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Dette utgangspunktet er også understreket i Prop. 147 L (2015-2016) side 17

<sup>75</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet side 181

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>79</sup> Rt. 1988 s. 634 side 641

I tillegg til at det må foreligge en alvorlig sinnslidelse foreligger det et krav om at tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for å forhindre at vedkommende på grunn av sin alvorlige sinnslidelse a) i betydelig grad forverrer eller svekker utsikten for helbredelse eller vesentlig forbedring, eller at det er stor sannsynlighet for vesentlig forverring i nær framtid eller b) er nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Tilleggsvilkårene viser til at det må foreligge et sterkt behov for denne type tiltak på grunn av tiltakets inngripende karakter

### **5.2.3 Vilkåret om manglende samtykkekompetanse**

Vilkåret om manglende samtykkekompetanse står i phvl. § 3-3 nr. 4. Konsekvensen av vilkåret er at pasienter som har samtykkekompetanse enten kan samtykke til eller nekte psykisk helsevern, mens for de pasienter som mangler samtykkekompetanse kan det etableres tvungent psykisk helsevern dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Dette vilkåret vil bli drøftet mer utdypende i kapittel 6.

### **5.2.4 Kravet til institusjonens faglige og materielle kompetanse**

Det er også et vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern at institusjonen faglig og materielt kan tilby tilfredsstillende behandling som er godkjent etter loven, jf. phvl. § 3-3 nr. 5.

Lovens krav om «tilfredsstillende behandling» gir uttrykk for en kvalitativ minstestandard.<sup>80</sup> Kvalitativ minstestandard er et ulovfestet prinsipp som innebærer at det foreligger et minstekrav til standarden, men at dette kravet fastlegges ut ifra praksis og må vurderes ut ifra den økonomiske situasjonen til helsesektoren generelt. Kravet er ikke ment å være urimelig eller urealistisk.<sup>81</sup>

I § 3-3 nr. 5 står det også at institusjonen som skal motta personer til tvungent psykisk helsevern må være godkjent i henhold til § 3-5. I § 3-5 er det regler om at tvungent psykisk helsevern kan gis under ansvar av en godkjent institusjon samt en forskriftshjemmel. I psykisk helsevernforordningen § 2 er det nærmere bestemmelser om godkjenningsordningen.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Kjønstad, Syse og Kjelland, *Velferdsrett I* (2017) side 495

<sup>81</sup> Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen) side 887

<sup>82</sup> Forskrift 16. desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforordningen)

Minstekravene til institusjonen er nedfelt i psykisk helsevernforskriften §§ 3 og 4. I psykisk helsevernforskriften § 3 fremkommer det at de materielle kravene til institusjonen skal ivareta kravet til forsvarlig helsehjelp etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-2.<sup>83</sup> Ifølge rundskrivet er det materielle kravet til institusjonen viktig fordi pasienten ikke kan motsette seg oppholdet. Det er viktig at pasienten ikke blir tvunget til å oppholde seg på et sted som er uegnet.<sup>84</sup>

I forskriften § 4 følger krav til bemanningen på institusjonen. Både lege som er spesialist i psykiatri, psykolog som er spesialist i klinisk psykologi og annet kvalifisert personell skal være tilsatt. Av § 4 femte ledd fremkommer et krav til å ha nok personell og faglig kompetanse til i størst grad å forhindre bruk av tvang. Dersom tvang gjennomføres skal det være nok personell til at tvangen blir gjennomført på en forsvarlig måte. I henhold til Helsedirektoratets rundskriv innebærer kravet til bemanning at institusjonen har tilstrekkelig tverrfaglig kompetanse. Hva som gjør at kompetansen er bred nok avhenger av pasientgruppen som oppholder seg på institusjonen.<sup>85</sup> Videre i rundskrivet fremkommer det at hensikten med vilkåret om institusjonens egnethet, er at den skal motvirke tvangstiltak uten faglig innhold. Det faglige og materielle kravet er derfor absolutt. Konsekvensen av at dette vilkåret ikke er oppfylt er at tvungent psykisk helsevern ikke kan etableres på den angitte institusjon. Tvungent psykisk helsevern kan etableres på en annen institusjon som er egnet.<sup>86</sup>

### **5.2.5 Vilkåret om skjønsmessig helhetsvurdering**

Det skal gjøres en helhetsvurdering av om tvungent psykisk helsevern er den klart beste løsningen for pasienten, jf. phvl. § 3-3- nr. 7, selv om de øvrige vilkårene for tvang er oppfylt.<sup>87</sup> I § 3-3 nr. 7 siste punktum oppstilles det et forholdsmessighetsvilkår, der det skal gjøres en vurdering av belastningen tvangsinngrepet har for den enkelte pasient. Forholdsmessighetsvurderingen gjøres ut ifra hensiktsmessighet- og rimelighetsbetraktninger.<sup>88</sup> Dette vilkåret fungerer som en sikkerhetsnett slik at uforholdsmessige inngrep ikke blir vedtatt. I tillegg fremmer vilkåret det helserettslige prinsippet om mildeste inngrep. I Rt. 2001 s. 752 ble en pasient utskrevet fra psykisk

---

<sup>83</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven – sphl)

<sup>84</sup> IS-2017-1 side 108

<sup>85</sup> IS-2017-1 side 110

<sup>86</sup> IS-2017-1 side 36

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 156



helsevern på grunnlag av helhetsvurderingen. I helhetsvurderingen argumenterer Høyesterett for at vedkommende burde utskrives selv om det er stor sannsynlighet for at han vil bli lagt inn igjen på et senere tidspunkt. Høyesterett vurderte at ulempen ved reinnleggelse måtte vike for verdien av å kunne prøve og være fri. Utskriving kunne medføre at vedkommende selv ønsket innleggelse ved et senere tidspunkt som ville medføre at fremtidig behandling var frivillig. Mildeste inngreps prinsipp det avgjørende for utfallet i helhetsvurderingen.<sup>89</sup> Unntaket til at tvungent vern må fremstå som den klart beste løsningen er dersom pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse, jf. § 3-3 nr. 7 første punktum

## **5.3 Prosessuelle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern**

### **5.3.1 Krav om legeundersøkelse**

En forutsetning for etablering av tvungent psykisk helsevern er at pasienten er undersøkt av to leger, hvorav den ene skal være uavhengig av den ansvarlige institusjonen, jf. phvl. § 3-3 nr. 2. Kravet om legens uavhengighet til institusjonen er en rettssikkerhetsgaranti.<sup>90</sup> Symptomer på psykiske lidelser og somatiske lidelser kan i enkelte tilfeller være nesten de samme. Derfor er det behov for at personen er undersøkt av en lege utenfor institusjonen for å utelukke somatisk lidelse som årsak til den psykiske tilstanden til vedkommende.<sup>91</sup> Dessuten økes rettssikkerheten ved at det ikke skal være et bindingsforhold mellom legene, slik det for eksempel kan være mellom en overlege og en nyutdannet lege. Legens uavhengighet skal med andre ord sikre riktig behandling.

Legen skal personlig undersøke pasienten og kontrollere at lovens vilkår for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, og deretter komme med en skriftlig uttalelse, jf. phvl. § 3-1 første ledd.<sup>92</sup>

### **5.3.2 Pasientens adgang til å uttale seg**

Det siste prosessuelle vilkåret er at pasienten skal være gitt anledning til å uttale seg, jf. phvl. § 3-3 nr. 6. Bestemmelsen viser også til phvl. § 3-9 hvor retten til å uttale seg også fremgår. Dette er en rettighet som gjelder selv om personen blir vurdert til å mangle

---

<sup>89</sup> Rt. 2001 s. 752 side 760

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 88

<sup>91</sup> Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* (2016) side 138

<sup>92</sup> Se psykisk helsevernloven for formelle vilkår for hva den skriftlige uttalelsen må inneholde av opplysninger, jf. § 8.

samtykkekompetanse. I henhold til phvl. § 3-9 andre ledd skal uttalelsen skrives ned og ligge til grunn for vedtaket. I siste punktum står det at særlig tidligere erfaringer knyttet til tvang skal kartlegges og vektlegges. Dersom pasienten har negativ erfaring med tvang skal det være en høyere terskel for å etablere tvang på nytt.<sup>93</sup> Retten til å uttale seg må ses i lys av pasient- og brukerrettighetslovens regler om pasientens rett til medvirkning § 3-1. I pbrl. § 3-1 står det at formen på medvirkningen skal tilpasses pasientens evne til å gi og motta informasjon. Det sentrale ved pbrl. § 3-1 er at ved manglende samtykkekompetanse må informasjonen og graden av medvirkning tilpasses den kognitive evnen til pasienten. Tvangsutvalget har foreslått å lovfeste et krav om tilrettelegging ved uttalelsessituasjonen i psykisk helsevernloven.<sup>94</sup>

## **6 Vilkåret om manglende samtykkekompetanse**

### **6.1 Generelt om vilkåret**

Det sentrale spørsmålet i oppgaven er hva som er det materielle innholdet i vilkåret om manglende samtykkekompetanse ved etablering av tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 nr. 4. Phvl. § 3-3 nr. 4 viser til pbrl. § 4-3 for nærmere utdypelse av vilkåret om manglende samtykkekompetanse. Første ledd i § 4-3 i pasient- og brukerrettighetsloven handler om hvem som har samtykkekompetanse, og i andre ledd reguleres bortfall av samtykkekompetanse.

Overordnet er begrepet samtykkekompetanse et lite presist begrep som ikke omfatter hele rekkevidden av innholdet til begrepet. Av forarbeidene fremkommer det at samtykkekompetanse er et samlebegrep som skal inkludere både evnen til å samtykke og evnen til å nekte å motta helsehjelp.<sup>95</sup> Adgangen til å nekte fremkommer ikke direkte av ordlyden. I tillegg leder vilkåret opp til en vanskelig vurdering av pasientens mentale tilstand og dermed også når samtykkekompetanse bortfaller. Vilket er skjønnsmessig og det er ikke regulert hvordan forståelseevnen til en annen person skal vurderes. Dette medfører at en vurdering kan oppleves både lite forutsigbart og til tider vilkårlig. En slik vurdering kan også være utsatt for misforståelser og feiltolkning av pasientens forståelseevne.

---

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 90

<sup>94</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensningsloven side 667

<sup>95</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 18

For å analysere innholdet i vilkåret om manglende samtykkekompetanse må jeg se nærmere på både phvl. § 3-3 nr. 4 og pbrl. § 4-3. I og med at phvl. § 3-3 nr. 4 henviser til pbrl. § 4-3 vil hoveddrøftelsen knytte seg til vilkårene der, før jeg til slutt sier noe om unntaksbestemmelsene i phvl. § 3-3 nr. 4. Gjennomgangen av pbrl. § 4-3 fokuserer på de delene av § 4-3 som er relevante for temaet i min oppgave. Det sentrale her er § 4-3 andre ledd som regulerer når samtykkekompetanse kan bortfalle. For å identifisere hvilke forhold som må ligge til grunn for at samtykkekompetanse skal bortfalle, kan pbrl. § 4-3 andre ledd deles opp i tre krav eller vurderinger som alle må være til stede; 1) om det foreligger en psykisk forstyrrelse, 2) om den psykiske forstyrrelsen er årsaken til den manglende forståelse og 3) om det er åpenbart at pasienten ikke skjønner innholdet i samtykket. Høyesterett har gjort en tilsvarende tredeling av pbrl. § 4-3 andre ledd ved inndelingen av sykdomsvilkår, årsakssammenheng og manglende forståelsesevne.<sup>96</sup> Jeg tar her utgangspunkt i denne tredelingen ved analysen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse. I tillegg skal det gjøres en analyse av hva det innebærer at samtykkekompetansen kan bortfalle både helt eller delvis.

## **6.2 Kravet om at det må foreligge en psykisk forstyrrelse**

Psykisk forstyrrelse er et av flere alternative tilstander som kan gi grunnlag til bortfall av samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 andre ledd, men det er kun psykiske forstyrrelser som er relevant i forbindelse med tvungent psykisk helsevern. Av ordlyden i pbrl. § 4-3 andre ledd følger det at pasienten på grunn av psykisk forstyrrelse må ha mistet evnen til å forstå hva samtykket omfatter. Vilket om at det må foreligge en psykisk forstyrrelse oppstiller et krav til sinnstilstanden til pasienten. En rekke ulike sinnstilstander med forskjellig type alvorlighetsgrad vil kunne omfattes av ordlyden. Forarbeidene går ikke inn hvilke tilfeller som vil omfattes av begrepet eller noe mer konkret om begrepets nærmere innhold. For å avgrense hvilke tilfeller som omfattes gjør derfor forarbeidene en negativ avgrensning. Spørsmålet blir da hvilke tilfeller som ikke omfattes av begrepet. Den nedre grensen for «psykiske forstyrrelser» er omtalt i forarbeidene til pbrl. § 4-3 andre ledd, der det står at begrepet ikke omfatter en mindre psykisk reduksjon som påvirker evnen til å forstå og logisk tenkning.<sup>97</sup> Et eksempel på dette kan være en mild form for tvangslidelse også omtalt som

---

<sup>96</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 39

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 133

«obsessive-compulsive disorder». En mild form for tvangslidelse kan være så lite påtrengende for personen som har denne lidelsen at det i liten grad påvirker evnen til å ta beslutninger og hverdagen som sådan. Et slikt tilfelle vil ikke omfattes av begrepet «psykiske forstyrrelser». Selv om tvangslidelse kan falle utenfor begrepets omfang må det gjøres en konkret vurdering. I Rt. 2015 s. 1752 A kom Høyesterett frem til at spiseforstyrrelse, som i utgangspunktet ikke trenger å påvirke forståelseevnen, var så sterk at det i det konkrete tilfellet påvirket evnen til å etablere seg et realistisk virkelighetsbilde av helsesituasjonen.<sup>98</sup>

Av dette vises det at det ikke kan settes en kategorisk grense for hvilke tilfeller som omfattes av begrepet psykiske forstyrrelser.

### **6.3 Kravet om årsakssammenheng mellom den psykiske forstyrrelsen og manglende forståelse**

I pbrl. § 4-3 andre ledd er det krav om at den manglende evnen til å forstå hva samtykket omfatter, må skyldes den psykiske forstyrrelsen. Dette følger av ordlyden «på grunn av». Det skal derfor gjøres en vurdering av om det foreligger en årsakssammenheng mellom den psykiske forstyrrelsen og den reduserte forståelseevnen. Samtykkekompetansen vil kun bortfalle dersom den manglende forståelseevnen har oppstått på bakgrunn av den psykiske forstyrrelsen. HR-2018-2204-A har oppstilt årsakssammenheng som et eget vilkår, men kravet om årsakssammenheng er ikke drøftet i sin selvstendighet verken i forarbeider, juridisk litteratur, rundskriv med mer.<sup>99</sup> Foruten om at HR-2018-2204-A har oppstilt årsakssammenheng som et selvstendig vilkår er årsakssammenheng heller ikke i denne dommen drøftet noe ytterligere. Bakgrunnen for dette kan være at vilkåret anses for å være en del av vurderingen til de andre vilkårene, herunder vilkårene om det foreligger en psykisk forstyrrelse og om pasienten mangler forståelse av samtykket.

---

<sup>98</sup> Rt. 2015 s. 1752 A avsnitt 53. Denne dommen kom før vilkåret om manglende samtykkekompetanse ble innført. Vurderingen av den kognitive evnen er en del av en helhetsvurdering for om spiseforstyrrelser kan sidestilles med psykose og dermed være en «alvorlig sinnslidelse». Dommen viser likevel hvordan en lidelse som normalt ikke ville være ansett som en sinnslidelse som påvirker forståelseevnen i enkelte tilfeller kan vurderes annerledes ut ifra en konkret vurdering.

<sup>99</sup> HR-2018-2204-A

Etter min vurdering vil det å oppstille dette som et eget vilkår være tydeliggjørende og bevisstgjørende på at det må være en slik årsakssammenheng.

## **6.4 Kravet om at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå» hva samtykket omfatter**

### **6.4.1 Høy terskel for at samtykkekompetansen skal bortfalle**

I pbrl. § 4-3 andre ledd står det at det er et krav at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå» hva samtykket omfatter. Ordlyden «åpenbart» tilsier en høy terskel for å si at noen mangler samtykkekompetanse, men utover det er det uklart hvor mye som skal til for at samtykkekompetansen skal bortfalle. Ordet «åpenbart» knytter seg til graden av sannsynlighet, også omtalt som beviskravet for hvorvidt pasienten har evne til å skjønne innholdet i samtykket eller ikke. Den høye terskelen for bortfall av samtykkekompetanse framkommer også av forarbeidene. I tillegg presiseres det i forarbeidene at dersom det foreligger en tvil rundt omfanget av pasientens forståelseevne skal samtykkekompetansen ikke bortfalle.<sup>100</sup>

Høyesterett har i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) tolket terskelen for bortfall av samtykkekompetanse ved ytelse av somatisk helsehjelp. Denne er relevant og se på også når det gjelder tvungent psykisk helsevern. I dommen oppstiller Høyesterett en høy terskel for bortfall av samtykkekompetansen. Den høye terskelen er forklart ved at det ut fra de valgene pasienten tar vil «i mer ekstreme tilfeller» kunne oppstå spørsmål om bortfall av samtykkekompetansen.<sup>101</sup> I begrunnelsen for den høye terskelen for bortfall av samtykkekompetanse viser Høyesterett til selvbestemmelsesretten.<sup>102</sup> Hovedregelen om samtykke i phvl. § 2-1 og pbrl. § 4-1 baserer seg på at pasienten har en selvbestemmelsesrett ved avgjørelser om egen helse. Dette illustrerer den sterke posisjonen selvbestemmelsesretten har innenfor helseretten. Bortfall av samtykkekompetanse vil derfor være et inngrep i selvbestemmelsesretten. Dette bruker flertallet i Høyesterett som argument i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) for den høye terskelen.<sup>103</sup> Videre i Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) utdyper Høyesterett at selvbestemmelsesretten strekker seg så langt at den inkluderer

---

<sup>100</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 133

<sup>101</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) avsnitt 30

<sup>102</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) avsnitt 30

<sup>103</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) avsnitt 30

avgjørelser om egen helse som kan anses som lite rasjonelle eller direkte skadelige ut ifra et faglig standpunkt. Dette innebærer at vernet om selvbestemmelsesretten strekker seg. Dersom det foreligger en kollisjon mellom andre personers rettigheter og selvbestemmelsesretten, vil derimot selvbestemmelsesretten ofte være nødt til å vike. Negative følger for andre eller begrensning av andre sine rettigheter vil kunne begrense omfanget av selvbestemmelsesretten.<sup>104</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) omhandler et somatisk forhold. Relevansen til dommen er likevel stor da den bygger på samme lovbestemmelse som anvendes innenfor psykisk helsevern. Siden lovgiver har valgt å benytte samme bestemmelse innenfor somatiske forhold og psykisk helsevern taler dette for at de har ment at det skal foreligge samme terskel.

Til nå har ikke Høyesterett uttrykkelig omtalt hva som ligger i begrepet «åpenbart» ved bortfall av samtykkekompetanse når det handler om psykisk helsevern. Begrepet «åpenbart» er ikke drøftet i HR-2018-2204-A eller i HR-2020-1167-A, selv om de gjelder psykisk helsevern.

Sivilombudsmannen har i en uttalelse fra 2018, basert på rettskildebildet, vist til at det er et svært strengt beviskrav og at det ikke er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for om pasienten mangler samtykkekompetanse. Videre understreker Sivilombudsmannen at det er bortfall av evnen til å samtykke som skal bevises, ikke motsatt.<sup>105</sup>

Av rundskrivet til Helsedirektoratet fremkommer det at den høye terskelen i praksis innebærer at mange pasienter har svekket eller redusert evne til å skjønne hva samtykket omfatter, uten at samtykkekompetansen bortfaller.<sup>106</sup> For enkelte vil evnen til å kunne samtykke bedres ved at de får tilbud om tilrettelagt informasjon, jf. pbrl. § 4-3 tredje ledd jf. § 3-5. Tilrettelagt informasjon vil kunne forebygge bruken av tvang og fremme selvbestemmelsesretten i samsvar med formålene til psykisk helsevernloven, jf. phvl. § 1-1. Praktiske eksempler på tilrettelagt informasjon er muntlig informasjon supplert med bilder og skriftlig materiale.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen) avsnitt 30

<sup>105</sup> SOMB-2018-2278

<sup>106</sup> IS-2015-8 side 85

<sup>107</sup> IS-2017-1 side 19

## 6.4.2 Vurderingen av manglende kognitiv evne

For at samtykkekompetansen skal bortfalle følger det av pbrl. § 4-3 andre ledd at pasienten åpenbart ikke skal være i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

Her er det uklarerhet rundt hvordan en vurdering av manglende kognitiv evne skal gjøres. Spørsmålet er hvilke momenter som skal tas med i vurderingen for å kunne finne ut om pasienten skjønner hva samtykket omfatter. Kognitive vansker innebærer gjerne vansker med å oppfatte og skjønne informasjonen som mottas. Det er ikke det samme som verken nedsatt evnenivå, intelligens eller manglende samtykkekompetanse.<sup>108</sup> En pasient kan for eksempel ha vansker med å bearbeide noen typer informasjon, men fortsatt skjønne nødvendigheten av behandlingen. Enkelte pasienter vil for eksempel ha en kombinasjon av kognitive vansker og sterke symptomer på en psykisk lidelse som forverrer den kognitive evnen, slik at samtykkekompetansen bortfaller.

Departementet har i proposisjonen ved innføringen av vilkåret i phvl. § 3-3 nr. 4, vist til to rundskriv fra Helsedirektoratet for veiledning om hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen av den kognitive evnen.<sup>109</sup> Også Høyesterett har vist til momentene i rundskrivene.<sup>110</sup> Høyesterett viser til at vurderingen av den kognitive evnen i baserer seg på at pasienten skal evne å treffe et valg om behandling basert på noenlunde realistiske forutsetninger.<sup>111</sup>

Disse momentene blir ofte omtalt som FARV-kriteriene:<sup>112</sup>

- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp
- evnen til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsoalternativene
- evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsoalternativene

---

<sup>108</sup> IS-2017-1 side 21

<sup>109</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 26 og side 18

<sup>110</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 45

<sup>111</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 59

<sup>112</sup> FARV står for Forstå, Anerkjenne, Resonnere og Valg

- evnen til å uttrykke et valg<sup>113</sup>

FARV-kriteriene skal ikke gi et svar på om samtykkekompetansen har bortfalt. Hensikten med kriteriene er å bidra til en strukturert vurdering og dialog med pasienten. Denne vurderingen og dialogen er en del av en helhetsvurdering.<sup>114</sup>

Det første av FARV-kriteriene er forståelse. Kriteriet å «forstå relevant informasjon» handler om evnen til å ta imot opplysninger og prosessere de opplysningene som vedkommende har mottatt.<sup>115</sup> Kravet til forståelsen strekker seg ikke lenger enn alminnelig forståelse, altså ikke lenger enn hva som er å forvente av de fleste andre.<sup>116</sup> Med dette menes det at det ikke er et krav om at vedkommende skjønner den faglige delen av begrunnelsen for helsehjelpen. Det kan med andre ord ikke kreves at pasienten skal skjønne for eksempel den medisinske eller psykologiske bakgrunn for helsehjelpen. Kravet om forståelse strekker seg til nødvendigheten av helsehjelpen, men det kreves ikke at pasienten skal skjønne alle mulige konsekvenser ved å nekte behandling.<sup>117</sup> I HR-2018-2204-A oppstiller Høyesterett at en del av vurderingen om pasienten har tilstrekkelig forståelsesevne innebærer at pasienten må ha et «visst nivå med konsekvensinnsikt» og at pasienten «forstår at nødvendigheten av helsehjelpen». Høyesterett begrunner kravet til en slik innsikt i at den er nødvendig for at pasienten skal kunne skjønne følgene av å nekte behandling.<sup>118</sup> Det foreligger med andre ord krav om at pasienten evner å skjønne at det kan ha negative konsekvenser for egen helse dersom helsehjelpen blir nektet mottatt.

Det andre FARV-kriteriet er anerkjennelse. Dette momentet innebærer en vurdering av pasientens egen evne til å anerkjenne eller anvende informasjon i sin egen situasjon. Anerkjennelse av informasjon innebærer at pasienten kan bruke informasjonen vedkommende har fått til å vurdere sin egen situasjon. I de tilfeller der pasienten verken erkjenner å ha en lidelse eller at vedkommende har det vanskelig, vil pasienten ofte ikke ha anerkjent

---

<sup>113</sup> IS-2017-1 side 17; IS-2015-8 side 86

<sup>114</sup> IS-2017-1 side 7

<sup>115</sup> IS-2017-1 side 18

<sup>116</sup> IS-2017-1 side 16

<sup>117</sup> IS-2017-1 side 15

<sup>118</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 50



situasjonen.<sup>119</sup> Evnen til å knytte informasjonen vedkommende har fått til sin egen situasjon og vurdere om det er et behov for hjelp eller ikke, er sentralt i vurderingen av om pasienten anerkjenner egen situasjon. Av Helsedirektoratets rundskriv fremkommer det at samtykkekompetanse kan ha noen likhetstrekk med begrepet sykdomsinnsikt, som har stått sentralt i begrunnelsen for tvang innenfor psykisk helsevern. Redusert sykdomsinnsikt kan være en konsekvens av den alvorlige sinnslidelsen, men det betyr ikke at pasienten mangler samtykkekompetanse. En pasient kan blant annet skjønne at vedkommende trenger en form for hjelp selv om personen ikke ønsker den hjelpen som tilbys. Dersom pasienten selv skjønner at noe er galt og ønsker en form for hjelp, så vil dette tale for at pasienten ikke mangler samtykkekompetanse. En pasient som ikke i noen grad anerkjenner den alvorlige sinnslidelsen, vil sjeldent ha samtykkekompetanse.<sup>120</sup>

Det tredje FARV-kriteriet er relevans. Å «resonnere med relevant informasjon» handler om evnen til å ta imot opplysninger og prosessere de opplysningene som er mottatt, altså gjøre en vurdering for og imot. Denne evnen er viktig for å kunne treffe et informert valg.<sup>121</sup> Eksempel på dette er at pasienten kan måtte vurdere om vedkommende ønsker behandling dersom det er en lav prosent sannsynlighet for at behandlingen er vellykket. I et slikt tilfelle vil pasienten måtte se på om de negative bivirkningene av medisinene er verdt det når sannsynlighet for vellykket behandling er så lav.

Det fjerde FARV-kriteriet omhandler «å uttrykke et valg», noe som viser til om pasienten evner å uttrykke valg enten verbalt eller ved bruk av kroppsspråk, tegn eller lignende.<sup>122</sup> I pbrl. § 4-2 fremkommer det av lovteksten at det ikke er et formkrav for samtykke. Ved stilltiende samtykke er det ifølge bestemmelsen tilstrekkelig at det ut ifra pasientens handlemåte og omstendighetene rund innhenting av samtykket er sannsynlig at vedkommende samtykker.

I pbrl. § 4-1 første ledd andre punktum står det at kravet til gyldig samtykke innebærer at pasienten har fått nødvendig informasjon om helsetilstanden og innholdet i helsehjelpen. I forarbeidene knyttes gyldig samtykke opp mot evnen til å foreta et fritt og informert valg.<sup>123</sup> I

---

<sup>119</sup> IS-2017-1 side 17

<sup>120</sup> IS-2017-1 side 20

<sup>121</sup> IS-2017-1 side 17

<sup>122</sup> IS-2017-1 side 18

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 84

HR-2018-2204-A utdypes dette ved at Høyesterett viser til at reglene om samtykkekompetanse må ses i sammenheng med kravet om gyldig samtykke. Poenget med kravet om gyldig samtykke i pbrl. § 4-1 er ifølge Høyesterett at pasienten skal kunne treffe et informert valg om behandlingen. Det innebærer at pasienten forstår informasjonen som gis og konsekvensene av å nekte behandling.<sup>124</sup> Dette betyr at FARV-kriteriene har en nær sammenheng med vurderingen av om det foreligger et gyldig samtykke. FARV-kriteriene i sin helhet utgjør en vurdering av pasientens evne til å forstå omfanget av samtykket. Dersom forståelseevnen etter en helhetsvurdering av kriteriene ikke er tilstrekkelig vil det heller ikke foreligge et gyldig samtykke. Det er altså ikke tilstrekkelig at pasienten ha fått informasjonen. Pasienten må også skjønne informasjonen. Tilrettelegging av informasjonen kan bidra med økt forståelseevne slik at vedkommende har optimale forutsetninger for å kunne avgi et gyldig samtykke, jf. pbrl. § 4-3 tredje ledd.

## 6.5 Helt eller delvis bortfall av samtykkekompetanse

I pbrl. § 4-3 andre ledd står det at samtykkekompetansen kan bortfalle «helt eller delvis». Ordlyden «helt eller delvis» tilsier at samtykkekompetansen ikke trenger å bortfalle for alle type avgjørelser, selv om den bortfaller for noen. Det kan også bety at samtykkekompetanse kan bortfalle i visse situasjoner, for eksempel når det er høyt stress nivå, men er tilbake når situasjonen har fått roet seg. Av forarbeidene fremkommer det at med dette menes at det ikke er automatikk i at en pasient som mangler samtykkekompetanse, vil mangle den i ethvert tilfelle.<sup>125</sup> Departementet presiserer at det er viktig at selvbestemmelsesretten til pasienten ikke blir begrenset i større omfang enn nødvendig.<sup>126</sup> Med dette menes at dersom pasientens manglende samtykkekompetanse bare knytter seg til noen avgjørelser og situasjoner, så skal ikke hele samtykkekompetansen bortfalle. Det må med andre ord alltid gjøres en konkret vurdering. Ifølge Helsedirektoratet eksisterer det flere misforståelser knyttet til vurdering av pasienters samtykkekompetanse. To av disse misforståelsene at dersom samtykkekompetanse er bortfalt er dette en permanent tilstand eller at når samtykkekompetansen mangler, så

---

<sup>124</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 61

<sup>125</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 134

<sup>126</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 84

mangler den for alle beslutninger om helsehjelp.<sup>127</sup> Samtykkekompetansen er dynamisk og kan endre seg over tid.

Et annet spørsmål er hvordan sinnstilstanden og eventuelt sykdomsforløpet til pasienten kan påvirke om samtykkekompetansen bortfaller fullstendig eller ikke. Den alvorlige sinnslidelsen kan gjøre at samtykkekompetansen kan variere og kan påvirkes av symptomer og stress. Samtykkekompetansen kan for eksempel falle bort i forbindelse med en akutt situasjon og da vil kunne mangle i en kort periode.<sup>128</sup> Helsepersonell må derfor vurdere hvilken fase sykdommen er i. Denne vurderingen gjøres ut ifra omfanget, type og karakteren til symptomene. Flere og sterkere symptomer vil kunne påvirke den kognitive evnen mer enn svake og få symptomer.<sup>129</sup> Eksempel på dette er at pasienten kan skjønne konsekvensen av å ikke stelle sår eller ikke spise maten sin, men ikke skjønne konsekvensen og forholdene rundt utelatt medisinerings. Dette er et eksempel på at vurderingen av manglende samtykkekompetanse kan variere ut ifra tiltak noe som medfører at det må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

En problemstilling som kan oppstå er hvordan samtykkekompetansen kan påvirke grensen mellom frivillig og tvungent psykisk helsevern. Denne uklarheten knytter seg til den dynamiske siden av samtykkekompetansen. Både evnen til å samtykke og viljen til å gjennomføre helsehjelp, kan endre seg over tid. Av phvl. § 3-4 første oppstilles det et forbud mot å overføre fra frivillig til tvungent psykisk helsevern. I forarbeidene fremkommer det at hensikten med forbudet i § 3-4 er at en endring i sinnstilstanden som medfører at vilkårene for tvungent psykisk helsevern muligens foreligger, ikke skal innebære at et slikt tvungent vern automatisk etableres. Pasienten har fortsatt krav på at de prosessuelle og materielle vilkårene for tvungent psykisk helsevern er vurdert av en lege for å utelukke blant annet at sinnstilstanden skyldes en somatisk årsak eller rusmidler.<sup>130</sup> Dette innebærer ikke ifølge rundskrivet at konverteringsforbudet er et forbud mot å etablere tvungent psykisk helsevern for noen som er under frivillig vern, men det oppstiller et krav til hvordan det skal gjøres.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> IS-2017-1 side 18

<sup>128</sup> IS-2017-1 side 21

<sup>129</sup> IS-2017-1 side 20

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 156

<sup>131</sup> IS-2017-1 side 41

En pasient under frivillig psykisk helsevern har samme rettigheter på å få vurdert om vilkårene for tvungent psykisk helsevern foreligger. Denne beskyttelsen av de som mottar frivillig psykisk helsevern er spesielt viktig fordi det er ønskelig at psykisk helsevern i hovedsak blir etablert frivillig. Ønsket om at psykisk helsevern i hovedsak etableres frivillig fremkommer av hovedregelen i phvl. § 2-1 og pbrl. § 4-1 og mildeste-inngreps prinsipp. Ifølge rundskrivet begrunnes konverteringsforbudet i hensynet til å unngå at færre ønsker å motta frivillig behandling i frykt for at de ville bli overført til tvungen behandling.<sup>132</sup> Frivilligheten har betydning for behandlingsrelasjonen. Ved behandling av psykiske lidelser vil relasjonen mellom pasient og helsepersonell ofte ha en større betydning enn ved somatisk behandling, fordi det behandlingen retter seg direkte mot personens indre liv. Noen ganger kan det være uklart om pasienten fortsatt samtykker til behandlingen. Det kan for eksempel tenkes at en person verbalt gir uttrykk for at han eller hun ikke lenger ønsker å være på institusjonen, og således må anses for å ha trukket sitt samtykke, men likevel unnlater å dra derfra til tross for at det ikke foreligger noen hindringer. I et slikt tilfelle vil det fortsatt være et frivillig opphold. I phvl. § 3-4 oppstilles det et unntak til konverteringsforbudet. Unntaket gjelder dersom pasienten utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Ifølge forarbeidene er dette et snevert unntak som kun kommer til anvendelse dersom faren antas å vare over tid. Det er ikke tilstrekkelig at faren antas å vare i et døgn. I slike tilfeller vil nødrettslig grunnlag være bedre egnet for å holde pasienten tilbake på institusjonen.<sup>133</sup>

Et annet aspekt ved samtykkekompetansens dynamiske side er når pasienten gjenvinner samtykkekompetanse. Av phvl. § 3-7 første ledd følger det at ingen kan holdes under tvungent psykisk helsevern dersom vilkårene for tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 første ledd ikke lenger er oppfylt. Denne problemstillingen vil ikke bli drøftet mer utdypende da den gjelder gjennomføringen av tvungent psykisk helsevern. Problemstillinger er likevel relevant å nevne da den viser samtykkekompetansens dynamiske karakter.

## **6.6 Unntaket til kravet om manglende samtykkekompetanse**

Av phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum følger det at det kan gjøres et unntak til kravet om manglende samtykkekompetanse dersom pasienten utgjør en fare for eget liv eller andres liv

---

<sup>132</sup> IS-2017-1 side 41

<sup>133</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) side 88

og helse, jf. phvl. § 3-3 nr. 4 andre punktum. For at unntaket skal komme til anvendelse må faren være «nærliggende og alvorlig». Ordlyden «nærliggende og alvorlig» tilsier at det er en høy terskel. I forarbeidene er innholdet til unntaket i phvl. § 3-3 nr. 4 ikke nærmere avklart.

Høyesterett har i HR-2020-1167-A gjort en drøftelse av innholdet i unntaket. I dommen viser Høyesterett til likhetstrekkene mellom formuleringen i phvl. § 3-3 nr. 4 og tilleggsvilkåret om farevurderingen ved vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» i nr. 3 bokstav b). Den vesentlige forskjellen mellom bestemmelsene er ifølge Høyesterett at phvl. § 3 bokstav b) viser til nærliggende og alvorlig fare for eget «liv eller helse», mens phvl. § 3-3 nr. 4 kun begrenser faren for pasientens «eget liv».<sup>134</sup> Forskjellen i formuleringen er drøftet av Høyesterett. Høyesterett konkluderer med at forskjellen i formuleringen er tilsiktet fra lovgivers side.<sup>135</sup> De ulike formuleringene tilsier at unntaket for samtykkekompetanse i forbindelse med fare for eget liv har en mer snever rekkevidde enn phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b). HR-2020-1167-A viser til at fare for «eget liv» innebærer de tilfeller der det foreligger nærliggende og alvorlig fare for selvmord. Ved denne tolkning viser de til forarbeidene til phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b).<sup>136</sup> I tillegg viser Høyesterett til at «ren fare for en dødelig somatisk lidelse» også vil kunne tilsi fare for «eget liv» etter phvl. § 3-3 nr. 4.<sup>137</sup> En slik tolkning vil være i samsvar med tolkningen av «eget liv» i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b) i proposisjonen.<sup>138</sup> At fare for eget liv ikke er begrenset til selvmord er ifølge Høyesterett nærliggende å anta at var lovgivers intensjon.<sup>139</sup> Den klare nedre grensen for hvilke tilfeller som ikke vil omfattes av unntaket i phvl. § 3-3 nr. 4 er de somatiske eller andre farene som truer helsen til vedkommende. Så sant vedkommende sitt liv ikke står i fare vil enhver fare for helse ikke gi grunnlag for tvungent psykisk helsevern dersom pasienten har samtykkekompetanse.

At adgangen til å benytte unntaket er begrenset til fare for pasientens «eget liv» kan begrunnes i vernet av selvbestemmelsesretten. Ved innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse ble det drøftet i proposisjonen at det vil være lite etisk holdbart å respektere pasientens beslutning om å ikke motta helsehjelp dersom det foreligger en stor

---

<sup>134</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 40

<sup>135</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 41

<sup>136</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 42 og 43; Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 81

<sup>137</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 44

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 81

<sup>139</sup> HR-2020-1167-A avsnitt 43

risiko for selvmord.<sup>140</sup> Av rundskrivet følger det at tilsvarende hensyn følger av helsepersonells plikt til øyeblikkelig hjelp ved selvmordsfare i helsepersonelloven § 7.<sup>141</sup> Når det derimot gjelder fare for egen helse vil selvbestemmelsen gå foran.<sup>142</sup> Dette er i samsvar med det hovedregelen om samtykke i helseretten, jf. phvl § 2-1 og pbrl. § 4-1. En samtykkekompetent person skal selv kunne fatte valg knyttet til egen helse.

## **6.7 Forholdet mellom vilkåret om manglende samtykkekompetanse og vilkåret om «alvorlig sinnslidelse»**

Vilkårene som er omtalt foran utgjør et bilde av hva samtykkekompetanse er. Både pbrl. § 4-3 andre ledd og phvl. § 3-3 nr. 3 oppstiller et krav om en viss negativ påvirkning av sinnstilstand. I dette punktet vil jeg først illustrere forskjellen i begrepsbruken i pbrl. § 4-3 andre ledd «psykisk forstyrrelse» og phvl. § 3-3 nr. 3 «alvorlig sinnslidelse». For å sette perspektiv på relevansen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse vurderes her forholdet mellom vilkåret om manglende samtykkekompetanse og vilkåret om «alvorlig sinnslidelse».

Ved tolkningen av de to bestemmelsene kan det være uklart om det foreligger ulike krav til sinnstilstanden i begrepene «psykiske forstyrrelser» og «alvorlig sinnslidelse». Spørsmålet som kan stilles er om vurderingsmomentene er forskjellig i pbrl. § 4-3 andre ledd og phvl. § 3-3 nr. 3, og i hvilken grad phvl. § 3-3 nr. 3 påvirker tolkningen av pbrl. § 4-3. Ordlyden i phvl. § 3-3 nr. 3 er «alvorlig sinnslidelse», mens i pbrl. § 4-3 andre ledd benyttes «psykiske forstyrrelser». Ordet «alvorlig» i phvl. § 3-3 nr. 3 tilsier et strengere krav til den psykiske tilstanden som må ligge til grunn i forbindelse med etablering av tvungent psykisk helsevern enn ved bortfall av samtykkekompetanse. «Psykiske forstyrrelser» må derfor forstås som et videre begrep enn «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 nr. 3 på bakgrunn av innholdet som «alvorlig sinnslidelse» har fått. Som beskrevet i punkt 5.2.2 omhandler begrepet «alvorlig sinnslidelse» i hovedsak de med psykose.

For bedre å forstå innholdet i de to vilkårene, kan det stilles spørsmål om hvilken forskjell innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse medførte ved vurderingen av

---

<sup>140</sup> Prop. L 147 (2015-2016) side 24

<sup>141</sup> IS-2017-1 side 35; Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)

<sup>142</sup> IS-2017-1 side 35

etablering av tvungent psykisk helsevern. Både i vurderingen av manglende samtykkekompetanse og «alvorlig sinnslidelse» i phvl. § 3-3 nr. 3 gjøres det en vurdering av sykdomsbildet. Vilåret om manglende samtykkekompetanse har til en viss grad modifisert diagnosevilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3. Rt. 2001 s. 1481 illustrerer behovet for et det må stilles et krav om manglende samtykkekompetanse i tillegg til vilåret om «alvorlig sinnslidelse». I saken drøfter Høyesterett rekkevidden av diagnosevilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3 «alvorlig sinnslidelse». Høyesterett kom fram til at vedkommende hadde en kronisk psykotisk tilstand og dermed hadde en «alvorlig sinnslidelse» selv om vedkommende var symptomfri som følge av medisinerer.<sup>143</sup> Diagnosevilkåret supplert med tilleggsvilkårene i phvl. § 3-3 nr. 3 gjorde at det var adgang for tvungent psykisk helsevern. Av proposisjonen som ble lagt grunn i dommen framkom det at målet med tvungent psykisk helsevern var at pasienten gjennom behandling skulle bli så bra at han eller hun kunne få tilbake den kognitive evnen til å foreta rasjonelle valg.<sup>144</sup> Østenstad kritiserer drøftelsen til Høyesterett fordi han mener at Høyesterett skulle ha vurdert hvorfor loven har en hjemmel for bruk av tvang overfor de med en alvorlig sinnslidelse. Han mener at retten flytter fokuset fra en vurdering av funksjonsevne til en vurdering av diagnose. Ifølge Østenstad setter dette på spissen hvordan daværende lovgivning bygget på en diagnosebasert modell framfor en kompetansebasert modell for etablering av tvungent psykisk helsevern.<sup>145</sup> Dersom vilåret om manglende samtykkekompetanse hadde vært til stedet, ville saken muligens vært drøftet annerledes. Tvungent psykisk helsevern kunne likevel vært aktuelt på grunn av unntaket i phvl. § 3-3 nr. 4 om fare for andres liv eller helse, men det måtte vært gjort en drøftelse av om sykdommen medførte manglende samtykkekompetanse. En slik drøftelsen av manglende samtykkekompetanse etter phvl. § 3-3 nr. 4 ville gjort at det hadde vært et større fokus på selvbestemmelsesretten til pasienten. Innføringen av vilåret om manglende samtykkekompetanse medførte derfor at vurderingstemaet er blitt utvidet. Tvungent psykisk helsevern krever nå en vurdering av den kognitive evnen til pasienten.

Selv om vilåret om manglende samtykkekompetanse modifiserer diagnosevilkåret, er det også en sammenheng mellom de to vilkårene. Ifølge forarbeidene knytter begrepet «alvorlig

---

<sup>143</sup> Rt. 2001 s. 1481 side 1486

<sup>144</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 44

<sup>145</sup> Bjørn Henning Østenstad «Fråvær av avgjerdskompetanse som mogleg vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.» NOU 2011:9 s.11-34 på side 302

sinnslidelse» seg i hovedsak til psykosebegrepet, men inkluderer også andre sinnslidelser som ut ifra en helhetsvurdering medfører tapt mestrings- og realitetsvurderingsevnen.<sup>146</sup> Den avgjørende vurderingen er ifølge HR-2018-2204-A i hvilken grad sykdommen påvirker pasientens evne til å gjøre en realistisk vurdering av både sin egen helsetilstand og konsekvensene ved valg av behandling.<sup>147</sup> Videre fremkommer av dommen at pasienter med alvorlig sinnslidelse som har realistisk innsikt i egen situasjon, har samtykkekompetanse.<sup>148</sup> I og med at alvorlig sinnslidelse ifølge rettspraksis også omfatter symptomfrie perioder, vil ikke alltid sinnslidelsen etter diagnosevilkåret påvirke forståelsesevnen.<sup>149</sup> Ifølge rundskrivet fra helsedirektoratet er det en vanlig misforståelse at alle som er psykotiske eller har diagnosen schizofreni mangler samtykkekompetanse.<sup>150</sup> De fleste med en alvorlig sinnslidelse vil være kompetent til å samtykke mesteparten av tiden.<sup>151</sup> For noen vil evnen til å samtykke variere ut ifra hva det er de skal samtykke til og hvor de er i sykdomsforløpet.<sup>152</sup> Forholdet mellom diagnose og forståelsesevnen er med andre ord sammensatt og det må gjøres en konkret vurdering. Vilkåret om manglende samtykkekompetanse vil fungere som en sikkerhetsventil for å unngå at noen med tilstrekkelig beslutningsevne blir fratatt muligheten til å bestemme over egen behandling, selv om de har en alvorlig sinnslidelse. Dette gjør at vilkåret fremmer formålet om å begrense og forebygge bruken av tvang, jf. phvl. § 1-1 første ledd siste punktum.

## **7 Begrenser CRPD adgangen til å stille vilkår om manglende samtykkekompetanse?**

### **7.1 Utgangspunkt: Norge og CRPD-komiteen har ulik tolkning**

For å vurdere om CRPD begrenser adgangen til å stille vilkår om manglende samtykkekompetanse er det naturlig å ta utgangspunkt i at det er ulike synspunkter på dette. Det har sammenheng med at relevante bestemmelser i CRPD tolkes ulikt. CRPD har ingen

---

<sup>146</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>147</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 63

<sup>148</sup> HR-2018-2204-A avsnitt 64

<sup>149</sup> Blant annet Rt. 2001 s. 1481

<sup>150</sup> IS-2017-1 side 18

<sup>151</sup> IS-2017-1 side 20

<sup>152</sup> Bjørn Henning Østenstad «Fråvær av avgjerdskompetanse som moglege vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.» NOU 2011:9 s.11-34 på side 313



bestemmelser som direkte forbyr tvungent psykisk helsevern og dermed heller ikke noe forbud mot vilkår om manglende samtykkekompetanse. I forbindelse med tvungent psykisk helsevern er det artikkel 12 om selvbestemmelse, artikkel 14 om frihetsberøvelse og artikkel 25 om helse som kan begrense adgangen.

I forbindelse med ratifiseringen av CRPD avga Norge en tolkningserklæring knyttet til artikkel 12, artikkel 14 og artikkel 25 i konvensjonen.<sup>153</sup> Av tolkningserklæringen fremgår det at Norge tolker artikkel 12 slik at det foreligger en adgang til å frata rettslig handleevne. Ved tolkningen av artikkel 14 og 25 viser Norge til at konvensjonen åpner for tvungen behandling og omsorg ved psykiske lidelser. Forutsetningen for tiltak både etter artikkel 12 og artikkel 14 og 25 er at det er nødvendig som siste utvei og at det er underlagt rettssikkerhetsgarantier og beskyttelsesmekanismer. Denne tolkningen avviker fra CRPD-komiteen sin tolkning av konvensjonen.

I det følgende ser jeg nærmere på de ulike tolkningene av CRPD knyttet til konkrete problemstillinger ved vilkåret om manglende samtykkekompetanse ved etablering av tvungent psykisk helsevern.

## **7.2 Forholdet mellom CRPD-komiteens tolkning av artikkel 12 og norske reguleringen av psykisk helsevern**

### **7.2.1 CRPD-komiteens tolkning av vernet om selvbestemmelsesretten**

Opprettelsen av CRPD innebar at partene i konvensjonen var enige om at mennesker med nedsatt funksjonsevne eller langvarige psykiske lidelser trengte et tydeligere vern av selvbestemmelsesretten. Det har vært enighet om at vernet også skal gjelde innenfor psykisk helsevern. Hvordan vernet skal fungere i praksis har det derimot ikke vært samme enighet om.

CRPD-komiteens uttalelser i de generelle kommentarene til artikkel 12 om hvordan selvbestemmelsesretten skal tolkes har blitt oppfattet av noen som radikale, mens andre mener det er på tide at vernet blir styrket.<sup>154</sup> Spesielt har det vært uenighet rundt tolkningen av skillet mellom begrepene «mental capacity» og «legal capacity», som kan oversettes til mental og

---

<sup>153</sup> Prop. 106 S (2011-2012) Vedlegg 2 Erklæringer som foreslås avgitt i forbindelse med ratifikasjon

<sup>154</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 473

rettslig handleevne. Bakgrunnen for uenigheten er at enkelte hevder at en viss forståelseevne må ligge til grunn for at det skal være et gyldig samtykke. CRPD-komiteen hevder derimot at mental og rettslig handleevne er to helt forskjellige begreper som ikke skal blandes.

En annen problemstilling knytter seg til CRPD-komiteens anmodning til statene om å endre sin lovgivning, herunder også psykisk helsevernlovgivning, slik at den er i samsvar med «supported-decision making» regime. I forbindelse med rapportene til statene kom CRPD-komiteen med denne anmodningen for første gang. Flere land var klare for å gjøre disse endringene, men slet med å skjønne innholdet i regimeendringene.<sup>155</sup> CRPD-komiteen klargjorde innholdet i begge regimene i de generelle kommentarene til artikkel 12.<sup>156</sup> Norge er enig i at mennesker med nedsatt funksjonsevne trenger et styrket vern, spesielt i forhold til selvbestemmelsesretten. Den norske tolkning av innholdet i artikkel 12 er derimot en annen enn den som følger av de generelle kommentarene til artikkel 12. De ulike tolkningen kommer på spissen når det kommer til skillet mellom mental og rettslig handleevne og «supported-decision making» regime.<sup>157</sup>

### **7.2.2 Forskjellen mellom mentale handleevne og rettslige handleevne**

Problemstillingen er om det er en adgang til å ha vilkår som retter seg mot det kognitive evnen ved begrensning eller fratakelse av rettslig handleevne etter CRPD. Vilkåret om manglende samtykkekompetanse i phvl. § 3-3 nr. 4 innebærer at den rettslige handleevnen kan bortfalle på grunnlag av blant annet manglende forståelseevne, herunder manglende samtykkekompetanse. I tillegg foreligger det et vilkår ved vurderingen av om samtykkekompetansen bortfaller at vedkommende har en psykisk forstyrrelse etter pbrl. § 4-3 andre ledd. Også phvl. § 3-3 nr. 3 har en henvisning til sinntilstanden for etablering av tvungent psykisk helsevern i ordlyden «alvorlig sinnslidelse». Av artikkel 12 nr. 2 følger det at mennesker med nedsatt funksjonsevne har rettslig handleevne på lik linje med andre

---

<sup>155</sup> Arstein-Kerslake og Flynn “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law” *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 475

<sup>156</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 27-29

<sup>157</sup> Av Prop. 106 S (2011-2012) side 16 følger det at Norge så vell som Australia, Sverige, Danmark og Tyskland har hatt tilsvarende tolkning som Norge. Norge sin tolkning fremkommer av tolkningserklæringen i Vedlegg 2 Erklæringer som foreslås avgitt i forbindelse med ratifikasjon til proposisjonen.

innenfor alle livets områder. I CRPD-komiteens generelle uttalelse står det at begrepene mental handleevne og rettslig handleevne ikke må blandes. Rettslig handleevne vil si evnen til å ha og utøve juridiske rettigheter og forpliktelser.<sup>158</sup> Mental handleevne er på sin side evnen til å fatte beslutninger.<sup>159</sup>

Innføringen av vilkåret om manglende samtykkekompetanse ved etablering av tvungent psykisk helsevern hadde til hensikt å harmonisere vilkårene for tvang innenfor somatikken og psykisk helsevern.<sup>160</sup> Formålet med innføringen av vilkåret var at det skulle være å likt grunnlag for etablering av tvang innenfor helseretten. Arstein-Kerslake og Flynn hevder at det vil være i samsvar med selvbestemmelsesretten i artikkel 12, slik den er tolket av CRPD-komiteen, å ha en bestemmelse som begrenser eller fratrukker den rettslige handleevnen dersom det skjer på likt grunnlag for alle uavhengig av den mentale tilstanden.<sup>161</sup> Argumentasjonen i proposisjonen om at grunnlag for etablering av tvang er likt innenfor somatikken og psykisk helsevern vil derfor være i samsvar med konvensjonen. På den andre siden er grunnlaget for bortfall av samtykkekompetansen at det foreligger enten fysisk eller psykisk forstyrrelse, senil demens eller psykisk utviklingshemming. CRPD-komiteen viser til at karakteristikker slik som «unsoundness of mind» er diskriminerende.<sup>162</sup> Selv om det er en flere ulike grunnlag for bortfall av samtykkekompetanse er det likevel benyttet karakteristikker som etter de generelle kommentarene vil anses som diskriminerende. CRPD-komiteen viser til at lovverket som legger opp til at mennesker med nedsatt mental kapasitet mister sin rettslige handleevne fordi de ikke har den kognitive evnen til å fatte beslutninger er diskriminerende etter konvensjonen. Det bygger på en feilaktig tanke om at det er mulig å vurdere presist den indre tilstanden til et annet menneske.<sup>163</sup> Kjernen i vilkåret om manglende samtykkekompetanse er at vedkommende mister sin handleevne basert på mangelfull forståelse av omfanget til samtykket.

---

<sup>158</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 12

<sup>159</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 13

<sup>160</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 25

<sup>161</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 475

<sup>162</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 13

<sup>163</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 15

Både Paulsrud-utvalget og Tvangslovutvalget hevder i forbindelse med phvl. § 3-3 nr. 3 «alvorlig sinnslidelse» at et diagnosenøytral funksjonskriterium for etablering av tvungent psykisk helsevern kan åpne opp for en bredere adgang til å etablere tvungent vern enn det som eksisterer i dag. Denne adgangen kan medføre til misbruk. Diagnosekriteriet medfører at pasienter med alvorlige personlighetsforstyrrelser, alvorlig depresjon uten psykose og de med risiko for selvmord uten en psykisk lidelse i hovedsak ikke omfattes av vilkåret «alvorlig sinnslidelse». Fordi psykoselidelser er kjernen av vilkåret om alvorlig sinnslidelse er det i praksis også de med psykoselidelser som i hovedsak omfattes av tvungent psykisk helsevern.<sup>164</sup> Hvilke diagnoser som omfattes av alvorlig sinnslidelse, men som ikke er psykose er en del av en helhetsvurdering. Det avgjørende er hvilken utslag av tap av mestrings- og realitetsvurderingsevnen som sinnslidelsen medfører.<sup>165</sup> Ut ifra perspektivet til CRPD-komiteen vil likevel en slik argumentasjon basere seg på diskriminerende holdning overfor de med psykoselidelser og andre med alvorlige sinnslidelser.

### **7.2.3 Forholdet mellom tvungent psykisk helsevern og «substitute» eller «supported decision-making» regime**

Phvl. § 3-3 åpner opp for en adgang til å frata noen den rettslige handleevnen. Faglig ansvarlig har adgang til å vurdere om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er tilstede og deretter etablere et tvungent vern, jf. phvl. § 3-3 a. Denne modellen for fratakelse av rettslig handleevne kan bære preg av «substitute decision-making» regime. «Substitute decision-making» baserer seg på at den rettslige handleevnen til en person er fjernet og flyttet over til en annen person. Denne personen skal fatte avgjørelser basert på en objektiv vurdering av hva som er «best interests» for pasienten.<sup>166</sup> Forskjellen fra den norske modellen med tvungent psykisk helsevern og «substitute decision-making» er at tvungent psykisk helsevern ikke etableres på bakgrunn av en ren «best interests»-vurdering. Det foreligger flere materielle vilkår for etablering av tvungent psykisk helsevern. «Supported decision-making» dreier seg derimot på en tolkning av viljen og preferansen til pasienten. Og ved bruk av en sånn modell hevder CRPD-komiteen at menneskerettighetene deriblant retten til personlig autonomi blir

---

<sup>164</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet side 164; NOU 2019: 14

Tvangsbegrensingsloven side 317

<sup>165</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 155

<sup>166</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 27

ivaretatt.<sup>167</sup> Den norske modellen for tvungent psykisk helsevern bærer også preg av «supported decision-making». Pbrl. § 4-3 tredje ledd oppstiller krav om tilrettelegging slik at pasienten kan selv kan samtykke. Tilrettelegging av samtykke er i henhold til konvensjonens artikkel 12 nr. 3 om kravet til at støtte skal være tilgjengelig ved utøvelse av rettslig handleevne. Skille mellom «substitutue decision-making» og «supported decision-making» regime og dets innhold er noe CRPD-komiteen har tolket ut artikkel 12 nr. 3. Konvensjonen oppstiller et krav til støtte, men det er ikke utpenslet et «supported decision-making» regime i ordlyden. Kravet om tilrettelegging etter pbrl. § 4-3 tredje ledd tyder på at Norge er enig i at mennesker som omfattes av psykisk helsevernloven skal ha tilgang til støtte. Uenigheten knytter seg til hvorvidt det skal etableres et så streng «supported decision-making» regime som CRPD-komiteen har utpenslet.

## **7.3 Rekkevidden av CRPDs krav til støtte ved utøvelsen av selvbestemmelsesretten**

### **7.3.1 Forholdet mellom samtykkekompetanse, tilrettelegging og frivillighet**

CRPD artikkel 12 har bestemmelser om selvbestemmelsesrett, men sier ikke noe direkte om adgangen til å lovregulere begrensning i selvbestemmelsesretten. Det er ulike synspunkter på om artikkel 12 innebærer et forbud mot eller begrensninger i adgangen til å begrense selvbestemmelsesretten ved tvungent psykisk helsevern. For å avklare rekkevidden til selvbestemmelsesretten er spesielt artikkel 12 nr. 3 relevante. Artikkel 12 nr. 3 oppstiller en plikt for staten til å gi støtte for at vedkommende skal kunne utøve sin rettslige handleevne. Med ordet «støtte» viser konvensjonen til tilrettelegging. Konvensjonen spesifiserer ikke hvordan støtte artikkel 12 åpner opp for.<sup>168</sup> Graden av støtte kan variere i intensitet og form ut ifra hvordan ordlyden tolkes. Basert på CRPD-komiteens tolkning av artikkel 12 har Sigurdsen delt støtten inn i tre nivåer. Det første nivået er praktisk tilrettelegging, det andre nivået er tilrettelegging gjennom personlig støtte og det tredje nivået er tolkning av vilje og preferanse.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 29

<sup>168</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 17

<sup>169</sup> Randi Sigurdsen «CRPD-komiteens tolkning av artikkel 12 – Likhet for loven. Hva betyr det for barn?» *Festskrift til Hege Brækhus 70 år 2020*, s. 411-425 på side 31-37

Før en vurdering av manglende samtykkekompetanse kan gjennomføres må det ha vært tilrettelagt for at pasienten selv skal kunne samtykke. Kravet om tilrettelegging skal sørge for at pasientens evne til å forstå hva samtykke omhandler er optimalisert slik at pasienten selv kan fatte en beslutning. Tilrettelegging vil med andre ord gjøre at flere kan være samtykkekompetente. Hensikten med tilrettelegging er ifølge forarbeidene at også pasienter med nedsatt samtykkekompetanse i så stor grad som mulig skal kunne fatte beslutninger selv i konkrete enkeltavgjørelser.<sup>170</sup> Kravet om tilrettelegging følger av pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum. Ifølge bestemmelsen skal helsepersonell legge forholdene best mulig til rette for at pasienten selv skal kunne samtykke. Tilretteleggingen skal ifølge bestemmelsen knytte seg til evnen til å fatte egne beslutninger om helsehjelp. I praksis vil tilretteleggingen ha som formål å tilpasse forholdene slik at pasientens forståelseevne blir optimalisert. En slik tilrettelegging vil gjerne skje ved formidling av informasjon. Pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum viser til § 3-5 for informasjonens form. Av andre ledd følger det at helsepersonellet skal så langt det lar seg gjøre sikre at mottakeren av informasjonen har forstått innholdet og betydningen av informasjonen.

Konsekvensen av tilrettelegging er at det kan forhindre at samtykkekompetansen til noen pasienter bortfaller. Dette øker sannsynligheten for at det kan etableres frivillig psykisk helsevern. Ifølge phvl. § 3-3 nr. 1 når tvungent psykisk helsevern skal etableres skal frivillig psykisk helsevern være forsøkt eller åpenbart formløst å forsøke. Det er uklart hva som ligger i kravet om at frivillig psykisk helsevern må være forsøkt. Verken ordlyden i bestemmelsen eller forarbeidene utdyper denne problemstillingen. Ved en tolkning av frivillighetsvilkåret i lys av pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum om tilrettelegging taler tilretteleggingsbestemmelsene for at frivillig vern først er forsøkt når helsepersonell har prøvd å tilrettelegge for samtykke. Forsøk på frivillig vern vil med andre ord tilsi at forholdene for samtykke er lagt til rette. Dette innebærer både at pasienten skal ha fått informasjon om det psykiske helsevernet etter pbrl. § 3-2 og at den er tilpasset pasienten etter pbrl. § 4-3 tredje ledd. Vilkåret om frivillighet knytter seg med andre ord også til hvilke forhold som må ligge til grunn før vurderingen av manglende samtykkekompetanse kan gjennomføres. Dersom verken frivillighet eller tilrettelegging er forsøkt vil ikke en vurdering av manglende samtykkekompetanse kunne gjøres på en tilfredsstillende måte.

---

<sup>170</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 133

Kravet om frivillighet i phvl. § 3-3 nr. 1 og tilrettelegging i pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum, jf. § 3-5 er i samsvar med utgangspunktet i CRPD artikkel 12 nr. 3 om krav på tilgang til støtte for utøvelsen av rettslig handleevne. Adgangen til å få tilrettelegging av selvbestemmelsesretten for å kunne gjennomføre frivillig psykisk helsevern er kjernen av denne bestemmelsen.

### **7.3.2 Praktisk tilrettelegging**

Hvor mye støtte og hvilken type støtte den enkelte trenger vil variere. I både pbrl. § 4-3 tredje ledd og § 3-5 følger det at tilretteleggingen skal individualiseres. Tilretteleggingen skal ifølge pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum skje ut ifra pasientens individuelle forutsetninger slik som alder, psykisk tilstand, modenhet og erfaringsbakgrunn. I første ledd av § 3-5 vises det også til at informasjonen må være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger. CRPD-komiteen utpensler et tilsvarende krav fra artikkel 12 nr. 3 om at formen for støtte vil variere ut ifra den enkelte personens funksjonsevne.<sup>171</sup> Praktisk tilrettelegging er i denne sammenheng den tilrettelegging som vedkommende får slik at han eller hun kan ta til seg informasjonen på egen hånd.

Eksempler på praktisk tilrettelegging er blindeskrift for de som ikke kan se og tegnspråk for de som ikke kan høre. Det kan også være at pasienten har dysleksi og trenger at skriftlig informasjon blir lest opp. I forarbeidene til pbrl. § 3-5 er et eksempel på individualisert informasjon at de med manglende norsk kunnskap skal ha tilgang på en tolk.<sup>172</sup> Det sentrale er at helsepersonell så langt det lar seg gjøre skal sikre seg at mottakeren av informasjonen har forstått innholdet og betydning, jf. pbrl. § 3-5 andre ledd.

Denne formen for tilrettelegging har relevans for vurderingen av pasientens evne til å forstå hva samtykket omfatter ved vurderingen av om vedkommende er samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3 andre ledd. Praktisk tilrettelegging vil være aktuelt for de pasienter som etter FARV-kriteriet trenger tilrettelegging for å ivareta «evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp».<sup>173</sup> I de tilfeller der pasienten kun trenger praktisk tilrettelegging vil den manglende forståelseevnen ikke slå ut på de øvrige FARV-kriteriene.

---

<sup>171</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 18

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 131

<sup>173</sup> IS-2017-1 side 17

Dette innebærer at praktisk tilrettelegging vil kunne medføre at pasienten uten ytterligere tilrettelegging kan utforme en egen mening vedrørende psykisk helsevern. Dette gjør at intensiteten i støtten er liten, noe som er i samsvar med mildeste inngreps-prinsipp. Hensikten er at pasienten skal få den tilretteleggingen som er minst mulig påvirket av utenforliggende faktorer slik at vedkommende kan ta et selvstendig valg. Samtykkekompetansen ikke kan bortfalle dersom manglende evne til å forstå skyldes noe som kan avhjelpest ved praktisk støtte. Dette er viktig for å ikke krenke selvbestemmelsesretten til vedkommende. Pasientens selvbestemmelse etter CRPD artikkel 12 vil ved praktisk tilrettelegging være ivaretatt. Det er derfor adgang til å ha hjemler om praktisk tilrettelegging av informasjon etter konvensjonen.

### **7.3.3 Tilrettelegging gjennom personlig støtte**

Formen for støtte er ikke spesifisert i loven, men det følger av bestemmelsene at pasienten skal ha tilgang på den tilrettelegging som legger best mulig til rette for at pasienten selv kan avgi et samtykke, jf. pbrl. § 4-3 tredje ledd andre punktum. Tilrettelegging gjennom personlig støtte vil si at en støtteperson gjør informasjonen lettere tilgjengelig for pasienten.<sup>174</sup>

Personlig støtte vil kunne være en type tilrettelegging etter pbrl. Ved vurderingen av hvilken type tilrettelegging pasienten skal motta må mildeste inngreps-prinsipp anvendes. Praktisk tilrettelegging innebærer en form for tilrettelegging som er mindre påvirket av den som tilrettelegger. I de tilfeller der det skal tilbys mer omfattende tilrettelegging enn praktisk tilrettelegging vil personlig støtte ofte være den naturlige veien videre. Utfordringen med tilrettelegging gjennom personlig støtte er at informasjonen nå vil bli bearbeidet av en person som ikke skal fatte avgjørelsen. Spørsmålet er om CRPD åpner for en adgang til tilrettelegging gjennom personlig støtte.

Eksempler på tilrettelagt informasjon gjennom personlig støtte er at en støtteperson gjentar samme informasjon flere ganger på en slik måte at pasienten skjønner. Ofte vil dette være ved å forenkle informasjon, bruke bilder og omformulere. Tilretteleggingen fungerer derfor ved at informasjonen blir sortert for pasienten og at pasienten får beskrivelse av hvordan ulike utfall kan fortone seg.

---

<sup>174</sup> Randi Sigurdson «CRPD-komiteens tolking av artikkel 12 – Likhet for loven. Hva betyr det for barn?» *Festskrift til Hege Brækhus 70 år 2020*, s. 411-425 på side 419



CRPD artikkel 12 nr. 3 oppstiller at mennesker med nedsatt funksjonsevne skal få den støtten de trenger for å utøve sin rettslige handleevne. Dersom personlig støtte er det vedkommende trenger for å kunne utøve sin rettslige handleevne vil slik støtte i utgangspunktet være i samsvar med artikkel 12 nr. 3. Det uklare er om CRPD artikkel 12 nr. 4 setter noen begrensinger for utøvelsen av tilretteleggingen gjennom personlig støtte. Av artikkel 12 nr. 4 følger det at staten skal opprette hensiktsmessige og effektive beskyttelsesmekanismer for å sikre at tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne ikke medføre misbruk. Bestemmelsen legger spesielt vekt på at tiltak ved utøvelsen av rettslig handleevne blant annet skal respektere pasientens vilje og preferanser, forhindre utilbørlig påvirkning, være forholdsmessige og tilpasset vedkommende sine omstendigheter. Det sentrale i forbindelse med tilrettelegging gjennom personlig støtte er at ved gjennomføringen av et slikt tiltak må pasienten være vernet mot misbruk.

I likhet med tilrettelegging gjennom praktisk støtte vil også tilrettelegging gjennom personlig støtte påvirke vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent og dermed om det foreligger adgang til å etablere tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3. Bakgrunnen for at tilrettelegging gjennom personlig støtte er aktuelt framfor praktisk støtte er at pasientens forståelsesevne er ytterligere redusert. Pasienten trenger større grad av bistand for å oppfatte og skjønne informasjonen som ligger til grunn for avgjørelse om helsehjelp. I forhold til FARV-kriteriene kan det tenkes at de som trenger tilrettelegging gjennom personlig støtte typisk har redusert evne til å forstå informasjon som er relevant, anerkjenne eller anvende informasjonen til sin egen situasjon, resonnere med relevant informasjon og eventuelt uttrykke et valg.<sup>175</sup> Det sentrale er at denne reduksjonen til forståelsesevnen kan avhjelpes ved tilrettelegging. Dersom vedkommende gjennom bistand kan få en bedre forståelsesevne kan dette tale for at pasienten er samtykkekompetent. At det foreligger en adgang til gjennom støtte å sørge for at pasienten kan utøve sin rettslige handleevne vil være i samsvar med artikkel 12 nr. 3.

Tilrettelegging ved personlig støtte kan by på noen utfordringer. En utfordring er å etablere en klar grense for når tilretteleggingen går for langt. Det kan innebære grensen for når tilretteleggingen går over til å være utilbørlig påvirkning. Ifølge CRPD-komiteen vil alle som

---

<sup>175</sup> IS-2017-1 side 17

mottar tilrettelegging ha større risiko for å bli utsatt for slik negativ påvirkning.<sup>176</sup>

Tilretteleggingen gjennom personlig støtte skal ikke strekke seg lenger enn at den er en bistand for at pasienten skal kunne fatte en beslutning og kanskje få uttrykk beslutningen.

En annen utfordring ved tilrettelagt gjennom personlig støtte er risikoen for feiltolkning av informasjonen.<sup>177</sup> Når informasjonen går gjennom en annen person før den kommer fram til mottakeren vil den automatisk filtreres gjennom denne personen. Det gjør at støttepersonens erfaringsgrunnlag, kultur og holdninger kan påvirke hvordan vedkommende tolker informasjonen som han eller hun skal videreformidle. I forarbeidene til pbrl. § 3-5 er et snevert aspekt ved denne problematikken tatt opp. Departementet fraråder at det benyttes pårørende for å oversette informasjon. Dette begrunnes med at det kreves spesiell opplæring som tolk for å kunne oversette informasjonen korrekt.<sup>178</sup> Selv om en ren oversettelse vil være praktisk tilrettelegging belyser denne uttalelsen fra departementet problematikken rundt feiltolkning eller feil i videreformidlingen av informasjon.

Et annet spørsmål er hvordan helsepersonell eller vedkommende som skal gi støtte, skal forholde seg til samtykker som er fattet basert på et dårlig grunnlag. Et eksempel kan være dersom sterke hallusinasjon eller vrangforestillinger ligger til grunn for valget vedkommende ønsker å ta. I slike tilfeller kan det argumenteres for at et samtykke ikke vil være fritt og informert etter CRPD artikkel 25 bokstav d). I tillegg oppstiller helsepersonelloven § 4 krav om faglig forsvarlighet. Dette innebærer ifølge forarbeidene at det foreligger et gyldig samtykke, altså at pasienten forstår hva vedkommende samtykker til.<sup>179</sup> Slik tankegang baserer seg på at grunnlaget for å utøve selvbestemmelsesretten er at vedkommende selv skjønner hva som blir besluttet. Dersom en pasient ikke skjønner omfanget av sitt eget samtykke er det vanskelig å legge til grunn at samtykket gir uttrykk for pasientens vilje. Østenstad hevder at forsvarlighetskravet innebærer at det vil være lite problematisk å respektere en pasient sitt samtykke ved nødvendig og forsvarlig helsehjelp selv om pasienten kanskje ikke skjønner hele innholdet av samtykket. Det problematiske ifølge Østenstad er

---

<sup>176</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 22

<sup>177</sup> Randi Sigurdson «CRPD-komiteens tolking av artikkel 12 – Likhet for loven. Hva betyr det for barn?» *Festskrift til Hege Brækhus 70 år 2020*, s. 411-425 på side 419

<sup>178</sup> Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter side 131

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) side 39 og side 219

derimot når en pasient nekter nødvendig og forsvarlig helsehjelp uten å skjønne innholdet.<sup>180</sup> Arstein-Kerslake og Flynn viser til at dersom personen som mottar tilrettelegging gjennom støtte, uttrykker ønske om å skade andre slik at støttepersonen ville kunne bli kriminalisert ved å hjelpe, er støttepersonen ikke pålagt å utføre denne form for hjelp. Støttepersonens oppgave etter CRPD artikkel 12 nr. 3 er begrenset til å tilrettelegge for uttrykkelse av meninger ikke å utøve disse.<sup>181</sup>

Artikkel 12 nr. 4 innebærer ifølge CRPD-komiteen et krav om å oppstille tilstrekkelig med beskyttelsesmekanismer for å forhindre slik utilbørlig påvirkning. I samsvar med phvl. § 6-1 andre ledd finnes det en kontrollkomisjon som både av eget initiativ og etter henvendelse fra pasient, pårørende eller personalet skal føre kontroll over tiltak overfor pasienten. Slik kontroll er et eksempel på beskyttelsesmekanisme for å forhindre misbruk ved gjennomføringen av tilrettelegging slik som personlig støtte. Pbrl. § 3-5 tredje ledd styrker rettssikkerheten ved at helsepersonellet skal skrive ned i journalen til vedkommende hvilke opplysninger som er gitt. Dette gjør at tilretteleggingen i en større grad er etterprøvable.

## **7.4 Samtykke gjennom tolkning gjennom av pasientens vilje og preferanse**

### **7.4.1 Tolking av pasientens vilje og preferanse**

Ikke i alle tilfeller vil det være mulig å kunne avklare om pasienten samtykker eller nekter å motta helsehjelp. I disse tilfellene viser CRPD-komiteen til at det skal gjøres en tolkning av pasientens vilje og preferanse.<sup>182</sup> Kravet om å tolke pasientens vilje og preferanse følger av konvensjonens artikkel 12 nr. 4. Dette nivået knytter seg ikke direkte til støtte, men heller til hva som skal gjøres dersom støtten ikke fører fram til en beslutning.

Av CRPD artikkel 12 nr. 4 følger det at beskyttelsesmekanismene som skal sikre rettslig handleevne respekterer personens vilje og preferanse i forbindelse med tiltak som gjelder utøvelsen av rettslig handleevne. CRPD-komiteen har tolket artikkel 12 slik at i de tilfeller der

---

<sup>180</sup> Bjørn Henning Østenstad «Det menneskerettslige vernet mot tvang: utviklingstrekk» *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* 2018 s. 11-34 på side 28

<sup>181</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 482

<sup>182</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 21

det ikke er mulig å identifisere pasientens vilje og preferanse skal beslutninger tas basert på «best interpretation of will and preferences». Det skal etter beste evne tolkes hva som er viljen og preferansen til pasienten. Ifølge CRPD-komiteen skal denne vurderingen erstatte en vurdering av «best interests».<sup>183</sup> For å kunne tolke hva som er pasientens vilje og preferanse skal all form for tilrettelegging prøves og i tillegg skal det gjennom samtaler med vedkommende sine nærmeste forsøkes å finne ut hva pasienten har uttrykt ved en tidligere anledning.<sup>184</sup>

I forbindelse med psykisk helsevern innebærer denne tolkningen at det skal kunne etableres en adgang til å starte psykisk helsevern basert på en tolkning av at dette er pasientens vilje og preferanse. Ytterligere innebærer uttalelsene til CRPD-komiteen at det ikke foreligger en adgang til å etablere en adgang for psykisk helsevern med grunnlag i tvang. Etablering av tvungent psykisk helsevern på grunnlag av manglende samtykkekompetanse er noe CRPD-komiteen eksplisitt avviser.<sup>185</sup> CRPD-komiteen argumenterer for at denne modellen skal erstattes med en tolkning av pasienten vilje og preferanse.

#### **7.4.2 utfordringer med å skulle tolke pasientens vilje og preferanse**

Utfordringen med å skulle gjøre en «best interpretation of will and preferences» er at det er vanskelig å identifisere hva som er vedkommende sin vilje og preferanse. Arstein-Kerslake og Flynn viser i sin artikkel til at det gjennom samtaler med personens nærmeste skal forsøkes å finne ut om vedkommende har uttrykt en mening. De viser til en rekke utfordringer med identifiseringen av vilje og preferanse som grunnlag for et valg ut ifra tidligere uttalelser. For det første kan ikke enhver uttalelse anses som et uttrykk for et valg.<sup>186</sup> Det finnes flere eksempler på slike uttalelser. Blant annet kan alle ved en anledning uttale noe uten at de har gjort de undersøkelser og fått den informasjonen som en vil oppsøke når det skal fattes et

---

<sup>183</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 21

<sup>184</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 478

<sup>185</sup> Bjørn Henning Østenstad «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk» *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* 2018 s.11-34 på side 34

<sup>186</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 478

valg. En annen utfordring ved å basere tolkningen på tidligere uttalelser er at vilje og preferanser kan endre seg over tid.<sup>187</sup> For eksempel kan en person ha et ønske om en type behandling på et tidspunkt, men så endre mening slik at vedkommende ønsker en annen type behandling eller ikke behandling i det hele tatt. Arstein-Kerslake og Flynn viste til disse to utfordringene for å vise hvor vanskelig det er å identifisere viljen og preferansen til en annen person. Et ytterligere aspekt som kan gjøre at det kan være vanskelig å identifisere viljen og preferansen til en annen person er dersom vedkommende aldri har ytret en mening eller gjort seg opp en mening om det aktuelle spørsmålet. I forhold til psykisk helsevern er det ikke uvanlig at de som debuterer med schizofreni er i tenårene. På dette stadiet av livet er det ikke sikkert at vedkommende har tatt stilling til om de ønsker behandling. Det er forøvrig ikke så uvanlig at en person ikke har tatt stilling til et spørsmål som vedkommende ikke har måttet ta stilling til før. Dersom det er først gang vedkommende har behov for psykisk helsevern er det ikke sikkert at personen har tatt stilling til valg som skal tas i den forbindelse. I forbindelse med skillet mellom mental og rettslig handleevne begrunner CRPD-komiteen at det er diskriminerende å frata noen rettslig handleevne basert på manglende forståelse med at det foreligger en feilaktig antagelse om at en annen person kan vurdere det indre i et annet menneske. Tilsvarende kan det argumenteres for at en tanke om at det er mulig å tolke en vilje og preferanse til en person som ikke greier å uttrykke sin mening vil være en feilaktig tanke om at det er mulig å korrekt indentifisere det den indre meningen til en annen person.

Forholdet mellom selvbestemmelsesretten i CRPD artikkel 12 og kravet til fritt og informert samtykke i artikkel 25 bokstav d) oppstiller en ytterligere utfordring ved CRPD-komiteens framgangsmåte om å tolke pasientens vilje og preferanse. Kravet til fritt og informert samtykke tilsier etter ordlyden et krav om en viss forståelse av det som det samtykkes til. Dersom vedkommende ikke forstår informasjonen han eller hun har fått om helsehjelpen og heller ikke greier å bearbeide denne informasjonen kan det vanskelig tenkes at en tolkning av pasientens vilje og preferanse vil føre fram til et fritt og informert samtykke etter CRPD artikkel 25 bokstav d). I NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven gjøres det en tilsvarende tolkning av CRPD artikkel 25 bokstav d) om kravet til en minimum av forståelse for det

---

<sup>187</sup> Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 478

valget som skal tas.<sup>188</sup> Av forarbeidene til psykisk helsevernloven følger det også at selvbestemmelsesretten bygger på en antakelse om at personen som anvender retten er kapabel til å anvende informasjonen vedkommende får til sitt eget beste ved tilstrekkelig tilrettelegging.<sup>189</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven og norsk forarbeid illustrerer den generelle oppfatningen fra lovgiver om at utøvelse av selvbestemmelsesretten krever en viss evne til å forstå hva samtykket innebærer. Samtykke gjennom tolkning av pasientens vilje og preferanse strider med norske holdninger.

#### **7.4.3 Forholdet mellom en adgang til å etablere psykisk helsevern ved en tolkning av pasientens vilje og preferanse og norsk rettstradisjon**

Ved utøvelse av støtte følger det av CRPD artikkel 12 nr. 4 at støtten skal sikre at vedkommende sin vilje og preferanse blir respektert. Ved tilrettelegging gjennom både praktisk støtte og personlig støtte er formålet å hjelpe pasienten med å fatte en beslutning på egen hånd. Dette vil sikre at pasientens vilje og preferanse blir respektert. Utfordringen oppstår når det ikke er mulig å identifisere pasientens vilje og preferanse. I de tilfeller støtte til å fatte en beslutning er tilstrekkelig, vil det etter norsk lovgivning være en adgang for å vurdere om vilkårene for tvungent psykisk helsevern er oppfylt, herunder vilkåret om manglende samtykkekompetanse etter phvl. § 3-3 nr. 4. Ved å vedta at det kan etableres tvungent psykisk helsevern på grunnlag av blant annet manglende samtykkekompetanse etableres det en adgang til å gjennomføre psykisk helsevern uten at dette helsevernet trenger å alene basere seg på en tolkning av pasientens vilje og preferanse. Etableringen av tvungent psykisk helsevern etter psykisk helsevernloven vil ikke basere seg alene på en vurdering av «best interests» vurdering. Et av vilkårene for etablering av tvungent psykisk helsevern er etter phvl. § 3-3 nr. 6 at pasienten har en rett til å uttale seg. Pasienten har derfor anledning til å uttrykke sin vilje og preferanse også ved etablering av tvungent psykisk helsevern. Dersom pasienten har tidligere erfaringer med tvang skal uttalelsene tillegges særlig vekt, jf. phvl. § 3-9 andre ledd. Disse uttalelsene skal være en del av helhetsvurderingen av hva som fremtrer som den klart beste løsningen for vedkommende etter phvl. § 3-3 nr. 7. Pasientens vilje og

---

<sup>188</sup> NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven side 181

<sup>189</sup> NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet side 140

preferanse er derfor en del av helhetsvurderingen av om det skal etableres et tvungent psykisk helsevern.

CRPD-komiteens anmodning om etablering av psykisk helsevern på bakgrunn av en tolkning av pasientens vilje og preferanse viker fra norsk rettstradisjon. Utgangspunktet etter norsk rettstradisjon er at det må foreligge klare materielle regler for etablering av psykisk helsevern. Innenfor helseretten innebærer legalitetsprinsippet at samtykke må ligge til grunn for at det skal være adgang til å starte behandling.<sup>190</sup> Unntaksvis kan behandling etableres uten dette samtykket, men det må foreligge en klar hjemmel for dette. Bakgrunnen for kravet om hjemmel er at det skal være mulig å etterprøve avgjørelser som tas på vegne av pasienten. Materielle vilkår for etablering av psykisk helsevern vil være et forutberegnelig grunnlag som gir grunnlag for etterprøvbare dersom det skulle oppstå usikkerhet rundt hvilket grunnlag psykiske helsevernet er etablert. En tolkning av pasientens vilje og preferanse vil være mer vagt og vanskelig å kontrollere. Det vil ikke være i tro med norsk rettstradisjon å kunne etablere psykisk helsevern uten at det foreligger klare materielle vilkår for hvordan dette skal gjøres.

## **7.5 Vernet av frihetsberøvelse i forbindelse med psykisk helsevern**

Etablering av tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3 kan innebære at helsevernet vil medføre frihetsberøvelse, men det er derimot ikke begrenset til det. Tvungent psykisk helsevern kan også innebære en begrensning av friheten i form av føringer om oppmøte til behandling av pasienten eller medisinerings. Av artikkel 14 nr. 1 bokstav a) følger det at personer med nedsatt funksjonsevne skal ha rett til frihet på lik linje med andre. I artikkel 14 nr. 2 står det at dersom en person med nedsatt funksjonsevne skal bli fratatt friheten sin så skal vedkommende ha krav på rettssikkerhetsgarantier i samsvar med menneskerettighetene. Behandlingen av vedkommende skal skje i samsvar med målene og prinsippene i konvensjonen. I forbindelse med den generelle kommentarene til artikkel 12 har CRPD-komiteen uttalt at artikkel 14 innebærer at statene må avstå fra å plassere folk med nedsatt funksjonsevne i institusjoner uten deres samtykke.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Rt. 2010 s. 612 (Sårstelledommen) avsnitt 30

<sup>191</sup> CRPD-Comitee, General Comment No. 1 (2014) avsnitt 40

CRPD-komiteen har kommet med retningslinjer for artikkel 14 i forbindelse med komiteens fjortende møte i september 2015. Av retningslinjen fremkommer det at hensynet bak artikkel 14 er å forhindre diskriminering basert på nedsatt funksjonsevne.<sup>192</sup> Videre i retningslinjen uttaler CRPD-komiteen at artikkelen oppstiller et absolutt forbud mot frihetsberøvelse basert på nedsatt funksjonsevne.<sup>193</sup> I retningslinjen trekker CRPD-komiteen opp selvbestemmelsesretten og retten til et fritt og informert samtykke som grunnlag for det absolutte forbudet mot frihetsberøvelse med grunnlag i nedsatt funksjonsevne.<sup>194</sup>

En problemstilling som kan oppstå er de tilfeller der personen med nedsatt funksjonsevne uttrykker et ønske om å skade andre mennesker. CRPD-komiteen knytter dette forbudet opp mot all psykisk helselovgivning som gir grunnlag for frihetsberøvelse basert på nedsatt funksjonsevne sammen med tilleggsvilkårene om at personen må være farlig overfor seg selv eller andre. En slik lovbestemmelse mener CRPD-komiteen er i strid med artikkel 14 og er diskriminerende. Retningslinjene så vel som Arstein-Kerslake og Flynn viser til at dersom en person utgjør en fare for andre skal de strafferettslige nødrettsreglene kunne anvendes.<sup>195</sup> Dersom det strafferettslige systemet har bestemmelser som kan anvendes for alle uavhengig av funksjonsevne vil det ikke være diskriminerende med frihetsberøvelse. Ulempen med å benytte seg av det strafferettslige systemet er at pasienten ikke får samme adgang til behandling som ved psykisk helsevern. I tillegg vil det strafferettslige systemet først kunne anvendes når nødrettsbestemmelsene kommer til anvendelse. Dette betyr at risikoen for at vedkommende gjennomfører en strafferettslig handling er større.

---

<sup>192</sup> CRPD-Comitee, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with Disabilities*, Annex to the Bi-Annual Report 2016 A/72/55 (2015) avsnitt 4

<sup>193</sup> CRPD-Comitee, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with Disabilities*, Annex to the Bi-Annual Report 2016 A/72/55 (2015) avsnitt 6

<sup>194</sup> CRPD-Comitee, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with Disabilities*, Annex to the Bi-Annual Report 2016 A/72/55 (2015) avsnitt 9-11

<sup>195</sup> CRPD-Comitee, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with Disabilities*, Annex to the Bi-Annual Report 2016 A/72/55 (2015) avsnitt 16; Arstein-Kerslake og Flynn "The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law" *The international Journal of Human Rights* (2016) s. 471-490 på side 483



## 7.6 Konklusjon

Ved denne gjennomgangen ser vi at spørsmålet om CRPD begrenser adgangen til å ha vilkår om manglende samtykkekompetanse for å etablere tvungent psykisk helsevern, besvares litt ulikt av de forskjellige.

Etablering av tvungent psykisk helsevern med grunnlag i vilkår om manglende samtykkekompetanse er eksplisitt avvist av CRPD-komiteen.<sup>196</sup> CRPD-komiteens tolkning har møtt mye motstand og flere både land og eksperter har ansett den som radikal.

En ren tolkning av konvensjonens ordlyd oppstiller ikke den samme klare grensen mot slik lovgivning. Norge har ved ratifisering av konvensjonen kommet med en tolkningserklæring som avviker fra CRPD-komiteens tolkning. Denne tolkningserklæringen knytter seg til artikkel 12, artikkel 14 og artikkel 25. Av tolkningserklæringen følger det Norge tolker konvensjonen dithen at det foreligger en adgang til tvungen behandling i forbindelse med psykisk helsevern samt fratakelse av rettslig handleevne.<sup>197</sup> Tilsvarende tolkningserklæringer har land som Australia, Tyskland og Danmark også kommet med.<sup>198</sup>

CRPD-komiteens uttalelser har begrenset vekt som rettskilde i Norge. Rettslig vil det derfor være en tolkning som ligger nærmere konvensjonens ordlyd som må ligge til grunn for om Norge oppfyller sine folkerettslige forpliktelser.

Konvensjonens ordlyd oppstiller ikke en eksplisitt begrensning for tvungent psykisk helsevern eller vilkåret om manglende samtykkekompetanse. I HR-2016-1286 viser Høyesterett til at konvensjonens føringer om begrensninger til lovgivning som åpner for tvangsinnleggelse og tvangsbehandling av psykisk syke er «fragmentarisk, flertydig og i noen grad motstridende».<sup>199</sup> Slik som illustrert i denne oppgaven kan det foreligge motstrid mellom selvbestemmelsesretten i CRPD artikkel 12 og kravet om fritt og informert samtykke i artikkel 25 bokstav d). En konvensjon som fremstår fragmentarisk, flertydig og motstridene vil ha en mindre effektiv gjennomslagskraft i statenes nasjonale lovgivning. Vilkåret om

---

<sup>196</sup> Bjørn Henning Østenstad «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk» *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* 2018 s.11-34 på side 34

<sup>197</sup> Prop. 106 S (2011-2012) Vedlegg 2 Erklæringer som foreslås avgitt i forbindelse med ratifikasjon

<sup>198</sup> Prop. 106 S (2011-2012) side 17

<sup>199</sup> HR-2016-1286-A avsnitt 29

manglende samtykkekompetanse kan være en gylden middelvei mellom kravet til selvbestemmelsesrett og hensynet til vernet om høyest oppnåelig helsestandard.<sup>200</sup> Det er denne holdningen departementet ga uttrykk for da de argumenterte for innføringen av vilkåret i proposisjonen.<sup>201</sup>

Etter min vurdering tilsier dette at konklusjonen ut fra norsk rett er at CRPD ikke begrenser adgangen til å ha et vilkår om manglende samtykkekompetanse som grunnlag for etablering av tvungent psykisk helsevern.

Konsekvensen av konvensjonen er likevel at den har bragt et nytt fokus på selvbestemmelsesretten ved bruk av tvang overfor de med nedsatt funksjonsevne. For å kunne ha et lovverk som legitimerer tvang er statene i etterkant av CRPD avhengig av å kunne begrunne forsvarligheten av lovverket i enda større grad.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Bjørn Henning Østenstad «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk»

*Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten* 2018 s.11-34 på side 34

<sup>201</sup> Prop. 147 L (2015-2016) side 24-26

<sup>202</sup> Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer* (2016) side 468

## Referanseliste

### Lov- og forskriftregister

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.)

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen  
(sivilombudsmannsloven – ombml)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven – sphl)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter, (pasient- og brukerrettighetsloven – pbrl.)

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)

Forskrift 16 .desember 2011 nr. 1258 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften)

### Internasjonale konvensjoner, erklæringer, komite-uttalelser og EMD-praksis

Universal Declaration of Human Rights, Paris 10. December 1948 nr. 501  
(Verdenserklæringen om menneskerettigheter – Menneskerettighetserklæringen)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK)

International Convention on Economic, Social and Cultural Rights, 16. December 1966 (Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter – ØSK)

*Winterwerp v. the Nederland* [J], no. 6301/73, ECHR 1979-IV

ESCR-comitee, General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health (2000)

Convention on the rights of persons with disabilities, New York, 13. December 2006  
(Konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne – CRPD)

CRPD-comitee, General comment No. 1 Article 12: Equal recognition before the law (2014)

CRPD-Comitee, *Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of persons with Disabilities*, Annex to the Bi-Annual Report 2016 A/72/55, September 2015. Link:  
[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en) (sist sjekket 11.12.2020)

CRPD-Comitee, «Avsluttende merknader til Norges første rapport», 7. mai 2019, Link:  
<https://www.safo.no/wp-content/uploads/2019/09/CRPD-2019-Avsluttende-bemerkninger-til-Norges-f%C3%B8rste-rapport.pdf>, (sist sjekket 12.12.2020)

## **Forarbeidsregister**

NOU 1988: 9 Lov om psykisk helsevern uten eget samtykke, sammendrag av innstillingen 1.7

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

Innst. O. nr. 14 (1992-1993) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Innst. O. nr. 51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

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

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

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

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

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

NOU 2016: 17 På lik linje: Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklingshemming

NOU 2019: 14 Tvangsbegrensingsloven: Forslag til felles regler om tvang og inngrep uten samtykke i helse- og omsorgstjenesten

## **Høyesterettspraksis, Sivilombudsmannen og rundskriv**

Rt. 1988 s. 634

Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)

Rt. 1995 s. 530 (Råfiskdommen)

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1481

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2010 s. 612 (Sårstelldommen)

Helsedirektoratet 2015, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, IS-2015-8, Rundskriv

Rt. 2015 s. 93 A

Rt. 2015 s. 1752 A

HR-2016-1286-A

HR-2016-2254-P (Holship)

HR-2016-2591-A

Helsedirektoratet, 2017, *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer*, IS-2017-1, Rundskriv

HR-2018-2204-A

SOMB-2018-2278-A

HR-2020-661-S

HR-2020-662-S

HR-2020-663-S

HR-2020-1167-A

## Litteratur

Arnardóttir, Oddný Mjöll og Gerard Quinn, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, vol. 100, Martinus Nijhoff Publishers 2009

Arstein-Kerslake, Anna og Eilionóir Flynn, «The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law» *The international Journal of Human Rights*, Routledge Taylor & Francis Group 2016, s. 471-490

Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Universitetsforlaget 2008, s. 149-178

Helsedirektoratet, «Tvangsinnleggelse i psykisk helsevern for voksne» 17.09.2020, <https://www.helsedirektoratet.no/statistikk/kvalitetsindikatorer/psykisk-helse-for-voksne/tvangsinnleggelse-i-psykisk-helsevern-for-voksne> (sjekket 20.11.2020)

Kjønstad, Asbjørn, Aslak Syse, Morten Kjelland *Velferdsrett 1: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 6. utg, Gyldendal juridisk 2017

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkeretten*, 5. utg, Universitetsforlaget 2018

Sigurdsen, Randi, «CRPD-komiteens tolkning av artikkel 12 – Likheter for loven. Hva betyr det for barn?» *Festskrift til Hege Brækhus 70 år*, Fagbokforlaget 2020, s. 411-425

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og Rettsanvendelse*, 1. utg, Universitetsforlaget 2018

Syse, Aslak, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete: rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler* 2. utg, Ad Notam Gyldendal 1996

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utg, Gyldendal juridisk, 2015

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 3. utg, Gyldendal juridisk, 2016

Syse, Aslak, «Store endringer i psykisk helsevernloven», *Tidsskrift for psykisk helsearbeid* Vol. 15 nr. 2 – 3, Universitetsforlaget 2018, s. 236-243

Østenstad, Bjørn Henning, «Grunnverdier og grunnomgrep i debatten om bruk av tvang mot utviklingshemma og demente» *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, Universitetsforlaget 2006, s. 343-362

Østenstad, Bjørn Henning, «Fråvær av avgjerdskompetanse som moglege vilkår for tvunge psykisk helsevern og tvangsbehandling m.m.» NOU 2011:9 – Økt selvbestemmelse og rettsikkerhet: Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern, Helse- og omsorgsdepartementet 2011, s. 292-353

Østenstad, Bjørn Henning «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk»

Østenstad, Adolphse, Naur og Sinding Aasen (red.), *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Fagbokforlaget 2018 s.11-34

