



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Helsehjelp til paslenter som ikke har samtykkekompetanse på grunn av psykisk utviklingshemning eller demens

Marianne Pettersen Bygdnes

Masteroppgave i rettsvitenskap, 30 studiepoeng, vår 2016



Innholdsfortegnelse

1: INNLEDNING	3
1.1 Tema, aktualitet og problemstilling.....	3
1.2 Avgrensning	4
1.3 Videre fremstilling.....	5
2 METODE OG KILDER	5
2.1 Metode.....	5
2.2 Kilder	6
3 PSYKISK UTVIKLINGSHEMNING OG DEMENS.....	7
4 SENTRALE BEGREPER OG RETTIGHETER:	9
4.1 Utviklingen av pasientrettighetene.....	9
4.2 Legalitetsprinsippet i helseretten	10
4.3 Retten til nødvendige helsetjenester	10
4.4 Rett til informasjon	11
4.5 Kravet om samtykke	12
4.6 Retten til representasjon	12
4.6.1 Pasientens nærmeste pårørende	12
4.6.2 Pasientens og nærmeste pårørendes rett til informasjon.....	13
5 DET HELSERETTLIGE FORSVARLIGHETSKRAVET.....	13
6 SAMTYKKEKOMPETANSE.....	15
6.1 Om samtykkekompetanse	15
6.2 Hvem har samtykkekompetanse	16
7 BORTFALL AV SAMTYKKEKOMPETANSE	17
7.1 Innledning.....	17
7.2 Vilkår for bortfall.....	18
7.2.1 Krav til årsak.....	18
7.2.2 Kravet til svekkelsens omfang	19
7.2.3 Graden av bortfall	21
7.3 Personell kompetanse.....	24
7.4 Prosessuelle krav og notoritetskrav.....	25
7.4.1 Notoritetskrav	25
7.4.2 Krav til fremleggelse	25
8 MATERIELLE VILKÅR FOR Å GI HELSEHJELP TIL PASIENTER OVER 18 ÅR SOM IKKE HAR SAMTYKKEKOMPETANSE.....	27

8.1	Om pasient- og brukerettighetsloven § 4-6	27
8.2	Frivillighet og tvang	27
8.2.1	Om tvang.....	27
8.2.2	Motstand fra pasienten	28
8.2.3	Grensen mellom frivillighet og tvang	30
8.3	Interessekravet og kravet om antatt samtykke	33
8.3.1	Felles vilkår for ytelse av helsehjelp?.....	33
8.3.2	Bakgrunnen og grensene for antatt samtykke og annen avgjørelsesmyndighet på vegne av pasienter uten samtykkekompetanse	34
8.3.3	Kravet om antatt samtykke	38
8.3.4	Interessekravet	41
9	PERSONELLE OG PROSESUELLE REGLER VED YTELSE AV HELSEHJELP TIL PASIENTER UTEN SAMTYKKEKOMPETANSE	43
9.1	Innledning.....	43
9.2	Inngrepet.....	43
9.2.1	Helsehjelp som anses å være lite inngripende.....	43
9.2.2	Helsehjelp som utgjør et alvorlig inngrep	44
9.3	Avgjørelsesmyndighet	46
9.3.1	Avgjørelsesmyndighet når inngrepet er lite inngripende	46
9.3.2	Avgjørelsesmyndighet ved alvorlige inngrep.....	47
9.3.3	Prosessuelle regler og notoritetskrav når helsehjelpen er lite inngripende	48
9.3.4	Prosessuelle regler ved alvorlig inngrep	48
10	VURDERINGER: IVARETAR BESTEMMELSENE PASIENTENS BEHOV?	51
10.1	Verdier og behov.....	51
10.2	Bortfallsvurderingen	51
10.3	Vurdering av reglen om helsehjelp som utgjør et alvorlig inngrep	52
10.4	Avsluttende bemerkninger	53
11	Kildeliste.....	54
11.1	Lover.....	54
11.2	Forarbeider	54
11.3	Rettspraksis	54
11.4	Rundskriv	54
11.5	Litteratur.....	54
11.6	Artikler.....	55
11.7	Annet	55

1: INNLEDNING

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

I norsk rett er utgangspunktet at personer over 16 år selv har rett til å bestemme om personen ønsker helsehjelp den helsehjelpen han har behov for. I realiteten er det ikke alle personer som har evner til å vurdere slike spørsmål. Denne oppgaven tar for seg helsehjelp til pasienter som mangler samtykkekompetanse på grunn av psykisk utviklingshemning eller demens og som ikke motsetter seg helsehjelpen. Personer med demens eller utviklingshemning vil ofte mangle personlige forutsetninger til å avgjøre om de ønsker helsehjelp eller ikke, noe som reiser mange etiske og juridiske problemstillinger. Sentrale spørsmål i denne sammenheng er i hvilke situasjoner en person må anses å ikke være samtykkekompetent, hvem som kan treffe avgjørelser på vegne av pasienter uten samtykkekompetanse og når slik helsehjelp kan gis.

Disse spørsmålene er regulert i Lov 2 juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (heretter pasient- og brukerrettighetsloven eller pbrl.) Problemet med denne typen avgjørelser er at de alltid, om enn i varierende grad, vil innebære et inngrep i pasientens personlige autonomi. Samtidig vil en unnløstelse av å gripe inn kunne stride mot grunnleggende rettigheter for individet. I pasientrettighetslovens forarbeider sies det at den enkeltes rett til selvbestemmelse ikke kan være uinnskrenket i et felleskap av medmennesker.¹ Som medmennesker har vi et ansvar for å ta vare på de som ikke kan ta vare på seg selv, og dette kan i noen tilfeller innebære å treffe avgjørelser på vegne av dem. Vernet av den personlige integritet kan føre til at både ytelse og unnløstelse av å gi helsehjelp blir en krenkelse av individets rettigheter. At enhver person har rett til selvbestemmelse og til privatliv er grunnleggende menneskerettigheter, men disse kan være vanskelige å oppfylle i tilfeller hvor pasienter uten samtykkekompetanse trenger helsehjelp. Lovgivningen må dermed gjøre en avveining av hvilke av individets grunnleggende rettigheter som må veie tyngst.

Personer som mangler samtykkekompetanse på grunn av psykisk utviklingshemning og demens er i en sammenlignbar situasjon siden begge tilstandene medfører en kognitiv svekkelse. I tillegg vil begge tilstandene ofte føre til at pasienten er i en situasjon hvor

¹ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) side 81

vedkommende har et stort og varig behov for helsehjelp. Jeg har derfor valgt å behandle tilstandene sammen.

Grunnen til at jeg ønsket å skrive om dette temaet er at jeg har jobbet mye med personer som er psykisk utviklingshemmede. Min erfaring er at så lenge pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen blir helsehjelpen utelukkende ansett som et gode for pasienten. Også når det dreier seg om helsehjelp som er svært inngripende for pasienten, og hvor effekten er usikker. Slik jeg har opplevd det er dette særlig tilfelle ved bruk av beroligende midler og andre typer medikamenter som tar sikte på å endre pasientens sinnstilstand. Jeg ønsker derfor å sette meg bedre inn i hvilke rettslige reguleringer som gjelder når pasienter som mangler samtykkekompetanse har behov for helsehjelp.

1.2 Avgrensning

Helsehjelp til personer som ikke har samtykkekompetanse av andre årsaker enn psykisk utviklingshemning eller demens behandles ikke i oppgaven. Denne avgrensningen er gjort fordi mange av problemstillingene som oppgaven reiser vil være sammenfallende for personer med demens og utviklingshemning, mens forstyrrelser som skyldes andre årsaker ofte reiser andre typer spørsmål. Oppgaven avgrenses også mot undersøkelse og behandling av psykisk lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse og som har eller antas å ha en alvorlig psykisk lidelse, eller som motsetter seg helsehjelpen. Slike spørsmål reguleres i Lov 2.juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (heretter psykisk helsevernloven eller phvl.)og behandles derfor ikke her.

Det avgrenses også mot situasjoner hvor pasienter som ikke har samtykkekompetanse motsetter seg helsehjelpen. Helsehjelp som gis mot pasientens vilje utgjør et stort inngrep i pasientens autonomi og det gjelder andre og strengere regler for denne typen helsehjelp.

Oppgaven avgrenses også mot helsehjelp til personer mellom 16-18 år som mangler samtykkekompetanse. Bakgrunnen for dette er at avgjørelsesmyndigheten i slike tilfeller er lagt til ungdommens foreldre og ikke til helsepersonell.

Det er kun bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven som behandles i oppgaven. Forholdet til relevante bestemmelser i for eksempel Den europeiske menneskerettskonvensjon² (heretter EMK) drøftes dermed ikke. Dette er fordi bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven er vurdert å tilfredsstillende de kravene som følger av de internasjonale konvensjonene som er inkorporert i norsk rett.³

1.3 Videre fremstilling

Det første som redegjøres for er oppgavens metode og kildebruk. Oppgaven har reist noen særlige utfordringer knyttet til rettskildene og jeg har derfor valgt å behandle dette i et eget punkt. Kapittel 3 handler om demens og psykisk utviklingshemning og kapitlene 4 og 5 redegjør for begreper og rettigheter som er sentrale i oppgaven. Formålet med disse kapitlene er ikke å gi en fullstendig redegjørelse for disse temaene, men å legge grunnlaget for de kommende drøftelsene. Samtykkekompetanse og bortfall av denne drøftes i kapittel 6 og 7 og kapitlene 8 og 9 tar for seg avgjørelse og gjennomføring av helsehjelp etter pbrl. § 4-6. Oppgaven avsluttes med en kort vurdering av reglene og forslag til endringer.

2 METODE OG KILDER

2.1 Metode

Formålet med oppgaven er å fremstille og analysere gjeldende rett i situasjoner hvor pasienter som ikke har samtykkekompetanse på grunn av utviklingshemning eller demens, har behov for helsehjelp. Gjeldende rett blir av Torstein Eckhoff beskrevet som hva juristen bygger på og hvordan jurister resonerer når det skal tas stilling til hvilken rettsregel som gjelder for det aktuelle tilfellet.⁴ For å redegjøre for hva som er gjeldende rett brukes den rettsdogmatiske metode. Denne metoden tar utgangspunkt i domstolens arbeid og hvordan en dommer ville tatt stilling til et rettsspørsmål. Siden utgangspunktet for en masteroppgave ikke er en konkret tvist, men en mer generell problemstilling, vil en vitenskapelig fremstilling av denne typen nødvendigvis bli mer generell.

² Lov 21 mai nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

³ Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgave, 1. opplag, Oslo 2015, side 402

⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, 4. opplag, Oslo, 2010, side 15

I tillegg til å redegjøre for og analysere gjeldende rett vil det bli foretatt vurderinger av reglene. Disse vil delvis bli foretatt underveis og en kort vurdering av utvalgte regler gjøres avslutningsvis.

2.2 Kilder

Oppgaven bygger på de kildene som er anerkjent i norsk rett. Inndelingen av de ulike rettskildene blir gjort noe ulikt av ulike forfattere, men det er stort sett enighet om hvilke rettskilder det er anledning til å bygge på.⁵

Utgangspunktet for drøftelsen er lovteksten. Særlig pasient- og brukerrettighetsloven er sentral, men også de andre helselovene. Disse lovene er relativt nye og Kjønstad mener både lovene og forarbeidene er godt forberedte og at forarbeidene vil kunne gi god veiledning ved lovtolkningen.⁶ Jeg har i oppgaven i stor grad bygget på lovens forarbeider, som stort sett er grundige. I forbindelse med pasient- og brukerrettighetsloven §4-6 annet og tredje ledd har det vært lite informasjon å hente i forarbeidene. Det har derfor i noen tilfeller vært nødvendig å bruke andre lover og deres forarbeider som regulerer lignende problemstillinger for å tolke bestemmelsene. Som eksempel på denne analogiske tolkningen kan Lov 24.juli nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (heretter helse- og omsorgstjenesteloven eller hol.) § 9-2 nevnes.

En av utfordringene med oppgaven har vært at det på dette området ikke finnes relevant rettspraksis eller praksis fra forvaltningen som er mulig å bygge på. Det har av den grunn vært nødvendig å tillegge kilder som forarbeider og ulike rundskriv større vekt enn de vanligvis ville fått.

En del spørsmål knyttet til dette temaet er ikke berørt i loven, forarbeidene, forskrifter eller rundskriv, men er utelukkende behandlet i juridisk litteratur. Juridisk litteratur er vanligvis ikke regnet som en tungtveiende rettskilde, men er på grunn av rettskildesituasjonen blitt sentral i denne oppgaven. Ved vurderingen av forfatterens argumentasjon er det blitt vektlagt hvor gjennomarbeidet problemstillingen er og om det dreier seg om et synspunkt forfatteren er alene om, eller som har støtte hos andre eller bygger på ulovfestet rett.

⁵ Se feks. Eckhoff, side 23 og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgåve, 3. opplag, Bergen 2012, side 30 og 31

⁶ Asbjørn Kjønstad, *Helserett*, 2.utgåve, 2. opplag, Oslo 2013, side 60

Reelle hensyn vil også spille en viktig rolle på dette området, og spesielt der hvor det i utgangspunktet er få andre rettskilder å bygge på. På dette området vil rettigheter og verdihensyn ha stor verdi som reelle hensyn, særlig hvor slike verdier er kommet til uttrykk i formålsbestemmelser eller lignende.

3 PSYKISK UTVIKLINGSHEMNING OG DEMENS

Personer som er psykisk utviklingshemmede er enten født med, eller erverver tidlig i livet en skade som påvirker deres kognitive utvikling. Den manglende kognitive utviklingen fører til ulike utfordringer i dagliglivet og mange utviklingshemmede har et stort hjelpebehov.⁷ For at en person skal kunne gis diagnosen psykisk utviklingshemmet må diagnostiseringen skje før personen fyller 18 år.⁸ Utviklingshemning kan ha ulike årsaker som for eksempel genfeil, skader under fødselen eller sykdom, skade eller ulykke i ung alder.⁹

Det er vanlig å dele utviklingshemning inn i ulike grader alt etter hvor omfattende den kognitive svikten er. Disse gradene er lett, moderat, alvorlig og dyp utviklingshemning. Personer med alvorlig og dyp utviklingshemning vil ha et omfattende hjelpebehov og trenge hjelp til omtrent alt. Hvis en person er moderat utviklingshemmet vil han eller hun som regel trenge en del hjelp, mens de fleste lett utviklingshemmede vil klare seg greit i hverdagen med noe tilrettelegging. Hvilket hjelpebehov en utviklingshemmet har er ikke bare avhengig av personens kognitive forutsetninger, men også av i hvor stor grad man har klart å tilrettelegge den enkeltes omgivelser.¹⁰ På grunn av svekket evne til å læring og forståelse vil mange utviklingshemmede ofte fungere langt bedre i trygge og kjente omgivelser, enn i nye situasjoner som kan oppleves skremmende og kaotiske. Det vil derfor ved ytelsen av helsehjelp til denne gruppen være ekstra viktig å tilrettelegge på god måte.

I Norge er det rundt 21 000 personer som mottar helse- og omsorgstjenester på grunn av utviklingshemning. Disse er stort sett i gruppen moderat til alvorlig

⁷ Aslak Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmede*, Oslo 1995, side 27,

⁸ E. Lorentzen, "Psykisk utviklingshemning: Hvordan stilles diagnosen", *Tidsskrift for norsk legeforening*, nr. 2, 2008

⁹ <http://nhi.no/foreldre-og-barn/barn/livsstil/psykisk-utviklingshemning-2847.html?page=4> , sist besøkt 24.04.16

¹⁰ <http://www.nfunorge.org/no/Om-utviklingshemning/> , sist besøkt 24.04.16

utviklingshemmet.¹¹ På grunn av manglende kognitive evner vil disse personene ofte mangle samtykkekompetanse i spørsmål om helsehjelp etter pbrl. § 4-3(2), og helsehjelp vil dermed måtte gis med hjemmel i pbrl. § 4-6.

Demens er et fellesbetegnelse for en rekke sykdommer som fører til glemsomhet, intellektuell svikt, desorientering, forvirring og sviktende dømmekraft. Sykdommen skyldes sykdom eller skade i hjernen og fører gradvis til dårligere funksjonsnivå og mange blir til slutt fullstendig pleietrengende.¹² Hvis sykdommen rammer personer over 65 år kalles det senil demens, men det finnes også en rekke demenssykdommer som rammer personer under 65 år, og det antas at det er ca 12000 som er rammet av presenil demens i Norge.¹³ Totalt antas det at omtrent 1,4 % av befolkningen har demens. I Norge utgjør dette ca 70 000 personer (2007) og det antas at forekomsten av demens kommer til å øke ettersom det stadig blir flere eldre.¹⁴

Fellesnevneren for både psykisk utviklingshemmede og demente er at de har en intellektuell funksjonssvikt og mangler konsekvensinnsikt.¹⁵ I praksis fører en slik funksjonssvikt til at andre enn personen selv må ta stilling til spørsmål som normalt ville vært opp til pasienten selv å avgjøre, herunder helsehjelp. I tillegg til det mentale handikapat vil psykisk utviklingshemning ofte være forbundet med somatiske plager og sykdommer.¹⁶ Også personer med demens vil ofte ha flere helseplager enn normalbefolkningen, siden alderdom er forbundet med sviktende helse og dette gjelder også de som rammes av demens. Den kognitive svekkelsen vil kunne føre til at personen får vanskeligheter med å ta vare på seg selv og for eksempel opprettholde personlige

¹¹ <http://www.nfunorge.org/no/Om-NFU/NFU-bloggen/Omfanget-av-utviklingshemning/> sist besøkt 24.04.16

¹² <https://snl.no/aldersdemens> siste besøkt 24.04.16

¹³ Roness, Haugen, Engedal, " Når demens rammer unge" *Tidsskrift for den Norske legeforening*, nr 12, 2011 sist besøkt 24.04.16

¹⁴ <http://www.fhi.no/eway/> sist besøkt 24.04.16

¹⁵ Bjørn Henning Østenstad, *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, 1.utgave, Bergen 2011 side 53.

¹⁶ <http://nhi.no/foreldre-og-barn/barn/livsstil/psykisk-utviklingshemning-2847.html?page=9> sist besøkt 24.04.16

¹⁷ <https://no.wikipedia.org/wiki/Demens> sist besøkt 24.04.16

hygiene.¹⁷ Behovet for helsehjelp ka bli ytterligere forsterket og mer komplisert å behandle siden disse pasientene ofte vil ha vanskelig for å gi uttrykk for smerter og ubehag. Pasientens kommunikasjonsproblemer kan også gjøre det vanskelig å vurdere effekten av behandlingen.

Diagnosen dement eller psykisk utviklingshemmet i seg selv er ikke tilstrekkelig til å si at en person ikke har samtykkekompetanse i helsespørsmål. I hvor stor grad en person med demens eller utviklingshemning er i stand til å sette seg inn i og ta avgjørelser i personlige spørsmål vil være individuelt og må vurderes ut fra de kriterier loven stiller for at en person gyldig skal kunne samtykke til helsehjelp.

4 SENTRALE BEGREPER OG RETTIGHETER:

4.1 Utviklingen av pasientrettighetene

Fremveksten av pasientrettighetene startet for alvor på 1970-tallet og fikk et endelig gjennombrudd i 1999 med vedtakelsene av de fire store helselovene.¹⁸ Norge og resten av Vesten var materielt sett mye rikere enn landene hadde vært bare noen tiår tidligere og dette førte til samfunnsendringer: Rettighetstenkning, menneskerettigheter og vern av individet var i fokus og det kom en rekke nye lover, blant annet om forbrukervern og arbeidsmiljø. En gradvis utvikling av pasientrettighetene var i gang og denne utviklingen på helserettens område må ses i sammenheng med den øvrige samfunnsutviklingen.

Tradisjonelt har paternalismen stått sterkt i helsevesenet, ikke bare i forholdet mellom behandleren og pasienten, men også juridisk. Paternalisme i denne sammenhengen innebar at legen traff en avgjørelse om behandling ut fra hva legen antok var til pasientens beste. En slik rollefordeling setter naturlig nok den som blir bestemt over i en svært uselvstendig stilling.¹⁹ Dette harmonerte naturligvis dårlig med samfunnsutviklingen som fokuserte på individets frihet og selvbestemmelsesrett. Gradvis ble det også i helseretten et stadig økt fokus på pasientens rett til å bestemme

¹⁸ Spesialisthelsetjenesteloven, psykisk helsevernloven, pasientrettighetsloven og helsepersonelloven ble vedtatt 2. juli 1999.

¹⁹ <https://snl.no/paternalisme> , sist besøkt 24.04.16

over egen kropp og pasientens rett til informasjon, medvirkning og selvbestemmelse.²⁰ Dagens helselovgivning har et sterkt fokus på å ivareta disse verdiene, samt respekten for pasientens liv, integritet og menneskeverd.²¹

4.2 Legalitetsprinsippet i helseretten

Kravet om at det må foreligge et gyldig rettsgrunnlag for helsehjelpen er et utslag av legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet var tidligere en del av den konstitusjonelle sedvaneretten som nå er grunnlovsfestet i Grunnloven § 113 og er regnet som en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti. Prinsippet skal beskytte borgeren mot inngrep fra statsmaktene og stiller opp et krav om at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gripe inn i borgernes rettigheter. Denne rettigheten er også sentral i EMK. EMK artikkel 5 stiller opp et krav om at enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet, mens konvensjonens artikkel 8 skal verne om individets rett til privatliv og personlig integritet.

Legalitetsprinsippet er viktig i helseretten fordi helsehjelp ikke bare innebærer at pasienten får hjelp, men også er et inngrep i den enkeltes autonomi og kan innebære et fysisk inngrep i kroppen.²² Det kreves derfor samtykke eller annet gyldig rettsgrunnlag for at det skal kunne gjennomføres. Aasen beskriver det som at det å kunne motsette seg (uønskede) inngrep i egen kropp er en del av integritetsvernet, og at dette igjen er en del av maksimen²³ om individets ukrenkelighet.²⁴

Blir helsehjelpen gjennomført mot pasientens vilje uten at det finnes annet rettslig grunnlag, kan det føre til straffe- eller erstatningsansvar for helsepersonellet. Paternalismen i helsevesenet, er dermed i alle fall juridisk sett, langt på vei avskaffet og individets rett til selvbestemmelse er gitt forrang.

4.3 Retten til nødvendige helsetjenester

Det følger av pbrl. § 2-1a(2) at "*pasienten*" har rett til "*nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen.*"

²⁰ Pbrl. § 4-1 og Kjørstad, side 27

²¹ Se for eksempel formålsbestemmelsen i pbrl. § 1-1(2)

²² Aasen, side 43

²³ En maksime er en setning som uttrykker en allmenngyldig lov. Se <https://snl.no/maksime>, sist besøkt 24.04.14

²⁴ Aasen, side 149

Det forutsettes at persongruppen som er tema for oppgaven faller inn under pasient- og brukerrettighetslovens definisjon av *"pasient."*²⁵

Helsetjenester er i pbrl. § 1-3c definert som alle handlinger som har *"forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål, og som er utført av helsepersonell."* Denne definisjonen medfører at ikke bare handlinger som tar sikte på å gjøre pasienten frisk, men også handlinger som har helsebevarende eller lindrende formål faller inn under definisjonen når de er utført av helsepersonell.²⁶

Det pasienten har krav på er *"nødvendige"* helse- og omsorgstjenester. Hvilke helse- og omsorgstjenester personer med demens eller utviklingshemning har behov for vil være individuelt.

4.4 Rett til informasjon

For at en pasient gyldig skal kunne samtykke til helsehjelp er det et krav om at pasienten har fått tilstrekkelig informasjon til at han kan avlegge et gyldig samtykke. Pasientens rett til informasjon om egen helsetilstand er hjemlet i pbrl. § 3-2(1) og pasienten gis her rett til den informasjonen som er *"nødvendig for å få innsikt i sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen."* Parallelt med pasientens rett til å få informasjon er helsepersonellet pålagt en plikt til å gi informasjon jf. Lov 2. juli 1999 nr 64. om helsepersonell (heretter helsepersonelloven eller hpl.) § 10.

Helsepersonellet har en plikt til å tilpasse informasjonen til mottakerens individuelle forutsetninger og det skal tas hensyn til alder og modenhet jf. pbrl. § 3-5. Denne plikten er særlig viktig ved ytelse av helsetjenester til pasienter som er kognitivt svekket, siden det kan være vanskelig for disse pasientene å forholde seg til ny og komplisert informasjon.

Retten til informasjon innebærer også at pasienten har rett til innsyn i sin egen journal med bilag jf. pbrl. § 5-1.

²⁵ Pbrl. § 1-3a: "En person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle"

²⁶ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 127

4.5 Kravet om samtykke

I utgangspunktet har en myndig person rett til å treffe sine egne avgjørelser når det gjelder seg selv, sitt liv, og sin helse. Kravet om at det må foreligge et gyldig samtykke må ses på bakgrunn av legalitetsprinsippet og vernet av den personlige autonomi.

Pasienten står i utgangspunktet fritt til å nekte behandling. Hovedregelen om samtykke følger av pbrl. § 4-1 og slår fast at helsehjelp bare kan gis *”med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag.”*

I tillegg til at pasienten må ha fått tilstrekkelig informasjon om sin helsetilstand og behandlingen til å oppfylle kravene, så må samtykket også oppfylle de alminnelige vilkår for et gyldig samtykke.²⁷ Det er da nødvendig å se på hvilke krav som stilles for at det skal foreligge et gyldig samtykke. Ved vurderingen av om et samtykke til helsehjelp er gyldig har blant annet Kjønnstad og Syse tatt utgangspunkt i de avtalerettslige ugyldighetsreglene.²⁸ For at et samtykke skal være gyldig må den som binder seg ha avgitt samtykket på formriktig måte (prosessuell kompetanse), det må dreie seg om et saksforhold som pasienten gyldig kan samtykke til (materiell kompetanse) og pasienten må ha rettslig handlevne/personell kompetanse til å avgi samtykket. For at det skal foreligge personell kompetanse er det to vilkår som må være oppfylt: Det må være riktig person som samtykker og vedkommende må ha tilstrekkelige personlige forutsetninger for å forstå hva samtykket innebærer.²⁹ Han eller hun må i en rimelig grad forstå rekkevidden av egne handlinger.³⁰ Hvis en person ikke evner dette, for eksempel på grunn av utviklingshemning eller demens, kan han eller hun heller ikke bindes av et samtykke.

4.6 Retten til representasjon

4.6.1 Pasientens nærmeste pårørende

Når en pasient ikke selv kan sette seg inn i og håndheve sine egne rettigheter, må noen andre gjøre det for vedkommende. I situasjoner hvor pasienten ikke anses som samtykkekompetent, er *”nærmeste pårørende”* gitt rett til å medvirke ved gjennomføringen av helse- og omsorgstjenester jf. pbrl. § 3-1 og rett til informasjon jf.

²⁷ Se punkt 4.4 om retten til informasjon

²⁸ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 388

²⁹ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 388

³⁰ Johan Giertsen, *Avtaler*, 4. opplag, Bergen 2006, side 132

pbrl. § 3-2. Pasientens *"nærmeste pårørende"* skal også involveres når pasienten vurderes å ikke være samtykkekompetent etter pbrl. § 4-3 og skal involveres i avgjørelser om helsehjelp som innebærer et *"alvorlig inngrep"* for pasienten jf. pbrl. § 4-6(2). Nærmeste pårørendes rolle er å ivareta pasientens rettigheter sammen med eller på vegne av pasienten. Retten til representasjon er derfor en viktig rettsikkerhetsgaranti.

Det må derfor drøftes hvem som er *"nærmeste pårørende."* Det følger av pbrl. § 1-3b at *"nærmeste pårørende"* er den pasienten oppgir som den nærmeste pårørende. Hvis pasienten ikke har oppgitt en nærmeste pårørende skal det vurderes hvem som *"i størst utstrekning har varig og løpende kontakt med pasienten."* En ordlydsfortolkning av dette er at det må vurderes hvem det er mest naturlig å anse som nærmeste pårørende. Denne vurderingen må gjøres basert på hvem som kjenner pasienten best pasienten, med utgangspunkt i den rekkefølge av personer som følger av pbrl. § 1-3b.

4.6.2 Pasientens og nærmeste pårørendes rett til informasjon

Det følger av pbrl. § 3-3(2) at når en pasient over 16 år *"åpenbart ikke kan ivareta sine interesser på grunn av (...) demens eller psykisk utviklingshemning"* har både pasienten og dennes nærmeste pårørende rett til informasjon etter reglene i pbrl. § 3-2(1). Det følger av ordlyden i bestemmelsen at når pasienten ikke er samtykkekompetent så får nærmeste pårørende innsynsrett sammen med pasienten. Det pasienten har rett til er den informasjonen som er *"nødvendig"* til å kunne avgi et gyldig samtykke. Nærmeste pårørende er gitt samme rett til informasjon som det pasienten selv har. Selv om nærmeste pårørende ikke er gitt rett til å samtykke på vegne av pasienten, må kravet til informasjon være det samme. Nærmeste pårørende skal ivareta en rekke funksjoner på vegne av pasienten, og må som et minstekrav få tilstrekkelig informasjon til å kunne oppfylle pasientens rettigheter på best mulig måte.

Når nærmeste pårørende har rett til informasjon jf. pbrl. § 3-2(2) har de også rett til innsyn i journal og annen dokumentasjon jf. pbrl. § 5-1(4).

5 DET HELSERETTSLIGE FORSVARLIGHETSKRAVET

Det er et grunnleggende krav til all helsehjelp at den skal være forsvarlig. Dette kravet gjelder både helsepersonellens utførelse av helsehjelpen og virksomhetens organisering av helsehjelpen jf. hpl. § § 4 og 16. Formålet med forsvarlighetskravet er å realisere

helselovgivningens målsetning om sikkerhet for pasienter, helsetjenester av god kvalitet og tillit til helse- og omsorgstjenesten.³¹ Det helserettslige forsvarlighetskravet er en rettslig, faglig og etisk standard.

Det følger av helsepersonelloven § 16 at *”virksomhet som yter helse- og omsorgstjenester skal organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter.”* Det er følgelig *”virksomhet som yter helse- og omsorgstjenester”* som har det overordnede ansvaret for at helsehjelpen er forsvarlig. Det må derfor avklares hvem dette kravet retter seg mot. En *”virksomhet”* defineres vanligvis som et offentlig eller privat foretak eller aktør som produserer varer eller tjenester.³² Det er derfor naturlig å tolke bestemmelsen som et generelt krav til alle foretak eller aktører som på en eller annen måte leverer helsetjenester.³³ Det følger av forarbeidene at bestemmelsen retter seg mot statlige, fylkeskommunale, kommunale og private tjenester og korresponderer med plikten til forsvarlig helsehjelp som følger av Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten (heretter spesialisthelsetjenesteloven eller shtl.).§ 2-2.³⁴

Videre drøftes hva som ligger i at virksomheten skal *”organiseres”* slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter: At driften skal *”organiseres”* slik at helsepersonellet blir *”i stand til å overholde sine lovpålagte plikter”* indikerer at driften må bli planlagt og gjennomført på en slik måte at helsepersonellet kan gjøre jobben sin på en måte som er faglig forsvarlig.³⁵ Helsepersonellens plikt til å yte forsvarlig helsehjelp er den viktigste av disse pliktene og er lovregulert i hpl. § 4: *”Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes”* En ordlydsfortolkning av bestemmelsen trekker i retning av at vurderingen av om det er opptrådt faglig forsvarlig må gjøres ute fra en konkret vurdering av situasjonen og helsepersonellens kvalifikasjoner. At bestemmelsen er en rettslig standard betyr at innholdet i bestemmelsen avgjøres av normer utenfor loven. For å opprettholde kravet om forsvarlighet må den helsehjelpen som ytes være av tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.³⁶ Ifølge Kjønstad er

³¹ Se hpl.§1, hol.§1 og sphl.§1.

³² <https://no.wikipedia.org/wiki/Virksomhet>

³³ Helsetjenester er definert i pbrl.§1-3c

³⁴ Ot.prp. nr 13 (1998-1999) side 225

³⁵ Ot.prp. nr 13 (1998-1999) side 225

³⁶ Prop.91L (2010-2011) side 495

uttrykket *"omsorgsfull hjelp"* i lovteksten uttrykk for en etisk og humanistisk dimensjon som er blitt lovfestet.³⁷ Kravet må ses i sammenheng med pasient- og brukerrettighetslovens formål om respekt for individet og gode helsetjenester til alle som har behov for det.³⁸

Helsepersonellets plikt til å føre journal for pasienten og dokumentere de opplysninger som er *"nødvendige og relevante"* for behandlingen følger av hpl. § 40 og er en konkretisering av forsvarlighetskravet. Helsepersonellovens forarbeider presiserer at det er nødvendig for å kunne gi en pasient god og forsvarlig behandling at opplysninger som har betydning for fremtidig behandling må nedtegnes. Det er også essensielt å dokumentere den behandlingen som er gitt og de råd og opplysninger som pasienten eller pårørende har fått.³⁹

6 SAMTYKKEKOMPETANSE

6.1 Om samtykkekompetanse

Formålet med å innhente en persons samtykke i spørsmål om helsehjelp er å respektere personens rett til selvbestemmelse.⁴⁰ Retten til selvbestemmelse inkluderer også retten til å treffe avgjørelser som ikke vil bli forstått og støttet av andre. Det betyr at helsepersonell må respektere en pasientens avgjørelse om at vedkommende ikke ønsker helsehjelp, selv om helsepersonellet ikke selv ville truffet samme avgjørelse. Hva som er riktig for en person kan være feil for en annen, og å kunne motsette seg inngrep i egen kropp må kunne sies å være en viktig del av retten til selvbestemmelse.

Det er likevel enighet om at det må stilles visse krav til en persons forutsetninger for å treffe slike avgjørelser. I pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider er det fremhevet at lovgiver i noen tilfeller har funnet det nødvendig å innskrenke den enkeltes rett til selvbestemmelse.⁴¹ Den prinsipielle retten til selvbestemmelse kan ikke vektlegges så sterkt at alle må treffe sine egne avgjørelser i enhver situasjon. Noen ganger vil hensynet til verdighet tale for at andre treffer avgjørelser til individets beste når individet ikke har forutsetninger for å klare dette selv.

³⁷ Asbjørn Kjønsstad, Styringsretten i helsevesenet, *Arbeidsrett* 1/2005, side 8

³⁸ Pbrl. § 1-1

³⁹ Ot.prp.nr.13 (1998-1999) side 237 og 240

⁴⁰ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 82

⁴¹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 77

Selvbestemmelse krever blant annet at personen har forutsetninger for å forstå innholdet i og konsekvensene av sine valg.⁴² Aasen formulerer det som at retten til selvbestemmelse i utgangspunktet er forbeholdt "dem som har oppnådd eller har i behold, et visst psykisk utviklingstrinn og en viss modenhet og evne til forståelse av egen situasjon."⁴³ Den kognitive svikten hos demente og utviklingshemmede gjør at disse personene noen ganger ikke vil ha de nødvendige forutsetningene for å ta slike avgjørelser: De mangler samtykkekompetanse.

For å vurdere om en pasient er samtykkekompetent er det fra Helsedepartementet blitt gitt følgende retningslinjer: Om pasienten evner å gi uttrykk for et valg og om pasienten forstår relevant informasjon og klarer å sette denne i sammenheng med sin egen situasjon og kan gjøre en adekvat vurdering av valgmulighetene.⁴⁴ Det legges også vekt på at vurderingen av om personen er samtykkekompetent består av en rekke skjønnsmessige, faglige og etiske overveielser. Det må i tillegg til de føringer loven gir også være rom for denne typen vurderinger.⁴⁵

Ved vurderingen av disse gruppenes behov for helsehjelp må det dermed gjøres en avveining mellom hensynet til personens selvbestemmelsesrett, den faktiske muligheten for personen til å utøve selvbestemmelse og behovet for helsehjelp. I tilfeller hvor selvbestemmelse ikke er et reelt alternativ bør ikke den prinsipielle retten til selvbestemmelse vektlegges så sterkt at den kommer i veien for et best mulig liv og helse for pasienten.⁴⁶

6.2 Hvem har samtykkekompetanse

Hovedregelen om hvem som har samtykkekompetanse følger av pbrl. § 4-3(1):

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

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

⁴² Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 84

⁴³ Aasen, side 559

⁴⁴ Helsedepartementets rundskriv: IS-2015-8, side 39

⁴⁵ Helsedepartementets rundskriv: IS-2015-8, side 39

⁴⁶ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 81

Det bestemmelser regulerer er kompetansen til å samtykke til helsehjelp. Det er ingen formelle aldersgrenser for å oppsøke helsepersonell for råd og veiledning.⁴⁷

Det som må drøftes er hvilke persongrupper som i utgangspunktet blir regnet som samtykkekompetente. Ordlyden *"rett til å samtykke til helsehjelp"* viser at de personene som nevnes i utgangspunktet er samtykkekompetente. En slik tolkning støttes av forarbeidene.⁴⁸ Det følger av pbrl. § 4-3(1) bokstav a at personer over 18 år er samtykkekompetente med mindre noe annet følger av særlig lovbestemmelse. Av bestemmelsens bokstav b følger det at personer over 16 år har rett til å samtykke til helsehjelp om ikke *" annet følger av særlig lovbestemmelse eller av tiltakets art."*

Hovedregelen blir dermed at en person må være 16 år eller eldre for å gyldig kunne samtykke til helsehjelp. Og det må ikke foreligge rettslig grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen. Den helserettslige myndighetsalder er 16 år. Dette innebærer at personer som ikke er myndige etter vergemålsloven § 8, men som er fylt 16 år, selv har samtykkekompetanse i helse spørsmål. Forbeholdet om at *" annet kan følge av særlig lovbestemmelse"* er en følge av at lovgiver i noen tilfeller har valgt innskrenke den enkeltes selvbestemmelse fordi andre hensyn veier tyngre. Det er med andre ord adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen i de tilfeller det finnes lovhjemmel.

Hva som ligger i *" tiltakets art"* jf. pbrl. § 4-3(1) bokstav b behandles ikke siden tema for oppgaven er helsehjelp til personer over 18 år.

7 BORTFALL AV SAMTYKKEKOMPETANSE

7.1 Innledning

Bortfall av samtykkekompetanse reguleres i pbrl. § 4-3(2). Hvem som kan treffe avgjørelse om at pasienten mangler samtykkekompetanse, prosessuelle krav til avgjørelsen og notoritetskrav reguleres i samme bestemmelse og det er disse bestemmelsene som er tema for dette kapitlet.

⁴⁷ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁴⁸ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

7.2 Vilkår for bortfall

7.2.1 Krav til årsak

Det følger av pbrl. § 4-3(2) at pasientens samtykkekompetanse kan falle bort på grunn av "*fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming.*" En naturlig forståelse av lovteksten er at samtykkekompetansen kan falle bort om det skyldes en av de nevnte tilstandene. Bestemmelsen oppstiller et krav om en årsakssammenheng mellom den manglende evnen til å avgi et gyldig samtykke og pasientens diagnose, for eksempel demens.

Siden bestemmelsen regulerer det offentliges adgang til å gripe inn i en persons rettigheter må det i utgangspunktet legges en streng tolkning av loven til grunn.⁴⁹ Bortfall av samtykkekompetanse med hjemmel i pbrl. § 4-3(2) kan bare skje om den manglende samtykkekompetansen skyldes fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming. Skyldes mangelen på samtykkekompetanse noe annet, for eksempel alvorlig psykisk sykdom, må dette vurderes etter andre lovbestemmelser.

På et område er det derimot grunn til å stille spørsmål ved om loven kan tas fullstendig på ordet: Lovteksten sier at manglende samtykkekompetanse må skyldes "*senil demens.*" En streng ordlydsfortolkning vil her gjøre at personer som har andre demenssykdommer faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Det er ingen grunn til å tro at lovgiver har ment å avgrense bestemmelsens virkeområde mot denne pasientgruppen. Pasienter som lider av presenil demens vil på samme måte som pasienter som lider av senil demens ofte ha et stort behov for helsehjelp og ofte mangle kognitive forutsetninger for selv å treffe avgjørelser om det. I de øvrige bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven som regulerer situasjoner hvor manglende samtykkekompetanse har demens som årsak anvendes betegnelsen "*demens.*"⁵⁰ Sammenhengen mellom bestemmelsene og de hensynene som skal ivaretas tilsier at pbrl. § 4-3(2) må tolkes slik at alle former for demens faller inn under bestemmelsens virkeområde.

⁴⁹ Jan Fridtjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2007, side 149

⁵⁰ Se feks pbrl. § 3-3(2).

7.2.2 Kravet til svekkelsens omfang

For at samtykkekompetansen skal falle bort er det et vilkår om at pasienten *"åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykke omfatter."* jf. pbrl. § 4-3(2).

Det første som må tas stilling til i denne forbindelse er hvilke krav som stilles for at vilkåret om *"åpenbart ikke"* skal være oppfylt. Vilkåret *"åpenbart ikke"* tilsier at det ikke skal være noen tvil om at pasienten ikke er i stand til å foreta de vurderinger som er nødvendige for å gyldig kunne samtykke til helsehjelpen.⁵¹ At kravet om pasientens manglende samtykkekompetanse er strengt bekreftes i forarbeidene som sier at det skal mye til for at samtykkekompetansen skal falle bort jf. *"åpenbart."*⁵² En mindre alderdomssvekkelse, for eksempel at pasienten *"roter litt"* er ikke tilstrekkelig til at en person skal miste samtykkekompetansen.⁵³ I tilfeller hvor helsepersonellet er i tvil om hvorvidt pasienten er samtykkekompetent, så har pasienten selv rett til å bestemme om han vil motta helsehjelpen.⁵⁴ At pasienten i tvilstilfeller selv skal treffe avgjørelsen følger av ordlyden jf. *"åpenbart"* og er en naturlig følge av det sterke vernet retten til selvbestemmelse har.⁵⁵

Av lovteksten følger det at pasienten ikke må være i stand til å forstå *"hva samtykket omfatter."* Det må da spørres hva som ligger i dette vilkåret. Ordlyden *"forstå hva samtykket omfatter"* viser at det må vurderes i hvilken grad pasienten forstår sin situasjon og at vedkommende har et behov for helsehjelp. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen er ment å stille krav til pasientens evne til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen gis, hva det aktuelle tiltaket går ut på og hvilke konsekvenser et samtykke eller en nektelse kan medføre.⁵⁶ Kravet om at pasienten må forstå hva samtykket omfatter må ses i sammenheng med retten til informasjon og kravene for å avgi et gyldig samtykke. Pasienten har som et minimum rett på nok informasjon til at vedkommende kan avgi et gyldig samtykke. Det er ikke et vilkår at pasienten får all tenkelig mulig informasjon om sin tilstand og mulige virkninger av helsehjelpen. På samme måte kan det ikke være et vilkår for å ha samtykkekompetanse at pasienten har fullstendig

⁵¹ Se punkt 4.5

⁵² Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁵³ Ot.prp. 12 (1998-1999) side 134

⁵⁴ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁵⁵ Kjønstad, side 43

⁵⁶ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

forståelse av situasjonen og helsehjelpen. Det må være tilstrekkelig at pasienten forstår det vesentlige ved situasjonen og de mulige utfallene av hjelpen, for at kravet skal være oppfylt.

Ved ytelse av helsehjelp til personer som er kognitivt svekket er det særlig viktig at helsepersonellet foretar en vurdering av om pasienten har samtykkekompetanse eller ikke. Det må ved ytelse av helsehjelp skje en konkret vurdering basert på de vilkårene loven stiller. Syse påpeker problematikken knyttet til at psykisk utviklingshemmede gjennom et langt liv kan ha lært seg at det ikke nytter å protestere mot helsepersonellet og at det beste derfor er å "samtykke."⁵⁷ Helsepersonellet må derfor sikre seg at det faktisk foreligger en tilstrekkelig forståelse av situasjonen og ikke bare en velvillig pasient. I slike tilfeller er det viktig at informasjonen pasienten får er tilpasset han eller henne jf. pbrl. § 3-5. Tilretteleggingsplikten følger også av pbrl. § 4-3(3) som pålegger helsepersonellet å tilrettelegge situasjonen slik at pasienten blir best mulig i stand til å selv avgi samtykke. Et krav om tilrettelegging følger også av helsepersonellens plikt til å yte forsvarlig helsehjelp. At pasienten får helsehjelpen i hjemmet i stedet for på legekontoret, eller at det er helsepersonell som kjenner pasienten som yter helsehjelpen er eksempler på tilrettelegging som kan gjøre pasienten bedre i stand til å samtykke. Om pasienten til tross for tilrettelegging ikke forstår sitt behov for, eller konsekvensene av, helsehjelp faller samtykkekompetansen i det aktuelle spørsmålet bort.

Ved vurderingen av om pasienten forstår behovet for helsehjelp mener Syse at pasientens læringshistorie kan ha betydning for vurderingen. Om pasienten lærer seg at helsehjelpen er et gode kan dette øke pasientens samtykkekompetanse.⁵⁸ Som eksempel bruker Syse en psykisk utviklingshemmet person som på grunn av diabetes må få tilført insulin: I utgangspunktet forstår ikke pasienten verken sykdommen eller behovet for insulin, men etterhvert lærer personen seg at sprøytene er nødvendig for at han skal føle seg bra. Aasen mener det samme må gjelde pasienter med demens som fortsatt har evnen til å gjøre seg erfaringer, men fremhever viktigheten av en konkret vurdering av hva pasienten forstår.⁵⁹

⁵⁷ Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmede* (Heretter *Samtykke som kompetansegrunnlag*), side 214

⁵⁸ Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag*, side 214

⁵⁹ Aasen, side 579 og 580

Jeg mener at forutsetningen for å kunne legge et slikt samtykke til grunn må være at helsehjelpen er av en så lite inngripende karakter at kravet til hva som er et gyldig samtykke i utgangspunktet ikke er veldig strengt. Ved ytelse av helsehjelp som utgjør et mer alvorlig inngrep synes ikke jeg at et slikt grunnlag for helsehjelpen bør godtas. Selv om pasienten kanskje er i stand til å vurdere en sammenheng mellom helsehjelpen og det at han umiddelbart føler seg bedre, betyr ikke det at pasienten er i stand til å vurdere om helsehjelpen er noe vedkommende egentlig ønsker. For eksempel kan bruk av en rekke medikamenter gjøre at pasienten føler seg umiddelbart bedre. Likevel gjør pasientens kognitive svikt at pasienten ikke klarer å sette medikamentet i sammenheng med for eksempel ubehagelige bivirkninger. Når pasienten mangler en slik forståelse kan ikke det at pasienten ønsker medikamentet utgjøre et gyldig samtykke.

Det er altså pasientens evne til å sette seg inn i sin helsetilstand og å vurdere fordelene og ulempene ved helsehjelpen som er avgjørende for om pasienten har samtykkekompetanse. Om pasienten oppfyller disse kravene og deretter treffer en avgjørelse som ikke er i tråd med helsepersonellens anbefalinger fører ikke til at samtykkekompetansen faller bort. I et obiter dictum fra Høyesterett er det uttalt at "Retten til selvbestemmelse omfatter også det å treffe avgjørelser for sin egen helse som fra et faglig ståsted er lite rasjonelle eller sågar direkte skadelige".⁶⁰ Det er forståelsen av behovet for helsehjelp og konsekvensene av gjennomføring eller nekting det stilles krav til, ikke hvilken avgjørelse pasienten treffer.

7.2.3 Graden av bortfall

Samtykkekompetansen kan falle bort "*helt eller delvis*" jf. pbrl. § 4-3(2). Det må derfor avklares hva som ligger i dette. Ordlyden "*helt eller delvis*" indikerer at samtykkekompetanse ikke er noe pasienten enten har eller ikke har, men det må bero på en konkret vurdering av pasienten, situasjonen og helsehjelpen. En slik tolkning har støtte i forarbeidene: Samtykkekompetansen skal ikke falle bort i større utstrekning enn det er grunnlag for.⁶¹ Selv om en person blir vurdert å mangle samtykkekompetanse i noen situasjoner, kan vedkommende likevel ha samtykkekompetanse i andre tilfeller.

⁶⁰ Rt-2010-612, avsnitt 30

⁶¹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

Kravene som må stilles til en persons forståelse av hva helsehjelpen innebærer vil være strengere jo mer inngripende helsehjelpen er.⁶² Dette har sammenheng med legalitetsprinsippet: Jo større inngrep, jo klarere hjemmel kreves det. Det kreves altså mindre av pasienten for at han gyldig skal kunne samtykke til en enkel behandling, enn hvis inngrepet er komplisert og risikabelt. Aasen omtaler dette som "relativiseringen av samtykkekravet."⁶³ Den kvaliteten som kreves av samtykket må stå i sammenheng med det godet som "trues." Jo viktigere dette godet er, jo strengere blir kravet til samtykket og samtidig til pasientens forståelse av hva han samtykker til. I de tilfellene pasienten ikke kan tilegne seg nødvendig forståelse til å avgi et gyldig samtykke, må helsehjelpen ha et annet rettslig grunnlag.

Syse mener at det også må stilles strengere krav til pasientens forståelse og kvaliteten på samtykket når den behandlingsmessige gevinsten av helsehjelpen fremstår som tvilsom.⁶⁴ Denne vurderingen må gjøres med utgangspunkt i de faktiske forhold. Hvor farlig er operasjonen og hvor sannsynlig er det at den blir vellykket?⁶⁵ Vurderingen blir slik jeg forstår det slik: Når utfallet er usikkert kreves det mere av pasientens forståelse for å avgi et gyldig samtykke.

Videre må det spørres om pasientens samtykkekompetanse må vurderes hver gang det skal gis helsehjelp. Det følger av regelen i pbrl. § 4-3(2) at pasientens samtykkekompetanse må vurderes konkret. Lovens ordlyd sier ikke noe om hvorvidt denne vurderingen skal være knyttet til pasientens samtykkekompetanse i den aktuelle situasjonen eller om vurderingen skal være knyttet til den helsehjelpen som gis. Om det siste legges til grunn vil en vurdering av at pasienten ikke er samtykkekompetent være gyldig neste gang den samme typen helsehjelp gis. En streng tolkning av regelen pbrl. § 4-3(2) trekker i retning av at samtykkekompetansen må vurderes konkret hver gang det skal gis helsehjelp. Det samme gjør hensynet til å verne retten til selvbestemmelse. Forarbeidene sier at det må foretas en vurdering av på "hvilke områder det er utilrådelig at pasienten har slik kompetanse."⁶⁶ Dette trekker i retning av at det må kunne fattes en avgjørelse om at pasienten ikke er samtykkekompetent på bestemte områder, eller

⁶² Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁶³ Aase, side 274

⁶⁴ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 410

⁶⁵ Aasen, side 272

⁶⁶ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

typer av områder: For eksempel at pasienten ikke er samtykkekompetent i spørsmål om medisiner. Hvis pasienten helt klart ikke er samtykkekompetent på et område, og det heller ikke er noen grunn til å regne med at dette vil endre seg, bør det kunne fattes en varig avgjørelse om at pasienten ikke er samtykkekompetent på det området. At det må treffes nye avgjørelse hver gang det ytes helsehjelp vil ikke bidra til pasientens rettsikkerhet eller sikre vedkommende bedre helsetjenester. Det kan derimot føre til mindre tid til helsehjelp og mindre grundige vurderinger om at pasienten mangler samtykkekompetanse.

Problematikken knyttet til om pasienten er samtykkekompetent på det aktuelle området vil kunne være ulik alt etter om pasienten er dement eller utviklingshemmet. Hvis en voksen utviklingshemmet blir vurdert som ikke samtykkekompetent på et område vil det som hovedregel være slik livet ut. Demente vil noen ganger ha "klare" perioder og samtykkekompetansen må i så fall vurderes ut fra personens tilstand når helsehjelpen gis. Hvis slike hensyn må tas er det viktig at dette fremgår av pasientens journal slik at helsepersonellet er klar over det.

Et spørsmål som kan reises i forbindelse med dette er gyldigheten av generelle erklæringer om at pasienten mangler samtykkekompetanse. Det forekommer noen ganger generelle nedtegnelser i en pasients journal om at pasienten ikke har samtykkekompetanse.⁶⁷ Individets rett til å bestemme over seg selv og den posisjonen denne retten har i samfunnet taler for at ingen skal kunne fratras sin avgjørelsesmyndighet på denne måten. Men i praksis vil helsepersonell i noen situasjoner stå overfor pasienter som i realiteten er så kognitivt svekket at de aldri vil kunne avgi et gyldig samtykke til helsehjelp. I slike tilfeller vil et forbud mot slike avgjørelser og nedtegnelser utelukkende være symbolsk. Avgjørende her må bli om en slik nedtegnelse er et uttrykk for realiteten. Om det er gjort konkrete og korrekte vurderinger etter § 4-3 som konkluderer med at pasienten befinner seg i en (tilnærmet) vegetativ tilstand og ikke kan treffe noen form for avgjørelser, og dette ikke kommer til å endre seg, må det være rom for slike nedtegnelser. Dreier det seg derimot om pasienter som erfaringsmessig ikke vil ha samtykkekompetanse i spørsmål om mer alvorlige

⁶⁷ Slike nedtegnelser i pasientens journal forekommer og er ikke uvanlige hos pasienter med alvorlig eller dyp utviklingshemning. Personlig meddelelse fra Kristin Klausmark Jevningen, vernepleier i Tromsø kommune.

inngrep, men som kan ta stilling til spørsmål om for eksempel tann- eller sårstell vil slike nedtegnelser utgjøre et stort inngrep i personens rettigheter. Individets integritet er en viktig verdi i helselovgivningen og det er viktig å legge til rette for å styrke den selvbestemmelsen som er mulig for den enkelte pasient å utøve.

7.3 Personell kompetanse

Det er "*Den som yter helsehjelp*" som avgjør om pasienten er samtykkekompetent jf. pbrl. § 4-3(3). Spørsmålet blir dermed hvem som i en gitt situasjon har ansvaret for å treffe avgjørelse om manglende samtykkekompetanse.

Definisjonen av helsepersonell er gitt i hpl. § 3 og av denne følger det at helsepersonell er personer som har autorisasjon eller lisens etter hpl. §§ 48a eller § 49. Personell i helse- og omsorgstjenesten, i apotek, eller elever og studenter i forbindelse med helsefaglig opplæring, regnes som helsepersonell når de utfører handlinger som er definert som "*helsehjelp*" jf. hpl. § 3(3) jf pbrl. § 1-3c. Definisjonen er bygd opp på en slik måte at alle personer som yter "*helsehjelp*" i helse- og omsorgstjenesten blir regnet som helsepersonell uavhengig av formell utdanning.

Dermed vil det alltid være helsepersonell som treffer avgjørelse om manglende samtykkekompetanse og en slik avgjørelse vil alltid måtte være i overensstemmelse med de kravene som stilles til forsvarlig yrkesutøvelse. Det neste spørsmålet blir hvilket helsepersonell som "*yter*" helsehjelpen?

Ordet "*yte*" forstås vanligvis som å gjøre eller gi noe. Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at det er det helsepersonellet som gir behandling til pasienten som skal treffe avgjørelsen om pasienten er samtykkekompetent. Det følger av forarbeidene at den som iverksetter helsehjelpen er den som har ansvaret for at det skal foreligge et gyldig rettsgrunnlag.⁶⁸ Det er denne personen som har det faglige ansvaret for den behandlingen som gis.⁶⁹ Dette stiller krav til at vurderingen av pasientens samtykkekompetanse må være faglig forsvarlig.

Det følger av forarbeidene at vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent kan legges til behandlingsansvarlig lege i de tilfellene det er opprettet.⁷⁰ Om legen ikke selv

⁶⁸ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁶⁹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁷⁰ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

behandler pasienten må en forutsetning for en slik avgjørelse være at legen har tilstrekkelig kunnskap om pasienten og tilstanden til at en slik avgjørelse er faglig forsvarlig.

Praktisk hensyn trekker sterkt i retning av det er det helsepersonellet som er sammen med pasienten i den aktuelle situasjonen som bør vurdere om pasienten er samtykkekompetent. Siden det er pasientens forståelse av situasjonen som må vurderes vil samhandling med pasienten være sentralt for å danne seg et korrekt bilde av hva pasienten forstår. Hvis helsepersonellet anser at det ikke har tilstrekkelige kvalifikasjoner til å vurdere situasjonen må annet helsepersonell konsulteres jf. hpl. § 4.

7.4 Prosessuelle krav og notoritetskrav

7.4.1 Notoritetskrav

Det følger av pbrl. § 4-3(4) at en avgjørelse om manglende samtykkekompetanse skal være *"begrunnet og skriftlig."* Hva som ligger i dette kravet må derfor drøftes. Kravet om at avgjørelsen skal være *"begrunnet og skriftlig"* er naturlig å forstå som at de forhold avgjørelsen bygger på skal dokumenteres. Hensikten med slike krav er at de skal sikre pasientens rettsikkerhet ved at det blir mulig å etterprøve og kontrollere en avgjørelse om manglende samtykkekompetanse.⁷¹ Det er svært inngripende å frata en person samtykkekompetansen og det er derfor viktig at slike avgjørelser kan etterprøves. Dette innebærer at nedtegnelsen må være tilstrekkelig detaljert til å dokumentere at pasienten faktisk ikke var samtykkekompetent i den aktuelle situasjonen. Viktigheten av dette fremgår av forarbeidene.⁷² Dokumentasjonskravet i forbindelse med bortfall av samtykkekompetanse må ses i sammenheng med de krav som generelt stilles til helsepersonellens journalførings- og dokumentasjonsplikt.⁷³

7.4.2 Krav til fremleggelse

Det følger av pbrl. § 4-3(4) at en avgjørelse om manglende samtykkekompetanse skal *"om mulig straks skal legges frem for pasienten og dennes nærmeste pårørende."* Om det ikke er mulig å legge avgjørelsen frem for *"nærmeste pårørende"* skal den legges frem for *"annet kvalifisert helsepersonell."*

⁷¹ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 411 og 551

⁷² Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

⁷³ Se punkt 5

Det første som må drøftes er hva som ligger i at avgjørelsen skal "*legges frem*" for pasienten og dennes nærmeste pårørende. Ordlyden viser at pårørende og pasienten skal gjøres kjent med avgjørelsen om og begrunnelsen for at personen ikke anses som samtykkekompetent. Hensikten med kravet om at avgjørelsen "*skal legges frem*" er å ivareta pasientens rettigheter og sikre pasienten god og riktig helsehjelp.⁷⁴ Dette gjelder uavhengig av om avgjørelsen legges frem for pårørende eller helsepersonell.

Videre må det avklares hva som ligger i vilkåret "*om mulig*." At noe er "*mulig*" forstås i vanlig språkbruk som at noe lar seg gjennomføre og er oppnåelig. En naturlig forståelse av "*om mulig*" er derfor at fremleggelse skal skje i de tilfellene hvor det lar seg gjøre. Helsepersonellet har dermed en viss adgang til å vurdere om det er forsvarlig og hensiktsmessig å legge frem avgjørelsen for pårørende. Det kan også tenkes tilfeller hvor pårørende ikke ønsker å involveres.

Videre drøftes vilkåret om at avgjørelsen skal legges frem "*straks*." En ordlydsfortolkning av "*straks*" indikerer at fremleggelse skal skje med en gang eller så fort som mulig. Forarbeidene sier ikke noe om hvordan kravet skal forstås. Heller ikke rundskriv eller juridisk litteratur bidrar til avklaring. Etter min mening må helsepersonellet vurdere pasientens behov for helsehjelp opp mot hvilken mulighet det er til å få tak i, og å gjøre pårørende kjent med avgjørelsen, uten at det går på bekostning av kravet til forsvarlig helsehjelp.

Hensikten med fremleggelse for pasientens nærmeste pårørende eller helsepersonell er ivaretagelse av pasientens rettsikkerhet.⁷⁵ Ettersom det gjelder strenge krav for at samtykkekompetansen skal falle bort vil personer som anses som ikke samtykkekompetent, på grunn av utviklingshemning eller demens, som regel ha en omfattende kognitiv svekkelse og det ofte vil det ikke ha noen praktisk betydning å legge en slik avgjørelse frem for pasienten selv. For å sikre at avgjørelsen er riktig vil det være nødvendig å involvere andre personer for å vurdere avgjørelsen og å eventuelt benytte de klagemulighetene som følger av pbrl. § 7-2. Ettersom pasientens "*nærmeste*

⁷⁴ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134. Selv om pårørende etter endringen av pbrl.§4-6(2) ikke lengre har noen avgjørelsesmyndighet på vegne av pasienten må hensikten med å informere pasientens pårørende etter min mening fortsatt være å sette pårørende i stand til å ivareta pasientens rettigheter.

⁷⁵ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 368

pårørende” får en rekke rettigheter når pasienten mangler samtykkekompetanse er det viktig at de gjøres kjent med avgjørelsen slik at de kan håndheve disse rettighetene.

Hvis det ikke er mulig å legge avgjørelsen frem for pasientens nærmeste pårørende skal den legges frem for *”annet kvalifisert helsepersonell.”* Det må da avklares hva som ligger i dette. En naturlig forståelse av *”kvalifisert helsepersonell”* er at det tilkalte helsepersonellet må ha tilstrekkelig faglig kompetanse til å vurdere om vedtaket om bortfall av samtykkekompetansen er korrekt.

Hva som ligger i kravet *”kvalifisert helsepersonell”* blir ikke redegjort for i forarbeidene til §4-3. Vilkåret for fremleggelse for helsepersonellet er i dette tilfellet at fremleggelse for pasientens nærmeste pårørende ikke er mulig. Det er derfor naturlig å slutte at *”annet kvalifisert helsepersonell”* i dette tilfellet skal ivareta pasientens rettigheter på den måten pårørende normalt ville gjort.

For en mer utfyllende drøftelse av hva som ligger i dette kravet om *”annet kvalifisert helsepersonell”* vises det til punkt 9.4.2.

8 MATERIELLE VILKÅR FOR Å GI HELSEHJELP TIL PASIENTER OVER 18 ÅR SOM IKKE HAR SAMTYKKEKOMPETANSE

8.1 Om pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6

Helsehjelp til pasienter over 18 år som ikke er i stand til å avgi et gyldig samtykke og ikke motsetter seg helsehjelpen reguleres i pbrl. § 4-6. Bestemmelsen skiller mellom helsehjelp som er *”lite inngripende”* jf. § 4-6(1) og helsehjelp som utgjør et *”alvorlig inngrep”* for pasienten jf. § 4-6(2). Uavhengig av inngrepets størrelse er det en absolutt forutsetning for helsehjelp etter denne bestemmelsen at pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen. Videre stiller bestemmelsen vilkår om at helsehjelpen må være i pasientens interesse og vilkårene for antatt samtykke fra pasienten må være oppfylt.

8.2 Frivillighet og tvang

8.2.1 Om tvang

Hvis pasienten motsetter seg helsehjelpen kan den ikke gis med hjemmel i pbrl. § 4-6. Dette følger av § 4-6(3). Å bruke tvang mot en annen person er en stor krenkelse av personens integritet og autonomi og det er derfor gitt egne regler om når tvang kan brukes ved ytelse av helsehjelp. Hvis det brukes tvang mot pasienten uten at dette har

hjemmel i lov, eller at nødrettsbestemmelsen kommer til anvendelse, er det straffbart jf. Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.) § 251. I pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider beskrives tvang som alle tiltak som blir brukt for å overvinne eller omgå motstand fra pasienten.⁷⁶ Denne definisjonen av tvang er videre enn den som gjelder etter straffeloven.

Hvis pasienten motsetter seg helsehjelpen kan helsehjelpen likevel gis på nærmere vilkår. Dette er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A.

Ved ytelse av helsehjelp til pasienter som ikke har samtykkekompetanse på grunn av store kognitive svekkelser, kan det i noen tilfeller være vanskelig å avgjøre om det foreligger motstand eller ikke. Det er derfor nødvendig å se på hvor grensen mellom helsehjelp som pasienten avfinder seg med og helsehjelp som pasienten motsetter seg går.⁷⁷ I denne forbindelse er det to problemstillinger jeg ønsker å drøfte. Den første er når det foreligger motstand fra pasienten. Dette drøftes først i punkt 8.2.2. Den andre problemstillingen dreier seg om i hvilken grad helsepersonell kan overtale eller påvirke en pasient som ikke ønsker helsehjelpen, til å likevel ta i mot den, uten at det regnes som tvang. Denne problemstillingen drøftes i punkt 8.2.3.

8.2.2 Motstand fra pasienten

Helsehjelp kan bare gis med hjemmel i pbrl. § 4-6 om pasienten ikke motsetter seg denne jf. pbrl.§4-6(3). Det må derfor drøftes hva som må regnes som motstand fra pasienten.

En vanlig språklig forståelse av "*å motsette seg*" noe, er at noen forsøker å unngå at noe skal skje. I dette tilfellet er det pasienten som enten verbalt eller fysisk forsøker å hindre at helsehjelpen blir gjennomført. Verbal motstand kan spenne fra at pasienten klart og tydelige sier i fra at dette ønsker han ikke, til mer uklare tilfeller, hvor pasienten gråter eller er fremstår som redd. At pasienten fysisk motsetter seg helsehjelpen kan være alt fra relativt passiv motstand, ved at pasienten for eksempel snur seg bort, til en voldsommere reaksjon hvor pasienten slår og sparker for å unnsnippe situasjonen.

⁷⁶ Ot.prp. nr 64 (2005-2006)side 45

⁷⁷ Motstand mot helsehjelp fra pasienter som ikke evner, eller som lar være å gi uttrykk for motstanden har vært drøftet i juridisk litteratur, feks Østenstad, side 166 og Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag*, side 215 og 216, Østenstad kaller dette ikke-uttrykt motstand og mener dette kan utgjøre et rettsikkerhetsproblem for denne pasientgruppen. Problemet drøftes ikke her da pbrl.§4-6 gir hjemmel til å behandle pasienten som vurderes å ikke motsette seg helsehjelpen.

En nærmere definisjon av hva som ligger i at pasienten motsetter seg helsehjelpen følger ikke av forarbeidene til § 4-6. I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A beskrives hva det innebærer at "*pasienten motsetter seg helsehjelpen.*" Kapittel 4A regulerer helsehjelp i situasjoner hvor § 4-6 ikke kan benyttes på grunn av pasientens motstand. Dette taler for kapittel 4As definisjon av motstand må kunne legges til grunn ved tolkningen av § 4-6 og må kunne tolkes antitetisk: Enten motsetter pasienten seg helsehjelpen, eller så aksepterer han eller hun den. En slik tolkning støttes av at helsedepartementet i flere rundskriv har definert motstand fra pasienten i forbindelse med § 4-6 ut fra kriteriene til motstand som oppgis i forarbeidene til kapittel 4A.⁷⁸

Pbrl. § 4A-2 regulerer situasjoner hvor pasienten "*motsetter*" seg helsehjelpen. Motstand fra pasienten beskrives som at pasienten på "ulike måtar gi uttrykk for motstanden sin mot helsehjelpa, anten verbalt eller fysisk. Motstanden kan komme til uttrykk på ulike tidspunkt - typisk idet helsehjelpa blir tilbydd, men òg tidlegare."⁷⁹ Unntaksvis kan også tvangsbestemmelsene komme til anvendelse når helsepersonellet har erfaring med at pasienten motsetter seg helsehjelpen.⁸⁰ Hvis dette vilkåret er oppfylt er det ikke nødvendig å forsøke å yte helsehjelp etter § 4-6 før tvangsbestemmelsene anvendes.

Om pasienten motsetter seg helsehjelpen eller ikke må bero på en konkret vurdering av pasientens reaksjoner.⁸¹ Ved denne vurderingen må helsepersonellet også ta hensyn til i hvilken grad personen er i stand til å yte motstand.⁸² En pasient som er multifunksjonshemmet og uten språk vil i praksis ha minimalt med muligheter til å motsette seg helsehjelpen. Helsepersonellet må da være særlig oppmerksomme på om pasienten på noen måte gir uttrykk for at helsehjelpen er uønsket. Helsepersonell som kjenner pasienten vil ofte lettere kunne vurdere hvorvidt det foreligger motstand eller ikke. Pasientens pårørende vil også kunne bidra i slike tilfeller ved å informere om pasientens tidligere historie og situasjoner det er særlig grunn til å regne med at pasienten vil motsette seg helsehjelpen.⁸³

⁷⁸ IS-2015-8 side 49

⁷⁹ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 86

⁸⁰ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 86

⁸¹ Ot.prp.nr 64 (2005-2006) side 37

⁸² Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 478.

⁸³ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 479

Noen ganger vil pasientens kognitive svikt føre til at pasienten har en atferd som kan være vanskelig å tolke, dette gjelder særlig om helsepersonellet ikke kjenner pasienten. Selv har jeg erfaring med en pasient som på spørsmål om han ville ta medisinen sin, konsekvent svarte "vil ikke", gjerne med et stort smil. Pasienten var dypt utviklingshemmet og hadde ikke forutsetninger for å vurdere spørsmålet. Etter å ha svart benektende på spørsmålet, strakte han ut hånden og tok selv tablettene, svelget dem og fortsatte like fornøyd. Selv om pasienten verbalt uttrykte et ønske om å ikke ta medisinen, ble det aldri vurdert som motstand siden pasientens øvrige atferd ikke tilsa at han "*motsatte*" seg medisineringsen og det ble aldri fattet noe tvangsvedtak.

I tvilstilfeller må det legges til grunn at pasienten motsetter seg helsehjelpen og helsehjelpen ikke kan da gjennomføres med hjemmel i § 4-6. Dette er fordi det må foreligge antatt samtykke for helsehjelp gitt med hjemmel i § 4-6. Kravet til at det foreligger antatt samtykke er ikke oppfylt om man er i tvil om det foreligger motstand. Helsehjelp må da gis med hjemmel i kapittel 4A.

8.2.3 Grensen mellom frivillighet og tvang

Ikke enhver protest eller motvilje fra pasientens side kan regnes som at pasienten "*motsetter seg helsehjelpen.*" Det må være en viss adgang til overtalelse fra helsepersonellens side uten at dette regnes som tvang. Det følger av pbrl. § 4A-3 at før det treffes vedtak om bruk av tvang skal "*tillitskapende tiltak*" forsøkes. Det kan først treffes vedtak om bruk av tvang om pasienten "*oppretholder sin motstand.*" Et spørsmål som bør drøftes i denne sammenhengen er hva som regnes som "*tillitskapende tiltak.*" En ordlydsfortolkning av vilkåret indikerer at det dreier seg om handlinger fra helsepersonellet som tar sikte på å vinne pasientens tillit og få denne til å endre standpunkt i forbindelse med helsehjelpen. Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen pålegger helsepersonellet å legge forholdene best mulig til rette for at pasienten skal få grunn til å oppgi motstanden. Helsepersonellet må også prøve å få pasienten til å forstå at helsehjelpen er til pasientens beste. Vilkåret "*tillitskapende tiltak*" må ikke tolkes for snevert: Det sentrale er om helsepersonellens handlinger tar sikte på å få pasienten til å forstå at helsehjelpen er i pasientens interesse.⁸⁴

⁸⁴ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 37

Forarbeidene fremhever at helsehjelpen må tilpasses den enkelte pasient.⁸⁵ I forhold til pasienter som er kognitivt svekket er dette særlig viktig, siden nye og ukjente situasjoner og mennesker ofte kan virke skremmende på denne gruppen. Pasientens tilsynelatende motstand er ikke nødvendigvis knyttet til at pasienten ikke ønsker helsehjelpen, men at pasienten ikke skjønner hva som skal skje. Helsehjelpen må derfor tilrettelegges slik at pasienten forstår situasjonen.⁸⁶ Eksempler på slik tilretteleggelse er at helsehjelpen gis av kjent helsepersonell og at det er faste rutiner ved ytelse av helsehjelpen slik at pasienten forstår.⁸⁷

Siden pasient- og brukerrettighetsloven selv ikke definerer grensen mellom tvang og frivillig helsehjelp, må andre rettskilder kunne brukes analogisk. Lov 24.juli nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (heretter helse og omsorgstjeneste loven eller hol.) §9-2 regulerer virkeområdet for bruk av makt og tvang ved ytelse av helse- og omsorgstjenester overfor personer med psykisk utviklingshemning. Nærheten i regelsettene tilsier at det bør være adgang til å bygge på definisjonene i helse- og omsorgstjenesteloven. Hol. § 9 slår det fast at *"alminnelige oppfordringer og ledelse med hånden eller andre fysiske påvirkninger av liknende art"* ikke regnes som tvang eller makt. Grunnen til at det etter hol. § 9-2 åpnes for slike former for påvirkning er at det ellers i samfunnet er godtatt at det til en viss grad brukes verbale og fysiske virkemidler i forbindelse med grensesetting og styring av andres handlinger.⁸⁸ Dette kan være beskjeder, forklaringer, enkle forhandlinger, forsøk på mild overtalelse, eller enkle avledningsteknikker. Avgjørende synes å være om det dreier seg om få pasienten/brukeren til å gjennomføre handlinger, for eksempel dusjing, som vedkommende ville samtykket til om han eller hun var i stand til å vurdere alle de relevante omstendigheter. Men det må trekkes en grense mot forsøk på manipulasjon og overtalelse til handlinger man ikke kan regne med at pasienten/brukeren ville samtykket til om han var i stand til å vurdere de relevante omstendighetene.⁸⁹ Heller

⁸⁵ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 85

⁸⁶ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 37

⁸⁷ Rundskriv fra Helsedepartementet IS-2015-8, side 67

⁸⁸ Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-10, side 54

⁸⁹ Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-10, side 54

ikke trusler eller forsøk på å skremmepasienten/brukeren kan kategoriseres som tillitskapende tiltak og kan følgelig ikke benyttes.⁹⁰

Håndledelse regnes ikke som tvang, og det samme gjelder andre milde fysiske påvirkninger av liknende art, som lett igangsetting av bevegelse, veiledning ved posisjonering og lignende.⁹¹ Bruk av håndledelse kan være aktuelt overfor personer som har problemer med verbalt språk. Håndledelse kan dermed brukes til å få pasienten til å forstå hva helsepersonellet ønsker og kan være svært aktuelt i arbeidet med utviklingshemmede og demente. I tilfeller hvor den fysiske veiledningen blir til fysisk maktbruk må det regnes som tvang.⁹² Aasen er skeptisk til bruk av håndledelse og mener at det prinsipielt sett er noe annet enn overtalelse.⁹³ Men hun utelukker ikke at det kan være aktuelt å bruke overfor pasienter uten samtykkekompetanse når det er truffet vedtak om helsehjelp etter § 4-6. Syse mener at det "ligger i den utviklingshemmedes handikap at handlingsvalgene må gjøres konkrete og at valgsituasjonen må klargjøres flere ganger."⁹⁴ Det kan derfor være nødvendig å forklare pasienten de ulike handlingsalternativene på en måte som lett kunne "få karakter av utidig overtalelse til en handling som vedkommende ikke ønsker å samtykke til." Syse forsvarer en slik form for overtalelse med at det er den måten man kan få den utviklingshemmede til å forstå hvilke valgmuligheter som foreligger.⁹⁵

Østenstad sier at det må skilles mellom de tilfellene hvor pasienten har inntatt et "negativt standpunkt" og der hvor pasienten har en "skeptisk holdning."⁹⁶ Han argumenterer videre for at det bør være en viss adgang til å overvinne motstand fra pasienten uten at det skal regnes som tvang, og at avgjørende må være hvordan motstanden fra pasienten overvinnes.⁹⁷

Hensynet til pasienten tilsier også at helsepersonellet må ha adgang til å forsøke å endre pasientens standpunkt uten at dette skal anses som tvang. For at somatisk helsehjelp skal kunne gis med tvang er det et vilkår om at det må være fare for *"vesentlig*

⁹⁰ Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-10 side 54

⁹¹ Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-10, side 54

⁹² Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-8, side 54

⁹³ Aasen, side 585

⁹⁴ Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag*, side 219

⁹⁵ Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag*, side 219

⁹⁶ Østenstad, side 163

⁹⁷ Østenstad side 179

helseskade” og være *”nødvendig”* jf. pbrl. § 4A-3(2). Vesentlig helseskade innebærer at skaden må ha et betydelig omfang og/eller innebære alvorlige konsekvenser.⁹⁸ Vilkåret er strengt. Det kan føre til at pasienten går glipp av helsehjelp som er viktig for pasienten, men ikke viktig nok til å oppfylle vilkåret til *”nødvendig”* og *”vesentlig helseskade.”* Dette er for eksempel aktuelt om pasienten motsetter seg dusjing og kroppsvask. For de fleste vil ikke unnlattelse av å dusje føre til *”vesentlig helseskade.”* Det kan likevel være viktig av hensyn til pasienten selv, helsepersonell og andre som pasienten omgås. Om helsepersonellet da har adgang til å overtale pasienten er det mer sannsynlig at pasienten får denne typen hjelp og dermed en mer verdig hverdag.

8.3 Interessekravet og kravet om antatt samtykke

8.3.1 Felles vilkår for ytelse av helsehjelp?

Det følger av pbrl. § 4-6(2) at helsehjelp som utgjør et alvorlig inngrep for pasienten bare kan gjennomføres når den *”anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp.”* Det følger av forarbeidene at regelen i (1) også bygger på antatt samtykke fra pasienten.⁹⁹

Kravet om at helsehjelpen må være i pasientens interesse innebærer at helsehjelpen etter en helsefaglig vurdering må være til pasientens beste.¹⁰⁰ Dette kravet har sammenheng med det helserettslige forsvarlighetskravet: Hvis helsehjelpen ikke anses å være til pasientens beste er den heller ikke i henhold til forsvarlighetskravet. Følgelig bør det stilles et krav om helsehjelp som gis med hjemmel i § 4-6(1) også må oppfylle vilkåret om å være *”i pasientens interesse.”*

I forbindelse med § 4-6(1) mener Østenstad at det på grunn av kravet om at det må foreligge antatt samtykke fra pasienten også må kunne stilles opp et krav om at helsehjelpen er i pasientens interesse. Dette er fordi han mener at det vanskelig kan tenkes at pasienten ville samtykket til helsehjelp som ikke var i hans eller hennes interesse.¹⁰¹

Etter dette virker det som om kravet om at helsehjelpen må være i pasientens interesse og at kravet om antatt samtykke gjelder både første og annet ledd. Østenstad mener at

⁹⁸ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 87

⁹⁹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 85 og 135

¹⁰⁰ Østenstad, side 331

¹⁰¹ Østenstad, side 329

det er så tette bånd mellom vilkårene i første og annet ledd, at de i praksis er identiske. Syse er av en lignende oppfatning og mener at skillet mellom første og annet ledd hovedsakelig er av prosessuell art.¹⁰² Ved den videre drøftelsen legges det derfor til grunn at disse to vilkårene gjelder helsehjelp både etter § 4-6 første og annet ledd.

Vilkårene vil i det følgende bli omtalt som interessekravet og kravet om antatt samtykke.¹⁰³ Det er nær sammenheng mellom kravene. Østenstad argumenterer for at pasientens fortidige holdninger kan være en del av vurderingen av interessekravet.¹⁰⁴ Etter min mening taler lovens ordlyd og hensynet til å unngå dobbeltbehandling for at pasientens tidligere holdninger til helsehjelp utelukkende behandles i forbindelse med kravet om antatt samtykke. Det vil da være enklere å vurdere om hjelpen objektivt sett er i pasientens interesse. Siden vilkårene om at helsehjelpen er i pasientens interesse og kravet om antatt samtykke er kumulative vil pasientens (fortidige) meninger om helsehjelpen uansett bli vektlagt ved vurderingen av om det skal gis helsehjelp.

8.3.2 Bakgrunnen og grensene for antatt samtykke og annen avgjørelsesmyndighet på vegne av pasienter uten samtykkekompetanse

8.3.2.1 Bakgrunnen for kravet om antatt samtykke

Det må foreligge antatt samtykke for å yte helsehjelp etter pbrl. § 4-6. Det som er interessant i denne forbindelse er hva helsepersonellet skal ta utgangspunkt i ved denne vurderingen.

I bunn og grunn bygger pbrl. § 4-6 på en hjelpeplikt.¹⁰⁵ Det er en lang tradisjon i norsk rett for at det foreligger en slik plikt. Denne hjelpeplikten er blant annet lovfestet i straffeloven § 287 som pålegger straff til den som forsømmer å hjelpe en annen hvis det er fare for tap av menneskeliv eller fare for betydelig skade på liv eller helse. Også nødrettsbestemmelsen i straffeloven § 17 kan ses på som et utslag av en slik hjelpeplikt. I spesiallovgivningen pålegger hpl. § 7 helsepersonell en hjelpeplikt ved øyeblikkelig fare. Det samme gjelder den ulovfestede læren om ubedt-hjelp, eller *negostiorum*

¹⁰² Østenstad, side 329 og Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 438

¹⁰³ Denne terminologien brukes av Østenstad, side 328.

¹⁰⁴ Østenstad, side 338

¹⁰⁵ Se for eksempel Marit Halvorsen, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Oslo 1998, side 315

gestio.¹⁰⁶ Alle disse reglene bygger på en tanke om at den som har behov for hjelp ville ønsket hjelpen om vedkommende kunne tatt stilling til spørsmålet.¹⁰⁷

Utgangspunktet ved ytelse av helsehjelp etter § 4-6 er at det foreligger antatt samtykke fra pasienten. Syse mener det antatte samtykket slik det anvendes av lovgiver i forbindelse med reglene § 4-6 tilsvarer det som i den internasjonale samtykkelitteraturen omtales som hypotetisk samtykke.¹⁰⁸ Det foreligger et hypotetisk samtykke fra pasienten når helsepersonellet i den konkrete situasjonen formoder at pasienten ville ønsket hjelpen, hvis pasienten hadde vært i stand til å avgi et uttrykkelig eller stilltiende samtykke.¹⁰⁹ I forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven skilles det ikke mellom hypotetisk samtykke og det såkalte presumerte samtykket, og uttrykkene brukes om hverandre. Ved vurderingen av om det foreligger et presumert samtykke er det avgjørende ifølge Syse om en "fornuftig person" ville samtykket til helsehjelpen.¹¹⁰

8.3.2.2 Særlig om pbrl. § 4-6(2)

Opprinnelig var § 4-6(2) en representasjonsregel hvor avgjørelsesmyndigheten var lagt til pasientens pårørende. En representasjonsregel er en regel om hvem som kan treffe avgjørelser på vegne av pasienten når denne mangler rettslig eller faktisk samtykkekompetanse.¹¹¹ Et representert samtykke skal alltid ta utgangspunkt i hva som anses å være i pasientens interesse. Det er ikke pårørendes egne preferanser som skal være avgjørende for hvilken helsehjelp som blir gitt, men hva helsepersonellet med en viss grad av sannsynlighet kan gå ut fra at pasienten ville ønsket.¹¹²

Bestemmelsen i § 4-6(2) ble vedtatt endret i 2006 og endringen trådte i kraft i 2008. Avgjørelsesmyndigheten om inngrep som utgjør et "*alvorlig inngrep*" for pasienten ble lagt til helsepersonell. Begrunnelsen for dette var at pårørende burde slippe den byrden

¹⁰⁶ Denne ulovfeste læren innebærer å ivareta andres interesser uten at denne har bedt om det. Forskjellen på dette og nødrettsregelen er at *negotiorum gestio* knytter seg til de tilfellene hvor både det godet som reddes og det som ofres, tilhører samme person. Andenæs, Matningsdalen (red.), Rieber Mohn (red), *Alminnelig strafferett.*, 5. utgave Oslo 2004, side 191

¹⁰⁷ Aase, side 522

¹⁰⁸ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer* side 397

¹⁰⁹ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer* side 398

¹¹⁰ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer* side 398

¹¹¹ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 400

¹¹² Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 400

det er å ta slike avgjørelser på vegne av sine nærmeste.¹¹³ Endringen hadde også sammenheng med at departementet mente at det uansett bør være helsepersonell som må treffe den endelige avgjørelsen om helsehjelp, siden det er helsepersonellet som er ansvarlig for den behandlingen som blir gitt.¹¹⁴ Det ble presisert at det etter lovendringen ikke lengre dreier seg om en representasjonsregel.¹¹⁵

Det er altså helsepersonell som treffer avgjørelser om helsehjelp også etter bestemmelsens annet ledd. Det er et vilkår for behandling at helsehjelpen er i pasientens interesse og det foreligger et antatt samtykke fra pasienten. Grunnen til dette er at pasientens selvbestemmelse skal ivaretas så langt som mulig.¹¹⁶

Det antatte samtykket er ansett som et for svakt rettsgrunnlag til å alene fungere som rettslig grunnlag for så alvorlige inngrep.¹¹⁷ Men hva som konkret ligger til grunn for den nye bestemmelsen er det ikke enighet om.¹³² Det må derfor avklares hva denne regelen bygger på, siden det vil kunne ha betydning for hvilken helsehjelp som kan gis etter § 4-6(2).

Forarbeidene tar ikke stilling til dette spørsmålet.

Syse mener at lovendringen i 2006 har medført at regelen ikke lenger kan regnes som en representasjonsregel.¹¹⁸ Og at den løsningen som nå oppstilles er en lovfesting av det såkalte behandleransvaret.¹¹⁹ Dette kompetansegrunnlaget ble presentert av Marit Halvorsen og tar utgangspunkt i at helsepersonellet (legen) tar avgjørelser ut fra det som antas å være i pasientens interesse. Halvorsen mener at det må foreligge en forholdsvis sterk medisinsk indikasjon¹²⁰, at lidelsen potensielt kan utvikle seg til å bli alvorlig og at behandlingen vil gjøre pasienten frisk eller bedre tilstanden på en merkbar måte.¹²¹

¹¹³ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 16

¹¹⁴ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 16. At helsepersonellet har det endelige ansvaret for behandlingen som blir gitt følger av forsvarlighetskravet.

¹¹⁵ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 18 og Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 18.

¹¹⁶ Aasen, side 438

¹¹⁷ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentar*, side 418 og til sammenligning: Østenstad, side 323 og 324.

¹¹⁸ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 438.

¹¹⁹ *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 418

¹²⁰ Indikasjon: Grunn til å gjennomføre bestemte medisinsk tiltak / <https://sml.snl.no/indikasjon> sist besøkt 24.04.16

¹²¹ Halvorsen, side 373

Østenstad har en annen forståelse av dette og mener at bestemmelsen er en lovfesting av normen om "ubedt-hjelp." Ifølge Østenstad er det store likheter mellom denne læren og vurderingstemaet i § 4-6.¹²² Han mener videre at avgjørende for om det skal ytes helsehjelp etter bestemmelsen må være en bred forholdsmessighetsvurdering av interessekravet og kravet om antatt samtykke. Siden det er et minstekrav for å yte helsehjelp at den må være forsvarlig, mener han at det først må vurderes om helsehjelpen er i pasientens interesse, og hvis dette vilkåret er oppfylt må det vurderes om kravene til antatt samtykke foreligger.¹²³

Aasen er av en lignende oppfatning og mener at det må foreligge en klar interesseovervekt i favør av helsehjelpen og en klar presumsjon for at en alminnelig fornuftig person vill samtykket.¹²⁴ For at det skal foreligge en samtykkepresumsjon mener Aasen at det må gjøres en vurdering ut fra inngrepets størrelse og omfang av om dette er noe de fleste ville samtykket til. Jo høyere risiko helsehjelpen medfører, jo mindre sannsynlig er det at det foreligger en samtykkepresumsjon.¹²⁵ Har man konkrete holdepunkter for hva pasienten ville ønsket må man bygge på disse.¹²⁶

Problemet med å ta utgangspunkt i at § 4-6(2) er en lovfesting av behandleransvaret er at det kan gå på bekostning av kravet om antatt samtykke. Slik Halvorsen presenterer behandleransvaret er det med et ensidig fokus på helsepersonellets plikt til å hjelpe pasienten, forutsatt at behandlingen objektivt sett er i pasientens interesse. Halvorsen åpner også for at behandleransvaret kan pålegge helsepersonellet en plikt til å behandle pasienten mot dennes vilje.¹²⁷ Behandling mot pasientens vilje med hjemmel i § 4-6(2) er selvsagt uaktuelt på grunn av kravet om antatt samtykke. Pasientens rett til selvbestemmelse er vektlagt så sterkt i lovgivningen at den ikke uten videre kan ses bort i fra fordi helsepersonellet har en plikt til å hjelpe. Dette trekker sterkt i retning av at annet ledd ikke kan forstås som en lovfesting av dette behandleransvaret.

Det virker som om det som i størst grad skiller Syse fra Aasen og Østenstad er at de to sistnevnte i større grad vektlegger betydningen av det antatte samtykket. For at det skal

¹²² Østenstad, side 324

¹²³ Østenstad, side 331

¹²⁴ Aasen, side 583

¹²⁵ Aasen, side 523

¹²⁶ Aasen, side 523 og 524

¹²⁷ Aasen, side 547

kunne ytes helsehjelp mener de at det må foretas en objektiv vurdering av om helsehjelpen helsefaglig og objektivt sett er pasientens interesse. Deretter må det vurderes om pasienten ville samtykket. For meg virker det som om denne løsningen er mest i tråd med ordlyden § i 4-6(2) og drøftelsene av interessekravet og kravet om antatt samtykke vil bli lagt opp etter dette.

8.3.3 Kravet om antatt samtykke

Det følger av ordlyden i § 4-6(2) og forarbeidene til § 4-6(1) at det må være *"sannsynlig at pasienten ville samtykket."* Det som da må avklares er når det foreligger et antatt samtykke. Ordet *"Sannsynlig"* trekker i retning av at det må foreligge en eller annen form for positive holdepunkter for å anta at pasienten ville samtykket. For å kunne legge et antatt samtykke til grunn som kompetansegrunnlag må helsepersonellet sette seg inn i pasientens situasjon å vurdere hva vedkommende ville ønsket om personen kunne tatt avgjørelsen selv.¹²⁸ Antatt samtykke kan ifølge forarbeidene ikke legges til grunn for behandling eller undersøkelser som må anses som nedverdiggende eller krenkende. Heller ikke bruk av medisiner som kan gi alvorlige bivirkninger kan gis med hjemmel i antatt samtykke.¹²⁹ Dette er på grunn av d ulovfestede grensen for det antatte samtykket.¹³⁰

Behandling som pasienten motsetter seg kan naturlig nok ikke gis med hjemmel i antatt samtykke. Forarbeidene nevner at heller ikke behandling som hadde vært unødvendig om det hadde vært tilstrekkelig tilgang på økonomisk ressurser kan gis på dette grunnlaget.¹³¹ I rundskriv fra Helsedepartementet fremgår det at helsepersonellet ved vurderingen skal ta konkret stilling til hva pasienten ville ønsket i den aktuelle situasjonen.¹³²

Utover disse begrensningene sier ikke pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider eller aktuelle rundskriv noe om hva helsepersonellet skal ta utgangspunkt i ved vurderingen av antatt samtykke. I Innstillingen fra Sosialkomiteen til lov om pasientrettigheter ble det uttalt at helsepersonell har en hjelpeplikt overfor pasienten med mindre det er " helt åpenbart at pasienten har truffet en veloverveid beslutning om

¹²⁸ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 135

¹²⁹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 135

¹³⁰ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 135

¹³¹ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 135

¹³² Rundskriv fra Helsedepartementet IS 2015-8, side 48

det motsatte.”¹³³ Ut fra denne uttalelsen virker som om det foreligger antatt samtykke med mindre helsepersonellet vet med sikkerhet at pasienten ikke ville ønsket helsehjelpen.

Ved vurderingen av om det foreligger antatt samtykke har det i litteraturen vært diskutert om det må foreligge positive holdepunkter for at pasienten ville ønsket helsehjelpen, eller om det er tilstrekkelig at det ikke foreligger grunner til å anta at pasienten ikke ville ønsket det.¹³⁴ Halvorsens oppfatning av når det foreligger antatt samtykke synes å være i tråd med ordlyden i § 4-6(2) om det må foreligge positive holdepunkter i retning av at pasienten ville samtykket.¹³⁵ Aasen synes derimot å mene at det foreligger antatt samtykke med mindre det er grunn til å tro at pasienten ville motsatt seg helsehjelpen.¹³⁶ Østenstad er av samme oppfatning og mener at en vid tolkning av når det foreligger antatt samtykke fra pasienten er mest i tråd med bestemmelsens formål om å sikre helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse.¹³⁷

Hvis det skal kreves positive holdepunkter for at kravet til antatt samtykke skal være oppfylt vil mange pasienter falle utenfor § 4-6 sitt virkeområde utelukkende fordi helsepersonellet ikke vet hvordan pasienten ville stilt seg til spørsmålet. Dette er problematisk i forbindelse med behandlingen av personer med demens og særlig i behandlingen av psykisk utviklingshemmede. For at slike positive holdepunkter til helsehjelpen skulle kunne blitt godkjent, ville man måtte basere seg på hva pasienten ga uttrykk for mens personen fortsatt var samtykkekompetent i det aktuelle spørsmålet. Siden de færreste av oss tar stilling til hva vi mener om alle former for helsehjelp vi kan komme til å trenge i fremtiden, ville man ofte hatt lite informasjon å bygge på. For personer med psykisk utviklingshemning, som jo er en livslang tilstand, ville man aldri hatt slike holdepunkter, og helsehjelp kunne følgelig ikke bli gitt. Dette argumentet taler for at det foreligger antatt samtykke til helsehjelpen både når det finnes positive indikasjoner for helsehjelpen og i de tilfellene helsepersonellet ikke vet hvordan pasienten ville stilt seg til spørsmålet. En slik forståelse av det antatt samtykke

¹³³ Innstillingen fra Sosialkomiteen om lov om pasientrettigheter, side 28

¹³⁴ Østenstad, side 354

¹³⁵ Halvorsen, side 194 og 195

¹³⁶ Aasen, side 525

¹³⁷ Østenstad, side 354

harmonerer også godt med hvordan Syse den forklarer tradisjonelle forståelsen av hypotetisk og presumert samtykke.¹³⁸ Det er også i tråd med normen om ubedt hjelp.

Det som da gjenstår å drøfte er hvordan negative standpunkt fra pasienten skal vurderes. På bakgrunn av drøftelsen ovenfor, kan det stilles opp et krav om at det må foreligge konkrete grunner til å tro at pasienten ikke ville ønsket helsehjelp.¹³⁹ Spørsmålet blir da hva som skal til for at det foreligger slike konkrete grunner.

I innstillingen fra Sosialdepartementet i forbindelse med pasientrettighetsloven ble det lagt til grunn at om det var åpenbart at pasienten hadde truffet en veloverveid beslutning om at vedkommende ikke ønsket helsehjelp, så må dette respekteres. Slike grunner kan fremgå av pasientens journal eller pårørende kan opplyse om dem.

Om pasienten tidligere har utvist skepsis til eller gitt uttrykk for at han ikke ønsker den aktuelle helsehjelpen er det grunn til å vurdere om disse kan utgjøre holdepunkter for et negativt standpunkt. Det samme kan være tilfellet om pasienten tidligere har hatt dårlige erfaringer med helsehjelpen. Momenter ved vurderingen vil være hvor klart pasienten har uttrykt seg og om det var til den aktuelle eller lignende behandlinger.¹⁴⁰ Hvor lang tid det er gått siden standpunktet ble tatt kan også ha betydning: Et standpunkt som ligger i nær fortid, for eksempel etter at en pasient fikk demensdiagnosen, vil kunne tillegges større vekt enn et eldre. Dette fordi det i større grad relaterer seg til den aktuelle situasjonen. Om informasjonen kommer fra pårørende kan det også være grunn til å vurdere om standpunktet er pasientens eget eller pårørendes ønske.¹⁴¹

Forhold ved pasienten og pasientens helse kan også gjøre at det foreligger grunner til å tro at pasienten ikke ville ønsket helsehjelpen. Pasienter med demens vil ha en begrenset levetid som gjør at det kan være ønskelig å prioritere at pasienten får flest mulig gode dager, i stedet for ta en operasjon som man er usikker på om pasienten får nytte god av.

¹³⁸ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 397 og 398

¹³⁹ Blant annet Aasen, side 525

¹⁴⁰ Østenstad, side 360

¹⁴¹ Marianne Bahus, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser*, Oslo 2015, side 115

Noen typer helsehjelp vil innebære store smerter og påkjenninger for pasienten før pasienten eventuelt blir frisk igjen, for eksempel noen typer cellegift. Hvis pasientens kognitive handikap gjør at pasienten aldri vil kunne forstå behandlingen og hvorfor han blir utsatt for dette, er det også grunn til å vurdere om helsehjelp er det riktige. Aasen mener at i slike tilfeller må man som vanlig ta utgangspunkt i hva en normal person ville ønsket, samtidig som det må legges vekt på at pasienten ikke forstår behandlingen.¹⁴² Dette er i tråd med at det skal skje en konkret vurdering av pasienten og situasjonen jf. forarbeidene.

Slike vurderinger er relevant både ved vurderingen av kravet om antatt samtykke og interessekravet og viser at det ikke alltid kan gjøres et skarpt skille mellom disse.

8.3.4 Interessekravet

Spørsmålet som må drøftes her er når helsehjelpen må anses å være i "*pasientens interesse*." Bestemmelsens ordlyd trekker her i retning av at behandlingen må være til pasientens beste. Hva som ligger i kravet er ikke direkte diskutert i forarbeidene eller i aktuelle forskrifter/rundskriv. Det nærmeste forarbeidene kommer en avklaring er en kommentar knyttet til bruk av medikamenter: Om pasienten skal behandles med medikamenter er det et vilkår at de gunstige virkningene klart vil veie opp for eventuelle bivirkninger.¹⁴³ Av mangel på andre holdepunkter, og sett i sammenheng med forsvarlighetskravet må dette kunne være overførbart til andre former for helsehjelp: For at helsehjelpen skal besluttes gjennomført må de positive virkningene være større enn de negative. Det kan altså oppstilles et minstekrav om at helsehjelpen må være faglig forsvarlig jf. hpl. § 4 for at den skal kunne sies å være i "*pasientens interesse*" jf. §4-6.

Ved vurderingen av om helsehjelpen er i "*pasientens interesse*" er det nødvendig å legge en helsefaglig vurdering til grunn. Det har lite hensikt å overprøve slike avgjørelser juridisk, og avgjørende for vurderingen må dermed være om behandlingen faglig og objektivt sett er til pasientens beste.¹⁴⁴ Av dette utledes at helsehjelp bare vil kunne oppfylle kravet når helsehjelpen etter en faglig vurdering blir ansett som det mest gunstig for pasienten.

¹⁴² Aasen, side 597

¹⁴³ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 135

¹⁴⁴ RG-2007-1441

Østenstad mener at interessekravet knytter seg til en objektiv vurdering av hva som er til pasientens beste.¹⁴⁵ Dette må ifølge han avgjøres etter en bred vurdering av pasientens situasjon og det aktuelle tiltaket.¹⁴⁶ Helsehjelp etter §4-6(2) kan ifølge Aasen bare skje om det totalt sett foreligger en interesseovervekt i favør av inngrepet.¹⁴⁷ Hun kommenterer temaet i forbindelse med en drøftelse om når det foreligger grunnlag for å anvende reglene om ubedt-hjelp. At det foreligger en interesseovervekt definerer hun som at "resultatet av handlingen må (...) fremstå som klart gunstigere sammenlignet med situasjonen dersom handlingen utelates."¹⁴⁸ Fordelene og ulempene ved inngrepet må veies mot hverandre og man må velge det resultatet som er best for pasienten.

Begge disse standpunktene harmonerer godt med kravet om at helsehjelpen må være til pasientens beste for å være faglig forsvarlig.

Utgangspunktet om at avgjørelsen skal baseres på en faglig vurdering, må selvsagt ta hensyn til pasientens subjektive forutsetninger for å ha nytte av helsehjelp. At pasienter med demens har begrenset levetid er et eksempel på dette og må tas med i vurderingen. Slike vurderinger må også foretas overfor utviklingshemmede. Eksempelvis kan det være at pasienten har behov for en operasjon hvor det er nødvendig at pasienten forholder seg rolig en viss tid etter operasjonen. Om den utviklingshemmede erfaringsmessig ikke vil klare dette, er det grunn til å vurdere andre tiltak.

Effekten og risikoen av helsehjelp kan ofte være vanskelig å vurdere før den er gjennomført. Østenstad reiser i denne forbindelse spørsmålet om det må kunne kreves en klar interesseovervekt i favør av inngrepet. Han peker på at det har vært vanlig å oppstille et krav om klar interesseovervekt i favør av hjelp, i forbindelse med ubedt hjelp-regelen.¹⁴⁹ Han mener at hensynet til pasienten taler for at et slikt krav bør gjelde også når helsehjelpen gis etter § 4-6. Likevel konkluderer han med at krav om klar interesseovervekt må avpasses etter hvor inngripende den aktuelle helsehjelpen er. For eksempel vil det kreves en større interesseovervekt i favør av inngrepet ved gjennomføringen av operative inngrep, enn for kroppsvask og sårstell. Slik jeg forstår

¹⁴⁵ Østenstad, side 331

¹⁴⁶ Østenstad, side 331

¹⁴⁷ Aasen, side 585

¹⁴⁸ Aasen, side 531

¹⁴⁹ Østenstad, 334

hans argumentasjon er den sammenfallende med Aasens på dette området: Jo større risiko, jo strengere må kravet om at helsehjelpen er i pasientens interesse vurderes.¹⁵⁰

9 PERSONELLE OG PROSESUELLE REGLER VED YTELSE AV HELSEHJELP TIL PASIENTER UTEN SAMTYKKEKOMPETANSE

9.1 Innledning

Dette kapittelet behandler de personelle og prosessuelle reglene som gjelder ved ytelse av helsehjelp etter § 4-6. Reglene blir behandlet tematisk.

Om helsehjelpen er *"lite inngripende"* eller utgjør *"et alvorlig inngrep"* er avgjørende for hvilke regler som gjelder. Først drøftes skillet mellom disse.

9.2 Inngrepet

9.2.1 Helsehjelp som anses å være lite inngripende

Vilkåret for å gi helsehjelp etter § 4-6(1) er at den er av *"lite inngripende karakter med hensyn til omfang og varighet."* Dette reiser to problemstillinger. Helsehjelpen må være lite inngripende, både i omfang og i varighet.

En ordlydsfortolkning av *"lite inngripende karakter med hensyn til omfang"* tyder på at det dreier seg om helsehjelp som ikke utgjør et stort inngrep i pasientens rett til selvbestemmelse. Kravet om at behandlingen må være lite inngripende betyr at operative inngrep kan ikke foretas, med mindre de er helt bagatellmessige.¹⁵¹ Å fjerne fotvorter som gjør det vanskelig å gå nevnes som eksempel på inngrep som kan gjennomføres etter § 4-6(1).

At helsehjelpen skal være lite inngripende knytter seg ikke bare til hvilken type helsehjelp det er snakk om, jf. ovenfor, men også helsehjelpens *"...varighet"*. Ordlyden indikerer at inngrepet, også når man ser på hvor lang tid inngrepet strekker seg over, må kunne regnes som lite inngripende. Hvis helsehjelp som i utgangspunktet er lite inngripende har en slik varighet at den kan medføre komplikasjoner eller bivirkninger, kan det ikke lengre regnes som *"lite inngripende."* For eksempel kan det å gi en pasient en paracetamol mot smerter regne som *"lite inngripende."* Langvarig bruk av paracetamol derimot, vil kunne føre med seg bivirkninger som gjør at helsehjelpen ikke

¹⁵⁰ Aasen, side 531

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 12(1998-1999) side 135

lengre kan regnes som *"lite inngripende."*¹⁵² Kombinasjonen av helsehjelpen art og varighet kan altså gjøre at den ikke kan gis etter § 4-6(1).

Aasen har tolket bestemmelsen som at det kun er inngrep som ikke innebærer noen spesiell form for risiko som kan gjennomføres etter § 4-6(1).¹⁵³ Syse mener at det er kombinasjonen av at det dreier seg om enkle former for helsehjelp som pasienten ikke motsetter seg, og det alminnelige kravet om at helsehjelpen må være forsvarlig, som gjør at helsehjelp kan regnes som *"lite inngripende."*¹⁵⁴

9.2.2 Helsehjelp som utgjør er alvorlig inngrep

Spørsmålet som må stilles her er hvilke typer helsehjelp som må regnes som *"alvorlig inngrep."* Språklig indikerer *"et alvorlig inngrep"* at det dreier om et betydelig inngrep for pasienten. I forarbeidene nevnes bruk av medikamenter som er forbundet med mange og plagsomme bivirkninger, for eksempel kortison¹⁵⁵, som eksempel på helsehjelp som må regnes som *"et alvorlig inngrep."* Verken i bestemmelsen selv eller lovproposisjonen gis noen nærmere beskrivelse av hva som må anses som et alvorlig inngrep. Dette er da heller ikke nødvendig da man kan anta at all helsehjelp som ikke faller inn under § 4-6(1) må gis med hjemmel i annet ledd. Det følger av forarbeidene at grensen mellom bestemmelsens første og annet ledd nødvendigvis må være skjønnsmessig.¹⁵⁶

Ved vurderingen av om helsehjelpen er det i flere rundskriv og av flere forfattere være lagt vekt på ordlyden i pbrl. § 4A-5¹⁵⁷: Ved vurderingen av om helsehjelpen utgjør et alvorlig inngrep skal det legges vekt på om helsehjelpen innebærer inngrep i kroppen eller bruk av reseptbelagte midler.¹⁵⁸

¹⁵² Preparatet er smertestillende og i utgangspunktet uten bivirkninger, men langvarig bruk kan føre til lever- og nyreskader. <http://www.felleskatalogen.no/medisin/pasienter/pil-paracetamol-ratiopharm-562623>, sist besøkt 24.04.16

¹⁵³ Aasen, side 523 og 524

¹⁵⁴ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 437

¹⁵⁵ <http://www.felleskatalogen.no/medisin/cortison-takeda-547662> sist besøkt 24.04.16

¹⁵⁶ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 438

¹⁵⁷ Helsedepartementets rundskriv IS-2010-8 side 49 og Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 438

¹⁵⁸ Pbrl. § 4A-5(2)

Særlig om behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse

Det følger av pbrl. § 4-3(5) at undersøkelse og behandling av psykiske lidelser hos personer som mangler samtykkekompetanse som har eller antas å ha en alvorlig psykisk lidelse, eller som motsetter seg behandlingen, bare kan skje med hjemmel i lov om psykisk helsevern.

Psykiske lidelser er ikke uvanlig hos personer med demens eller utviklingshemning og en stor andel av personer med utviklingshemning eller demens medisineres mot disse lidelsene.¹⁵⁹

Spørsmålet blir dermed når det foreligger en "alvorlig sinnslidelse" slik at behandling må skje etter reglene i lov om psykisk helsevern, og ikke etter pbrl. § 4-6. En ordlydsfortolkning av "alvorlig sinnslidelse" er at det handler om en psykisk sykdom av en meget alvorlig art. I forarbeidene til lov om psykisk helsevern er det lagt til grunn at kriteriet "alvorlig sinnslidelse" har nær tilknytning til det medisinske begrepet psykose.¹⁶⁰ I grensetilfeller må vurderingen bero på en helhetsvurdering av både sykdommen og de utslagene den gir, for eksempel om sykdommen medfører tap av mestringssevnen og evnen til realitetsvurdering.¹⁶¹ Om det foreligger en psykose må være en helsefaglig vurdering.¹⁶² I pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider presiseres det at lovens regler om helsehjelp til pasienter som mangler samtykkekompetanse ikke kommer til anvendelse når pasienten har eller antas å ha en alvorlig psykisk lidelse. Begrunnelsen er at man ikke skal kunne unngå de strenge kravene til denne typen behandling som følger av kapittel 3 i lov om psykisk helsevern.¹⁶³

Syse skriver i kommentarutgaven til Pasient- og brukerrettighetsloven at reglene om å yte helsehjelp til personer uten samtykkekompetanse etter § 4-6 bare gjelder somatiske tilstander.¹⁶⁴ Hva som er en psykisk lidelse må ifølge Syse bero på en vurdering, og at i de tilfellene hvor angst eller nervøsitet må anses å være utslag av en somatisk lidelse

¹⁵⁹ Bygdnes og Kristiansen, *Psykotrope legemidler til personer med psykisk utviklingshemning*, og Ruths og Strand, *Antipsykotiske midler mot uro ved demens -medisinsk behandling eller kjemisk atferdsregulering?*

¹⁶⁰ <https://sml.snl.no/psykose>, sist besøkt 24.04.16

¹⁶¹ Ot.prp. nr 11 (1998-1999) side 78

¹⁶² Phvl. §3-1(1)

¹⁶³ Rundskriv fra Helsedepartementet IS-2015-8 side 37

¹⁶⁴ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 420

kan behandlingen gis etter reglene i pasient- og brukerrettighetsloven.¹⁶⁵ Østenstad mener at psykiske lidelser hos pasienter som mangler samtykkekompetanse på grunn av demens eller utviklingshemning må kunne skje med hjemmel i § 4-6, så lenge det ikke dreier seg om en alvorlig sinnslidelse jf. pbrl. § 4-3(5). Slik jeg forstår det er Østenstads tolkning mer i tråd med lovens ordlyd om at det er *”alvorlige sinnslidelser”* som må behandles etter reglene i lov om psykisk helsevern, mens ikke fullt så alvorlig psykiske lidelser, men hvor behandlingen likevel utgjør et alvorlig inngrep, kan behandles med hjemmel i § 4-6(2).

Østenstad påpeker i denne forbindelse at på grunn av den kognitive svikten hos utviklingshemmede og demente er det særlig viktig at vilkårene om antatt samtykke og at helsehjelpen er i pasientens interesse blir forsvarlig vurdert. Aasen trekker frem den samme problemstillingen, men mener det er sjelden man vil kunne si at disse vilkårene er oppfylt når denne gruppen behandles med for eksempel beroligende midler.¹⁶⁶ Hun viser til forarbeidenes krav om at det ved bruk av medisiner må kunne slås fast helt sikkert, at de gunstige virkningene veier opp for de negative.¹⁶⁷ Hun peker på forskning som viser til at demente ofte vil reagere annerledes på slike medikamenter enn normalbefolkningen og at man derfor sjelden vil kunne oppnå tilstrekkelig grad av sikkerhet for at behandlingen oppfyller kravene i § 4-6. Det er grunn til å tro at det samme gjelder utviklingshemmede.¹⁶⁸ Etter min mening vil Syses tolkning av regelen i § 4-6(2) bare gjelder somatiske tilstander, og derfor ikke kan brukes som hjemmel ved behandling av psykiske lidelser, bedre ivareta pasientens rettigheter siden behandling av psykiske lidelser etter lov om psykisk helsevern er underlagt strengere regler enn etter § 4-6.¹⁶⁹

9.3 Avgjørelsesmyndighet

9.3.1 Avgjørelsesmyndighet når inngrepet er lite inngripende

Avgjørelse om å gi helsehjelp etter pbrl. § 4-6(1) kan besluttes av den som *”yter”* helsehjelpen. Forarbeidene eller Helsedepartementets rundskriv drøfter ikke hvem som regnes for å *”yte(r) helsehjelp”* i forbindelse med § 4-6(1).

¹⁶⁵ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 429

¹⁶⁶ Aasen, side 584

¹⁶⁷ Aasen, side 584 og Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134

¹⁶⁸ Bygdnes og Kristiansen, *Psykotrope legemidler til personer med psykisk utviklingshemning*

¹⁶⁹ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 420 jf. pbrl. § 4-3(5).

I forbindelse med bortfall av samtykkekompetanse etter pbrl. § 4-3 er avgjørelsesmyndigheten også lagt til helsepersonell som *"yter helsehjelpen."* På grunn av den nære sammenhengen mellom disse bestemmelsene og at spørsmålet ikke er drøftet konkret i forbindelse med § 4-6(1) er det naturlig å legge samme forståelse av vilkåret til grunn.

For utfyllende drøftelse av *"yter helsehjelp"* vises til punkt 7.3.

Helsehjelp som er av lite inngripende karakter jf.§4-6(1) kan besluttes av den som skal gi pasienten helsehjelpen.

9.3.2 Avgjørelsesmyndighet ved alvorlige inngrep

Avgjørelsesmyndigheten etter pbrl.§ 4-6(2) om helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten er lagt til den som er *"som er ansvarlig for helsehjelpen."*

Spørsmålet som drøftes blir derfor hvem som må anes som *"ansvarlig"*. Ordlyden *"ansvarlig for helsehjelpen"* trekker i retning av at det dreier seg om et helsepersonell som har et mer overordnet ansvar for pasienten enn det som er tilfellet etter § 4-6(1). En slik tolkning støttes av at helsehjelp etter annet ledd er av mer alvorlig karakter og derfor bør det også stilles strengere krav til det faglige grunnlaget for avgjørelsen. Viktigheten av at slike inngrep har korrekt faglig grunnlag presiseres i lovproposisjonen.¹⁷⁰ Av forarbeidene følger det at *"den som er ansvarlig"* peker på den personen som har faglige kompetanse til å beslutte om helsehjelpen skal ytes. Utrykket er valgt for å skille den som treffer beslutning fra den som utfører helsehjelpen.¹⁷¹ Det innebærer for eksempel at legen kan treffe avgjørelse om en behandling, men at den blir utført av en sykepleier. I slike tilfeller er det legen som er *"ansvarlig."*

Som følge av forsvarlighetskravet kreves det større kompetanse av helsepersonellet jo mer alvorlige avgjørelser som skal tas.¹⁷² Følgelig må den som treffer beslutning om helsehjelpen ha tilstrekkelig kompetanse til å vurdere om helsehjelpen og gjennomføringen av den er forsvarlig. Om helsepersonell anser at de ikke har tilstrekkelig kompetanse til å vurdere spørsmålet må de søke hjelp hos andre.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 18

¹⁷¹ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 86

¹⁷² Se kapittel 5 om forsvarlighetskravet.

9.3.3 Prosessuelle regler og notoritetskrav når helsehjelpen er lite inngripende

Ved beslutning om og gjennomføring av helsehjelp etter pbrl. § 4-6(1) følger det ingen eksplisitte prosessuelle krav av bestemmelsen. Begrunnelsen for dette er at bestemmelsen bygger på antatt samtykke fra pasienten og at det dreier seg om helsehjelp som er lite inngripende.¹⁷³ I slike tilfeller antas det at helsepersonellens alminnelige informasjons-, journal- og dokumentasjonsplikter er tiltrekkelig til å ivareta pasientens rettsikkerhet og pårørendes behov for informasjon.¹⁷⁴

9.3.4 Prosessuelle regler ved alvorlig inngrep

9.4.2.1 Informasjon om hva pasienten ville ønsket

Før det gis helsehjelp etter pbrl. § 4-6(2) skal det "om mulig" innhentes informasjon fra pasientens "nærmeste pårørende" om "hva pasienten ville ønsket."

Spørsmålet blir da hva som ligger i kravet "hva pasienten ville ønsket":

En ordlydsfortolkning av vilkåret er at helsepersonellet må prøve å finne ut hva pasienten selv ville ment om helsehjelpen. Pårørende er gjerne de som har denne type informasjon.¹⁷⁵ Pårørende vil også kunne bidra med informasjon om pasientens tidligere erfaringer. Eksempelvis kan pasienten ha hatt negative opplevelser med enkelte typer behandlinger. Det sentrale her er at det er pasientens egne interesser som skal vektlegges og ikke pårørendes preferanser for behandling.¹⁷⁶ At det er pasientens egne ønsker som skal høres er i tråd med prinsippet om å legge mest mulig til rette for den enkeltes selvbestemmelse.

I noen tilfeller har kanskje pasienten hatt svært sterke meninger om en bestemt type behandling, eller i hvilken grad personen ønsket livsforlengende behandling. Slike synspunkter vil kunne være veiledende i beslutningen om helsehjelp. I dette spørsmålet vil det ha betydning om pasienten lider av demens eller om vedkommende er utviklingshemmet. Personer med demens har tidligere fungert som normalt og kan gjennom samtaler med sine nærmeste ha gitt uttrykk for ønsker i forbindelse med

¹⁷³ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) side 134 og Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 437

¹⁷⁴ Se punkt 4.6 om retten til representasjon og punkt 5 om forsvarlighetskravet.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr 64 (2005-2006) side 86

¹⁷⁶ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 400

fremtidig behandling. Ved behandling av utviklingshemmede kan helsepersonellet ikke kan basere seg på personens tidligere preferanser og holdninger på samme måte.

Det neste som må drøftes i denne forbindelse er hvordan informasjon fra pårørende skal vektlegges når det treffes avgjørelse om helsehjelp jf. § 4-6(2). Bestemmelsens ordlyd tar ikke stilling til hvilken vekt opplysninger fra pårørende har. Av forarbeidene følger det at informasjon fra pasientens pårørende skal være "sentral" i vurderingen.¹⁷⁷

Marianne Bahus hevder i sin doktorgradsavhandling ¹⁷⁸ at pårørendes rolle etter annet ledd er begrenset til å være en informasjonskilde.¹⁷⁹ Østenstad tolker bestemmelsen på samme måte.¹⁸⁰

Slik jeg ser det er dette en god tolkning av bestemmelsen. Informasjon fra pårørende vil kunne være sentral ved vurderingen av om kravet til antatt samtykke fra pasienten er oppfylt. Særlig når informasjonen pårørende gir er samsvarende med de erfaringene helsepersonellet selv har, eller opplysninger som fremgår av pasientens journal. Men som Bahus påpeker kan pårørende ha mer eller mindre legitime egeninteresser som kan være vanskelig å skille fra pasientens (fortidige) ønsker, og det derfor grunn til å ikke legge for mye vekt på opplysninger fra pårørende.¹⁸¹ Avgjørelse om helsehjelp må til syvende og sist bygge på om vilkårene om at helsehjelpen er i pasientens interesse og kravet om antatt samtykke er oppfylt. Informasjon fra pårørende om hva pasienten ville ønsket, har betydning for om vilkåret om antatt samtykke fra pasienten er oppfylt og er drøftet i punkt 8.3.3.

9.4.2.2 Kravet om at flere må delta i avgjørelsen

Helsehjelp etter annet ledd kan først besluttes av den som er "ansvarlig for helsehjelpen" etter "samråd med annet kvalifisert helsepersonell." Spørsmålet blir hva som ligger i dette vilkåret. "Annet kvalifisert helsepersonell" viser at avgjørelsen må vurderes av et uavhengig helsepersonell før helsehjelpen gjennomføres . At noe gjøres i "samråd" med noen betyr vanligvis at avgjørelsen gjøres av flere i felleskap. I forarbeidene blir det

¹⁷⁷ Ot.prp. nr 64 (2005-20006) side 18

¹⁷⁸ Marianne K Bahus, *Beslutningsprosesser ved liv/død-avgjørelser*

¹⁷⁹ Bahus, side 114

¹⁸⁰ Østenstad, side 325

¹⁸¹ Bahus, side 115

presisert at det alltid skal være to fagpersoner som har vurdert helsehjelpen før den blir gitt.¹⁸² Betydningen av det tilkalte helsepersonellet er uavhengig av den som er ansvarlig for helsehjelpen blir presisert.¹⁸³ Hvis det foreligger et over/underordningsforhold mellom den som treffer avgjørelsen og det helsepersonellet som skal vurdere avgjørelsen kan det være uheldig. Om det er nødvendig å tilkalle helsepersonell fra en annen avdeling eller institusjon for å sikre uavhengighet bør dette gjøres.¹⁸⁴

Et spørsmål som bør drøftes i denne forbindelse er hva som skjer i tilfeller hvor behandlingsansvarlig og det tilkalte helsepersonell ikke er enige. Typisk for sykdommer og andre tilstander som krever helsehjelp er at det ofte vil herske en viss usikkerhet om hva som vil være den beste løsningen. I slike situasjoner vil det kunne oppstå uenighet mellom helsepersonellet om, og eventuelt hvordan, helsehjelp som skal gis. Verken lovteksten eller lovens forarbeider eller andre kilder drøfter spørsmålet. En mulig løsning følger av kravet om forsvarlig helsehjelp i hpl. § 4: Når pasientens tilstand krever at samarbeid mellom ulike grupper av helsepersonell skal den som presumptivt har de beste faglige kvalifikasjoner treffe den endelige avgjørelsen.¹⁸⁵ Samtidig stiller forsvarlighetskravet og § 4-6(2) et krav om at helsehjelpen må være i pasientens interesse. Tidligere i oppgaven er det konkludert med at det må foreligge en interesseovervekt i favør av helsehjelpen for at den skal kunne gis. Om det er uenighet mellom to helsepersonell som begge er faglig kvalifisert til å vurdere helsehjelpen kan det vanskelig sies å foreligge en interesseovervekt. En mulig løsning er da å hente inn et tredje kvalifisert helsepersonell for å vurdere saken. Hvilken løsning som til slutt blir valgt må bero på en konkret vurdering, men det er et minstekrav at den må oppfylle kravet til faglig forsvarlighet.

9.4.2.3 Notoritetskrav

Det følger av § 4-6(2), fjerde setning, at det skal *"fremgå av journalen hva pasientens nærmeste pårørende har opplyst og hva annet kvalifisert helsepersonell har hatt av*

¹⁸² Ot. prp. nr 64 (2005-2006) side 86

¹⁸³ Ot. prp. nr 12 (1998-1999) side 87

¹⁸⁴ Ot. prp. nr 12 (1998-1999) side 87

¹⁸⁵ Ot.prp. nr 13 (1998-1999) side 218

oppfatninger.” Dette er en presisering av den dokumentasjons- og journalføringsplikten som følger av hpl. §§ 39 og 40 og er tatt med av hensyn til pasientens rettsikkerhet.¹⁸⁶

10 VURDERINGER: IVARETAR BESTEMMELSENE PASIENTENS BEHOV?

10.1 Verdier og behov

Som oppgaven viser knytter det seg mange vanskelige vurderinger og beslutninger til helsehjelpen når pasienter ikke kan treffe avgjørelsen selv. Det blir ikke enklere av at de avgjørelsene som treffes ofte får stor betydning for livet til pasienten. Det vil i denne sammenhengen være vanskelig å komme frem til både rettslige og faktiske løsninger som er ideelle, og det kan også være vanskelig å vurdere i hvilken grad man har klart å ivareta de ulike hensynene.

Siden disse pasientene ikke er i stand til å ivareta sine egne rettigheter og sin egen velferd, er de i stor grad prisgitt de personene som de omgås i det daglige. Dette vil stort sett være ulike typer helsepersonell og pårørende. Det er dermed opp til helsepersonell og pårørende og sørge for at pasientens rettigheter blir oppfylt og at de får den hjelpen de har behov for. På grunn av den kognitive svikten som gjør at pasientene ikke har samtykkekompetanse vil det være vanskelig å finne en optimal løsning for når det er riktig å gi helsehjelp, både rettslig og faktisk. En pasient som ikke kan ta vare på seg selv vil være avhengig av andre uansett. Slik loven er utformet i dag hvor helsepersonellet som har faglig kompetanse har avgjørelsesmyndighet og pårørende har rett til informasjon, til å uttale seg, og til å klage på pasientens vegne tror jeg er en god løsning. På denne måten vil man ivareta kravet til forsvarlig helsehjelp, samtidig som noen utenfor helsevesenet, som kjenner vedkommende, representerer pasienten. Slik reglene til faglig forsvarlighet og retten til representasjon er organisert i dag vurderer jeg det som at man har kommet frem til den mest ideelle løsningen i en lite gunstig situasjon.

10.2 Bortfallsvurderingen

I forbindelse med beslutninger om bortfall av samtykkekompetanse er det et problem at pasientens rett til selv å treffe beslutninger faller bort i større utstrekning enn det er grunnlag for etter loven. I noen tilfeller blir det nærmest vedtatt at ”pasienten ikke har samtykkekompetanse.”

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 64(2005-2006) side 86

Selv om loven tilsynelatende setter ganske strenge vilkår for når pasientens samtykkekompetanse kan falle bort sitter man fortsatt igjen med en ganske stor skjønnsmargin for helsepersonell. Det ansvaret som er pålagt helsepersonellet i denne sammenhengen gjør at det svært viktig at helsepersonellet har kompetanse til å vurdere spørsmålet. Dette krever opplæring. Per i dag er det ingen enhetlig praksis i helsevesenet knyttet til hvordan slike avgjørelser treffes, men det finnes ulike retningslinjer og praktiske veiledere. En mer enhetlig praksis vil kunne føre til et økt fokus på verdien av å ivareta pasientens gjenværende rett til selvbestemmelse. Det vil også kunne gjøre det enklere for helsepersonell å treffe slike avgjørelser og å vurdere avgjørelsene i praksis.

10.3 Vurdering av reglen om helsehjelp som utgjør et alvorlig inngrep

Reguleringen av helsehjelp som må anses som lite inngripende fremstår etter min vurdering som god. Som Syse påpeker utgjør kombinasjonen av at helsehjelpen er ansett som lite inngripende, at pasienten ikke motsetter seg helsehjelpen og at det dreier seg om helsehjelp som de fleste personer ville ønsket, et godt grunnlag for helsehjelpen.¹⁸⁷

Det er derimot grunn til å vurdere om reguleringen av helsehjelp som utgjør et alvorlig inngrep etter pbrl. § 4-6(2) er optimal. Bestemmelsen setter krav om at helsehjelpen må være i pasientens interesse og at det må foreligge antatt samtykke fra pasienten. Slik jeg ser det er vilkårene i seg selv gode, men verken lovtekst eller forarbeider gir ytterligere veiledning om når og hvilke avgjørelser som kan treffes etter bestemmelsen. For å tolke hva som ligger i vilkåret "*i pasientens interesse*" og når det foreligger et antatt samtykke er en i all hovedsak overlatt til juridisk litteratur. Juridisk litteratur har liten vekt som rettskilde. Noe som er ytterligere problematisk med tanke på hvor inngripende handlinger det dreier seg om. En presisering av hva som skal vurderes, enten i lovteksten eller i forarbeidene, ville styrket bestemmelsen. At slike avgjørelser i all hovedsak skal treffes av personer uten noen spesiell juridisk kompetanse trekker også i retning av at ytterligere presiseringer i loven ville vært på sin plass.

Mye tyder på at bestemmelsen i mange tilfeller ikke fungerer som ønsket overfor personer med demens og utviklingshemning. Det er de siste årene gjort flere undersøkelser knyttet til bruk av beroligende medisiner og psykofarmaka hos denne

¹⁸⁷ Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, side 437

pasientgruppen. Konklusjonene er at denne medisineren i mange tilfeller ikke er i samsvar med kravet til faglig forsvarlighet.¹⁸⁸ Når dette kravet ikke er oppfylt er heller ikke kravene om at behandlingen må være i pasientens interesse og kravet til antatt samtykke oppfylte og ”helsehjelpen” er ikke innenfor de rammene loven stiller. En presisering og avklaring av hvilke forhold lovgiver mener skal være avgjørende for om helsehjelpen skal kunne gjennomføres, ville kanskje kunne øke bevisstheten rundt de avgjørelser som treffes. Når loven ikke fungerer er det grunn til å se på om den bør endres.¹⁸⁹

Et alternativ for å sikre at avgjørelsene ivaretar hensynene til faglig forsvarlighet og verdig helsehjelp kan være å underlegge denne typen avgjørelser, eller enkelte typer avgjørelser, for eksempel bruk av medikamenter samme kontrollrutiner som helsehjelp som gis med tvang.¹⁹⁰ På den måten ville man kunne få en ytterligere kontroll av slik helsehjelp. En slik ordning vil utvilsomt være ressurskrevende og medføre ekstraarbeid for det offentlige, men hensynet til pasienten må nødvendigvis veie tungt her.

10.4 Avsluttende bemerkninger

Til slutt ønsker jeg å presisere behovet for faglig forsvarlig helsehjelp. Virksomhetene som organiserer helsetjenestene må organiseres på en slik måte at helsepersonellet kan gjennomføre sine lovpålagte plikter og helsepersonellet må oppfylle disse. Som det er påpekt flere ganger i oppgaven er ikke personer som er demente eller utviklingshemmede i så stor grad at de mangler samtykkekompetanse i stand til å ta vare på seg selv. En kan heller belage seg på at pårørende skal ta vare på den enkelte. Ansvarer ligger hos helsepersonellet og hos det offentlige som har ansvaret for sine borgere. Avgjørelser om helsehjelp på vegne av personer som ikke kan ta avgjørelsen selv må tas med utgangspunkt i hva som er til den enkeltes beste og hva som anses som faglig forsvarlig.

Antall ord: 17 922

¹⁸⁸ Bygdnes og Kristiansen, *Psykotrope legemidler til personer med psykisk utviklingshemning*, og Ruths og Strand, *Antipsykotiske midler mot uro ved demens -medisinsk behandling eller kjemisk atferdsregulering?*

¹⁸⁹ Inge Lorange Backer, *Lov og Lovgivning*, 1.utgave, Oslo 2013 side 57,

¹⁹⁰ Se pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4A og pbrl. §§ 4A-6(3) og 4A-8

11 Kildeliste

11.1 Lover

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

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.

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

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter

Lov 2. juli 1999 nr 64. om helsepersonell m.v

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

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

11.2 Forarbeider

Ot.prp. nr 11 (1998-1999) 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) Lov om helsepersonell m.v (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr 64 (2005-2006) Om lov om endringar i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning - personar utansamtykkekompetanse)

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester mm. (Helse- og omsorgstjenesteloven)

NOU 1991:20 Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning

11.3 Rettspraksis

Rt-2010-612, avsnitt 30 (Sårstell-dommen)

RG-2007-1441 (Trisomi-saken)

11.4 Rundskriv

Helsedepartementets rundskriv IS-2015-8 Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer

Helsedepartementets rundskriv IS-2015-10 Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester: Rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning

11.5 Litteratur

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

Andenæs, Matningsdalen (red.), Rieber Mohn (red), *Alminnelig strafferett*, 5. utgave (Oslo 2004)

Backer, Inge Lorange, *Lov og Lovgivning*, 1. utgave, Oslo 2013

Bahus, Marianne, *Beslutningsprosessen ved liv/død-avgjørelser* (Oslo 2014)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. opplag, (Bergen 2006)

Halvorsen, Marit, *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*, Oslo 1998

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utgave, 2. opplag (Oslo 2013)

Nyggaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 3. opplag (Bergen 2012)

Syse, Aslak, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 4. utgave, 1. opplag, (Oslo 2015)

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

Østenstad, Bjørn Henning *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemmede og aldersdemente. Rettslege og etiske problemstillinger ved bruk av tvang og inngrep utan gyldig samtykke*, 1. utgave (Bergen 2011)

11.6 Artikler

Bygdnes og Kristiansen, Psykotrope legemidler til personer med psykisk utviklingshemning, *Tidsskrift for den norske legeforening*, nr. 8 2007

Kjønstad, Asbjørn, Styringsretten i helsevesenet, *Arbeidsrett 01/2005*

Lorentzen, E. "Psykisk utviklingshemning: Hvordan stilles diagnosen", *Tidsskrift for norsk legeforening*, nr. 2, 2008

Roness, Haugen og Engedal, "Når demens rammer unge" *Tidsskrift for den Norske legeforening*, nr. 12, 2011

Ruths og Strand, Antipsykotiske midler mot uro ved demens -medisinsk behandling eller kjemisk atferdsregulering? *Tidsskrift for den norske legeforening*, nr. 12 2005

Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmede*, side 214. Juridisk betenkning, som inngår som vedlegg i NOU 1991:20 Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning

11.7 Annet

Se NHI sine nettsider (www.nhi.no) <http://nhi.no/foreldre-og-barn/barn/livsstil/psykisk-utviklingshemning-2847.html?page=4> (24.april 2016)

Se NFU sine nettsider (www.nfu.no)

<http://www.nfunorge.org/no/Om-utviklingshemning/> (24.april 2016)

<http://www.nfunorge.org/no/Om-NFU/NFU-bloggen/Omfanget-av-utviklingshemning>
(24.april 2016)

Se Store norske leksikon sine hjemmesider (www.snl.no)

<https://snl.no/aldersdemens> (24.april. 2016)

<https://snl.no/paternalisme> (24.april 2016)

<https://snl.no/maksime> (24.april)

<https://sml.snl.no/indikasjon> (24.april 2016)

<https://sml.snl.no/psykose> (24.april 2016)

Se folkehelseinstituttet sine nettsider (www.fhi.no)

http://www.fhi.no/eway/default.aspx?pid=239&trg=Content_7242&Main_6157=7239:0:25,8904&MainContent_7239=7242:0:25,8906&Content_7242=7244:110544::0:7243:3::0:0 (24.april 2016)

Se Felleskatalogens nettsider (www.felleskatalogen.no)

<http://www.felleskatalogen.no/medisin/pasienter/pil-paracetamol-ratiopharm-562623> (24.april 2016)

<http://www.felleskatalogen.no/medisin/cortison-takeda-547662> (24.april 2016)

Se Wikipedia (www.wikipedia.no)

<https://no.wikipedia.org/wiki/Demens> (24.april 2016)

<https://no.wikipedia.org/wiki/Virksomhet> (24.april 2016)