

Prinsipp for vurdering av samtykkekompetanse

Førelesing på Leiarforum for kontrollkommisjonar 2021 (webinar),
20.05.2021, ved professor Bjørn Henning Østenstad, Det juridiske
fakultet, Universitetet i Bergen,

Forkortingar og omgrepsbruk

- Phvl. = psykisk helsevernlova
- Pbrl. = pasient- og brukarrettslova
- “Samtykkekompetanse” vs. “beslutningskompetanse”
- “Forståingskravet” = Kravet til kva personen må forstå etter pbrl. § 4-3 andre ledd: “ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter”
- Vendinga “prinsippet om samtykkekompetanse” = prinsippet om at den som blir rekna som samtykkekompetent etter lova, skal få bestemme sjølv.

Phvl. § 3-3 nr. 4:

- «Pasienten mangler samtykkekompetanse, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3. Dette vilkåret gjelder ikke ved nærliggende og alvorlig fare for eget liv eller andres liv eller helse

Bergens Tidende, 2. mars 2021

– Det er sannsynlig at flere alvorlige voldssaker, også drap, kunne vært unngått

Politimester Kaare Songstad slår alarm om psykisk syke.



- Praksisnær problemstilling
 - Valdsproblematikk er aktuelt, men vilkåra for bruk av farekriteriet (§ 3-3 nr. 3 bokstav b) er ikkje vurdert oppfylt.
 - Då kan spørsmålet om samtykkekompetanse bli avgjerande, jf. § 3-3 nr. 4.

Kva er problemet?

- **Eitt perspektiv:** Innføringa av prinsippet om samtykkekompetanse i psykisk helsevern var ein dårleg idé. Bør reverserast.

Kva er problemet?

- Men prinsippet om samtykkekompetanse ...
 - sikrar individuell vurdering ut frå funksjonsnivå – mindre gruppetenkinga
 - Har sterk støtte i menneskrettane
 - er den vanlege måten å tenkje på i jussen:
 - Kontraktsrettsleg handleevne
 - Prosessuell handleevne
 - Testasjonsevne
 - Også i helseretten, jf. pbrl. § 4-1
- Konklusjon: Nei, prinsippet om samtykkekompetanse er **ikkje ein dårleg idé.**

Kva er problemet?

- **Eit anna perspektiv:** Aktørane har ikkje ei fullt ut korrekt forståing av dei juridiske rammene for vurdering samtykkekompetanse
 - Er temaet no i dag.
 - Basert på Bjørn Henning Østenstad, “Prinsipp for vurdering av samtykkekompetanse”, *Lov og Rett*, 2021, s. 23-39.

Pbrl. § 4-3 andre ledd:

- «Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemming åpenbart **ikke er i stand til å forstå** hva samtykket omfatter.»
 - Mykje fokusert: beviskravet («åpenbart»)
 - Mindre fokusert: forståingskravet

Korleis tolke “ikke er i stand til å forstå”?

- Viktige rettskilder
 - Lovtekst
 - Førearbeid
 - Ot. Prp. Nr. 12 (1998-99)
 - Prop. 147 L (2015 –2016)
 - HR-2018-2204-A
 - Helsedirektoratet sine rundskriv til psykisk helsevernlova og pasient- og brukarrettslova
 - Juridisk litteratur

Korleis tolke “ikke er i stand til å forstå”?

- FARV-kriteria sentrale i praksis:
- «evnen til å **forstå** informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp.
- evnen til å **anerkjenne** informasjonen i sin egen situasjon, spesielt knyttet til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene
- evnen til å **resonnere** med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene
- evnen til å uttrykke et valg.»

Korleis tolke “ikke er i stand til å forstå”?

- Kva leitar vi etter?
 - Overordna prinsipp som styrer tolkinga av forståingskravet
 - = **tolkingsprinsipp** / rettskjeldeprinsipp
- Skilje mellom to situasjonar i framhaldet
 - Personen takkar ja (samtykker)
 - Personen takkar nei (nektar)

Personen takkar ja (samtykker)

- Krava til samtykket blir skjerpa dess meir inngripande tiltaket er
- Ikkje omstridd
- Helselovgjevinga byggjer på dette
- Gjeld alle typar krav til samtykket
- Uttrykk for eit allment tankemønster (legalitetsprinsippet)
- Rt. 1998 s. 1538, på s. 1547.
 - «Selv om risikoen for at det ville oppstå slik skade som faktisk oppsto ikke var så stor - ca 5 prosent - var dette i seg selv ikke en tilstrekkelig grunn til ikke å gi informasjon om den. **I denne sammenhengen har det betydning at konsekvensene av en skade kunne bli betydelige, slik de faktisk ble for A.»**
 - Nær samanheng mellom informasjonskravet og kravet til forståing: **personen må vere i stand til å forstå den informasjonen han har krav på å få**, jf. HR- 2018-2204-A, avsnitt 61

Personen takkar ja (samtykker)

- Kva tolkingsprinsipp gjeld då i samtykketilfella?
 - Svar: **Kravet til forståing aukar proporsjonalt med kor inngripande helsehjelpa er**
 - Sikker rett.

Personen takkar ja (samtykker)

- Konkrete utslag – eit typetilfelle:
 - Frivillig innlegging for person med schizofrenidiagnose som på institusjonen opplever å få fred frå sine *innbilte* forfølgjarar?
 - Kompetansevurderinga: Lite inngripande tiltak = små krav til forståing
 - Treng ikkje gå vegen om ei omskriving (rasjonalisering) personen sin motivasjon

Personen takkar ja (samtykker)

- Rundskriva:
 - «For å vurderes som samtykkekompetent **kan det være tilstrekkelig at pasienten forstår nødvendigheten av helsehjelpen.**»
 - (*Rundskriv til psykisk helsevernloven* kapittel 2, punkt 2.1 og *Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven*, kommentarane til § 4-3.)

Personen takkar ja (samtykker)

- Må nyanserast
 - Pbrl. § 4-1 første ledd: «må [...] ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen».
 - Pbrl. § 3-2 første ledd: skal informerast «om mulige risikoer og bivirkninger».
- Typetilfelle: Iverksetting av behandling som kan ha alvorleg biverknader
 - Ikkje tilstrekkeleg at ein «forstår nødvendigheten»

Personen takkar nei (nektar)

- Kva tolkingsprinsipp gjeld i nektingstilfella?
 - Svaret mindre klart.
 - Vi må vurdere ulike alternativ.

Personen takkar nei (nektar)

- **Alternativ 1:** Same tolkingsprinsipp gjeld som der personen takkar ja
 - Tilsynelatande lagt til grunn i rundskriva.
 - «Det er de samme krav til personlige forutsetninger ved å samtykke til helsehjelp som ved å nekte helsehjelp.»
 - *(Rundskriv til pasient- og brukerrettighetsloven, kommentarane til § 4-3 og Rundskriv til psykisk helsevernloven kapittel 2, punkt 2.1.)*

Personen takkar nei (nektar)

- Resultat: Kravet til forståing aukar dess meir inngripande tilaket er.
 - Altså: Det blir vanskelegare å takke nei dess meir inngripande (inkl. risikofylt) helsehjelpa er.
 - Meiner Helsedirektoratet dette?
 - Neppe.

Personen takkar nei (nektar)

- **Alternativ 2: spegelvending** av tolkingsprinsippet (som gjeld der personen takkar ja)
 - Skapar tilsynelatande symmetri med samtykketilfella
 - Resultat: Kravet til forståing (ved nekting) blir mindre strengt dess meir inngripande helsehjelpa er
 - Altså: **lettare å takke nei dess meir inngripande**
 - Men kvar ender vi då?
 - **Adgangen til å yte helsehjelp utan samtykke er omvendt proporsjonal med hjelpebehovet**
 - Dei mest alvorlege tilstandane nødvendiggjer ofte dei mest inngripande tiltaka

Personen takkar nei (nektar)

- Alternativ 3: ingen særlege tolkingsprinsipp gjeld
 - Resultat: Løyser ingenting.
 - Skyv problemet under teppet.
 - Kva prinsipp som styrer tolkinga av forståingskravet treng framleis svar.

Personen takkar nei (nektar)

- **Alternativ 4:** eit **standardisert krav** til kva forståing som krevst
 - Resultat: Vi stiller krav til forståinga ut frå eit gjennomsnittssynspunkt (i nekingstilfella)
 - Problem: Stort spenn i typar av tenester og konsekvensar av å nekte.
 - Utfall: forståingskravet vil dels bli oppfatta som sett for høgt, dels sett for lågt.
 - Standardisert tenking lite eigna på dette feltet
 - Spørsmål av særleg privat og kjenslevar karakter
 - Tolkingsprinsippet i samtykketilfella varetek behovet for fleksibilitet

Personen takkar nei (nektar)

- **Alternativ 5:** variasjon i kravet til forståing ut frå konsekvensane ei nekting kan ha
- Resultat: Kravet til forståing blir
 - **skjerpa dess meir alvorleg** dei negative konsekvensane av nektinga er
 - **reduisert dess meir bagatellmessig** konsekvensane er

Personen takkar nei (nektar)

- Førearbeida ikkje avklarande
- Rundskriva: ingen klare signal
- Alternativ 5 balanserer kryssande omsyn godt
 - Sjølvbestemmingsrett vs. behov for nødvendig og forsvarleg helsehjelp.

Personen takkar nei (nektar)

- NOU 2019:14 (Tvangslovutvalget) legg til grunn ei slik lovforståing som gjeldande rett
- Er det for komplisert å skulle justere forståingskravet ut frå konsekvensar?

Personen takkar nei (nektar)

- HR-2018-2204-A har fokus på forståing av konsekvensane av å nekte behandling:
- «Det avgjørende må derfor være i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen tilstand og *konsekvensene av behandlingsvalget*. En person som på grunn av sykdommen ikke evner å *forstå følgene av å motsette seg behandling*, vil derfor ikke ha samtykkekompetanse.» (Avsnitt 63, mine uthevingar.)
- Nærliggjande at kor alvorleg konsekvensane av å nekte behandling er – sterkt negative eller berre trivielle –, kan spele ei rolle i tolkinga av forståingkravet.
 - Men ikkje sagt uttrykkjeleg.

Personen takkar nei (nektar)

- Konklusjon: Kva tolkingsingsprinsipp gjeld i nektingstilfella?
 - Alternativ 5 er gjeldande rett
 - Altså: Kravet til forståing blir
 - **skjerpa dess meir alvorleg** dei negative konsekvensane av nektinga er
 - **reduisert dess meir bagatellmessig** konsekvensane er

Personen takkar nei (nektar)

- Konkrete utslag
 - Typetilfelle 1:
 - Personen avviser alt snakk om psykisk sjukdom, men meiner den antipsykotiske medisinen “gjer godt”.
 - Har berre ansvar for seg sjølv i det daglege.
 - Tek ut frå erfaring kontakt med helsevesenet ved symptomauke. Ein ventar ikkje varig funksjonsfall ved nedtrapping av medikamentell behandling.
 - Kompetansevurderinga: [Lite alvorlege konsekvensar = Kravet til forståing blir redusert](#)

Personen takkar nei (nektar)

- Typetilfelle 2:
 - Historikk med trugsmål og verbal utagering retta mot pårørande, knytt til psykose.
 - Lite fysisk utagering, i alle fall dokumentert.
 - Farekriteriet ikkje vurdert oppfylt.
- Kompetansevurderinga: **Alvorlege konsekvensar =**
 - **Kravet til forståing aukar**
 - **Tidsflata som står til rådvelde for vurderinga aukar også**
 - (Så sant lova ikkje bestemmer noko anna, jf. til dømes phvl. § 3-3a andre ledd).

Oppsummering og konklusjonar

- Tilbake til start: Kva er problemet?
 - Har aktørane ei fullt ut korrekt forståing av dei juridiske rammene for vurderinga samtykkekompetanse?
 - Min konklusjon: Nei, på eit sentralt punkt ser det ut til å vere uklarleik og misforståingar

Oppsummering og konklusjonar

- Mønsteret for vurdering av samtykkekompetanse **er ikkje** fullt ut det same ved samtykke (personen takkar ja) som ved nekting (personen takkar nei)

Oppsummering og konklusjonar

- I samtykketilfella aukar kravet til forståing proporsjonalt med kor inngripande helsehjelpa er.
 - (Sikker rett.)

Oppsummering og konklusjonar

- I **nekingstilfella** blir kravet til forståing
 - **skjerpa dess meir alvorleg** dei negative konsekvensane av nektinga er og
 - **reduisert dess meir bagatellmessig** konsekvensane er
- (Rettskjeldematerialet peikar klart i denne retning.)

Oppsummering og konklusjonar

- NOU 2019: 14 (Tvangslovutvalget) sitt framlegg til endring av pbrl. § 4-3 andre ledd
 - *Beslutningskompetansen* kan bortfalle helt eller delvis dersom *personen åpenbart* ikke er i stand til å forstå hva *beslutningen gjelder*, *herunder konsekvensene*.» (Utheva i NOUen, markerer kva som er nytt samanlikna med dagens lovtekst.)
 - Markerer at kompetansevurderinga kan vere ulik i samtykke- og nektningstilfella.

Oppsummering og konklusjonar

- Det er behov for ein gjennomgang og nyansering av omtalen av vurderinga av samtykkekompetanse på rundskrivsnivå.

Oppsummering og konklusjonar

- **Kva står på spel?**
 - Prinsippet om samtykkekompetanse i psykisk helsevern er i fare ...
 - om vi ikkje legg til grunn at **forståingskravet** – i nektingstilfella – er **fleksibelt** ...
 - og slik tek høgd for at **konsekvensar betyr noko** i vurderinga.